

ضوابط اختصاص القضاء الإداري

«دراسة مقارنة»

بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الحديثة وتطبيقاتها في
المملكة العربية السعودية ومصر وفرنسا

الدكتور

أحمد منازع علي أحمد

1433هـ / 2012م

مكتبة
القانون للاقتضاء
الرياض

ح مكتبة القانون والاقتصاد، 1432 هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

علي، أحمد منازع

ضوابط اختصاص القضاء الإداري: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الحديثة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ومصر وفرنسا. / أحمد منازع علي. - الرياض، 1432 هـ

.. ص: سم

ردمك: 8 - 2 - 90248 - 603 - 978

1 - القضاء الإداري - السعودية 2 - الفقه الإسلامي أ. العنوان

ديوي 342.531 1432/7359

رقم الإيداع: 1432/7359

ردمك: 8 - 2 - 90248 - 603 - 978

جميع حقوق الطبع محفوظة

لا يجوز نسخ أو استعمال
أي جزء من هذا الكتاب في
أي شكل من الأشكال أو بأي
وسيلة من الوسائل - سواء
التصويرية أم الإلكترونية أم
الميكانيكية بما في ذلك النسخ
الفوتوغرافي أو التسجيل
على أشرطة أو سواها وحفظ
المعلومات واسترجاعها - دون
إذن خطي من الناشر

الطبعة الأولى

1433 هـ / 2012 م

ISBN 978-603-90248-2-8



9 786039 024828 >

مكتبة
القانون والاقتصاد
الرياض

المملكة العربية السعودية - الرياض - العليا - ص.ب. 9996 - الرياض 11423

هاتف: 4623956 2791158 فاكس: 2791154 - جوال: 0505269008

www.yafoz.com.sa

info@yafoz.com.sa

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ
الْحَكِيمُ﴾

(سورة البقرة، الآية: 32)

شكروا هدااء

الحمد لله أولاً وأخيراً الذي خلق الإنسان علمه البيان، والذي بفضله تتم الصالحات... ثم إلى من أتوجه بجزيل الشكر وخالصه وأهدى إليه هذا العمل؟! إلى والديّ اللذين لا يمكنني ردّ أفضالهما؟! أم إلى أستاذيّ المشرفين واللذين كان لهما القدح المعلى حتى كمل هذا البنيان...؟! أم إلى زوجتي التي كان جهدها ملموساً...؟! أم إلى علي وعمر وأمل وسارة ومريم وهاجر اللذين راح عليهم مرح وسرور بل وضحووا به...؟! أم إلى الأخوة والأصدقاء اللذين أسدلوا النصح أو مدوا يد العون...؟! أم إلى ذلك الذي قهره ظلم أو روعه عسف فاستغاث يتقاضى لينال حقه أو يرفع ضربه...؟! أم إلى رجال العدل والإنصاف الساعين لقطف ثمار الحكمة أينما كانت...؟! إنه إلى كل أولئك أجمعين.. مع خالص تقديري.

المقدمة

إنَّ تحديد اختصاص القضاء الإداري أمر مهم جداً مهم، بل هو الخطب الجلل في فقه القانون الإداري، ذلك أنَّه السبيل الوحيد حتى يعلم المتقاضي من سيقاضي، وأمام أي قاض يقاضي، وليتعرف القاضي على قواعد اختصاصه في خضم التقاضي، بل ولحصر اختصاص القاضي الإداري خصيصاً وتنصيبه لتطبيق القانون الإداري ونظرياته، باعتباره القاضي المتخصص في مشكلات الإدارة وتبعاتها أو حتى انحرافاتهما، والأدري بعلوم المنازعات الناشئة عن ذلك كأصل عام والتي أطلق عليها المنازعات الإدارية، وليس باعتباره مجرد محكمة متخصصة، بل جهة قضاء إداري مستقلة، لما بها من تشكيل خاص، وكهرم قضائي على قمته محكمة عليا، ولما بينه وبين الإدارة من تلاقي وتيارات مستمرة، ثم لدوره بناء على هذا كله في الإفتاء والصياغة، وأخيراً لقطع دابر المشكلة العظمى والآفة الكبرى والعيب الأخطر في النظام القضائي المزدوج ألا وهو تنازع الاختصاص وتعارض الأحكام⁽¹⁾.

(1) G. Vedel et P. Delvolpe, Droit administratif, 1988, P. 126, A. De Laubadere. (1)
Traite elementare de droit administratif, Deuxieme Edition, 1957, P. 27 et s. M.
Waline, Droit administratif, 9^e Edition, Sirey, Paris, 1963, P. 20 et s. J.M. Auby
et R. Drago, Traite de contentieux administratif T. 1, 1975, P. 111 et s.

د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء 1986، دار الفكر العربي،
ص 26 وما بعدها؛ د. سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، ج 1، مطبعة جامعة
القاهرة 1981، ص 204؛ استأفنا د. محمد عبد العال السناري، أصول القانون الإداري، =

وقد ربط الفقهاء الإداري قاطبة⁽¹⁾ وجمع دوماً بين المعايير والضوابط التي تحدد اختصاص القضاء الإداري وأساس القانون الإداري ونظرياته العامة بل ونشأة وتاريخ القضاء الإداري على صعيد واحد، وبالتالي فلم يفصل بين معيار اختصاص القاضي الإداري وأساس القانون الإداري ونظرياته ومبادئه العامة حيث اعتبر هذا المعيار مناهجاً جميعاً وهو الأساس الذي يدور في فلكه ذلك الاختصاص وتلك النظريات، وبالتالي فقد سلك الفقهاء والقضاة في ذلك شعباً متنوعة، ومذاهب شتى تمخض عنها معايير متعددة تبدو للمتأمل فيها حجم هذه المشكلة وحقيقتها.

- = دراسة مقارنة، المكتبة القانونية باب الخلق القاهرة عام 1986 - 1987، ص 22 وما بعدها؛ د. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج 1، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية 1995، ص 96.
- (1) A. De laubadere, Traite elementaire de droit Deuxième édition 1957, P. 35: 49, 280 et s., 533 et s., A. De Laubadere: Traite de droit administratif, Tome 1, 1984, P. 38-58, 492 et s. J.M. Auby et R. Drago: Traite de contentieux administratif, Tome premier, 1975, P. 111 et s., 291 et s., P. Parini institutions et droit administratif, P. 164 et s., G. Vedet et P. Delvolve, Op. Cit., P. 115 et s.
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ص 68 وما بعدها؛ محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، ط 1، عام 1968، دار النهضة العربية، ص 8 وما بعدها؛ د. محمد حامد الجمل، نظرة جديدة للمرافق العامة، مجلة مصر المعاصرة، السنة الثالثة والستون، العدد 350، أكتوبر 1972م، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، ص 125 وما بعدها؛ د. سليمان الطماوي، القانون الإداري، دراسة مقارنة 1979، دار الفكر العربي، ص 6 وما بعدها؛ د. محمود حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن 1993، دار النهضة العربية، ص 244 وما بعدها؛ د. سعاد الشرفاوي، الوجيز في القضاء الإداري، ج 1، دار النهضة العربية، عام 1981، ص 206 وما بعدها؛ د. طيمية الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة 1978، دار النهضة العربية، ص 67 وما بعدها؛ د. بكر القباني، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ص 91 وما بعدها؛ د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار المعارف 1981، ص 84 وما بعدها؛ د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، ط 1، عام 1981، دار الفكر العربي، ص 33 وما بعدها.

وذلك ما حدا بالبعض⁽¹⁾ إلى القطع بأنها أكثر مسائل القانون الإداري تعقيداً، بل يكاد أن يكون هناك إجماع فقهي على ذلك التعقيد والذي نرى أن الواقع القضائي - وللأسف - قد توافق معه.

وبالتالي فقد بلغ الخلاف فيها أشده ولم تتبدى فيها مظاهر الحسم بعد. ممّا أذهب البعض⁽²⁾ إلى ما أبعد من ذلك أي بقوله: (ممّا يشعر المرء بأن الأمر لا ضابط له) وممّا دعا ذلك الرأي إلى القول إنّ ذلك لا يعني أن يقعد الفقه والقضاء تجاه حسم المشكلة، بل ضرورة بذل الجهد بالدرس والتأصيل لهذه المسألة.

ومن هنا كانت تلك المحاولة ممّا عساها أن تحسم هذه المشكلة أو تضيف لحلها جديداً أو حتى تقلل من حجم هذه المشكلة التي جدت شبيهة - في رأينا - بالمشكلة العويصة التي تحتاج إلى إعادة النظر فيها من جذورها.

فلا غرابة في ذلك عند الأخذ في الاعتبار أنّ عمر هذه المشكلة يزيد عن القرنين من الزمان ولم تحسم بعد.

حيث تمتد جذور هذه المشكلة وتلك الأطروحة إلى نشأة القضاة الإداري والقانون الإداري في فرنسا منذ الثورة الفرنسية عام 1790م ونمت بالارتباط بالأسس التاريخية وما صاحبها من تطورات تمخض عنها القضاء الإداري

(1) P. Parini, Institutions et droit administratifs, Op. Cit., P. 166, (La recherche des criteres fondant la competence de juge administratif: Il s'agit du probleme le plus complexe de droit administratif.), G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 126-139.

(2) د. محمد مرغني خيرى، مقالة بمجلة العلوم الإدارية السنة التاسعة عشرة العدد الثاني، ديسمبر 1977، هامش ص 82 وقد قال أيضاً ما يلي نصه: «... إنّ موضوع توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء ليس بالأمر الهين، وأنّه لا يمكن حسمه بالاستناد إلى فكرة محددة وبطريقة منظمة، وأنّما توجد مجموعة من التوجيهات العامة التي يهتدي لها في كل قضية على حده... فإنّ المشاكل تبدو في غاية الصعوبة...».

الفرنسي ونبت عنها مشكلة الاختصاص القضائي.

وقد تمخض عن كل أولئك أجمعين الخلاف الذي نشب على أشده بين قطبي نظامي القضاء والقانون أي نظام القضاء والقانون الموحد في الدول الأنجلوسكسونية وعلى رأسها إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ونظام ازدواج القضاء والقانون في فرنسا وتطوراتها في العصور الحديثة بل ودرجة العداء والنكران الكامل في بعض الأحيان⁽¹⁾ بين النظامين المذكورين.

فكل منهما يرى في مذهبه الصحة والصواب وأن الحق حليفه وبجانبه، وعلى قواعده تقوم الأسس وتشيد النظريات، فكان لا بد من الاعتناء بذلك وبيانه بقدر ما يخدم تلك المشكلة محل البحث والتحري.

وإذا كان من الواضح بمكان أن فكرة معيار اختصاص القضاء الإداري قد ارتبطت - من خلال ما سبق - بالظروف والمتغيرات التاريخية وما صاحبها من تطورات وتقلبات، وأن دور مجلس الدولة الفرنسي كان بارزاً في تبني نظريات وقواعد القانون الإداري - بعد أن اشتد عوده وقوي ساعده - ممّا تمخض عنه العديد من المبادئ القضائية والتطورات الملحوظة في الأنظمة والمبادئ الإدارية والقضاء الإداري بشكل عام وفي المعايير والنظريات التي تحدد اختصاص القضاء الإداري بشكل خاص، شأنه في ذلك شأن الفقه الفرنسي الذي لم يتوان في الدراسة والتحليل في تقويم أو تعديل أو اقتراح هذا المبدأ أو ذاك وعلى الأخص في المشكلة محل البحث، والتي تناولها الفقه المصري والعربي بالدراسة وأدلى فيها بدلوه وبشكل أبرز من خلاله موقفه بشكل واضح وبناء بل أضاف إلى ذلك كل ما في وسعه من مفيد وجديد.. - وذلك كله مع غض الطرف عن أن هذا البحث والذي هو عضد القانون والقضاء الإداري بل وأساسه المتين في هذا الصدد ما زال يعتريه الخلاف

S. Flogaitis, Administrative law et droit administrative, 1986, P. 33 et s., (1)

B.Schwartz, Le droit administratif American notions generales, 1952, P. 9, 10

et s.

الشديد وعدم الإحكام فانتقد بما فيه من تشابك وتداخل وعموم وتعقيد، وبالتالي فهو يحتاج إلى المزيد من التحليل والتأصيل والتعمق الشديد بل وبذل الجهد الجهد حتى يكون اختصاص القاضي الإداري وفق ذلك الضابط أو هذا المعيار لا يخفي - ليس فقط على ذي اللب الرشيد - بل وكل متقاضي أو ذي شأن في حاجة إلى تلك المعرفة بشكل يقيني أكيد - ...

فإنَّ الفقه الإسلامي وعلى الأخص الإداري قد تبين لنا أنه قد أبرز في مناسبات كثيرة متفرقة أنَّ للشرعية الإسلامية قصب السبق إلى اعتناق النظام القضائي المزدوج والسير على نهجه والعمل القضائي بموجبه.

فقد كان ذلك متمثلاً في صورة حية هي قضاء المظالم وتطبيقاته المختلفة عبر عصور الدولة الإسلامية، وأنَّ القضاء الإداري بمفهومه الحالي لا يخرج أبداً عن إطار قضاء المظالم الإسلامي. بل أنَّ هذا الأخير يستوعبه فهو أوسع مجالاً وأفسح في سلطاته واختصاصاته، وأنه مارس وطبق أعمال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بصورة متنوعة منذ أربعة عشر قرناً من الزمان حينما كانت فكرة مجلس الدولة الفرنسي في غيابات بل وغياهب الأرحام...

هذا وقد كانت تلك الاختصاصات المنوط بها قضاء المظالم الإسلامي واضحة المعالم والحدود وخاصة بعد أن خصها جانب من الفقه الإسلامي بعنايته⁽¹⁾ وتلك الاختصاصات هي التي جعلها الفقه الإداري الحديث المعيار والمستند الأول والأساس في عرض مختلف التطبيقات الإسلامية لهذا النوع المتخصص من الأقضية أي أقضية الإدارة بشكل خاص؛ لأنَّ ليس من أحد من

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الفكر للطباعة والنشر، ص 75 وما بعدها. الماوردي هو أفضى القضاة أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي المتوفى سنة 450 هـ، أبي يعلى الفراء، الأحكام السلطانية، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية 1403 هـ - 1983 م، ص 73 وما بعدها؛ وأبي يعلى الفراء هو القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي المتوفى في سنة 458 هـ وغيرهم.

فقهاء الإسلام المعاصرين له قد تعرض لبحث هذه المسألة على حد علمنا، فلم تكن محل إثارة أو إشكال.

ويرجع ذلك - في رأينا الخاص - إلى عدم وجود التشابك والتعقيد الحاصل في الأنظمة الإدارية وما صاحبها من تطورات ومفاهيم متنوعة، وعلى الأخص فكرة الفصل بين السلطات المختلفة في الدولة والتي تمخض عنها المحاولات المتكررة لتوضيح معالم الاختصاصات المنفصلة والدقيقة لسلطات الدولة في أدائها لمهامها المختلفة والذي أيضاً لم يبحث أو يتكلم فيه أحد في الفقه الإسلامي من ذي قبل.

ومن ذلك معيار اختصاص القضاء الإداري والذي كانت بدايته منذ ظهور مشكلة الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية في فرنسا منذ عام 1790م⁽¹⁾.

ولا يوجد في الفقه الإسلامي ما يعارض هذه الفكرة بل باتت ضرورة ملحة تواجه الفكر السياسي الإسلامي، وليس من مانع أيضاً يمنع من وضع نظام للسلطة القضائية يحدد اختصاصها بشكل واضح منضبط ودقيق⁽²⁾.

وإذا كان الفقه والقضاء الفرنسيان قد تمخضت عنهما تلك المعايير وهذه النظريات التي تحكم اختصاص القضاء الإداري والتي جاءت كثيرة ومتعددة مثل فكرة المرفق العام أو السلطة العامة أو المصلحة العامة... إلخ،

(1) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 119, A. De Laubadere, Op. Cit., P. 39.

(2) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي دراسة مقارنة، ط 5، 1986، مطبعة جامعة عين شمس، ص 588، 680، 684. د. عبد الحميد متولي، مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، ص 236، ص 238 نقله عن الشيخ خلاف، السياسة الشرعية، ص 50. د. عبيد مسعود الجهني، القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، ط 1، 1404 هـ - 1984م، مطابع المجد التجارية، ص 110، أ. محمد زاهر عسيري، السلطة التشريعية في الإسلام رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1399 هـ - 1979م، ص 577 وما بعدها.

وما أبداه الفقه العربي والمصري على وجه الخصوص من نقد أو رأي في ذلك أو تعديل أو إضافة جديد... وإذا كانت تلك النظريات هي بناء مشيد وفكر قد نما وولد وتطور في سنين بل وقرون.

فإنَّ الخلاف الذي نشب فيها بين الفقه والقضاء قاطبة، قد جعل بها من العور والعوج، ليس فقط من الناحية النظرية، بل ومن الناحية العملية. كتنازع على الاختصاص، أو تعارض في الأحكام أو ما في ذلك كله من جهد ومشقة على القاضي وجهات التقاضي، بل ولأنَّها تهدد القضاء الإداري برمته، بل ولما في ذلك من ضرر وعيب على المتقاضي.

إذ يظهر بوضوح لكل دارس - ورغم المحاولات الفقهية والقضائية ورغم مرور أكثر من قرنين من الزمان على تلك المشكلة - أنَّها ما تزال كما لو كانت في بدايتها، أو أنَّها رجوع إلى نقطة البداية.

فمعيار القانون الواجب التطبيق - والذي يعد آخر ما توصل إليه الفقه والقضاء في هذا الصدد - هو ذاته القانون الإداري الذي بدأت الرحلة بالبحث عن أساسه أو معياره، فذلك الذي سرعان ما لاقى انتقادات شديدة ومجادلات عجيبة.

ولا يقدح في ذلك كون القضاء يستعمل كافة المعايير والتوجيهات التي تمخضت عن تلك المحاولات، لأنَّ العبرة بمدى توافر أو عدم توافر ذلك المعيار القاطع أو الضابط الحاسم لتلك المشكلة التي تمثل الخطب الجلل بالنسبة للقضاء الإداري، ممَّا جعلها العيب الجسيم والأخطر في وعلى ذلك النظام القضائي المزدوج، مع أهميته العظمى وضرورته الكبرى.

وعليه فإنَّ هذه المشكلة تعتبر - في رأينا - هي بحق «غصة» القضاء الإداري أو ذلك النظام القضائي المزدوج.

ولما كانت النتائج أو الحلول أو التوصيات أو إضافة الجديد من قبل طرف ثالث غير ممكنة وصحيحة علمياً إلا باقتران البحث والتنقيب عنها

بالعرض السليم، إمّا بالإيجاز تارة أو جمع الشتات تارة أخرى وعموماً وفق مناهج البحث العلمي الراجحة والمعتبرة ووفق ما تقتضيه الأمانة العلمية وينادى به الضمير السليم.

لهذا كله فقد اخترت هذا الموضوع وتناولته وفق الخطة الدراسية التالية:

القسم الأول: أساليب ومعايير توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري.

باب تمهيدي: وتناولت فيه أساس المشكلة وجذورها التاريخية - بشكل مختصر وبقد الإمكان - تحت عنوان أساس القضاء الإداري وعلة وجوده، باعتباره معيار النظام المزدوج، وبمقارنته بالنظام القضائي الموحد يكون لذلك أهمية عظمى وفائدة قصوى في هذه المسألة محل البحث.

وببقية أبواب القسم الأول (الباب الأول والثاني): بحثت ونقبت فيها عن الضوابط والمعايير العامة التي تحدد اختصاص القضاء الإداري وتفصله عن اختصاص القضاء العادي بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الإدارية الحديثة.

القسم الثاني: تطبيقات عملية تبين بجلاء واقع هذه الأطروحة والتطبيقات العملية الخاصة بها في كل من فرنسا ومصر والمملكة العربية السعودية أي في ثلاثة أبواب متتالية.

خاتمة: سقت فيها خلاصة لتلك المشكلة والحلول والاقتراحات الخاصة بها.

القسم الأول

**أساليب ومعايير توزيع الاختصاص
بين القضاء العادي والإداري**

تمهيد وتقسيم

تحديد اختصاص القضاء الإداري أمر جد مهم لكي تكون كل منازعة لها قاض محدد وليتعرف القاضي على حدود اختصاصه وليعرف المتقاضى خصومه والجهة التي سيتقاضى أمامها⁽¹⁾ بلا جهد أو عناء أو زيادة أعباء.

ويقصد بالاختصاص - في دراستنا هذه بإيجاز شديد - تحديد دقيق لما يتعلق بولاية القضاء وتوزيع هذه الولاية بشكل عام على جهات القضاء. فالذي يهمنا هنا - من الأنواع المختلفة للاختصاص - ما يسمى بالاختصاص المتعلق بالوظيفة أو الولاية وهو نصيب كل جهة قضائية من ولاية القضاء وقواعده التي تحدد الجهة القضائية الواجب رفع النزاع أمامها، وهذا ما يختلف عن الاختصاص النوعي والذي يقصد به نصيب كل طبقة واحدة من طبقات جهة قضائية بعينها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها. ويختلف أيضاً عن قواعد الاختصاص المحلي أو المركزي والذي يقصد به نصيب المحكمة الواحدة من محاكم الطبقة الواحدة من ولاية القضاء⁽²⁾.

وبالمثال يتضح المقال. فمثال الاختصاص الولائي أو الوظيفي - مجال

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 37 et 40 et s.

(2) د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية 1983، ص 301؛ المستشار عز الدين الديناصور، ج 1، ط 8، عام 1995، ص 252؛ د. أحمد محمد مليجي، اختصاص المحاكم الدولي والولائي 1991م، ص 73 وما بعدها.

هذه الدراسة - اختصاص جهة القضاء العادي بمنازعات معنية، واختصاص جهة القضاء الإداري بمنازعات أيضاً من نوع آخر، أي كل جهة قضائية لها اختصاص محدد في مجموعها، ومثال الاختصاص النوعي اختصاص المحاكم الإدارية كأحدى الطبقات في جهة القضاء الإداري، أو اختصاص محاكم الاستئناف كأحدى طبقات جهة القضاء العادي. ومثال الاختصاص المحلي أو المركزي، اختصاص المحكمة الابتدائية بمنطقة محددة أو اختصاص محكمة القضاء الإداري، أو اختصاص محكمة الاستئناف بمنطقة بعينها أو اختصاص المحكمة الإدارية العليا أو اختصاص المحكمة الإدارية بمنطقة ما.

ولا بدّ أن ننوه أنّه يخرج عن دراستنا كل من الاختصاص النوعي والاختصاص المحلي أو المركزي، أو حتى ما يتعلق باختصاص القضاء العادي عموماً إلاّ بقدر ما يخدم هذه الدراسة.

كما أنّ تحديد اختصاص القضاء الإداري يعني أيضاً حدود اختصاص القضاء العادي في مجال حيز تطبيق القانون الإداري والقضايا الإدارية. وبالتالي فالمحدد عموماً هو معرفة ضوابط ومعايير اختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

كما أنّ من الجدير بالذكر أنّ قواعد الاختصاص محل البحث تعتبر من النظام العام أي لا يحق لأطراف النزاع الاتفاق على ما يخالف قواعد توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري⁽²⁾.

وقبل الخوض في مجال هذه الدراسة والتركيز على القواعد والضوابط التي تحكم اختصاص القضاء الإداري، فإنّه من الحتمي بل والذي لا مفر منه ضرورة إبراز أساس ذلك القضاء الإداري وبيان علة وجوده، فتلك هي القاعدة التي يقوم عليها الاختصاص بكل تأكيد وكمناطق طبيعي ستوقفنا عنده هذه

M. Waline, Op. Cit., P. 37.

(1)

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 288, 289.

(2)

الدراسة، فمن خلال نشأته وتطورها وعلة وجوده⁽¹⁾ وتقييمه من قبل أنصاره ومعارضيه وموقف الشريعة الإسلامية تجاه ذلك القضاء الإداري يتضح موضوع الاختصاص، والذي ارتبطت نظرياته وقواعده بالأوضاع التاريخية والعملية في كل من الشريعة الإسلامية والأنظمة الحديثة مما يجبرنا على تناول ذلك القسم وفق التطور التاريخي وخصوصاً أن القضاء الإداري ما زال تحت مظلة الجدل حول أهميته بإبقائه أو إلغائه⁽²⁾، وذلك كله وفق الخطة التالية:

باب تمهيدي: أساس القضاء الإداري وعلة وجوده.

الباب الأول: أساليب ومعايير توزيع الاختصاص بين القضاء العادي وقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية.

الباب الثاني: أساليب ومعايير توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في الأنظمة الحديثة.

-
- (1) حيث ربط الفقه عموماً، وخصوصاً الفرنسي بين أساس القانون الإداري وأساس القضاء الإداري وعلة وجودهما وبين اختصاص القضاء الإداري بل أن أحد المعايير المهمة والحديثة يستند على هذا الأساس التاريخي.
- (2) د. وهيب عباد سلامة. مجلس الدولة بين الإبقاء والإلغاء، دراسة مقارنة عام 1992م، دار النهضة العربية.

F. Chouvel, T. Lambert et D. Pelisser. Les cas de partage au tribunal des conflits, 1984, P. 17, 18 et s

باب تمهيدي

أساس القضاء الإداري وعلة وجوده

تمهيد وتقسيم:

لعله قد بات من الواضح في الدولة الحديثة مسألة خضوعها للقانون، بمعنى أن الحاكم والمحكوم يخضع للقواعد القانونية المطبقة في الدولة، وهذا ما يعني به مبدأ المشروعية، والذي يعني به أيضاً توافق كافة التصرفات التي تصدر عن سلطات الدولة ومواطنيها مع كافة القواعد القانونية أياً كانت⁽¹⁾ أي أن تكون صحيحة مشروعة⁽²⁾ وذلك كله بخلاف الدولة البوليسية التي لا

(1) G. Vedel et P. Delvolpe, Op. Cit., P. 373 et s. J. Rivero, Droit administratif, Dalloz 1990, P. 18, A. De Laubadere, Traite de Droit administratif, Op. Cit., P. 27 et 257 et s.

د. محمد محمد بدران. رقابة القضاء على أعمال الإدارة. مبدأ المشروعية 1997م، ص 9 وما بعدها.

(2) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، 1985م، ص 18 وما بعدها، كما أوضح سعادته ضرورة أن تتسم كافة قواعد المشروعية بالشرعية أي بكافة القواعد القانونية ذات المثل والمبادئ العليا القائمة على الحق والعدل.

وينبغي الأخذ في الاعتبار أن مبدأ الشرعية يعتبر تعبيراً عربياً فرنسياً بخلاف مبدأ سيادة القاعدة القانونية الإنجليزية وكلاهما بالمعنى المتقدم، أي ضرورة خضوع الحكام والمحكومين وكافة سلطات الدولة على حد سواء لحكم القانون. د. محمد مرشد الشويكي، رقابة القضاء على قرارات الإدارة العامة في إنجلترا مع المقارنة بالنظام الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1988، ص 529.

تقيم لذلك كله وزناً يذكر⁽¹⁾.

فإذا كانت الدولة الحديثة تعتق مبدأ المشروعية الذي يحتم خضوع الإدارة بأنشطتها المختلفة للقانون. فإن الإدارة بشكل عام تتمتع بقدر كبير من الحقوق والامتيازات، ذلك لتمكن من القيام بمهامها العظام ومسؤولياتها الجسام، والتي تهدف من ورائها لتحقيق النفع والصالح العام (L'interet public) سواء من خلال إدارتها للمرافق العامة والعمل على حسن سيرها بانتظام واطراد، أو من خلال المحافظة على النظام العام بواسطة الضبط الإداري، وتلك الصلاحيات تتسم بطابع السلطة العامة والتي بمقتضاها يمكن للإدارة استخدام أساليب متنوعة للقيام بهذه المهام.

فالإدارة تقوم بالعديد من الأعمال القانونية (Acte juridique) كإنشاء حق أو ترتيب التزام وقد تكون صادرة من الإدارة فقط كالقرارات الإدارية التنظيمية أو القرارات الإدارية الفردية، وقد تكون صادرة عنها بالاتفاق مع جانب آخر مثلما في العقود الإدارية وتقوم الإدارة أيضاً بالأعمال المادية (Act matériels) كأعمال الهدم أو الحفر... إلخ، ويلاحظ أن مثل هذه الأعمال تصدر تنفيذاً لقرار أو عمل قانوني سابق، وكأن تتسبب الإدارة في الإضرار بالغير، كحوادث السيارات العائدة للإدارة أو إتلاف ممتلكات أثناء أدائها لمهامها المختلفة، ويلاحظ أيضاً أن تلك الأخيرة لا تستند إلى تصرف قانوني سابق أو غيره من سلطات الإدارة وصلاحياتها الواسعة كسلطة التنفيذ المباشر ونزع الملكية للمنفعة العامة أو إصدار لوائح تنظيمية وقرارات فردية يلتزم بها الأفراد وتعد قيداً على حرياتهم، بل أن تلك السلطات وهذه الصلاحيات قد تتسع إلى حدٍ كبير في ظل الظروف الاستثنائية أو الضرورة والطوراي⁽²⁾.

(1) G. Peiser, Droit administratif, Dalloz 1991, P. 3. J. Rivero, Op. Cit., Dalloz, P. 17, 18.

(2) G. Braibant, Le droit administratif français, 1984, P. 427 et s. De Laubadere, Manuel droit administratif, édition 1988, P. 20 et s.

د. رمزي طه الشاعر، د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، القانون الإداري، النشاط الإداري 1991 - 1992، أستاذنا الدكتور محمد عبد العال السناري، أصول القانون الإداري، المرجع السابق (بمواضع متعددة)، د. بكر القباني، المرجع السابق بمواضع متفرقة.

وبالتالي فقد أصبحت الرقابة على أعمال الإدارة من الأهمية بمكان وخاصة بعد التطورات الهائلة في كافة الميادين الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ولسياسة التدخل التي اتبعتها الدول في الآونة الأخيرة، حيث أصبحت سلطات الإدارة أكثر اتساعاً في هذه الميادين ومن ثم فقد ظهرت الرقابة الإدارية ليس فقط في الدول العظمى بل وفي دول العالم الثالث⁽¹⁾.

وإزاء ما تملكه الإدارة من سلطات واسعة تزداد يوماً بعد يوم، فإنَّ الرقابة على تلك الأنشطة وهذه الأعمال قد تنوعت أيضاً إلى أنواع كثيرة متعددة وإن كانت تختلف بعضها حسب البلاد التي تطبقها، إلا أنَّها تكاد تكون متشابهة رغم تنوعها ويمكن ردُّ تلك الأنواع المتعددة للرقابة إلى رقابة ذاتية أو إدارية أو داخلية ورقابة خارجية أو رقابة قضائية وأخرى غير قضائية، وعموماً فإنَّ الرقابة الذاتية أو الإدارية والرقابة السياسية والرقابة القضائية هي الأنواع الأساسية للرقابة على أعمال الإدارة⁽²⁾.

ولئن كانت للرقابة السياسية بعض الأثر في اتجاهات السلطة العامة، فهي لا تفي تماماً بحاجة مبدأ المشروعية، ولا تصل بصلاحياتها إلى درجة إلغاء أو إيقاف تصرفات الإدارة، كما أنَّ الرقابة الإدارية لا يمكن أن تفي بالغرض المرجو من ضمان سيادة مبدأ المشروعية أيضاً، لأنَّ مصدر القرار قد يرفض الاعتراف بالخطأ، وقد يجاريه رئيسه، بل وقد تكون للإدارة رغبة ومصلحة في التحرر من قيود المشروعية، كما أنَّ ترك الإدارة لتتولى الفصل في النزاع بنفسها لا يمكن أن يبيث الثقة في نفوس الأفراد تجاه ذلك القضاء الصادر من الإدارة نفسها، فمقتضيات العدالة تعني ألا يكون الحكم خصماً في النزاع⁽³⁾.

(1) G. Braibant, Op. Cit., P. 42.

(2) G. Braibant, Op. Cit., P. 427 et s.

(3) د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 24 وما بعدها، د. عمرو حسبو، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، 1991، ص 84، د. وهيب عياد سلامة، مبادئ القضاء الإداري، المجلد الأول، 1987، 1988، ص 4 وما بعدها.

بل ويمكن القول بوجه عام بأن كافة صور الرقابة السالفة الذكر يشوبها من العيوب الجسيمة والمشكلات الكثيرة ما يجعل الرقابة القضائية هي أفضلها في تحقيق الرقابة الحقيقية على أعمال الإدارة لما لها من مزايا متعددة، فمثلاً الرقابة السياسية التي وإن كان يمكنها القيام بتوصيات ما فإنه لا يمكنها القيام برقابة ملموسة كاتخاذ قرار حاسم أو إلغاء أو إصلاح العمل الإداري ولا أن تحكم على الإدارة بحكم قطعي يجري تنفيذه أو حتى تلزم الموظف بقرار ما⁽¹⁾.

وذلك خلاف الرقابة القضائية والتي تتميز بعنصرين أساسيين:

الأول: أنها رقابة قوية تمارس بواسطة قضاة متخصصين وعلى درجة عالية من المهارة والكفاءة الفنية في المسائل والموضوعات القانونية.

الثاني: أن هذه الرقابة تتم بواسطة إجراءات قضائية وقانونية صارمة ومحددة⁽²⁾.

خلاصة القول أن الرقابة القضائية هي الأكثر فعالية وضماناً لحقوق الأفراد وحيرياتهم، لممارستها من خلال المحاكم القضائية أياً كانت صور تنظيمها واختصاصاتها ضيقاً أو اتساعاً في البلاد المختلفة، فالمهم أن هناك خضوع تام للقانون من جانب الإدارة وأنشطتها المتنوعة جنباً إلى جنب مع الأفراد⁽³⁾ وأنها تمارس بواسطة طلب من ذوي الشأن يقدم إلى القضاء، وفق شروط محددة (شروط قبول الدعوى) وهي إجراءات صارمة ملزمة والتي بناء

(1) G. Braibant, Op. Cit., P. 430 et s, et P. 432, et s... .

(2) G. Braibant, Op. Cit., P. 431.

(3) A. De Laubadere, Traite de droit administratif, Op. Cit., P. 27, G. Braibant, Op. Cit., P. 431 et 432.

يحيى الجمل، القضاء الإداري، 1986، ص 80، د. ماجد الحلوة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 73.

عليه يلتزم القضاء بإصدار حكمه وفق الأصول والاعتبارات القضائية⁽¹⁾.

وفي الواقع فإنَّ النظم الخاصة بهذه الرقابة القضائية تتنوع إلى العديد من الأساليب والأشكال القضائية في العالم كالنظام الأنجلوسكسوني والنظام الفرنسي والنظام الألماني والسويسري وغيرها من الأنظمة والأساليب القضائية المتنوعة وهي بصدد رقابتها على أعمال الإدارة، بل وفي مدى هذه الرقابة أي من جهة كونها شاملة لتلك العمل أو ذاك أو أنَّها محددة حصراً وبشكل نصي⁽²⁾.

وعلى العموم فإنَّ الدول وإن كانت تختلف في تطبيقاتها لتلك الرقابة القضائية على الإدارة أو أنشطتها أي أنَّ الدول لا تطبق مفهوم واحد عند إخضاع الإدارة لمبدأ المشروعية ورقابة المحاكم.. ففي واقع الأمر هناك نظامان سائدان أساسيان في هذا الصدد، هما النظام الفرنسي، والنظام الأنجلوسكسوني⁽³⁾.

فالإدارة يمكن أن تخضع لذات القانون وذات القضاء، شأنها في ذلك شأن الأفراد، أي لا يوجد بالدولة سوى، قانون واحد ونظام قضائي واحد (النظام القضائي والقانوني الموحد) ومثاله «النظام الأنجلوسكسوني» كما يمكن أن تخضع الإدارة. ونزاعاتها مع الأفراد لقانون خاص، ومحاكم خاصة

G.Braibant, Op. Cit., P. 431, et 432 et s. (1)

G. Braibant, Op. Cit., P. 431, 432. (2)

دكتور حسن السيد بسيوني. دور القضاء في المنازعة الإدارية، المرجع السابق، (بمواضع متعددة).

A. De Laubadere, Traite de droit administratif, Op. Cit., P. 27 et s, A. De (3)

Laubadere, Manual.. Op. Cit., P. 15.

د. سليمان الطماوي. قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 24 وما بعدها؛ د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها؛ د. السيد خليل هيكل، رقابة القضاء على أعمال الإدارة دراسة مقارنة لأنظمة كل من أمريكا وفرنسا ومصر، ص 101؛ د. محمود حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، 1993، ص 95.

«النظام القانوني والقضائي المزدوج» ومثاله النظام الفرنسي⁽¹⁾ في العصر الحديث⁽²⁾. فتلك المحاكم التي تخضع لها الإدارة والتي تتميز وتستقل تماماً عن محاكم القضاء العادي هي تلك التي تسمى بالقضاء الإداري. والذي يقصد به عادة، مجموع المحاكم المتنوعة والتي على رأسها مجلس الدولة كمحكمة عليا، وتختص عموماً بما يعرف بالمنازعات الإدارية التي تتمخض عن النشاط الإداري للدولة، وهذا ما يستقل عن المحاكم القضائية المتنوعة والتي تخضع في نهاية المطاف لمحكمة النقض وتكون تحت سلطتها وهي ما تسمى جهة القضاء العادي والتي قد لا يكون بالدولة سواها - على نحو ما سبق - فيسمى ذلك النظام بالنظام القضائي والقانوني الموحد، أو أنها توجد بجوار المحاكم الإدارية أي جهة القضاء الإداري المستقل جنباً إلى جنب فيسمى ذلك النظام بالنظام القضائي والقانوني المزدوج.

وبالتالي نخلص إلى أن القضاء الإداري إنما هو أحد أركان النظام القضائي والقانوني المزدوج. ولكن النظام القضائي والقانوني الموحد السالف البيان هو ذلك النظام الرئيسي الذي عارض أنصاره بموجبه ذلك النظام المزدوج برمته. وبالتالي فإن دراسة أساس القضاء الإداري وعلة وجوده ومن ثم تخصصه وتقييمه مرتبطة تماماً بلا فكاك عن ذلك النظام ممّا يتطلب ضرورة - ولو الإلمام - بالملامح الرئيسية لهذين النظامين مع التركيز على مسألة أساس ذلك القضاء الإداري ونشأته وتطوره وحدود اختصاصه.

ذلك لأنّ ممّا لا شك فيه أنّ أساس القضاء الإداري وعلة وجوده هي القاعدة التي تقوم عليها ضوابط وقواعد تخصصه ومن ثم اختصاصه - ولا

(1) A. De Laubadere, Traite de droit administratif, Op. Cit., P. 27, G. Peier, Droit administratif, Op. Cit., P.3.

(2) «في العصر الحديث» تمييزاً له عن ذات النظام المعروف في الشريعة الإسلامية من قبل والمعروف بولاية المظالم أو قضاء المظالم كما سيلي.

نظن أن يختلف على ذلك عاقلان⁽¹⁾ بل وهو الذي نراه ملموساً بوضوح تام لدى الفقه الإداري قاطبة من خلال هذه الدراسة.

وبالتالي فلا بدّ من دراسة هذين النظامين في فصلين متتالين يتضح من خلالهما بلا أدنى شك نشأة وتطور وعلة وجود القضاء الإداري وتخصّصه ومدى أهميته وتقييمه من خلال خصمه ونقيضه النظام القضائي والقانوني الموحد كالتالي:

الفصل الأول: نظام وحدة القضاء والقانون.

الفصل الثاني: نظام ازدواج القضاء والقانون.

(1) ومن ذلك ما أكده رأي في الفقه من أن تطورات الازدواج القضائي ليس فقط لها أهمية تاريخية ونظرية بل ولها أهميتها العملية الحالية والمستقبلية في تذليل الصعوبات والمشكلات المتعلقة بالقضاء الإداري ومن بينها القواعد التي تحكم اختصاصه. د. محمود حافظ المرجع السابق، ص 310. ولما لاحظناه عموماً من ربط الفقه الفرنسي بوجه عام بين اختصاص القضاء الإداري وأساسه التاريخي وعلى الأخص مبدأ الفصل بين السلطات القضائية والإدارية.

الفصل الأول

نظام وحدة القضاء والقانون

Systeme d'unité de juridiction et de droit

المبحث الأول

مدلول النظام وسماته العامة

يقوم نظام وحدة القضاء والقانون على أسس مؤداها: أن لا توجد في الدولة سوى جهة قضائية واحدة وتختص بالنظر في كافة النزاعات سواء إدارية أم تجارية أم مدنية أو جنائية وسواء تعلقت بأفراد عاديين أم حكاماً أو سلطات عامة، وأن هذه الجهة القضائية الواحدة تطبق على الجميع قانون واحد شكلاً وموضوعاً إعمالاً لمبدأ المساواة أمام القانون في خضوع الجميع حكماً ومحكومين لذات القانون، ويعرف ذلك النظام بالنظام الأنجلوسكسوني «Le systeme anglo-saxon» والذي يسوده بهذا المعنى مبدأ سيادة القانون أي على الجميع⁽¹⁾.

(1) A. De Laubadere, Manuel... Op. Cit., P. 15, 16, M. Waline, Op. Cit., Droit administratif, P. 20, E.S.Laso, Traite de droit administratif, T. 2, 1964, P. 490, M. Duverger, Les institutions francaises, Paris, 1962. P. 238, 239, M. Waline, Le controle Juridictionnel de L'Administration, Le caire, P. 33 et s.=

والمقصود بالقضاء الموحد بهذا المعنى لا يعني نظام المحكمة الواحدة فقط، بل وحدة المنهج القضائي والقانوني بغض النظر عن تعدد المحاكم في الجهة القضائية في الدولة، فالمهم أنه يوجد على رأسها محاكم استئناف ومحكمة عليا الأمر الذي سيؤدي إلى توحيد القضاء، حيث تنظر هذه المحاكم المنازعات المختلفة ثم تكون هذه المحاكم العليا كرقابة عليا على هذه المحاكم بواسطة الطعن أمامها في تلك النزاعات، كما هو في فرنسا في جهة القضاء العادي، حيث توجد المحاكم التجارية والمدنية ثم محاكم الاستئناف أو التمييز ومحكمة النقض مما يجعل هناك توحيد لذلك القضاء في نهاية الأمر، وهو ذات الأمر بالنسبة لبلجيكا وأمريكا على المستوى الفيدرالي والتي تعتبر المحاكم الإدارية فيها كغيرها من المحاكم المدنية والتجارية خاضعة لرقابة تلك المحاكم العليا فتلك المحاكم المتفرقة والموزعة في أنحاء الدولة ستكون متوافقة وموحدة، بشكل مترابط في وحدة التعليل القانوني الذي يتم بواسطة هذه المحاكم العليا والتي تقيم الأحكام الصادرة عن هذه المحاكم⁽¹⁾.

= د. السيد خليل هيكمل، رقابة القضاء، المرجع السابق، ص 99 - 101: د. وهيب عماد، مجلس الدولة بين الإبقاء والإلغاء، دراسة مقارنة، 1992، ص 706: د. ماجد الحلو، المرجع السابق، ص 58، د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 9: د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 80، د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 95.

M. Walin, Droit administratif, Op. Cit., P. 20, 21.

(1)

المبحث الثاني

النظام «الأنجلوسكسوني» والقانون الإداري

بداية لا يوجد بذلك النظام - والذي يمثل الصورة الحية لنظام القضاء الموحد في إنجلترا والولايات المتحدة - ما يسمى بالقانون الإداري المعروف في فرنسا حالياً إلا أنه لا بد من التصدير بأن ذلك لا يعني عدم خضوع الإدارة في هذا البلاد للقانون، بل تخضع الإدارة للقانون بشكل عام - كما قدمنا - وتخضع للقضاء وللنظام كلما تضمنت تصرفاتها مساس أو تهديد بالحريات الشخصية⁽¹⁾.

بل إن الفقه الأنجلوسكسوني ينفر ويكن العداء والكره لفكرة القانون الإداري، وينظرون إلى مسألة الخضوع للقانون إنها يجب أن تكون من قبل الجميع سواسية، وأن القانون فوق الجميع وذلك هو مبدأ «سيادة القانون» عندهم⁽²⁾.

حيث يتضح بجلاء بمجرد دراسة أعمال بعض الكتاب للقانون الإنجليزي برأيهم الهجومية وغير الإيجابية وتارة العدواني تجاه النظم القانونية للقانون الإداري وذلك بزعامة دايسي (Dicey) حيث يلاحظ عدم ترددهم في انتقاد فرنسا والدول التي تطبق القانون الإداري حيث لا يعرف - عنده - سوى سيطرة وسيادة القانون والتي تعنى فقط المساواة

(1) A. De Laubadere, Traite de droit administratif, Op. Cit., P. 28.

(2) S. Flogatis, Administrative Law et droit administratif, Op. Cit., P. 33 et 34,

A. De Laubadere, Traite de droit administratif, Op. Cit., P. 28, M. Waline le controle, Op. Cit., P. 36, J. Constantinoff, Le recours contre L'administration dans la legislation et la jurisprudence anglaises, Paris, 1931, P. 15, G. Braibant, Op. Cit., P. 439.

ومن الملاحظ عن القانون الأنجلوسكسوني عموماً أنه يعتمد غالباً على القواعد العرفية ولا يعرف الاعتماد المطلق على فكرة السيادة المطلقة للقانون المبني على القواعد التشريعية البحتة كالنظام الفرنسي بشكل عام. حيث لم يتأثر في ذلك بالقانون الروماني كنظيره الفرنسي⁽²⁾.

وعلى أية حال - وعلى أثر التطورات الاقتصادية وسياسية التدخل - فقد حدث تطور كبير في القانون الإداري في النظام الأنجلوسكسوني وظهرت الحاجة ملحة للنظر للقانون الإداري على أنه ضرورة باتت ملحة سواء من جهة الحريات العامة أو لإيجاد حلول للمشكلات الاقتصادية المعقدة كما أعلن ذلك صراحة من قبل المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية عام 1941م. كما ظهر من خلال الكتابات الحديثة للفقهاء الأنجلوسكسونيين على رأسهم دايسي أيضاً الأهمية الحقيقية للقانون الإداري والبعد عن التحيز والعداء الذي كان قد أبداه في الطبقات الأولى لكتابات⁽³⁾.

وبالتالي فقد أضحت قواعد القانون الإداري واضحة الملامح في النظام الأنجلوسكسوني عموماً وقد ساعدت في وجودها أيضاً المحاكم العادية وإن كانت هذه القواعد مطبقة جنباً إلى جنب مع قواعد القانون الخاص وبشكل متساوي معه وتطبق على الإدارة والأفراد بلا تمييز أو تميز⁽⁴⁾.

مما يجعلنا نتفق والرأي القائل⁽⁵⁾ بوجود قواعد القانون الإداري في كل مجتمع منظم بغض الطرف عن كونها متميزة أو غير متميزة عن قواعد

(1) J. Constantioff, Op. Cit., P. 15, s. Flogaitis, Op. Cit., P. 36 et s. M. Waline Le controle, Op. Cit., 36. G. Brabant, Op. Cit., P. 439 et s.

(2) B. Schwartz, Le droit administratif americain, Paris, 1952, P. 5, 6.

(3) B. Schwartz, Op. Cit., P. 6-9, S. Flagaitis, Op. Cit., P. 37 et s.

(4) B. Schwartz, Op. Cit., P. 6-9.

(5) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 116، 117.

القانون الخاص وأن الخلاف الحقيقي لا يوجد إلا حول وجودها متميزة أو غير متميزة عن قواعد القانون الخاص وأن هناك ضرورة لوجود جهة قضائية مستقلة تختص بتطبيقه ومتخصصة في المنازعات المتعلقة به⁽¹⁾.

إلا أن هناك فرق مهم بين القاضي الذي ابتدع القانون الإداري الأنجلوسكوني والقاضي الذي أنشأ وابتدع القانون الإداري الموجود في فرنسا، فالقانون الإداري الفرنسي يعتبر من إبداع المحاكم الإدارية والتي تأسست خارج نطاق النظام القضائي العادي، بخلاف الوضع في البلاد الناطقة بالإنجليزية فالمحاكم العادية هي التي كان لها الدور الأساسي في خلق وإنشاء القانون الإداري فيها⁽²⁾.

وعموماً فإن من الواضح أن القانون الإداري الأنجلوسكوني في تطور مستمر من خلال التوجهات المختلفة في إنشاء محاكم متخصصة وهيئات إدارية، وإن كان لا يمكن القول بأنها تهدف للأخذ بنظام الازدواج القضائي والقانوني وذلك لكثرة المعارضة والاختلاف والعداء نحو هذا النظام ومحاولة الإبقاء على هيمنة القضاء العادي. إلا أن التوجه العام في البلاد الأنجلوسكونية قد يؤدي إلى ذلك الازدواج القضائي، لما يجري من تصعيدات تشريعية لسلطات الإدارة ونظمها وإتباع سياسات اقتصادية معينة فإن التساؤل أيضاً يثار نحو مدى إمكانية استمرار ذلك القضاء الواحد في إتباع ذات المنهج لاستقبال كافة القضايا المدنية والإدارية على حد سواء والمحافظة على تكامله إزاء هذا الوضع فهو ما زال عموماً يلتمس الخطوات والطور الأولى للقانون الإداري وفق المعنى المزدوج⁽³⁾.

وبالتالي فلا شك في التطور الذي حدث أخيراً في النظام الأنجلوسكوني

(1) وكما سيأتي توضيح هذه الإشكالية.

(2) B. Schwartz, Op. Cit., P. 8, 9.

(3) M. Waline, Le controle.. Op. Cit., P. 37, 38. E.S.Laso, Op. Cit., P. 491. G. Braibant, Op. Cit., P. 439 et s.

والذي جعل هناك العديد من المحاكم الإدارية المتخصصة التي أنشأت مع التطور الكبير في وجود فكرة القانون الإداري عموماً والذي أوجد نوعاً من مشاريع متنوعة لإصلاح ذلك النظام والتي وضعت حيز التنفيذ بل أوجدت نوعاً من التغييرات في النظام الإنجليزي بشكل عام⁽¹⁾.

ووجود العديد من المحاكم المتخصصة في البلاد الأنجلوسكسونية حالياً بشكل عام - في المجال الإداري يجعلها تقترب كثيراً من النظام القضائي والقانوني المزدوج⁽²⁾ وإن كان لا يزال بعيداً عن ذاك النظام الفرنسي لعدم وجود قاعدة تحدد مجاله ولعدم وجود محكمة عليا تختص به⁽³⁾.

E. S. Laso, Op. Cit., P. 491...

(1)

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 113 - 115.

(2)

د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 26.

(3)

المبحث الثاني

الملاحم والسماث الرئسية للنظام القضائي والقانوني

الموحد في إنجلترا وأمريكا

ففيما يلي تلك السماث العامة والتطبيقات الرئسية والملاحم المهمة لذلك النظام القضائي والقانوني الموحد في كل من إنجلترا وأمريكا كأمثلة بارزة له في مطلبين متتالين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

الملاحم والسماث الرئسية للنظام القضائي والقانوني

الموحد في إنجلترا

الفرع الأول

الأسس والمبادئ الفلسفية والتاريخية في إنجلترا وأثرها

في وحدة القضاء والقانون

تبين لنا مما سبق - أن إنجلترا لا تعرف القانون الإداري والقضاء الإداري بالمعنى المعروف في فرنسا، فليس بها ثمة قضاء إداري بهذا المعنى ويقضى نظامها الرقابي على أعمال الإدارة باختصاص كافة المحاكم العادية بالفصل في كافة المنازعات سواء كانت بين الأفراد أو بين الأفراد وجهات الإدارة، ولا يخرج أي نزاع من اختصاص تلك المحاكم وتلك هي القاعدة العامة في النظام

الإنجليزي. حيث يقضى القانون العرفي بالولاية العامة فقط للقضاء العادي وأن الجميع سواسية أمام ذلك القضاء وهذا القانون⁽¹⁾.

ويرجع ذلك في واقع الأمر إلى أسس واعتبارات مذهبية وتاريخية، حيث تعتنق البلاد الأنجلوسكسونية عموماً أفكار المذهب الفردي، الذي يجعل الفرد موضع الاهتمام والعناية، وهذا على الرغم مما هو سائد وفق هذا المبدأ الإنجليزي المعروف القاضي بعدم مسؤولية التاج وأعوانه من الإدارة المركزية، وأن المسؤولية تقع على الموظف شخصياً بحجة أن الملك لا يخطئ⁽²⁾.

ذلك لأن مصادر القانون الإنجليزي تعتمد على القانون الشائع الذي هو عبارة عن مجموعة القواعد العرفية والعادات والتقاليد التي تكونت من أطراد مجموعة الإجراءات وأحكام القضاء (السوابق القضائية)، والقواعد القديمة، والقواعد العامة في العدالة والإنصاف والتي كان لها دوراً هاماً منذ نهاية القرون الوسطى والتي تسمى بالشريعة العامة، باعتبارها شريعة الكل التي تطبقها محاكم الملك تمييزاً لها عن القوانين المدونة والرومانية والكنيسة، وتشمل قواعد القانون العام والخاص والتي طورتها محاكم القانون⁽³⁾.

هذا وأن الإنجليز قد اعتنقوا مبدأ الفصل بين السلطات، والذي كان يعني لديهم فقط الخضوع الوظيفي والاستقلال العضوي للسلطات، ولما كانت هناك ثقة في السلطة القضائية، والتي كانت يمثل أمامها الفرد العادي والإدارة على حد سواء مع فرض إرادتها على جميع أطراف النزاع بحياد واستقلال، علاوة على ما لمس من تحيز المجالس القضائية لصالح التاج

(1) A. De Laubader, Manuel Droit administratif, 13 Edition 1988, 15, 16, M. Waline, Le controle juridictionnel de administration, le caire, P. 33, S. Flagaitis, Op. Cit., P. 40 et s.

د. السيد خليل هيكل. المرجع السابق. رقابة القضاء، ص 116.

(2) M. Waline, Le controle, Op. Cit., P. 33, 34, S. Flagaitis, Op. Cit., P. 39 et s.

(3) د. عمر الشويكي. رسالته للدكتوراه، المرجع السابق، ص 529.

B. Schwartz, Op. Cit., P. 39 et s.

الإنجليزي على حساب القانون ومجاملة منها للإدارة، وقد كان هناك تمسك بناء على ذلك بإسناد مهمة الفصل في كافة النزاعات للقضاء العادي وبالتالي فمبدأ الفصل بين السلطات والذي ساد في كتابات الفلاسفة السياسيين في القرن الثامن عشر، والذي فسر في إنجلترا تفسيراً مقتضاه أن تقوم كل سلطة من السلطات الثلاث في الدولة (التنفيذية - التشريعية - القضائية) بوظيفة مختلفة ومستقلة عن الأخرى وتفسير مبدأ سيادة القانون على أساس ضمان المساواة بين الأفراد والإدارة أمام القاعدة القانونية بلا أدنى تمييز أو تفرقة. فذلك الذي أدى إلى رسوخ نظام القضاء والقانون الموحد في إنجلترا⁽¹⁾.

وإذا كان النظام الإنجليزي قد عرف نظام المجالس القضائية الملكية التي عهد إليها بمهمة الفصل في القضايا الإدارية ذات الأهمية الخاصة، إلا أن قيام ثورة (كروميل) وإعلان وثيقة الحقوق زادت من ثقة البرلمان والثقة بالمحاكم العادية وعليه فقد ألغيت هذه المجالس ونشأت رقابة على نشاط الإدارة يمارسها البرلمان إلى جانب المحاكم العادية. وهذا التاريخ يعد مهم للمركز المتميز والراسخ للبرلمان والمحاكم العادية والذي أدى إلى رفض كل فكرة نحو القضاء الإداري المتخصص⁽²⁾.

الفرع الثاني

بعض المبادئ الأساسية في القانون الإنجليزي وأثرها

في وحدة القضاء والقانون

لم تكن المحاكم العادية - كقاعدة عامة - مختصة بنظر الدعاوى المرفوعة ضد التاج، لأن المبدأ المقرر في القانون الإنجليزي هو عدم مسؤولية

(1) د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.

(2) د. محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها؛ د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 82؛ د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.

الإدارة عن أعمال موظفيها وأن المسؤولية تقع على الموظف شخصياً أو ضد إدارة محلية كالمقاطعات في إنجلترا⁽¹⁾ استناداً إلى أساسيين:

الأول: وهو أساس دستوري قديم مقتضاه أن الملك لا يخطئ، وبناءً على ذلك فهو لا يقرر الخطأ. ولكون الاتجاه الإنجليزي يخلط بين فكرة الدولة والتاج، ولكون أن التاج لا يخطئ فإن الدولة كذلك لا تخطئ، وعليه تنتفي مسؤوليتها عما يتسبب فيه موظفوها من أضرار للغير حال قيامهم بأداء مهامهم الوظيفية، وبالتالي فلا تحرك تجاهها المسؤولية التقصيرية.

الثاني: أن الفقهاء الإنجليز قد كيفوا طبيعة علاقة الموظفين بالإدارة على أنها علاقة تعاقدية تتخذ صورة الوكالة، ولكون أن الموكل لا يسأل عن تصرفات وأعمال وكيله إلا في حدود هذه الوكالة فإذا تجاوز الوكيل حدود هذه الوكالة فإن الوكيل وحده هو المسؤول عن هذا التجاوز. وعلى ذلك فإن الدولة لا تكون مسؤولة عن أعمال موظفيها التي تتضمن خطأ يسبب ضرراً للغير، لأن مثل هذه الأعمال لا تدخل في نطاق عقد الوكالة بين الموظف والدولة وتعتبر خارجة عنه، وبالتالي فإن المسؤولية تقع على كاهل الموظف المخطئ وحده دون الدولة لتجاوزة عقد الوكالة. وبالتالي يسأل الموظف أو المسؤولون عن أخطائهم كأخطاء ذاتية وشخصية⁽²⁾.

وإذا كان هذا هو المبدأ السائد قبل صدور قانون سنة 1947م، فإن هذا

(1) M. Waline, Le Controle.. Op. Cit., P. 33, 34 .

(2) J. Constantinoff, Op. Cit., P. 17-19.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 100، د. زكي النجار، مبادئ القضاء الإداري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، جامعة الأزهر، 1993م، ص 116، د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون الإداري في الإسلام والدولة الحديثة، دار النهضة العربية 1995م، ص 71، د. سعد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية (ط 2) عام 1987م، ص 379، 380، د. ماجد الحلو، المرجع السابق، ص 74، 75، عمرو حسبو، المرجع السابق، الرقابة القضائية، ص 96.

M. Waline, Le Controle.. Op. Cit., P. 33 et s.

المبدأ لم يكن هكذا بشكل مطلق بل وردت عليه بعض الاستثناءات التي خففت من حدته وضيقت من نطاق تطبيقه وذلك كالتالي:

- 1 - أن الدولة (الإدارة) مسؤولة في نطاق العقود التي تبرمها.
- 2 - أن الإدارة مسؤولة عن أعمال موظفيها العاملين في الهيئات المحلية لعدم ارتباطهم المباشر بالتاج. بل أن المشرع الإنجليزي قد عمد إلى تقرير استثناءات بالنسبة للعاملين في الإدارة المركزية ذاتها⁽¹⁾.

كما أن القضاء قد ساهم بدور إيجابي في تحديد وتحجيم المبدأ المذكور في أضيق نطاق ممكن. وقد حاولت المحاكم أن تتحايل على قاعدة أن الملك لا يخطئ بصور متعددة، إلا أن مجلس اللوردات قد وقف لها ضد هذه المحاولة بالمرصاد ورفض الإقرار بمسؤولية التاج، أي مسؤولية الدولة عن خطأ موظفيها، وأصر على أن المسؤولية تقع على الموظف الذي ارتكب الخطأ بصفته الشخصية. وبالتالي فالمبدأ الذي كان سائداً قبل صدور قانون 1947م المذكور يقضي بعدم مسؤولية الإدارة ولا يمكن للمتضرر رفع دعواه عليها مباشرة لتحريك مسؤوليتها بل يرفعها ضد الموظف نتيجة خطأ، حيث تقوم المحكمة - التي يثبت أمامها ذلك - بالحكم على الموظف الذي يلتزم بالدفع من ماله الخاص. وإن كان العرف قد جرى على أن الدولة هي التي تدفع التعويض من باب الشفقة والرحمة بالموظف⁽²⁾.

(1) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 101. د. سعد الحكيم، المرجع السابق، ص 379. 380؛ زكي النجار، المرجع السابق، ص 117؛ د. أحمد عبد الملك قاسم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الحكمة اليمنية، ص 169.

M. Waline, Le Controle.. Op. Cit., P. 34.

(2) د. سعد الحكيم، المرجع السابق، ص 379، 380؛ د. زكي النجار، المرجع السابق، ص 117.

وعلى الرغم من ذلك فإن دور القضاء والفقهاء لا يمكن إنكاره في التوسع في هذه الاستثناءات وفي الحد من هذا المبدأ إلى درجة القول بأن المبدأ المذكور قد تحول نحو إقرار المسؤولية لا العكس بل زادت الاستثناءات التي أدخلها القضاء وأوردها المشرع على المبدأ المذكور حتى انتهى التطور إلى إقرار مبدأ المسؤولية الإدارية بموجب القانون رقم 1947⁽¹⁾.

● مسؤولية الإدارة في ظل قانون سنة 1947م:

فقد صدر القانون المذكور في ديسمبر 1947م وبدأ تنفيذه في أول يناير 1948. ويمكن القول إن القانون المذكور قد أحدث تغييراً جذرياً فيما يتعلق بمسؤولية التاج عن أعمال موظفيه حيث أقامها على ذات الأسس التي تقوم عليها مسؤولية الأشخاص الطبيعيين العاديين الكاملين الأهلية، بل ويمكن القول بأن القانون المذكور قد قرر مبدأ المسؤولية الإدارية بشكل عام وأرسى دعائمه⁽²⁾.

فقد أورد القانون السالف البيان ثلاث صور - هي على سبيل المثال لا الحصر - من صور المسؤولية التي قد تثار ضد الدولة وهي كالتالي⁽³⁾.

1 - المسؤولية عن أعمال الموظفين والهيئات:

حيث أعطى القانون المذكور للشخص الذي أصيب بضرر نتيجة تصرف أي موظف أو هيئة عامة الحق في اللجوء للقضاء طالباً جبر الضرر الذي

(1) د. سعد الحكيم، المرجع السابق، ص 381، 872؛ د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 102؛ د. زكي النجار، المرجع السابق، ص 117.

(2) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 84؛ د. سعد الحكيم، المرجع السابق، ص 382؛ د. محمود حافظ، المرجع السابق، نفس الموضع.

E.S. Laso, Op. Cit., P. 39, 494.

(3) د. يحيى الجمل، المرجع السابق، نفس الموضع؛ د. سعد الحكيم، المرجع السابق، نفس الموضع.

E. S. Laso, Op. Cit., P. 439, 494.

لحق به وأن يوجه دعواه ضد الدولة، أي ضد الحكومة المركزية صاحبة الشأن في العلاقة المعروضة على المحاكم. ويحق له توجيه الدعوى إلى النائب العام إذا كان هناك شك حول مسؤولية هذه الجهة أو تلك أو كانت جهة الإدارة التي يريد الشخص مقاضاتها غير معلومة له.

2 - مسؤولية المتبوع عن خرق أي التزام نحو تابعية؛

فبمقتضى قانون سنة 1947م أصبحت الدولة مسؤولة قانوناً إذا أضرت بموظف نتيجة خطأ منها حيث لم تكن الدولة قبل القانون المذكور مسؤولة عن أي حقوق تجاه الموظف حتى بالنسبة لمرتبة الذي يعتبر منحة من التاج إذا شاء منحها أو منعها، بل إن بقاء الموظف في وظيفته أمر متروك أيضاً لإرادة التاج من الناحية القانونية إلا أن أحكام القضاء تتجه نحو التكييف الجديد الذي صرح به القانون المذكور وجعل الموظف العام يجد سند حمايته واستقراره في نصوص هذا القانون لا في مجرد ما يجري عليه العمل.

3 - مسؤولية المالك عن خرق أي واجب يلزمه به القانون؛

حيث قرر القانون 1947م مسؤولية الدولة باعتبارها مالكة للمال العام ومسيرة للمرافق العامة مثلها مثل المالك الخاص الذي يسأل حال تسببه بالإضرار بالغير نتيجة إدارته لأملكه.

فقد أدى القانون المذكور إلى تطور كبير في مجال تكييف طبيعة العلاقة بين الموظف والدولة وأدى إلى رفض فكرة أنها علاقة تعاقدية وإلى رفض فكرة أن التاج يستطيع أن يبقى الموظفين أو يعفيهم من مناصبهم أو أن يمنحهم رواتبهم أو يخفضها أو يمنعها نهائياً. وإن كان القانون لم يتحدث عن تلك التطورات صراحة إلا أنها قررت بواسطة القضاء من خلال أحكام المسؤولية التي نص عليها القانون المذكور.

الفرع الثالث

المحاكم الإنجليزية واختصاصاتها وسلطاتها المختلفة وأثرها

في وحدة القضاء والقانون

تعتبر محاكم القانون (المحاكم المدنية) هي الجهة القضائية الأساسية التي تقوم بمهمة السلطة القضائية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالقانون طبقاً للشرعية العامة الإنجليزية والقوانين المدونة التي جاءت في مرحلة لاحقة، والتي تقوم المحاكم بتفسيرها وتطبيقها على ما يعرض أمامها. وتختص هذه المحاكم بالنظر في كافة القضايا الجزائية والمدنية والرقابة على أعمال الإدارة، فالمحاكم المدنية في إنجلترا هي صاحبة الاختصاص الأصلي في ممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة أي كافة المنازعات الإدارية إلغاءً أو تعويضاً سواء كانت تلك الأعمال ذات طابع قضائي أم تشريعي، وتعرف محاكم القانون بمحاكم القضاء العالي أو محاكم الشريعة العامة، وتتمثل في مجلس اللوردات بصفته أعلى محكمة قانون، تليه محكمة الاستئناف ثم محكمة العدل العليا بصفتها محكمة أول درجة في محاكم القضاء العالي، وتعتبر دائرة الطعون بالمحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص الأصلي بالرقابة على قرارات الإدارة العامة بصفتها المحكمة الابتدائية⁽¹⁾.

وقد تم إنشاء محاكم خاصة بالإدارة في إنجلترا وذلك بواسطة قوانين برلمانية. وعموماً فهي ليست محاكم الشريعة العامة الإنجليزية والمعروفة بمحاكم القانون كما سبق، وإنما هي نوع من المحاكم الخاصة أو غير العادية التي تنشأ بموجب قوانين خاصة. وتعتبر هذه المحاكم خاصة بالإدارة لأنها

E. S. Laso, Op. Cit., P. 491 et s.

(1)

د. عمر الشويكي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 11 - 15؛ د. سعد الحكيم، المرجع السابق، ص 377 - 378.

تكون جزءاً من خطة الوزارة الإدارية التي يسأل عنها الوزير أمام البرلمان، وإن كانت المسائل التي تنظرها هذه المحاكم يغلب عليها الطابع الإداري إلا أنه ليس من الحتمي أن تكون كلها من المنازعات الإدارية، فقد يحدث أحياناً إنشاء محكمة خاصة ولا يكون لها شأن المنازعات الإدارية المعروفة بمصر وفرنسا، كالمحاكم التي تنشئ خصيصاً للنظر في المنازعات المتعلقة بإيجارات المساكن في إنجلترا⁽¹⁾.

وبالتالي فالإدارة في إنجلترا تمارس اختصاصاً قضائياً في كافة مجالات النشاط الإداري والاقتصادي والاجتماعي من خلال عدد كبير من المحاكم الخاصة بالإدارة يزيد عددها على ألفي محكمة والتي تعتبر أدنى درجة من محاكم القانون⁽²⁾.

ويملك القاضي الإنجليزي - كقاعدة عامة - سلطات واسعة المجال في مواجهة الإدارة تفوق تلك السلطات التي يمتلكها القاضي في النظام الفرنسي، فالقاضي الإنجليزي لا يملك فقط رقابة المشروعية على أعمال الإدارة وأحقية في الحكم بإلغائها. بل ويمكن له أن يتناول قطعاً ملاءمتها بل تصل إلى حد توجيه الأوامر المكتوبة إلى الإدارة بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل أو تعديل أعمال قامت بها، ويملك أيضاً الحكم على الموظف بعقوبة جنائية إذا رأى فعله يكون جريمة والحكم بالتعويض إذا توافرت أركان المسؤولية، بل تشبه - إلى حد بعيد - هذه السلطات التي يملكها القاضي

(1) د. عمر الشويكي، رسالته للدكتوراه، المرجع السابق، ص 112، 113؛ والذي نقله عن د. يحيى الجمل، بعض ملامح تطور القانون الإداري في إنجلترا، ص 124، 125 وعن:

Wade, H.W.R., Admin. Law, P. 744.

E.S. Laso, Op. Cit., P. 491 et s., M. Waline, Le Controle... Op. Cit., P. 34.

(2) د. عمر الشويكي، رسالته للدكتوراه، المرجع السابق، ص 530.

E.S. Laso, Op. Cit., P. 491 et s.

هذا ولا يفرق القضاء الإنجليزي في سلطاته المذكورة على الإدارة بين القواعد التي يطبقها عليها أو القواعد التي تطبق على الأفراد العاديين. فالقاعدة في النظام الإنجليزي هي سيادة القانون والجميع أمامه سواء بلا تفرقة بين حاكم أو محكوم أو بين السلطات الإدارية المختلفة والأفراد والجهات الخاصة عموماً على النحو السالف البيان.

ومما هو جدير بالذكر أن القاعدة العامة في النظام الإنجليزي هي خضوع كافة قرارات الإدارة العامة لرقابة القضاء، سواء كانت ذات طابع تشريعي - (أنظمة أو لوائح) أم قضائي اللهم إلا امتيازات التاج وإن كانت ليست كلها من قبيل الأعمال التي تتحصن ضد رقابة القضاء، فأعمال السيادة مثلاً وإن كانت لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة مواطن بريطاني أو أي فرد من دولة صديقة يقيم على أرض تخضع للتاج، فإن الأعمال التي تقع خارج الأراضي الخاصة للتاج يمكن إثارة الدفع بأعمال السيادة في وجه الغير دون البريطاني، حيث تعني أعمال السيادة في إنجلترا أنها ذلك العمل الذي يصدر عن التاج بصفته عملاً سياسياً متعلق بدولة أجنبية أو بأحد الأفراد الذين لا يؤدون واجبات الطاعة للتاج. كما يخرج على سبيل المثال أيضاً عن رقابة القضاء القرارات الصادرة بشأنها نصوص خاصة تحصنها من تلك الرقابة⁽²⁾.

(1) M. Waline, Le controle... Op. Cit., P. 34, 35, 36, E.S. Laso, Op. Cit., P. 493, 494, M. Walin, Droit administratif, Op. Cit., P. 27.

د. السيد خليل هيكل، رقابة القضاء، المرجع السابق، ص 119، 120: د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 103، 104: د. محمد بدران، المرجع السابق، ص 63: د. ماجد الحلو، المرجع السابق، القضاء الإداري، ص 74: د. عمرو حسبو، الرقابة، المرجع السابق، ص 96: د. حسين عثمان، المرجع السابق، ص 48: د. عمر الشويكي، المرجع السابق، ص 530: د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 17: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون الإداري، المرجع السابق، ص 71، 72: د. عبد القادر باينة، القضاء الإداري، الأسس العامة للتطور التاريخي، 1988، ص 56: د. عبد الملك أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 170.

(2) د. عمر الشويكي، رسالته الدكتوراه، المرجع السابق، ص 110، 111، 529.

المطلب الثاني

الملامح والسمات الرئيسية للنظام القضائي والقانوني

الموحد في أمريكا

لا يختلف الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية كثيراً عما هو سائد عموماً في إنجلترا، حيث تختص المحاكم العادية بنظر كافة المنازعات على حد سواء أي المنازعات الإدارية أو المدنية. حيث يعتق النظام الأمريكي ذات الأسس القانونية والاتجاهات الفكرية السائدة في إنجلترا. فمن غير المعروف فيها نظام ازدواج القضاء فلا توجد إلا جهة قضائية واحدة هي جهة القضاء العادي، وتطبق على كافة المنازعات قواعد قانونية واحدة أي على الإدارة والأفراد على حد سواء. اعتناقاً لذات مبدأ سيادة القانون السائد في إنجلترا⁽¹⁾.

وإن كان هناك بعض الاختلافات كوجود دستور جامد في أمريكا بخلاف إنجلترا كما وأن هناك تنوع في الأنظمة والتشريعات في كل ولاية إلا أنه يتشابه مع التشريعات الفيدرالية والتي يعتمد عليها في المبادئ والتحليلات باعتبارها الأصل لكل التشريعات في الولايات المختلفة⁽²⁾.

ويتشابه بناءً على ذلك النظام الأمريكي في اعتناقه كثير من المبادئ الأساسية مع تلك السائدة في إنجلترا مثل مسؤولية الموظف الشخصية عما يسببه من أضرار للغير، ومبدأ عدم مسؤولية الدولة وتلك المبادئ قد خضعت لذات التطور وتلك الاستثناءات التي وردت عليها في إنجلترا بل أن ذلك

E. S. Laso, Op. Cit., P. 494.

(1)

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 104؛ د. أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، ص 137.

E.S. Laso, Op. Cit., P. 494, 595.

(2)

يلاحظ أيضاً من خلال أن القاضي الأمريكي يتمتع بذات السلطات الواسعة التي يتمتع بها القاضي الإنجليزي تجاه الإدارة من إصدار أوامر مكتوبة إلى الإدارة يعمل شيء أو بالامتناع عنه أو بتعديل قراراتها فتلك المبادئ قد ورثتها الولايات المتحدة وتلقته عن القانون العام العرفي الإنجليزي منذ عهد الاستعمار⁽¹⁾.

ويلاحظ أن المحاكم الأمريكية أو السلطة القضائية الفيدرالية مكونة من ثلاث طبقات من المحاكم. أولها: محاكم المقاطعات. وثانيها: محاكم الاستئناف. وثالثها: المحكمة العليا. وذلك خلاف المحاكم الأخرى كمحكمة الضرائب والهيئات والمحاكم المتخصصة⁽²⁾.

وإذا كانت الدعاوى لا ترفع ضد الدولة كقاعدة عامة في أمريكا، إلا أن ذلك لا يرجع لذات السبب الحاصل في إنجلترا أي بناءً على قاعدة أن الملك لا يخطئ بل لأن مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها لا تكون إلا حسب العدالة وبقدرها، ولأن الدولة لا يمكن استجوابها فلا تقاضي بالمسؤولية أمام المحكمة وأن السلطة التشريعية فقط هي التي يمكنها أمر الدولة بسداد ديونها⁽³⁾.

وعموماً وردت في أمريكا على مبدأ عدم مسؤولية الدولة استثناءات لطفت من حدته وفتحت الباب أمام الأفراد لمساءلة الدولة والحصول على تعويض جابر لما أصابهم من ضرر، حيث أنشأت العديد من المنظمات الإدارية والتي تأخذ مسمى المجالس الإدارية، كما أن هناك محاكم الطلبات التي لها أيضاً اختصاصها القضائي والذي بلغ عددها من الكثرة ما جعل هناك

(1) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 104، 105؛ د. أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، نفس الموضع.

M. Waline, Le controle... Op. Cit., P. 36, M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 72

E.S. Laso, Op. Cit., P. 495 et s... (2)

M. Waline, Le controle... Op. Cit., P. 35. (3)

العديد من المشكلات. وكل هذا بمقتضى قوانين خاصة (Statutes) كان ينظر إليها على أنها استثناءات على المبدأ العام المذكور والقاضي بعدم مسؤولية الدولة، وهذه الاستثناءات على المبدأ العام المذكور قد بلغت حداً من الكثرة أدى إلى طغيانها على القاعدة العامة المذكورة وبالتالي فقد أدى ذلك كله إلى صدور قانون مهم سنة 1946 والذي وضع حداً لهذا الوضع الشاذ وغير المنطقي إذ أنه أعلن مبدأ مسؤولية الدولة وهو القانون الاتحادي لدعاوى أو طلبات المسؤولية «The federal torts claims act» وبالتالي فقد جد هذا القانون نقطة تحول بارزة في هذا الصدد بل وبداية لمرحلة جديدة في مجال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾.

كما أن النظام الأمريكي كالإنجليزي عموماً تكاد تكون له نقطة بداية جد مختلفة عن ذلك النظام الفرنسي وذلك من ناحية عدم تأثره بالقانون الروماني، فيلاحظ أن القانون الأمريكي لم يسبق له إعمال قواعد السلطة المطلقة المعروفة في الأنظمة الأخرى والتي تركز على مبادئ وأوليات القانون الروماني، فالقانون الأمريكي قام أساساً بناءً على المشكلات التشريعية القائمة وكان ذلك يتم من خلال فحص نقاط التشريع المهمة وعناصرها⁽²⁾.

عموماً لا يخفي ما حظي به القانون الإداري الأمريكي من تطور إلى حد كونه أصبح قانوناً قضائياً شبيهاً بنظيره الفرنسي إلا أن الأول قد نما ونشأ في ظل المحاكم العادية والتي كانت تقوم بخلقة وإبداعه جنباً إلى جنب مع قواعد القانون الخاص وبلا تمييز عنه، كما أنه لم ينشأ ليكون قانوناً يخص الإدارة ويتعلق بها كما هو الحال في القانون الإداري الفرنسي بل تخضع الدولة وكافة السلطات الإدارية في أمريكا لنفس القانون ولذات

(1) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 105، 106.

E.S. Laso, Op. Cit., P. 495, 496 et s.

(2) B.Schwartz, Le Droit administratif Americain, Nation generales, Paris, 1952, P. 596.

المحاكم شأنها شأن الأفراد العاديين، كما أن الفرد الذي يكون ضحية لعمل إداري غير مشروع لا يجد أمامه سوى رفع دعواه إلى المحاكم العادية⁽¹⁾.

ومما هو جدير بالذكر أن مبدأ الفصل بين السلطات في أمريكا لم ينشأ على النحو المعروف في فرنسا أي بسبب النزاع بين البرلمانات القضائية والإدارة، لأنه لم تكن البرلمانات القضائية التي كانت سائدة في فرنسا موجودة بذات الوضع في أمريكا، فالمحاكم العادية في أمريكا هي التي واستمرت الرقيب على كافة أعمال الإدارة⁽²⁾.

ولا شك أن الاستثناءات التي وردت على مبدأ المسؤولية السالف الذكر وتطورها كان مرتبطاً أيضاً بتطور آخر موازي له، هو تطور المحاكم الخاصة بالإدارة والمنازعات الإدارية على الأخص منازعات التعويض ومطالبات الدولة عنها، كما أن المبدأ القاضي بعدم إمكانية مقاضاة الدولة أو استجوابها وأن السلطة التشريعية هي فقط التي تقرر هذا الدين وتقضى به لقي تطوراً كبيراً أدى إلى إنشاء ما يعرف بمحاكم الطلبات «Courts of claims»⁽³⁾.

وذلك لأن تلك المجالس التشريعية قد عجزت وأعلنت عدم قدرتها على مواجهة وتحليل تلك الالتماسات والطلبات التي كانت تقدم إليها والتي يطلب أصحابها فيها تعويضات ما، ومن ثم فقد تم تكليف هيئات لدراسة وتحليل هذه الطلبات وتقديم تقارير عنها لتلك المجالس، وهذه الهيئات أصبح لها شكل قضائي وعرفت باسم محاكم الطلبات، وبالتالي فلم تكن هذه الهيئات أو تلك المحاكم لها سلطة قضاء حقيقية في بداية إنشائها وإنما كان دورها استشاري وليس كقضاء حقيقي لاقتصاره على مجرد تقديم اقتراحات وتقارير لهذه الجمعيات والمجالس التشريعية والتي كانت تخضع لها محاكم

B. Schwartz, Op. Cit., P. 879. (1)

B. Schwartz, Op. Cit., P. 10-21. (2)

M. Waline, Le controle...Op. Cit., P. 35, E.S. Laso, Op. Cit., P. 496 et s. (3)

الطلبات خضوعاً تاماً، وإن كانت قد تطورت شيئاً فشيئاً حتى عرفت هذه المحاكم سلطات قضائية حقيقية للبت في طلبات التعويض المقدمة إليها ضد الدولة إلا أن لا يمكن اعتبارها محاكم إدارية مستقلة لكون أنها تخضع في نهاية المطاف لرقابة المحاكم العليا كرقابة نقض واستئناف وإن كانت محاكم إدارية متخصصة⁽¹⁾.

(1) M. Waline, Le controle...Op. Cit., P. 35, 36, E.S. Laso, Op. Cit., P. 496 et s.

د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 32 وما بعدها.

الفصل الثاني

النظام القضائي والقانوني المزدوج

Le system de dualite de juridictions et des droits

ففي مقابل النظام القضائي والقانوني الموحد، هناك نظام ازدواج القضاء والقانون والذي له مدلول وسمات تختلف عن النظام الموحد (مبحث أول) وتعتبر فرنسا مهد النظام المزدوج في العصور الحديثة (مبحث ثاني) وتعتبر الشريعة الإسلامية هي الأسبق في اعتناق ذلك النظام (مبحث ثالث).

المبحث الأول

الملامح الرئيسية للنظام المزدوج⁽¹⁾

نظام ازدواج القضاء والقانون يعني في المقام الأول استقلال نظام القضاء الإداري (Système de juridiction administratif) بشكل تام عن السلطة التنفيذية وعن القضاء العادي في مختلف درجات التقاضي وبمعنى أنه جهة قضائية لها محاكمها المتنوعة وتشكيلها الخاص بها ولها محاكم نقض أو استئناف مستقلة عن محكمة النقض التي على رأس القضاء العادي. كما يختص بنوع معين من المنازعات يطلق عليه المنازعات الإدارية والتي يطبق عليها قانون آخر مستقل وخاص ومختلف عن قواعد القانون المدني ألا وهو القانون الإداري، وبالتالي فخضوع المحاكم الإدارية للقضاء العادي في الدولة في أي مرحلة من مراحل التقاضي ينتفي مع النظام القضائي المزدوج بالكلية.

فبجوار ذلك القضاء الإداري والمميز بشكله السابق للنظام القضائي

(1) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Contentieux administratif, J. Rivero, Droit administratif Dalloz 1990, P. 22 et P. 17 et s, Cinquieme edition 1990, P. 181. A. De Laubadere, Traité de Droit administratif, Op. Cit., P. 28, 29 M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 20, 21, G. Braibant, Op. Cit., P. 442 et s, J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 111 et s, P. 293 et s, M. Duverger, Les institutions françaises, Paris, 1962, P. 238 et 239, G. Peiser, Droit administratif, Op. Cit., P. 5, 6 et s.

د. وهيب عياد سلامة، مبادئ القضاء الإداري، ج 1، 1988، ص 183؛ د. عوايدي عمار، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها؛ د. ماجد الحلو، القضاء الإداري، 1985، ص 78؛ د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 122؛ د. محمد رفعت عبد الوهاب، د. فرانس عبد الباسط، محاضرات في القضاء الإداري، ط 1، 1988، ص 104، 105؛ د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول 1986، ص 25 وما بعدها؛ د. يحيى الجمل، المرجع السابق، 1986، ص 91 وما بعدها.

المزدوج يوجد جهة القضاء العادي بدرجات التقاضي الخاصة بها وعلى رأسها محاكمها العليا الخاصة بها، تطبق قواعد مختلفة وهي قواعد القانون العادي، ودون أن تكون هناك إمكانية أو مجال لتوحيد ذلك القضاء مع ذاك حيث توجد بينهما فواصل محكمة. ففي فرنسا، محاكم القضاء العادي بدرجاتها المختلفة والتي تطبق قواعد القانون الخاص أو العادي وعلى رأسها محكمة النقض، ومحاكم القضاء الإداري بدرجاتها المختلفة وتطبق قواعد القانون الإداري المستقلة والمختلفة عن قواعد القانون الخاص وعلى رأسها محكمة عليا رقابية وهي مجلس الدولة وهذا ما يعرف بنظام ازدواج القضاء والقانون.

المبحث الثاني

فرنسا مهد النظام المزدوج في العصور الحديثة

(نشأة وتطور القضاء الإداري واختصاصاته)

تمهيد :

تعتبر فرنسا هي مهد ذلك النظام وهي موطنه الأم في العصور الحديثة، ولكي نتعرف على تفاصيل مدلول ذلك النظام وسماته العامة الرئيسية وأثر ذلك في نشأة وتطور القضاء الإداري واختصاصه، لا بدّ من معرفة أسس ونشأة ذلك النظام معاً وظروف نشأته المختلفة والتي هي الأساس الأول لاختصاص القضاء الإداري بل والمؤثر الأول فيه بل وعلى مفكره في فرنسا بشكل عام وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الأسس التاريخية والسياسية وأثرها في نشأة

القضاء الإداري في فرنسا

الفرع الأول

النظام القضائي قبل الثورة الفرنسية وأثره في

نشأة القضاء الإداري في فرنسا⁽¹⁾

فقد وسمت الفترة السابقة على اندلاع الثورة الفرنسية عام 1789 من

(1) G. Vedel et P. Delvolle, Op. Cit., P. 117 et s. M. Walin, Droit administratif, Op. Cit., P. 24.

قبل الفقه عموماً⁽¹⁾ بأنها ذات فساد في أجهزتها الإدارية والقضائية بشكل عام حيث كانت المحاكم القضائية والتي يطلق عليها (les parlements) تتدخل في أعمال الإدارة بشكل متكرر وزائد عن الحد مما يعوق أعمالها وأنشطتها المختلفة، وهذا هو السبب الأول كأساس تاريخي لنشأة القضاء المزدوج في فرنسا ونواته الأولى تاريخياً والذي قامت على أنقاضه فكرة الفصل بين السلطات القضائية والإدارية ومن ثم نشأة وتطور القضاء الإداري الفرنسي وانفصاله عن القضاء العادي والأساس الأول الذي أدى إلى منع السلطات القضائية من التعرض للأعمال الإدارية وحرمانها من نظر المنازعات الإدارية عموماً.

وفي حقيقة الحال فإن ذلك كان نتاج تطور لأحداث تاريخية طويلة وبعيدة المدى. ومن نافذة القول محاولة معرفة أصولها وجذورها التاريخية والتي تمتد إلى ما قبل الثورة الفرنسية والتي كانت تهدف إلى نزع السلطة والسيادة من الملك وردها للشعب والأمة الفرنسية⁽²⁾ ولكن هذا الامتداد لا ينبغي النظر إليه أكثر من أنه الأسباب التاريخية العدوانية السالفة الذكر ولا تشكل امتداداً تاريخياً للقضاء الإداري بمفهومه المتقدم⁽³⁾.

فلا نكران لوجود محاكم إدارية في الفترات السابقة على الثورة الفرنسية أي في ذلك المنهج القديم، وتختص بالبت في الأمور الإدارية، ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر، المحاكم المختصة بالحسابات، (chambres

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 24, 25, G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 116, 117, A.D Laudadere, Manual..., Op. Cit., P. 40, J.M. Auby et R.Drago, Op. Cit., P. 293 et s, M. Letourneur et Meric, Conseil d, Etat et Juridictions administration, Paris 1955, P. 8 et s, J. Rivero, Op. Cit., P. 173 et s.

(2) L. Tratabas et p. Isoart, Manuel de Droit public et administratif, Paris, 1982, Vingtieme Edition, P. 17.

(3) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 21 et s. G. Peiser, Contentieux administratif, dalloz 1990, P. 1.

(des comptes) أي غرف الحسابات والتي كانت سائدة منذ 1309م، وهناك محكمة الإعانات أو المساعدات (une cour des aides) منذ ما قبل عام 1413م والتي كانت تختص بمسائل معينة في الضرائب وطعون الممولين، واختصاصات أخرى أقل أهمية. وكمحكمة استئنافية لغيرها من المحاكم ذات الأقضية الصغيرة الأخرى ومن ذلك أيضاً محكمة النقود (une cour des monnaies) والتي كانت قبل عام 1551م والتي كانت تختص بقضايا نزاعات سك النقود وغيره من المحاكم الإدارية والمنازعات الإدارية كتلك المتعلقة بغرفة الخزينة أو الأملاك في نهاية القرن الرابع عشر. علاوة على اختصاص بعض الهيئات الإدارية والتي كانت تختص بقضايا الموظفين⁽¹⁾ وهي هيئات خاصة من قبل الملك، إلا أن هذا كله لا يمكن اعتباره جهة قضاء إداري بمفهومه الحالي⁽²⁾.

فإذا كان من الممكن إيجاد أصول للقضاء الإداري في النظام القديم السابق على الثورة والمتمثل في مجلس الملك (concil du roi) والذي كان قديماً يمارس نوعاً من القضايا الإدارية كما سبق إلا أن القضاء الإداري الحديث لم يولد إلا في نهاية القرن الثامن عشر ومع الثورة⁽³⁾.

فقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي⁽⁴⁾ إلى أن بعض المفكرين ذهبوا إلى الخلط بين المفهومين، فلا يكفي اليوم وصف الإدارة بالقضاء إلا إذا كان هذا القضاء يملك البيت في الأمور الإدارية، كما يجب أن ينتمي هذا القضاء إلى جهة قضائية مختلفة ومستقلة عن المحاكم العادية.

فالمفاهيم التي تتعلق بفرنسا القديمة مختلفة عن المفاهيم الحالية

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 22, 23, J. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 293-295.

(2) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 22, 23.

(3) G. Braibant, Op. Cit., P. 436, 437.

(4) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 22, 23.

عموماً، فالقضاء العالي (البرلمانات)، لم تكن نفسها خاضعة لرقابة النقض، بل أن هذا الأخير لم يكن مثل قضاء النقض الحالي. فلا يوجد بفرنسا القديمة قانون مدني عام لكل نواحي فرنسا، بل كانت أعراف على مستوى النطاقات والتطبيقات الإقليمية الواسعة، وأن البرلمانات القضائية كانت موزعة في فرنسا كمحاكم الاستئناف حالياً تطبق تلك الأعراف المختلفة والتي تختلف من برلمان إلى آخر، ففكرة محكمة النقض التي على قمة الهرم القضائي كفكرة لتوحيد القضاء فكرة حديثة وتذكر بظهور الثورة الفرنسية فقط.

فالملاحظ إذن أن بعض المحاكم يتم البت من قبلها في بعض الأمور الإدارية إلا أنه يتم استئناف أحكامها أمام البرلمانات، على سبيل المثال كما في حالة غرفة الخزينة. فلا يمكن اعتبار ذلك جهة قضاء مستقلة على الرغم من البت من قبلها في بعض الأمور الإدارية، علاوة على أن المبدأ السائد عموماً للتنظيم القضائي الفرنسي قديماً يظهر فيه أنه غير قابل للتوافق مع فكرة جهتين للتقاضي، فالمبدأ أن أي عدالة تأتي من الملك أو تكون صادرة عنه (Toute Justice émanait du Roi) فبصفته الحاكم الأعلى وكل الأحكام الصادرة بفرنسا تصدر عن سلطة الملك القضائية، باعتبار أنه الحاكم الأعلى والوحيد، ولا تفلت أي قضية من رقابته العليا، حيث يمكن للملك بنفسه النظر في أي قضية والحضور فيها في البرلمان بحضور مستشاريه. فيمكن إحالة ملف القضية إلى قصر الملك أو إرسال وكلاءه إليها، وعموماً فإن تصرفات الملك كانت تشتت أمور الاختصاص القضائي بوجه عام، وهو ما يمكن القول معه بأن هذا كله غير متوافق مع فكرة ازدواج القضاء أو فكرة وجود جهتين للقضاء حقيقتين لأن الملك كان بإمكانه توحيد القضاء بسلطته العليا في كافة المحاكم بل وفي تشكيلها في النظام القديم وإن كان من الممكن القول بوجود محاكم للبت في الأمور الإدارية وأخرى للبت في أمور القانون الخاص⁽¹⁾.

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 23, 24, G. Vedel et P. Delvolle, Op. Cit., P. 117, 118

وبالتالي فالأسباب الرئيسية لتوزيع المحاكم بين جهتي القضاء. المعروف حالياً لا يرجع إلى ذلك النظام الإداري القديم، بل هو نتاج أولى لمجموعة من الأحداث التاريخية التي توالى في القرن الثامن عشر والتاسع عشر، والتي كانت نواتها سوء حال البرلمانات القضائية وسلطاتها في مواجهة الإدارة الملكية فالقضاة مثلاً كانوا لا يتسلمون رواتبهم كما هو الشأن حالياً، بل كان مصدر رزق هؤلاء القضاة البرلمانيون وكلاء الملك (أمناء ومبعوثيه) لا يتأتى إلا كلما كلف أي منهم بقضايا معينة، كما كان لهؤلاء القضاة البرلمانيون قدر كبير من السلطات الاجتماعية الحقيقية علاوة على ترابطهم الاجتماعي وكونهم من طبقات اجتماعية مميزة ممّا كان لهذا أثره وقوته في مقاومة السلطات الملكية، والتي استمرت خلال حكم الملك لويس الخامس عشر والسادس عشر، وقد زادت تلك البرلمانات عموماً في إظهار تلك المقاومة خصوصاً بعد أن استمرت المنازعات بشكل دائم بين المحاكم ووكلاء الملك وبين البرلمانات ممّا أدى إلى التعارض والتناقض في الأحكام في القضية الواحدة، وكان الملك من أجل الدفاع - عن هؤلاء الوكلاء - يستدعى ملف الدعوى لمجلسه وبصفة عامة كانت هذه البرلمانات في حالة حرب حقيقية مع هؤلاء محاولة بكل جهدها التدخل وإعاقة الإدارة ممّا أدى إلى أن أحد أهم وأول أعمال الجمعية التأسيسية للثورة الفرنسية عام 1790م كان هو إلغاء هذه البرلمانات والتي كانت حتى عام 1789م تعارض أي تعديل مقترح من طرف السلطة الملكية وكانت في حالة استبسال للدفاع عن امتيازاتها⁽¹⁾.

وعلى أية حال فإن ذلك التاريخ الحافل بالفساد والفوضى في ذلك النظام السائد والذي كان مضطرباً للغاية وعلى الأخص لدى عجز الملك عن التقدم أو الرقي بأي إصلاحات ممكنة في النظام القائم ولارتباك السلطات في يده وعلى الأخص تجاه تلك البرلمانات القضائية أدى إلى اندلاع الثورة الفرنسية عام 1789م التي ألغت هذه البرلمانات ومجلس الملك ووضعت

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 24, 25, G. Vedel et P. Delvolle, .Op. Cit., P. 117 et s.

العديد من الضوابط واللوائح التشريعية فهذا هو الأساس التاريخي والأول لنشأة القضاء الإداري⁽¹⁾ فلا يمكن اعتبار النظام القديم بما فيه من بعض المحاكم الإدارية كمحكمة المساعدات أو غيرها كأساس لنشأة القضاء الإداري فهي لا تكون في مجموعها نظام قضائي حقيقي⁽²⁾.

الفرع الثاني

مبدأ الفصل بين السلطات كأساس لنشأة

القضاء الإداري في فرنسا

سبق أن بينا سوء حالة القضاء (البرلمانات القضائية) والإدارة (الملكية) في فرنسا وكيف كان العداء بينهما والفساد الناتج عن الكسب المادي وتشتت وتنازع الاختصاصات بين المحاكم (البرلمانات) ووكلاء الملك وإداراته الأمر الذي أوغر صدور الثوار وكون العداء لديهم ضد هذه البرلمانات ممّا أدى إلى أن أول مهمة كانت لجمعية الثورة التأسيسية عام 1790م هي إلغاء تلك البرلمانات القضائية بل ونزع السلطة من الملك وردها للشعب الفرنسي كهدف أساسي أيضاً لهذه الثورة⁽³⁾.

ولتفادي أية استمرارية من قبل القضاء للتدخل في شؤون الإدارة أو إعاقة سير أعمالها في المستقبل تم وضع ذلك القانون والذي لا يزال سارياً إلى يومنا هذا والذي يحمل تاريخ 16 - 24 أغسطس عام 1790م والذي

M. Letourneur et J. Meric, Op. Cit., P. 20, 21. (1)

G. Peiser, Contentieux administratif, Op. Cit., P. 1. (2)

M. Letourneur et J. Meric, Op. Cit., 19-21, M. Waline, Droit administratif, Op. (3)

Cit., 24, 25, G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., 117 et s, L. Tratabas, et P. Isoart, Op. Cit., P. 17.

كان يهدف وفق المادة الثالثة عشر (المشهورة) إلى عدم إعاقة الإدارة الجديدة بواسطة القضاة، وكقاعدة قانونية للاختصاص القضائي حيث تمنع القضاء العادي من التدخل في شؤون الإدارة أو النظر في أية منازعات أو أنشطة إدارية والذي كان ينظر إليه كحماية للإدارة من القضاة أي بمنع القضاء من التحكم في الإدارة بوجه عام⁽¹⁾.

فقد نصت المادة 13 المذكورة على ما يلي⁽²⁾: «الوظائف القضائية مستقلة وتبقى دائماً منفصلة عن الوظائف الإدارية وعلى القضاة - وإلا كانوا مرتبكين لجريمة الخيانة العظمى - ألا يتعرضوا بأية وسيلة من الوسائل لأعمال الهيئات الإدارية ولا يستدعي المديرون أمامهم بسبب وظائفهم».

وتعرف هذه القاعدة القانونية تحت اسم مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، وهي كنتيجة بالتحديد لمبدأ فصل السلطات المعروف عند مونتسكيو، فبالنصويت عليه بالجمعية التأسيسية للثورة تكون قد أصابت هدفين بقذيفة واحدة إذ تحذر من عودة تعسف الملكية القديمة، وفي نفس الوقت تطبق نظرية مونتسكيو⁽³⁾.

وإن كان الدستور آنذاك قد أكد المبدأ في مادته الـ 16 عام 1789م

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 25, 26, G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 116 et s. L. Tratabas et P. Isoart, Op. Cit., P. 158, G. Braibant, Op. Cit., P. 436, A. De Laubadere, Manual... Op. Cit., P. 40, M. Letourneur et J. Maric, Op. Cit., P. 21, M. Duverger, Op. Cit., P. 238, J. Rivero, Op. Cit., P. 74, 175.

(2) فقد جاء نص المادة (13) المذكور وفق حرفيته بالفرنسية على النحو التالي:
(Les fonctions Judiciaires sont distinctes et demeureront toujours separees des fonctions administratif, les juges ne pourront a'ápeine de forfaiture troubler de quelque maniere que ce soit les operation des corps aminisitratifs, ne citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 120, Tratabas, etp. Isoart, Op. Cit., P. 158.

(3) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 26, A. De Laubadere Manual... Op. Cit., P. 40 et s.

إلا أنه كان أكثر مرونة وفق مواده وتطبيقاته من النظرية الفلسفية عند بعض الفقهاء⁽¹⁾.

وحقيقة الحال فإن مبدأ الفصل بين السلطات المعروف عند مونتسكيو والكتاب السياسيين كان يعني وجود ثلاث سلطات بالدولة هي السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية مع استقلال كل منها عن الأخرى، فالنص المذكور قد استند عموماً إلى ذلك المبدأ وكتفسير له بغض النظر عن الخلافات والمشاجرات العقائدية القديمة فمنع القضاة من التعرض للأعمال الإدارية هو الطريق للتقدم ومبدأ الفصل بين السلطات، كما أن هذا النص يعتبر بمثابة القاعدة القانونية التي ربطت علاقات السلطة القضائية بالسلطات الأخرى⁽²⁾.

بل إن مبدأ منع القضاء العادي من التعرض للإدارة أو تعطيل أعمالها لم يكن فقط نظرياً بل كان القضاء العادي يحذر عند التطبيق مخالفة ذلك المبدأ، فكان إذا احتاج القاضي لتفسير نص ما لزاماً عليه أن يطلب من المشرع تفسيره، بل أن الحذر القائم من جانب الإدارة كان قائم في منعهم من تفسير القوانين بأنفسهم أو أن تعطل تنفيذها أو تؤجلها وفق ذلك المبدأ⁽³⁾.

وعموماً فلم يكن قانون 16 - 24 أغسطس 1790م هو الوحيد في هذا الصدد بل تم التأكيد على ذات المبدأ السالف الذكر بإعادة النص عليه في مرسوم 16 (Fructidor) للسنة الثالثة. أي في السنة الثالثة للثورة الفرنسية عام 1790م وهذا ما كان بادياً من خلال أحكام محكمة التنازع الفرنسية والتي كانت تستشهد بشكل دائم بهذين النصين باعتبارهما أهم النصوص في إقرار المبدأ المذكور، وإن كان القانون الصادر بمرسوم (16) السالف الذكر لم

(1) L. Tratabas et P. Isoart, Op. Cit., P. 19.

(2) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 116 et s, et P. 126, L. Tratabas et P. Isoart,

Op. Cit., P. 18. 19 etp. 178 et s.

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 116.

يضيف جديداً على قانون 6 - 14 أغسطس 1790م إلا أنه استدعى احترامه وإظهاره وعدم اختفائه في طي النسيان، وعموماً فالنصين كانا دائماً ساريين المفعول في مجال التطبيق⁽¹⁾.

وعليه فقد كان العمل على منع المحاكم القضائية من التعرض بأي حال لأعمال الإدارة، بل وسحب نفوذها تجاه الإدارة يتم وفق مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية المذكور استناداً إلى تلك النصوص⁽²⁾.

ويمكن الخلاص إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية قد رسخ كمبدأ عام وارتبط بالمبدأ الدستوري المعروف بمبدأ الفصل بين السلطات وذلك بخلاف بعض الدول الأخرى كأمريكا مثلاً التي أقرت دستورياً المبدأ نفسه إلا أنها تتجاهل عموماً الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية⁽³⁾.

ذلك علاوة على أن مقتضى تلك النصوص المتعلقة بالفصل بين السلطات تمنع القضاء العادي من توجيه الأوامر إلى الإدارة أو أي من موظفيها أو حتى فرض عقوبات على الإدارة لأن العقوبة تحمل بين طياتها الأمر لا محالة. ذلك أن تلك الأوامر ومؤاخذة الإدارة من قبل القضاء يحدث اضطراب في الهياكل الإدارية ويعمل على حدوث خلل في وحدة واستقلال الجهاز الإداري وهذا ما أدى إلى كف المحاكم العادية يدها عن التعرض للأعمال الإدارية في أية قضية يتم نظرها من قبلها وإلا ستتعرض للنقض حتماً بسبب مخالفتها قانون

(1) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 119, 120.

وقد جاء النص المذكور أي مرسوم 16 فريكتور على النحو التالي:

[Defenses iteratives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espece qu'ils soient aux peines de Droits] M. Waline, Droit administratif, Op., Cit., P. 26, J. Rivero, Op. Cit., P. 174, 175.

L. Tratabes et P. Isoart, Op. Cit., P. 158. (1)

G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 171. (3)

وبالتالي يمكن الخلاص أيضاً إلى أن ما جعل هناك استقراراً فرنسي لتفسير مبدأ الفصل بين السلطات المعروف لدى الكتاب السياسيين وبالنظام الأنجلوسكسوني تفسيراً خاصاً أي يقضي بحتمية إعمال المبدأ للفصل بين السلطات الإدارية والقضائية على النحو السالف الذكر، بمعنى أن الإدارة تكون حتماً في انفصال تام عن السلطة القضائية هو نتيجة للاستناد إلى هذا القانون والذي تأسس في 16 - 24 أغسطس 1970م بسبب التدخل القضائي في النظام القديم (البرلمانات القضائية) في شؤون الإدارة وبث الاضطراب والخلل في أعمالها. وإن كان ذلك التفسير قد تمخض عنه حالة إنكار للعدالة أدى إلى ظهور تفسير آخر أدى مع التطور لقيام القضاء الإداري المتخصص في قضايا الإدارة، وبذلك فقط يكون التفسير منطقي ومقنع ويكون هذا التفسير الثاني هو المكمل أيضاً للتفسير الأول كما سيلي تفصيله⁽²⁾.

المطلب الثاني

ميلاد القضاء الإداري وتطوره

الفرع الأول

مرحلة الإدارة القضائية

(L'administration juge)

فقد سبق وانتهى بنا التطور التاريخي إلى الأحداث السياسية والدستورية التي تمخضت عنها النصوص التي وضعت بواسطة قيادة الثورة الفرنسية سنة 1790م، والتي منعت المحاكم القضائية من التعرض بأي شكل

M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 26, 27.

(1)

A. De Laubadere, Manual..., P. 39 et s.

(2)

للأعمال والنزاعات الإدارية وفق اعتناق مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية وبالتالي فقد أدى إلى أنه قد أوكل للإدارة ذاتها بذل الجهد لإيجاد الحلول المناسبة لمطالبات وحقوق الأفراد ضدها⁽¹⁾.

حيث أدى صدور تشريع 6 - 24 أغسطس عام 1790م و16 فريكتيدور (Fructidor) إلى خلق نوع من الخواء والفرغ القضائي، فإذا كانت المحاكم العادية لا تملك الحق في الرقابة على الإدارة فمن يكون الرقيب إذن؟⁽²⁾.

ذلك أن السؤال الذي كان يطرح نفسه آنذاك أن إلى أين يتوجه المتقاضون بدعواهم ضد الأعمال الإدارية غير المشروعة أو ضد الإدارة ذاتها. بعد منع القضاء من نظر تلك المنازعات، وعلى الأخص عند رفض تلك المحاكم هذه الدعاوى؟⁽³⁾.

فلم توجد - بسبب التفسير السياسي والدستوري لمبدأ الفصل بين السلطات على النحو المذكور بجانب التطور التاريخي - أية جهة تختص بالفصل في تلك المشكلات والمنازعات الإدارية أو بالرقابة على أعمال الإدارة بشكل عام فأدى ذلك إلى أن الإدارة ذاتها هي التي تتولى الفصل في تلك الخصومات المتعلقة بأعمالها غير المشروعة إذا ما ترتبت على النشاط الإداري، وما على الأفراد حينئذ أم أشخاص القانون الخاص عموماً إلا أن يلجأوا إلى الإدارة ذاتها عند كونهم أطراف في هذه النزاعات، بواسطة التظلم أو الطعون الإدارية الولائية أو أمام لجان ما للفصل فيها، ولذلك سميت هذه المرحل بالإدارة القضائية (L'administration Juge)⁽⁴⁾.

وعلى أية حال فقد كان الفصل في تلك المنازعات الإدارية يتم بواسطة

Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 121, L. tratabas et P. Isoart, Op. Cit., P.15. (1)

G. Braibant, Op. Cit., P. 436, J. Rivero, Op. Cit., P. 175. (2)

M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 27. (3)

G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 121, A. De Laubadere, Manual..., Op. Cit., (4)

P. 40, 41, M. Duverger, Op. Cit., P. 238, J. Rivero, Op. Cit., P. 175.

الملك نفسه كرئيس للإدارة الملكية أو بواسطة حكام الأقاليم في الإدارات الإقليمية، والتي تكون هذه الأخيرة طرفاً فيها، كما أعطى الاختصاص على المستوى القومي للوزراء كل فيما يخصه، فكانوا يفصلون في المنازعات التي تكون الإدارة المركزية طرفاً فيها. أي أن الإدارة كانت هي الحكم والخصم في ذات الوقت فالرئيس الإداري كان هو المنوط به حل تلك المنازعات⁽¹⁾.

وهذا كله كان قد قرر بموجب قانون 6 - 22 سبتمبر 1790م بالنسبة لحكام الأقاليم، وبموجب قانون 7 - 14 أكتوبر سنة 1790م بالنسبة للإدارات المركزية لرئيس الدولة والوزراء⁽²⁾.

وعلى أية حال فقد استمرت الجهات الإدارية في نظر المطالبات التي يتقدم بها الأفراد إليها سواء كانت مطالبات عادية وبسيطة أو كانت متعلقة بمنازعات قضائية حقيقية كحقوق مفتصة أو غير ذلك⁽³⁾.

ولما كانت هناك من الأمور ما هو ثابت مسلم به فإن قاعدة الفصل بين السلطات والتي كانت قد توجت يوماً، فإنها لا بد وأن تكون في آخر مهمة مهجورة، لأنه من غير المألوف أو المنطقي أن يكون هناك عدد كبير من القضايا ليس له قاضي حقيقي فإذا كانت هذه القاعدة هي التي ظلت ثابتة فترة ما فإن التطور المستمر للقضاء الإداري قد أفقدها ذلك المعنى المزعج الذي كانت تتسم به، ومن ثم فهذا الذي تمخض عنه إنشاء مجلس الدولة والذي رفعت به سمة إنكار العدالة⁽⁴⁾.

(1) A. De Laubadere, Manuel..., Op. Cit., P. 40, 41, L. Tratabas et P. Isoart, Op. Cit., P. 159, G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., 121, M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 27

(2) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 27. A. De Laubadere, Manuel, Op. Cit., P. 40.

(3) L. Tratabas, et P. Isoart, Op. Cit., P. 159.

(4) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 121, 122, A. De Laubadere, Manuel, Op. Cit., P. 41.

فالامر الذي لم يكن مقبول أبداً أن تكون الإدارة حكماً وخصماً في نفس الوقت. وإن كانت البرلمانات (القضائية) في النظام القديم هي التي تمخض عنها ذلك النظام، ولكن لم يكن من المنطقي أبداً الاحتكام إلى مرتكب العمل غير المشروع أو المشكو ضده وهو الإدارة، فمهما اتبع تسلسل للسلم الإداري، ومهما قضت فلم تتل قراراتها الاحترام كما لو كانت صادرة من قاض مختص، بل وعموماً لا يعترف الإداري بخطأه وقد يسيء استعمال سلطته⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مرحلة القضاء المحجوز

(Justice retenue)

فأمام ذلك الموقف فقد دخلت إصلاحات لنظام الإدارة القاضية المذكور تمخض عنها إنشاء مجلس الدولة بموجب النص 52 من دستور - 22 فريمر (frimaire) للسنة الثامنة لقيام الثورة وإعلان الجمهورية الفرنسية الأولى وأنشئت أيضاً مجالس المديريات في الأقاليم المختلفة بواسطة تشريع 28 بلفواز (pluvios) للسنة الثامنة أيضاً كما رسم لها نابليون بوناپرت إنهاءً لنظام الإدارة القضائية لا إلغاءً لنظام الفصل بين السلطات المذكور⁽²⁾.

إلا أن وظيفة مجلس الدولة آنذاك لم تتعد كونه مجرد هيئة استشارية تنحصر في تقديم الرأي والمشورة والنصح للإدارة في الشؤون القانونية والأمور الإدارية، كما كان يقوم بإعداد مشروعات القوانين والمراسيم ثم يقوم

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 22, 28, A. de Laubadere, Op. Cit., P. 41.

(2) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 122, L. Tratabas et P. Isoart, Op. Cit., P. 159, 160, G Brabaint, Op. Cit., P. 437.

بعرضها على رئيس الدولة ليصدرها بعد التصديق عليها والتي غالباً كانت لا تلاقى أي مناقشة أو تعديل عليها، كما كانت الإدارة كحقيقة واقعة لا تصدر رأياً قبل ورود رأي المجلس⁽¹⁾.

وبالتالي فقد كان يتلقى التظلمات والشكاوى التي يرفعها إليه الأفراد ضد الأعمال الإدارية، أو التي تسبب لهم أضرار، وكانت سلطته لا تتعدى أيضاً فحصها وتقديم الرأي والمشورة فيها فقط، وذلك في صورة إعداد مشروع قرار إداري إلى رئيس الدولة أو الرئيس الإداري والذي يقوم بالتصديق عليه في شكل مرسوم في النزاع بالتعويض أو حفظ الشكوى أو إلغاء القرار المطعون فيه... إلخ أي أن سلطة المجلس كانت استشارية فقط. وقد سميت تلك المرحلة بمرحلة القضاء المحجوز (Justice retenue)، ذلك أن السمات والأوضاع العامة للمجلس كانت لا تؤهله لأن يحكم عليه بأنه قاضي حقيقي⁽²⁾.

حتى إذا قلنا إن مجلس الدولة هو الذي كان يصدر كافة القرارات وأن الحكم يصدر وفق ما يقرر المجلس إلا أن الحكم في الشكوى يظل محجوزاً لصالح الرئيس الإداري أو رئيس الدولة⁽³⁾.

وعلى أية حال فإن فترة القضاء المحجوز قد امتدت حوالي ثلاثة أرباع القرن، ولكن السمة الغالبة لدور مجلس الدولة ساهمت منذ البداية في خلق قضاء إداري متميز، كما أن من الناحية العملية فإن الحالات التي لم يعمل بها رئيس السلطة التنفيذية (القنصل الأول - الإمبراطور أو الملك بعد عودة الملكية)، باقتراحات مجلس الدولة في النزاعات الإدارية كانت محدودة جداً، وإذا لم يكن مجلس الدولة قاضي حقيقي - حيث لا يمكنه إلا تقديم

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 28, 29, G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 122, Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 148.

(2) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 122, M. Waline Droit administratif, Op. Cit., P. 29, 30 et s, G. Peiser, Contentieux administratif, Op. Cit., P. 5, J. Rivero, Op. Cit., P. 176.

(3) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 30.

اقترح الحلول في النزاعات التي تعرض عليه وعرضها على الرئيس التنفيذي إلا أنه كان يتبأ بذلك وفق طرق قضائية وإجراءات شبه قضائية تضمنت التحقيقات الصادقة⁽¹⁾.

وعموماً فقد استمر القضاء الإداري في تطوراته المتلاحقة على أثر هذه الأصول⁽²⁾ فبموجب مرسوم 22 يوليو عام 1806م أنشئ بمجلس الدولة لجنة قضائية خاصة بالمنازعات وأطلق عليها لجنة المنازعات (Commission du contentieux) والتي تحولت فيما بعد إلى قسم المنازعات (Section du contentieux) فلم تعد آنذاك المنازعات والأمور القضائية مختلطة بغيرها من المنازعات بل عولجت بشكل خاص، حيث كانت الإدارة تطلب من المجلس الرأي في المنازعات الإدارية وإعطاء الحلول فيها⁽³⁾.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف حالة عند وضع معين بل خضع خلال هذه الحقبة لتقلبات الصراع وعدم الاستقرار بشكل مستمر فكان ينظر إليه أحياناً بعين الازدراء في عهد عودة الملكية، وعلى الأخص لكون أنه وليد حكم نابليون الأول، فالأحرار كانوا يحاولون إلغاء قاعدة الانفصال بل وجعل المحاكم القضائية تنظر الخصومات الإدارية والتي تضع حتماً لحل القضائي الحقيقي. بينما كان المليون أيضاً في تنازع فيما بينهم مع مجلس الدولة. الذي ظل راسخاً أمام هذه الأحداث وتلك التقلبات المستمرة⁽⁴⁾.

وعموماً فإن السمة القضائية للمجلس بدأت نواتها الأولى منذ ذلك المرسوم الصادر في 22 يوليو عام 1806م وما صاحبه من إجراءات لها قواعد

(1) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 122, M. Waline Droit administratif, Op. Cit., P. 30, 31 et s.

(2) G. Braibant, Op. Cit., P. 437.

(3) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 122, M. Waline Droit administratif, Op. Cit., P. 30, 31, G. Peiser, Contentieux administratif, Op. Cit., P. 5, 6.

(4) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 122, 123, G. Brabantr, Op. Cit., P. 436 et s.

محددة منحت بلا شك المواطنين ضمانات عادلة، والتي استمرت حتى دعمت بواسطة الحكم الملكي بموجب قرارات عديدة عام 1831م والتي تأكدت بقانون 18 يوليو عام 1845م والتي أعطت المجلس سلطات قضائية حقيقية أي سلطة القضاء البات (La justice déléguée) حيث تم الاعتراف الرسمي بهذه الطبيعة بالقانون الصادر في مارس 1849م خلال عهد الجمهورية الثانية حيث أصبحت أحكامه غير خاضعة للرئيس التنفيذي أو رئيس الدولة⁽¹⁾.

إلا أن هذه الصلاحيات أو فترة القضاء البات للمجلس لم تدم طويلاً بسبب الانقلاب، ففي يوم إعلان المصادقة على دستور 14 يناير عام 1852م فإن القضاء المحجوز قد حل من جديد محل القضاء البات أو المفوض بموجب مرسوم 25 يناير عام 1852م والذي حاول بموجبه نابليون الثالث تقليد نابليون الأول.

ومع ذلك فإن الإمبراطورية الثانية قد سجلت تطوراً وتوسيعاً في الصلاحيات القضائية لمجلس الدولة بل أن مرسوم 2 نوفمبر عام 1864م كان في حقيقته يسهل للمواطنين اللجوء لمجلس الدولة مع إعفائهم من المحامين أو النفقات والرسوم الخاصة بتسجيل الطعون الخاصة بدعاوى الإلغاء بسبب تجاوز السلطة. فقد لعب هذا المرسوم دوراً هائلاً في هذا التطور بشكل عام⁽²⁾.

ففي حقيقة الأمر أن هذا المرسوم عمل على أن تكون دعاوى تجاوز السلطة بلا مقابل تقريباً، بل وأعطى انطلاقة هائلة لهذا النوع من القضايا أدى إلى تشييد نظرية عامة في تلك الطعون القضائية⁽³⁾.

(1) M. Waline Droit administratif, Op. Cit., P. 30, 31, G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 123, L. Tratabas et P. Isoart, Op. Cit., P. 159, 160. G. Peiser, Contetieux administratif, Op. Cit., P. 6

(2) M. Waline Droit administratif, Op. Cit., P. 31, G. Peiser, Contetieux administratif, Op. Cit., 6, G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 123.

(3) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 123.

وإن كانت هناك فترة سقوط لحياة مجلس الدولة، وقد كانت فترة قصيرة وهي بعد سقوط الإمبراطورية بواسطة حكومة الدفاع الوطني، إلا أن تأسيس المجلس قد عاد من جديد بل مع منحه سلطة القضاء البات بشكل حازم ورسمي بواسطة قانون 24 مايو 1872م ليبدأ دوره الفعال كجهة قضاء إداري مستقل في تطوير القانون الإداري حيث ظهرت بوادر تكوين القانون الإداري الفرنسي⁽¹⁾ بعد أن استمر قضاءه محجوزاً قرابة ثلاثة أرباع القرن⁽²⁾.

وإذا رجعنا إلى مجالس الأقاليم فإن اختصاصاتها كانت محدودة للغاية ومحصورة في نصوص محدودة ولم يكن بها الضمان الكافي لحقوق الأفراد وحياتهم ذلك لأن حال أعضائها لا يزيد عن كونهم مستشارين للحكام وعلاقتهم بالإدارة هي الأقوى وأنهم يعتبرون في وظائف إدارية وبالتالي فهم ليسوا في استقلال عن الإدارة، وإن كانت سلطتهم راحت تتزايد وتستقل تدريجياً مع التطور الحاصل شيئاً فشيئاً⁽³⁾.

الفرع الثالث

مرحلة القضاء البات أو المفوض

La Justic Deleguée

فبصدور قانون 24 من مايو 1872م المذكور جد لمجلس الدولة سلطة القضاء البات أي أعطى سلطة حقيقة للبت وبشكل نهائي في كافة المنازعات الإدارية بشكل رسمي وجازم ودون الرجوع للسلطة التنفيذية بحال في أية

(1) G. Peiser, Op. Cit., P. 6, G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 123, M. Waline

Droit administratif, Op. Cit., P. 13.

A. de Laubadere, Manuel..., Op. Cit., P. 42. (2)

M. Waline Droit administratif, Op. Cit., P. 28. (3)

شكوى أو مطالبة ضد الدولة، كقاضي حقيقي مستقل بنفسه يمكنه أن يصدر قراره باسم الشعب الفرنسي في صورة منطوق يحرر في صورة أمر. «... الدولة ملزمة بسداد مبلغ... للمتقاضين...» أو كإلغاء القرار الإداري، فالهم أن المجلس أصبح جهة قضاء مثله مثل أي محكمة مدنية (محكمة النقض - أو الاستئناف) وبدون تدخل من رئيس الدولة في الوظيفة القضائية للمجلس⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن قانون 24 مايو 1872م قد أعطى مجلس الدولة سلطة قضائية باتة ونهائية بدون التوقف على تصديق السلطة التنفيذية. إلا أن نظرية الوزير القاضي (Le ministre Juge) أو الإدارة القاضية هي التي كانت سائدة آنذاك حيث كانت الإدارة أو الوزراء وحكام الأقاليم هم أصحاب الاختصاص العام للفصل في المنازعات الإدارية وظل ذلك سائداً على الرغم من القانون المذكور ولا تنظر المحاكم الإدارية سوى في بعض المنازعات المنصوص عليها صراحة ومن ثم ليس أمام الأفراد سوى التوجه أولاً إلى الوزير القاضي باعتباره قاضي القانون العام قبل التوجه لمجلس الدولة باعتباره جهة استئنافية لقرارات الوزراء أو مجالس الأقاليم. إلى أن جعل مجلس الدولة حداً لتطبيق نظرية الوزير، وذلك على أثر نظرة لقضية كادو (Cadot) عام 1889م بأن تقبل الدعوى لدى المجلس مباشرة بدون المرور على الوزير أولاً، وبذلك يكون مجلس الدولة كجهة قضاء إداري هو صاحب الولاية العامة والقاضي العام في المنازعات الإدارية بعد التخلص نهائياً من نظرية الوزير القاضي حتى إصلاح نظام القضاء الإداري في عام 1953م⁽²⁾.

(1) M. Waline Droit administratif, Op. Cit., P. 30, 31, G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 123, G. Peiser, Contentieux administratif, Op. Cit., P. 6, J. Rivero, Op. Cit., P. 176, Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 184.

(2) L. Tratabs et P. Isaort, Op. Cit., P. 159, 160, A. De Laubader, Manuel, Op. Cit., P. 42, M. Duverger, Op. Cit., P. 238, 239, G. Peiser, Contentieux administratif, Op. Cit., P. 7, J. Rivero, Op. Cit., P. 176, 177, Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 184, 185.

فالقضاء الإداري نشأ مرتبطاً بالإدارة تماماً ولم يتميز وينفصل عنها إلا ببطء ومع هذا التطور الطويل، وإن كان ذلك أدى إلى وجود تعاون وروابط مستمرة بينهما⁽¹⁾.

وبالتالي فإن هذا كله قد أدى إلى الاستقلال التام للقضاء الإداري في مواجهة الإدارة وأنشطتها المختلفة وكذلك استقلال الإدارة عن القضاء الإداري، وبرز القضاء الإداري كعدالة إدارية مستقلة عن أنشطة الإدارة ولكن الصلاحيات الإدارية قد استمرت في هذا الصدد⁽²⁾.

حيث لدى إنشاء مجلس الدولة في العام الثامن للثورة أنشئت أيضاً مجالس الأقاليم أو المديرية والتي كانت منتشرة في أنحاء البلاد الفرنسية والتي كانت تختص قانوناً بمسائل محددة على سبيل الحصر وفق المبادئ التي كانت سارية وقد جرت عدة إصلاحات على مجلس الدولة وهذه المجالس بشكل عام والملاحظ أنها إصلاحات تتعلق بالتنظيم الشكلي والاختصاص الداخلي فقد صدر قانون 31 يوليو عام 1945م والذي قننت بموجبه كافة القواعد القديمة والمطبقة ولم يتغير شيء في الاختصاص، فقد كان مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعات الإدارية وقاضي القانون العام⁽³⁾.

وعموماً فالإصلاح الجوهري الذي أدخل على مجلس الدولة وتلك المجالس ذلك الذي كان بموجب مرسوم 30 سبتمبر لعام 1953م والذي أعطى للقضاء الإداري الفرنسي معالم جديدة من حيث نظم سيرة واختصاصاته وتكوينه... إلخ ويلاحظ أنه نقل الاختصاص العام في المنازعات الإدارية من مجلس الدولة إلى محاكم الأقاليم والتي سميت بذلك القانون بالمحاكم الإدارية وأصبحت صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية بحيث

(1) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 184, 185.

(2) L. Tratabs et P. Isaort, Op. Cit., P. 160, 161.

(3) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 123, G. Peiser, Contetieux administratif.

Op. Cit., P. 6, 7.

تستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة الذي أصبحت اختصاصاته محددة على سبيل الحصر. كما كان بمثابة الجهة المختصة بالنقض بالنسبة لبعض أحكام المحاكم الإدارية كمحكمة الحسابات. وبالتالي فلم يعد لمجلس الدولة إلا النظر في المنازعات المهمة عموماً⁽¹⁾.

وعموماً فقد تلاحقت بعد ذلك الإصلاحات الإدارية - ومن ذلك مرسوم 10 يناير ورسوم 1981م على سبيل المثال⁽²⁾.

المطلب الثالث

أسباب استقرار نظام القضاء الإداري في فرنسا

وهذا ما عبر عنه جانب من الفقه الفرنسي بقوله⁽³⁾: «استبدال وجهة النظر الفنية، بوجهة النظر السياسية La substitution du point de vue technique au point de vue politique».

ففي واقع الأمر فإن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية كان - كما سبق أن بينا - ذو طبيعة سياسية قد اعتنقتها السلطة التنفيذية بتفسيرها الخاص لهذا المبدأ للدفاع عن نفسها ضد السلطة القضائية وتدخلاتها واعتداءاتها في الشؤون والأعمال الإدارية للسلطة التنفيذية. علاوة على الاعتبارات التاريخية أيضاً والتي أدت أساساً إلى هذه الإشكالية⁽⁴⁾.

(1) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 124, G. Peiser, Contetieux administratif, Op. Cit., P. 7.

(2) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 629, G. Peiser, Contetieux administratif, Op. Cit., P. 7 et s.

(3) G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 126.

(4) A de Laubadere, Manuel, Op. Cit., P. 43, G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 126.

وإذا كان الإصلاح الإداري للقضاء الإداري لم يتوقف منذ ولادته وحتى تمام صيرورته جهة قضاء إداري مستقلة. فلم يكن ذلك بشكل سهل وعابر، بل له دلالة على رسوخ ذلك القضاء وشموخه صرحاً جامداً في وجه الصراعات والتقلبات على مرّ السنين الطويلة التي قضاها فقد تماسك تجاه ذلك التاريخ الدستوري الفرنسي المتقلب والذي مرّ بقرابة (15) أسلوب حكم (ممالك - إمبراطوريات - جمهوريات - حكم استبدادي - حكم برلماني... إلخ)، فمثلاً عاد للجدال فيه على إثر انهيار الإمبراطورية لكونه ابتكار نابليون، وخلال التقلبات الاقتصادية والاجتماعية وتطوراتها من اقتصاد حرّ إلى نظام سياسة التدخل... إلّا أنّ القضاء الإداري ظلّ قوياً مستمراً مع هذه التغيرات، بل واستمرت تطورات بل وصاحبها توسع في اختصاصاته وسلطاته المختلفة. وذلك كله يرجع إلى حقيقة مقتضاها صدق ضرورة وأهمية القضاء الإداري وابتكاره وفق ما توصل إليه ذلك القضاء ذاته إلى تلك الضرورة وهذه الأسس والمسوغات الجديدة والتي تأكدت من خلال استقلال القانون الإداري وتطوره وما يلزمه حتماً من قضاء إداري مستقل. وهذا كله قد ثبت من خلال المبادئ القضائية في أحكامه المتنوعة، بل وثبت ذلك من خلال التطورات المتنوعة الحديثة لطرق وأساليب الرقابة القضائية والتي ثبت من خلالها كفاءة ذلك النظام المزدوج والذي عدلت إليه بعض الدول بعد أن سبق لها إلغاء مثل بلجيكا، ولا يمنع القضاء والفقه والنظام الإنجليزي نحو إقراره بدلاً من الدوران حوله عن بعد سوى الخجل والحياء لما وجه له من قبلهم من نقد بل ونكران وعداوة⁽¹⁾.

فمع تطور مجلس الدولة وصيرورته جهة قضاء حقيقية إدارية، وأنه قد أثبت بواسطة نزاهته واستقلاله أنّه يمكنه أن يقدم لكل المواطنين أيضاً الضمانات الحقيقية، وبالتالي فهذه الاعتبارات العلمية والمنطقية لذلك القضاء الإداري أدت إلى إختفاء تلك الأفكار السياسية التي كانت غير متوافقة مع

G. Braibant, Op. Cit., P. 436, 437 et s.

(1)

قاعدة الانفصال السالفة البيان⁽¹⁾ وبمعنى أكثر وضوحاً أن الشك والحذر من جانب الإدارة الفرنسية راح يتبدد منذ القرن التاسع عشر ويتحول إلى اقرار واستقرار القضاء الإداري بجوار القضاء العادي حيث تمخض عن النشاط الإداري المبادئ العامة للمنازعات الإدارية⁽²⁾.

فمنذ نشأة مجلس الدولة والذي طبق القانون الإداري منذ ذلك الوقت الطويل ومن خلال قضايا متعددة ثبت من خلالها جدارة القاضي الإداري وضرورة وحتمية اختصاصه بتطبيق القانون الإداري⁽³⁾.

فقد جدّ من الواضح أن الأعمال الإدارية وما ينشأ عنها من منازعات إدارية لها أهميتها الخاصة والمعتبرة. كالمبادئ القانونية العامة التي تحكم سير المرافق العامة (مبدأ حتمية سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتبديل بتغير الظروف، ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة...) وكالمبادئ المتعلقة بالوظيفة الإدارية في الدولة وفكرة السلطة العامة، وضرورة ممارسة الإدارة لمظاهر السلطة العامة وامتيازاتها وسلطاتها الاستثنائية التي تملكها وتمارسها من خلال أعمالها ووظيفتها الإدارية لتحقيق المصلحة العامة، ممّا يجعل النشاط الإداري يختلف في طبيعته عن ذلك النشاط الخاص، ذلك أن النشاط الإداري يختلف كثيراً في طبيعته وأهدافه وأساليبه وإجراءاته التي يسير في ظلها عن ذلك النشاط الخاص ممّا يجعل هناك ضرورة لأن تكون الإدارة العامة في مركز مختلف وبالتالي متميز وأسمى من مراكز ونشاطات الأفراد، فليست متساوية معهم في الصفة والمركز القانوني وفي المصلحة، فتحتم أن يكون لها قانون مخصوص يلائم ويتناسب مع تلك الطبيعة وهذه الأنشطة والأساليب والامتيازات وأهداف المصلحة التي يسعى ذلك القانون الإداري إليها والمتمثلة في المصلحة العامة.

G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 126. (1)

L. Trtabas et P. Isoart, Op. Cit., P. 159. (2)

G. Vedel, et P. Delvolve, Op. Cit., P. 126. A. De Laubadree Manuel et, Op. Cit., (3)

P. 43. M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 33.

كما يجب أن تخضع لجهة القضاء الإداري المستقل والذي يستطيع بحكم تخصصه أن يراعي الاعتبارات الإدارية الفنية والإجرائية اللازمة للوظيفة الإدارية إلى جانب مراعاة واحترام حقوق الأفراد وضمان حرياتهم وحمايتهم وحماية النظام القانوني السائد في الدولة (حماية مبدأ المشروعية) ولن يتحقق ذلك إلا عن طريق نظام ازدواج القضاء والقانون، فلا يمكن أن تخضع الإدارة العامة لذات القانون ولذات القضاء الذي يخضع له الأفراد أي القانون العادي والقضاء العادي والذي أسس على افتراض المساواة في جميع الأحوال بين أطرافه⁽¹⁾.

فالقانون الإداري هو القانون الذي يحكم نشاط الدولة الإداري وينظم علاقات الدولة والسلطات العامة بالأفراد. ذلك أن الإدارة إنما وجدت للقيام بوظائف محددة لتقوم بالدفاع أساساً عن المصلحة العامة عن علاقاتها ووظائفها المختلفة وينبغي أن يتم ذلك وفق هذا الصالح العام بخلاف الأفراد الذين يسعون إلى تحقيق مآربهم ومصالحهم الفردية الشخصية الخاصة، إلا أن من المسلمات أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة. ومن هنا كانت علة وجود القانون الإداري ومبادئه وقواعده التي تراعى من خلال ذلك التميز للإدارة تجاه الأفراد من خلال وظائفها التي تسعى بها لتحقيق هذا الصالح الذي يخص المجموع⁽²⁾ ويمكن إيجاز وظيفة - الإدارة - بغض النظر عن المذاهب الاجتماعية والسياسية - بالسهر على تنفيذ القوانين⁽³⁾.

وبالتالي فنظرية القانون الإداري هي النظرية المستقلة في قواعدها عن قواعد القانون العادي، والتي ساهم القضاء الإداري بدور جدّ فعال في

(1) A. De Laubadere, Manuel, Op. Cit., P. 20 et s, F.P. Benoit, Le Droit administratif français, Dalloz, 1968, P. 75 et s. G. Braibant, Op. Cit., P. 432 et s, P. 437 et s.

(2) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، ص 3، عام 1967، ص 32.

(3) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني عام 1979، ص 5.

تطويرها وابتكار الكثير من قواعدها والتي انبثقت من طبيعة ذلك النشاط الإداري وطبيعة الروابط والعلاقات القانونية العامة لتراعى المقتضيات الإدارية ومستلزماتها لتحقيق المصلحة العامة ولتحقيق التوازن والتوافق بين الاعتبارات والامتيازات الإدارية وبين حماية وحقوق وحريات الأفراد، فوفقاً لهذه الضوابط تكونت نظرية القانون الإداري وتبلورت على أساسها بشكل متكامل ومترابط في موضوعاتها التي تعالجها مثل نظرية المرفق العام ونظرية العقد الإداري أو القرار الإداري أو الموظف العام أو نظرية الضبط الإداري أو فكرة امتيازات السلطة العامة... إلخ⁽¹⁾.

هذا وأن المحاكم العادية (القضاء العادي) لا يمكن لها - بالنظر إلى درجة الكفاءة والمقدرة الفنية - أن تستوعب تماماً وتسيطر على مبادئ وقواعد نظرية وأحكام القانون الإداري وفق مبادئه السالفة الذكر، فهي ليست قادرة على تطبيقها كما يجب أن تطبق لاختلافها تماماً في المضمون والهدف ونحوه عن قواعد القانون الخاص التي تخصص في تطبيقها القضاء العادي، والتي تختلف أيضاً في مضمونها وهدفها عن قواعد القانون الإداري ونظرياته، مما يتحتم معه أيضاً وجود جهاز قضائي إداري متخصص.

وبالتالي فقد ثبت الآن مدى أهمية تطبيق ذلك القانون الإداري ومبادئه على المنازعات الإدارية والتوفيق بين المصالح التي تهدف لها الإدارة ومصالح الأفراد وحرياتهم، فكان من الضروري النظر إلى مدى أهمية القدرة والكفاءة الفنية ودرجة الجدارة في القاضي الذي يختص بنظر تلك المنازعات الإدارية وعند تطبيق قواعد القانون الإداري عليها فقد ثبت فعلاً اختصاص حتمي للقاضي الإداري وأهليته وحده بتطبيق تلك القواعد على هذه المنازعات الإدارية⁽²⁾.

(1) A. De Laubadere, Manuel, Op. Cit., P. 19 et s, J. Rivero, Op. Cit., P. 36 et s, F.

P. Benoit, Op. Cit., P. 76 et s, G. Braibant, Op. Cit., P. 432 et s, M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 32 et s.

(2) G. Vedel P. et Delvolve, Op. Cit., P. 126, M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 33 et s.

بالتالي فالقاعدة العامة في وجود القضاء الإداري وأساس نشأته وتطوره هو ضرورة ربطه تماماً وبلا فكاك عن القانون الإداري وهو موضوعه وأساس وجوده وهو ما يعبر عنه بالقاعدة القائلة «الاختصاص يتبع الموضوع» «La compétence suit le fond» أو (ربط الاختصاص بالموضوع) أي ربط اختصاص القضاء الإداري بالموضوع أو الأساس وهو القانون الإداري «Le principe la liaison de la compétence et du fond» أي أن الإدارة لها وضع خاص وبالتالي يجب أن تحكم بقانون خاص له قواعده المتميزة وبالتالي يجب أن يتم تطبيقه أيضاً وفق ذلك القضاء المستقل تماماً عن ذلك القضاء العادي الذي يختص في الأصل بتطبيق قواعد القانون الخاص، وبالتالي فالقضاء الإداري هو الذي يختص بتطبيق القانون الإداري المتميز في قواعده ونظرياته على المنازعات الإدارية⁽¹⁾.

إذاً فالقضاء الإداري نشأ وتطور حسب الأسس السياسية والدستورية والتاريخية المذكورة، إلا أن الأصل في إقراره واستقراره ما ثبت علمياً وواقعياً وفنياً من أهمية وضرورة تخصصه واختصاصه بالمنازعات الإدارية وتطبيق القانون الإداري فهو الأدرى أيضاً بكيفية رعاية حقوق الأفراد وحياتهم⁽²⁾.

وبالتالي فإنَّ الأسس القديمة لوجود القضاء الإداري والمتمثلة في الأسس السياسية والدستورية والتاريخية لم تكن بمحض اختيار فرنسي أو بمعنى آخر لم يتم التخطيط المسبق لنظامي القضاء، بل أن ذلك كان نتاج تطور طويل بدأ منذ 1790م بمنع القضاء من نظر القضايا الإدارية ثم أعطى المواطنين قدراً من الضمانات في حالة خلافاتهم مع الإدارة في تلك المنازعات

(1) G. Braibant, Op. Cit., P. 438, A. De Lubadere, Op. Cit., P. 19 et s, Ch Deb-basch, J.C. Ricci, Op. Cit., P. 128, 129.

والذي أكد على أن هذا المبدأ نفسه أصبح معياراً تاماً لاختصاص القضاء الإداري إلا أنه معيار ضعيف ولا يكفي لقطع مشكلة الاختصاص كما سيلي.

(2) A. De Lubadere, Manuel... Op. Cit., P. 38 et s, M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 33, Ch Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 189.

حيث نمت وتطورت تلك الضمانات القضائية خلال القرن التاسع عشر بداية من عام 1806م وفي عام 1831م وعام 1845م إلى أن تم الاعتراف الرسمي بالقضاء الإداري وضرورته الواقعية القضائية عام 1872م⁽¹⁾ لما اتضح من أهميته العظمى بالقانون الإداري وإثراءه فلا وجود للقانون الإداري بمعناه الحالي في فرنسا إلا لوجود القضاء الإداري، فالقانون الإداري الفرنسي هو نتاج قضائي لمجلس الدولة⁽²⁾.

وما كان ليكون ذلك كله إلا لأن القضاء الإداري جهة قضائية ومستقلة بذاتها عن جهة القضاء العادي في فرنسا كمنظامين للقضاء يختص الأول بتطبيق قواعد القانون العام ومسائله والثاني يختص بتطبيق قواعد ومسائل القانون الخاص⁽³⁾.

وإن كنا نرى - وكما سبق - أن القانون الإداري في أصل نشأته قديم قدم البشرية ذاتها، ولكن القضاء الإداري يساهم بدور فعال حسب خبرته في ابتكار أو إقرار الكثير من قواعد القانون الإداري ونظرياته.

(1) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 31, 33.

(2) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 33, G. Brabant, Op. Cit., P. 438, A.

De Lubadere, Manuel., Op. Cit., P. 21 et s.

(3) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 32, 33.

المبحث الثاني

أسبقية الشريعة الإسلامية في الأخذ

بالنظام القضائي المزدوج

تمهيد وتقسيم:

إذ كنا قد أدركنا أنَّ النظام القضائي العالمي يسوده نظامان رئيسيان هما نظام القضاء الموحد، ونظام القضاء المزدوج، وأتينا هنا نسعى لبيان توجيه الشريعة الإسلامية تجاه النظام القضائي الأمثل، هل هو نظام القضاء الموحد أي الذي تكون فيه الجهة القضائية واحدة، أم ذلك النظام المزدوج السالف البيان أي تكون هناك جهة قضائية ثانية تختص بنوع آخر من القضايا والمنازعات بجوار جهة القضاء العادي؟...

فإن حقيقة الأمر تتطلب منا أن نشير إلى تصدير مهم، نعرف من خلاله موضع بحثنا هذا في محيط الفقه الإسلامي، مقتضاه أنه يكاد يكون هناك إجماع فقهي على أنَّ قضاء المظالم المعروف في الفقه والتاريخ الإسلامي هو جهة القضاء الثانية بجوار القضاء الشرعي (العادي) في الشريعة الإسلامية وبالدولة الإسلامية وطوال تاريخها المعروف، وأنه الشبيه إلى حد بعيد بنظام القضاء الإداري المعروف في الأنظمة الإدارية الحديثة، فنالت بذلك قصب السبق في الأخذ بالنظام القضائي المزدوج⁽¹⁾.

(1) د. عبد القادر شيبه الحمد، الولاية القضائية لديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود عام 1409 هـ، ج 2، ص 134 وبأماكن متفرقة: د. مسعود الجهني، القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، ط 1، 1404 هـ - 1984م، ص 97 - 108؛ د. شوكت عليان، قضاء المظالم في الإسلام، جامعة الرياض، ط 2، عام 1400 هـ، ص 47 - 59؛ د. زكي محمد النجار، مبادئ القضاء الإداري، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية عام 1992م، ص 232؛ د. سعد بن سعود آل دريب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء =

وبالتالي فلا إحصاءة بسمات هذا النظام ومدلوله في الشريعة الإسلامية وتطوره لا بد من دراسة هذا النوع من القضاء وهو قضاء المظالم بما يفي للغرض المذكور وكمدخل مهم جداً مهم لدراسة ضوابط اختصاصه في الشريعة الإسلامية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف ولاية المظالم والأصول التاريخية والشرعية لها.

المطلب الثاني: مراحل تطور قضاء المظالم (الازدواج القضائي) وأثره على الازدواج القانوني.

= الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية. 1403 هـ - 1983 م. ط 1، ص 491: د. الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دراسة مقارنة، ص 498 وما بعدها: د. عبدالله بن راشد السنيدي، مبادئ الخدمة المدنية وتطبيقاتها بالمملكة العربية السعودية، ط 2، سنة 1987 م، ص 66: د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري، 1981 م، دار المعارف، هامش ص 180، 181: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون الإداري في الإسلام والدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 13، 25، 29، 63، 159: د. حماد محمد شطا، الأصول الإسلامية للقانون الإداري، الكتاب الأول دار الصحوة للنشر عام 1411 هـ، ص 172، 175: د. حمدي عبد المنعم، ديوان المظالم نشأته وتطوره واختصاصاته مقارناً بالتنظيم الحديثة، ط 2، عام 1988 م - 1408 هـ، دار الجبيل ببيروت، ص 22 وما بعدها وص 25، 323 وما بعدها: د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، نظام القضاء في المملكة العربية السعودية، الإدارة العامة للبحوث، معهد الإدارة العامة عام 1409 هـ - 1988 م، ص 90 وما بعدها: د. محمد أنس قاسم جعفر، ولاية المظالم في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، ص 56 وما بعدها: د. عدنان الخطيب، تاريخ القضاء الإداري ومجلس الدولة في سورية، ص 40: أحمد عبد الملك أحمد قاسم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، ص 199: د. عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1989 م، ص 173، 177، 344: د. عبد الرزاق علي الفحل، القضاء الإداري - قضاء المظالم وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، دار النوايح للنشر والتوزيع 1990 م - 1410 هـ، ص 1، 106.

المطلب الأول

تعريف ولاية المظالم والأصول التاريخية والشرعية لها

الفرع الأول

تعريف ولاية المظالم لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف ولاية المظالم في اللغة:

الولاية في اللغة بالكسر تعني السلطان، والولاية بالفتح تعني النصرة وهي مادة (ولي) والوالي هو الناصر والمتولي. وقيل الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، والولاية اسم الإمارة والسلطان، تطلق على ما يتولاه الشخص ويقوم به من الأعمال والمهام فتولى الأمر بمعنى تقلده وقام به. وولاه الأمير ولاية كذا أي قلده عمل كذا⁽¹⁾. والولاية اصطلاحاً: تنفيذ القول على الغير جبراً⁽²⁾.

أمّا المظالم لغة، فهي جميع ظلامه والمظلمة بكسر اللام ممّا تظلمه، والظلم عند أهل اللغة، وضع الشيء في غير موضعه، والظلم مصدر ظلم، يقال من استرعى الذئب فقد ظلم، وأصل الجرم الجور ومجاوزة الحد والتعدي وقيل الظلم هو الميل عن القصد وتظلم منه شكاً منه ظلمه، والظلمة المانعون أهل الحقوق حقوقهم. والظلم اصطلاحاً يقصد به التعدي من الحق إلى الباطل قصداً و الانتقاص لحقوق الغير في الملك أو الأمن أو الحرية أو النشاط أي أن الظلم بإيجاز هو الاعتداء على الناس في أموالهم وممتلكاتهم بصفة عامة⁽³⁾.

(1) الرازي، مختار الصحاح، ص 737؛ د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ولاية

المظالم، ص 10، 11 نقله عن دائرة معارف القرن العشرين.

(2) د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ولاية المظالم، ص 11.

(3) الرازي مختار الصحاح، ص 405.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي لولاية المظالم:

عرف الماوردي وأبو يعلى⁽¹⁾ ولاية المظالم بأنها قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة، وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة.

ويعرفها ابن خلدون بقوله: (النظر في المظالم وظيفه ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفه القضاء وتحتاج إلى علو يد وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي وكأنه يمضي ما عجز القضاة أو غيرهم عن إمضائه)⁽²⁾.

ويرى الشيخ أبو زهرة أن ولاية المظالم كولاية القضاء وكولاية الحرب وكولاية الحسبة فهي جزء مما يتولاه ولي الأمر الأعظم ويقوم فيه نائباً عنه ممن تكون فيه الكفاية والهمة لأدائه - ويسمى المتولي لأمر المظالم ناظراً ولا يسمى قاضياً، وإن كان له مثل سلطان ومثل إجراءاته في كثير من الأحوال ولكن عمله ليس قضائياً خالصاً بل هو قضائي وتنفيذي - فقد يعالج الأمور الواضحة بالتنفيذ أو بالصلح أو بالعمل الذي يرد لصاحب الحق حقه فهو قضاء أحياناً وتنفيذ إداري أحياناً⁽³⁾.

ويعرف الدكتور محمد فؤاد مهنا ولاية المظالم في النظام الإسلامي بأنها قضاء من نوع خاص يتولاه الخليفة ويتميز بالرهبة والهيبة⁽⁴⁾.

(1) الماوردي، كتاب الأحكام السلطانية، تأليف أفضى القضاة أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص 77؛ القاضي أبي يعلى الفراء، الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، ص 73.

(2) مقدمة ابن خلدون، ص 222، إشارة د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 35.

(3) الشيخ محمد أبو زهرة، ولاية المظالم في الإسلام، مقال منشور في مجلة دنيا القانون السنة الثالثة، عدد 1، 2، ص 88 أشار لذلك د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 35.

(4) د. محمد فؤاد مهنا، مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية، ص 24، أشار لذلك د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 35.

كما يذهب الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي إلى أنَّ والي المظالم قد يتعرض لحسم المنازعات التي يعجز عن نظرها القضاء. وقد ينظر في الأحكام التي لا يقنع الخصوم بعادتها، ولكن السبب الأصيل لنشأة هذا النظام، هو بسط سلطان القانون على كبار الولاة ورجال الدولة ممن قد يعجز القضاء عن إخضاعهم، لحكم القانون. ولهذا فإنَّ نظام ديوان المظالم في الدولة الإسلامية قريب الشبه إلى حد كبير من نظام القضاء الإداري بمدلولة الحديث⁽¹⁾.

ويرى الدكتور عبد الحميد الرفاعي أنَّ هذا النوع من القضاء يختص بالنظر في الظلمات (أي القضايا) التي يكون أحد أطرافها أو كلاهما إما من ذوي القوة والنفوذ أو كان ممن يعملون في دواوين الدولة ومرافقها العامة⁽²⁾.

ويذهب الدكتور زكي محمد النجار إلى أنَّ ديوان المظالم يعني الالتجاء إلى القوة والهيبة لردِّ المظالم وحماية المظلوم⁽³⁾.

كما يذهب الدكتور عبدالله راشد السنيدي إلى القول بأنَّ قضاء المظالم في النظام الإسلامي هو في حقيقته قضاء إداري يتولاه الخليفة أو الحاكم مستهدفاً ردَّ المظالم وإنصاف المحكومين من ظلم أو اعتداء الحاكمين مستعيناً في تحقيق هذه الأهداف بخبرة وعلم القضاة والفقهاء الذين يشاركون في جلسات ديوان المظالم⁽⁴⁾.

ويرى الدكتور سعد الحكيم أنَّ قاضي المظالم هو الحارس والأمين الأول على سيادة القانون في الدولة، والمسؤول الأول عن التزام الحكام والمحكومين بأوامر ونواهي الشرع، وردِّ المظالم بكافة أنواعها⁽⁵⁾.

(1) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 498.

(2) د. عبد الحميد الرفاعي، القضاء الإداري بين الشريعة والقانون عام 1989م، ص 158.

(3) د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 238.

(4) د. عبدالله بن راشد السنيدي، المرجع السابق، ص 66.

(5) د. سعد الحكيم المحامي، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، ط 2، 1987م، ص 511.

ويرى الدكتور محمد أنس قاسم جعفر أن قضاء المظالم يختص بالفصل في المنازعات التي تتعلق بعمال الدولة في أغلبها فهو شبيه بالقضاء الإداري بمعناه المعاصر وأن وظيفته قضائية أحياناً تنفيذية أحياناً أخرى، بحيث قد يعالج الأمور بالتنفيذ أو بالصلح بحيث يرد الحق لصاحبه⁽¹⁾.

وفي الواقع فإن كافة التعريفات السابقة تخرج في رأينا من بوتقة واحدة يظهر من خلالها بوضوح تام أن ولاية المظالم هي من جهة أولى هيئة قضائية مميزة وتختص من جهة ثانية بنوع معين من المنازعات التي لا ينبغي أن ينظر فيها القضاء العام أو العادي فهي هيئة قضائية مميزة من جهة كونها أقوى من القضاء وأشد رهبة وقوة وهيبة وعلو يد على المتنازعين، وأن ذلك ناتج عن كونها الجهة القضائية الثانية التي تختص بهذا النوع من القضاء وهي المنازعات التي لا تكون إلا من ذوي الجاه من الولاة ورجال الدولة ومن ذوي القوة والجاه والنفوذ ممن يعجز القضاء العادي عن إخضاعهم لحكم القانون، فتبسط هذه الجهة القوية ذات الرهبة والهيبة وعلو اليد رقابتها القضائية على هؤلاء المعتدين وأخذهم بالعسف والقوة ورد اعتداءاتهم بالتنفيذ القوي أيضاً الذي يتم من ذات هذه الجهة.

وبالتالي فإن ولاية المظالم في النظام الإسلامي هي جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي ذات تشكيل خاص متميز بالرهبة والقوة وعلو اليد تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بين أفراد الرعية وكبار الولاة ورجال الدولة وذوي النفوذ والقوة والجاه. فهي ليست فقط شبيهة بالقضاء الإداري المعاصر بل تستوعب ذلك النوع من القضاء أي الإداري وتبسط رقابتها لأكثر من ذلك أي على ذوي النفوذ والقوة والجاه أيضاً.

ذلك لأنها قررت مبادئ قضائية تفوق المبادئ القضائية الحديثة ولها اختصاصات تماثل ليس فقط القضاء الإداري بل والنيابة العامة والإدارية⁽²⁾.

(1) محمد أنس قاسم جعفر، نظام الأميردسمان مقارناً بناظر المظالم والمحتسب في الإسلام، مقال بمجلة العلوم الإدارية السنة 17 العدد الأول 1975م، ص 91.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 323 - 333.

وهذا ما ذهب إليه رأي في الفقه⁽¹⁾ حيث قال: بل يفوق باختصاصه نظام الأمبودسمان السويدي المشهور بل أن هذا الأخير هو الذي أخذ عن قضاء المظالم كثير من أحكامه العامة واختصاصاته، فقضاء المظالم أعم وأشمل منه بكثير وأكثر دقة في الاختصاص واستفراق الرقابة في كل نواحي الحياة.

وهذا ما ذهب إليه آخر أيضاً أي بقوله⁽²⁾: «... إن قضاء المظالم في النظام الإسلامي هو في حقيقته - قضاء إداري يتولاه الخليفة أو الحاكم مستهدفاً ردّ المظالم وإنصاف المحكومين من ظلم أو اعتداء الحاكمين، مستعيناً في تحقيق هذه الأهداف بخبرة وعلم القضاة والفقهاء الذين يحضرون جلسات ديوان المظالم... وبالتالي لا يمكن اعتباره قضاءً استئنافياً أي درجة عليا من درجات التقاضي...».

وبالتالي فهي جهة قضائية أخرى بجوار القضاء الشرعي أو العادي كما هو معروف في الفقه والتاريخ الإسلامي، وإن كانت قد مرت بمراحل حتى أصبحت جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي - كما سيلي في المطلب الثاني من هذا المبحث.

الفرع الثاني

الأصول الشرعية والتاريخية لقضاء المظالم ونشأته واختصاصه

إن أول أهل العلم الذين تكلموا عن قضاء المظالم يرون أن جذوره تمتد إلى ما قبل الإسلام أي إلى قريش في الجاهلية، وذلك حين كثر فيهم الزعماء وانتشرت فيهم الرياسة وشاهدوا من التغالب والتجاذب ما لم يكفهم عنه سلطان فقد اجتمعوا فيما بينهم وعقدوا حلفاً سمي بحلف الفضول واتفقوا فيه على ردّ

(1) د. محمد أنس قاسم جعفر، نظام الأمبودسمان مقارناً بناظر المظالم والمحاسب في الإسلام، مقال بمجلة العلوم الإدارية السنة 17، العدد الأول 1975م، ص 91 وما بعدها.

(2) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري طبعة 1981م، دار المعارف هاشم، ص 180، 181.

المظالم وإنصاف المظلوم من الظالم وكان سببه ما حكاه الزبير بن بكار أن رجلاً من اليمن من بني زبيد قدم مكة معتمراً بيضاعة فاشتراها منه رجلاً من بني سهم، وقيل إنه العاص بن وائل فلولى الرجل بحقه، فسأله ماله أو متاعه، فامتنع عليه فقام على الحجر وأنشد بأعلى صوته شعراً يستغيث فيه بزعماء مكة، فقام أبو سفيان والعباس بن عبد المطلب وردا عليه ماله، واجتمعت بطون قريش فتحالفوا في دار عبدالله بن جدعان على رد المظالم بمكة⁽¹⁾.

بل ذهبوا أيضاً إلى القول بأن ملوك الفرس يرون ذلك من قواعد الملك وقوانين العدل الذي لا يعم الصلاح إلا بمراعاته ولا يتم التناصف إلا بمباشرة⁽²⁾.

ويذهب بعض الباحثين⁽³⁾ إلى أن وإن كان هذا النظام من وسائل رد المظالم إلا أنه لا يمكن القول بأنه كان الأساس التاريخي لقضاء المظالم باعتبار أن الحلف مجرد اتفاق عشائري لا يمثل السلطة الحاكمة وبدون ضوابط محددة، كما أنه يقوم برد المظالم التي بين أي من الأفراد ولا يهتم فقط بمظالم ذوي النفوذ. كما أنه لم يكن له صورة فعالة أو نشاط أو تطبيقات ملحوظة، كما أن لا يعني وجود تشابه بين النظام الذي كان يتبعه ملوك الفرس وقضاء المظالم في النظام الإسلامي أن الأول أساس تاريخي للآخر. فقد نشأ قضاء المظالم مع نشأة الدولة الإسلامية في المدينة المنورة حيث منشأ السلطات عموماً.

وإن كنا نتفق والرأي المذكور إلا أن حلف الفضول وإن كان فعلاً جاهلياً فقد دعتهم إليه السياسة وقد صار بحضور رسول الله ﷺ وما قاله في تأكيد

(1) الماوردي. الأحكام السلطانية. المرجع السابق. ص 78 وما بعدها؛ أبي يعلى الفراء. الأحكام السلطانية. المرجع السابق. ص 75. 67؛ ابن كثير. البداية والنهاية لابن كثير. منشورات دار المعارف، بيروت، الطبعة الثانية 1990م، ج 2، ص 290 وما بعدها.

(2) الماوردي. المرجع السابق نفس الموضع. أبي يعلى الفراء. المرجع السابق. نفس الموضع.

(3) د. أحمد بن عبد الملك قاسم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 100، 101.

أمره يعد حكماً شرعياً وفعلًا نبوياً.

حيث كان النبي ﷺ معهم يومئذ قبل النبوة وهو ابن خمس وعشرون سنة، فقال رسول الله ﷺ لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول لو دعيت إليه لأجبت وما أحب أن لي به حمر النعم⁽¹⁾.

وبالتالي ففي تكوين الحلف المذكور من رؤساء العشائر في فريش كان يتفق مع ما كان عليه النظام الاجتماعي، كما أن هدفه رفع الظلم أياً كان نوعه⁽²⁾ لذا فقد أقر النبي ﷺ أهميته في تحقيق الهدف المبتغى منه وهو ردّ المظالم.

وبالتالي فإنه يمكن القول بأن استجابة الرسول للدعوة إليه والإشادة به دليل على مشروعية ردّ المظالم وعلى أنه لا بد أن يوجد في الدولة من يأخذ على أيدي الظالمين ويوقف عدوانهم ويرد الحقوق إلى أصحابهما⁽³⁾.

وقد باشر النبي ﷺ المظالم بنفسه، لإقراره ﷺ لحلف الفضول - كما سبق - وللواقعة التي حدثت بين الزبير بن العوام وواحد من الأنصار في شراج الحرة التي يسقون بها وقد فصل فيها ﷺ بنفسه⁽⁴⁾.

عموماً فإن الأصول الشرعية الدالة على ولاية المظالم مستمدة من القرآن الكريم والسنة والإجماع، فمن نصوص القرآن قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ اللَّهَ لَيْسَ بِظَالَمٍ لِلْعَبِيدِ﴾⁽⁵⁾ وقوله جلّ وعلا: ﴿وَمَا ظَلَمْنَاهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا هُمُ الظَّالِمِينَ﴾⁽⁶⁾ وغيره من الآيات التي تدل على تحريم الإسلام للظلم وضرورة ردّ الحق لكل مظلوم. كما ورد عن النبي ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 79: أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 76: البداية والنهاية ابن كثير، المرجع السابق، ج 2، ص 291 وما بعدها.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 38.

(3) د. شوكت عليان، قضاء المظالم في الإسلام، المرجع السابق، ص 51.

(4) الماوردي، المرجع السابق، ص 79، أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 76.

(5) سورة آل عمران، الآية: 182.

(6) سورة الزخرف، الآية: 76.

يخذه، ولا يحقره، التقوى ها هنا وأشار إلى صدره ثلاث مرات⁽¹⁾.

كما روى عنه عليه السلام قوله: «إِنَّ النَّاسَ إِذَا رَأَوْا الظَّالِمَ فَلَمْ يَأْخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ أَوْشَكَ اللَّهُ أَنْ يَعْمَهُمْ بَعْقَابُهُ» وبصفة عامة فإنَّ رفع الظلم ونصرة المظلوم من الأمور التي تدخل في إطار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذا واجب على جميع المسلمين⁽²⁾.

كما يستدل على مشروعية ولاية الظالم من السنة بورود العديد من النماذج لأفعاله وأقواله وتقريراته عليه السلام في هذا المجال⁽³⁾.

وقد أجمع المسلمون على مشروعية تنصيب القضاء والحكم بين الناس ونصرة المظلوم، اتباعاً لما جاء بالقرآن والسنة من وجوب ردِّ الظالم عن ظلمة وإرجاع الحق إلى مستحقه⁽⁴⁾.

كما يوجز لنا الماوردي وأبو يعلى تطور قضاء المظالم منذ عهد النبوة وحتى وصوله إلى تاريخ متأخر بالقول بأنَّ النبي عليه السلام نظر المظالم بنفسه، ولم ينتدب للمظالم من الخلفاء الأربعة أحد. لأنَّهم في الصدر الأول مع ظهور الدين عليهم بين من يقوده التناصف إلى الحق أو يزجره الوعظ عن الظلم، وإنَّما كانت المنازعات تجري بينهم في أمور مشتبهة يوضحها حكم القضاء، فإنَّ تجور من جفاه أعرابهم متجور ثناه الوعظ أن يدبر وقادة العنف أن يحسن فاقترصر خلفاء السلف عن فصل التشاجر بينهم بالحكم والقضاء تعيناً للحق في جهته لانقيادهم إلى التزامه.

-
- (1) صحيح مسلم، بشرح النووي، ج 16، ص 132، أشار لذلك د. محمد أنس جعفر، ولاية المظالم في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، ص 14 وما بعدها.
 - (2) د. أحمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 15، 16.
 - (3) د. عبد الرزاق علي الفحل، القضاء الإداري، قضاء المظالم وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، ط 2، عام 1994م، ص 117 وما بعدها.
 - (4) ابن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر للطباعة، ط 1، عام 1984م - 1405 هـ، ج 10، ص 89: كشف القناع، انشيخ العلامة فقيه الحنابلة، منصور البهوتي، ج 6، ص 286.

واحتاج علي عليه السلام حين تأخرت إمامته واختلط الناس فيها وتجهلوا إلى فضل صرامة في السياسة وزيادة تيقظ في الوصول إلى غوامض الأحكام فكان أول من سلك هذه الطريقة واستقل بها ولم يخرج فيها إلى نظر المظالم المحض لاستغنائها عنه.

ثم انتشر الأمر من بعده حتى تجاهر الناس بالظلم والتغالب ولم يكفهم زواجر العظة عن التمانع والتجاذب، فاحتاجوا في ردع المتغلبين وإنصاف المغلوبين إلى نظر المظالم الذي يمتزج به قوة السلطنة بنصف القضاء فكان أول من أفرد للظلمات يوماً يتصفح فيه قصص المتظلمين من غير مباشرة للنظر عبد الملك بن مروان، فكان إذا وقف منها على مشكل أو احتاج فيها إلى حكم منفذ رده إلى قاضيه أبي إدريس الأودي فنفذ فيه أحكامه لرهبة التجارب من عبد الملك بن مروان في علمه بالحال ووقوفه على السبب، فكان أبو إدريس هو المباشر وعبد الملك هو الأمر.

ثم زاد من جور الولاة وظلم العتاة ما لم يكفهم عنه إلا أقوى وأنفذ الأوامر. فكان عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - أول من ندب نفسه للنظر في المظالم فردّها وراعى السنن العادلة وأعادها، ورد مظالم بني أمية على أهلها حتى قيل له، وقد شدد عليهم وأغلظ: إنا نخاف عليك من ردّها العواقب، فقال: كل يوم أتقيه وأخافه دون يوم القيامة لا وقتية.

ثم جلس لها من خلفاء بني العباس جماعة، فكان أول من جلس لها المهدي حتى عادت الأملاك إلى مستحقيها⁽¹⁾.

وعليه فقد استمر قضاء المظالم في مصر أيضاً في الولايات المختلفة حتى العصر الحديث، فقد كان قضاء المظالم في مصر واضحاً ومتميزاً منذ أن نظره الأمير/ أحمد بن طولون، بل وعلى مرّ العصور السابقة على الحكم العثماني لمصر عرف قضاء المظالم باسم السياسة، وكان يباشرها غالباً الوالي أو الباشا، ثم كانت تدخل ضمن اختصاصات الدواوين التي أنشئت تحت الحكم العثماني وعصر محمد علي.

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 77 - 78: أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 74، 57.

كما يمكن أن نقرر أيضاً أن النظر في المظالم في الأندلس كان يباشرها إما الحاكم بنفسه أو قاضي الجماعة وصاحب الشرطة الكبرى⁽¹⁾. وأحياناً كان يباشرها قاضي القضاة بنفسه ويجمع بينها وبين القضاء⁽²⁾.

وبالتالي يتضح ممّا سبق بوضوح أن كافة ما ذكر من أصول شرعية وتاريخية عن نشأة ولاية المظالم - التي هي نوع مخصوص من القضاء - لا تخرج - في رأينا - عن كونها أسس وأسباب جاءت بها الشريعة الإسلامية لإقرار وبيان أهمية هذا النوع من القضاء.

المطلب الثاني

مراحل تطور قضاء المظالم (الازدواج القضائي)

وأثره على الازدواج القانوني

الفرع الأول

مراحل الازدواج القضائي

أولاً: مرحلة اندماج قضاء المظالم مع القضاء الموحد:

حيث يمكن القول بصفة عامة أنه في المراحل الأولى لقيام الدولة الإسلامية كان القضاء موحدًا، حيث تتبع النصوص الشرعية والتاريخية وما قاله العلماء يشير إلى أن القضاء كان تحت نظر الخليفة نفسه أو من

(1) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 175 وما بعدها، وص 205 وما بعدها.

(2) د. عصام محمد شبارو، قاضي القضاة في الإسلام، ط 2، عام 1922م، ص 115.

يفوضه بتعيين القضاة. بمعنى أن جهة القضاء كانت واحدة عموماً. ولم تظهر الحاجة إلى قيام تنظيم قضاء متخصص كولاية قضاء المظالم إلا في المراحل اللاحقة⁽¹⁾.

وعلى سبيل الإيضاح والتفصيل يمكن القول أنه إذا كان قضاء المظالم قد نشأ منذ نشأة الدولة الإسلامية بالمدينة المنورة - كما سبق - وأن النبي ﷺ نظر المظالم بنفسه فإن قضاء المظالم نشأ مندمجاً مع القضاء العادي حينما كان يقوم به الرسول ﷺ ضمن قيامه بالسلطات الأخرى (كرئيس للدولة) الإسلامية⁽²⁾. فقد كانت السلطات، الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، مركزة في شخص الرسول ﷺ طوال العهد النبوي فهو المشرع والمنفذ والقاضي باعتبار أن المشرع الحقيقي هو الله جل وعلا، لأن دور الرسول ﷺ في التشريع مجرد دور المبلغ عن ربه عن طريق الوحي المباشر أو غير المباشر⁽³⁾.

فقد كان حجم الدولة آنذاك صغيراً، كما أن المشكلات كانت قليلة، علاوة على عدم اتساع العمران. فضلاً عن بساطة الحياة في عهد الرسول ﷺ ولم تكن وظائف الدولة حينئذٍ قد تمايزت فلم يكن هناك ما يبعث على توزيع الاختصاص. كما أنه لم يكن للعرب سوابق تنظيمية يعول عليها، وأن المنهج الجديد يحتاج إلى تدريب وتنظيم وقيادة حكيمة. علاوة على قوة الإيمان في أفراد الدولة الجديدة بقائدها فكان النبي ﷺ يجمع بين كافة السلطات في يده وكانت الدعوة تفرغ بنورها القلوب، فتحي الضمائر وتضاعف الشعور بالإثم، فإذا وقع المحذور لجأ إلى صاحب الدعوة يستوضح الغامض من الأمر، وكان

(1) د. عبد القادر شبية الحمد. في رسالته للدكتوراه بعنوان الولاية القضائية لديوان المظالم في المملكة العربية السعودية عام 1409 هـ. ص 247؛ أ. عبد المحسن بن ناصر العبيكان، مذكرة في تطبيق القضاء، ص 73.

(2) د. أحمد بن عبد الملك بن أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 100 - 103.

(3) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، السلطات الثلاث، ص 312، 324، 433، 484.

قوله ﷺ منذئذٍ محترماً لذاته فينفذه الخصوم طواعية دون حاجة إلى جبر أو إكراه، فقد حرص الرعاة والرعية على احترام مبدأ الشرعية باعتبارها أحد المبادئ الأساسية التي قررتها الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وبالتالي فلم تكن ولاية المظالم ولاية قائمة بذاتها في تلك الفترة التي تمتد من عصر الرسول ﷺ إلى عهد عبد الملك بن مروان الذي يمكن اعتباره أول من باشر قضاء المظالم على وجه التخصص، حيث لم تكن ثمة حاجة إلى قضاء متخصص للمظالم في تلك الفترة وإنما كانت تندمج في القضاء⁽²⁾.

وإن كانت هذه الفترة تشمل خلافة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي إلا أنها في خلافة علي كرم الله وجهه أخذت طابعاً مميزاً وإن كانت في جملتها لا تخرج عما سبق ذكره من اندماجها مع الولايات الأخرى ومن بينها القضاء، وأن الخلفاء الراشدين ساروا على نفس النهج الذي سار عليه النبي ﷺ في الجلوس في المظالم بأنفسهم مندمجاً مع القضاء، وذلك بشكل عام.

أمّا ذلك الطابع المميز في خلافة علي والذي اتجه إليه العديد من الفقهاء والباحثين⁽³⁾ فهو لأنه عند تولية الإمام علي بن أبي طالب مقاليد الخلافة كانت البلاد الإسلامية تمر بحالات اضطراب وفتنة وكثرت المظالم والظلمات، لذا كان اهتمام الإمام علي بالنظر في المظالم أكد من الخلفاء

(1) د. أحمد بن عبد الملك أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 103 - 104؛ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها؛ أ. محمد عسيري، المرجع السابق، ص 519 - 530؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.

(2) د. محمد أنس جعفر، ولاية المظالم، المرجع السابق، ص 17؛ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون، المرجع السابق، نفس الموضع.

(3) القاضي أحمد سعيد المومني، قضاء المظالم (القضاء الإداري الإسلامي)، عام 1991م، ص 70 وما بعدها؛ د. أحمد عبد الملك أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 108؛ د. أحمد عبد الملك أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 108؛ د. إسماعيل البديوي، القضاء الإداري، ج 2، عام 1993م، ط 1، ص 136 وما بعدها.

الذين سبقوه، وهذا هو التفسير الصحيح لقول الماوردي في كتابه الأحكام السلطانية - واحتاج علي رضي الله عنه حين تأخرت إمامته واختلط الناس فيها وتجهلوا إلى فضل صرامة في السياسة وزيادة تيقظ في الوصول إلى غوامض الأحكام، فكان أول من سلك هذه الطريقة واستقل بها ولم يخرج فيه إلى نظر المظالم المحض لاستغنائها عنه⁽¹⁾.

وبالتالي فكان الإمام علي أول من سلك النظر في المظالم بشكل ذو صرامة في السياسة وزيادة في اليقظة للتوصل إلى غوامض الأحكام، غير أنه لم يخرج إلى نظرها بشكل خاص محض لاستغنائها عن ذلك⁽²⁾.

وهذا يدحض الرأي القائل بأنه أول من نظر المظالم من الخلفاء⁽³⁾، بل كان الإمام علي - كرم الله وجهه - ينظر المظالم بالاستناد إلى ولايته العامة والتي من ضمنها القضاء بالناس وإن كان ممّا لوحظ في عصره أنه رسم أصولاً في ذلك بحيث يخصص وقت وعمل ما للجلوس لذوي الحاجات. كما في أمره إلى الأشر النخعي بذلك. وإن كان هذا النص الوحيد الذي عثر عليه في ذلك وهو الذي جعل رأياً في الفقه يتجه إلى أن الإمام علي هو أول من نظر المظالم⁽⁴⁾.

وبالتالي فإنّ الماوردي قد أوجز لنا مسيرة الخلفاء ومن بينهم الخليفة الرابع بقوله: (ولم ينتدب للمظالم من الخلفاء الأربعة أحد لأنهم في الصدر الأول مع ظهور الدين عليهم بين من يقوده التناصف إلى الحق أو يزجره الوعظ عن الظلم، وإنما كانت المنازعات تجري بينهم في أمور مشتبهة يوضحها حكم القضاء، فإن تجور من جفاة أعرابهم متجور ثاة الوعظ أن يدبر وقادة العنف أن يحسن فاقترصر خلفاء السلف على الفصل في التشاجر بينهم بالحكم

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 78.

(2) القاضي أحمد المومني، المرجع السابق، ص 71.

(3) د. إسماعيل البديوي، المرجع السابق، نفس الموضوع؛ د. أحمد عبد الملك، المرجع السابق، نفس الموضوع. القاضي المومني، المرجع السابق، نفس الموضوع. حيث أشار كل منهم إلى أن هناك رأياً في الفقه يرى ذلك، وأشار المومني أنه المقرري.

(4) المومني، المرجع السابق، نفس الموضوع.

والقضاء تعييناً للحق في جهته لانقيادهم إلى التزامه⁽¹⁾ وقد ميز فترة الإمام علي بما سلف له من بيان.

وعليه فإننا نخلص من ذلك إلى أن النظر في المظالم كان في عهد النبي ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده - بما فيهم علي بن أبي طالب - يسير على وتيرة واحدة، فقد كانوا ينظرونها مع القضايا الأخرى ولم يحدث أن جلس أحد منهم للمظالم فقط وإنما كانوا ينظرون في القضايا جميعاً بما فيها قضاء المظالم. إلا أن قضاء المظالم زادت أهمية النظر فيه في عصر الإمام علي ممّا جعله يستخدم وسائل جديدة ومهمة عند نظر المظالم كالتيقظ والصرامة الشديدين وقد أرسل تعليماته إلى بعض ولاته بذلك لاستخدام هذه الوسائل التي لم يستخدمها أحد من قبله، ولكن بالرغم من ذلك لم يفصل قضاء المظالم عن القضاء العادي أو يجعل له يوماً معيناً⁽²⁾.

كما أن هذه المرحلة لم ينظر فيها قضاء المظالم على وجه التخصيص، فلم تكن مناطه بولاية خاصة أو شخص خاص فلم تعزل عن سائر المنازعات وإنما كانت تتدرج في أعمال رئيس السلطة العامة - إلى الرسول ﷺ ومن بعده الخلفاء الراشدين وفقاً لظروف المظلمة، ولا يقدح في ذلك كونها أحياناً تكثر في موسم الحج الذي يلم شمل الجميع في الحجاز فتكون الفرصة أيسر وأكثر لنظر المظالم لبعده المسافات بالنسبة لوسائل السفر على نحو ما كان ينهجه الخليفة الثاني عمر، على النحو التالي ذكره تفصيلاً⁽³⁾.

ثانياً: مرحلة القضاء المزدوج - (قضاء المظالم جهة القضاء الإداري المستقلة):

حيث أصبح قضاء المظالم في تلك الفترة ولاية مستقلة عن ولاية القضاء

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 77 - 78.

(2) د. أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها.

(3) القاضي أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص 72؛ د. أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 20.

بنوع معين من المنازعات والمشاكل ويباشرها الخلفاء ونوابهم⁽¹⁾.

وتبدأ هذه الفترة بعد أن اتسعت رقعة البلاد الإسلامية نتيجة الفتوحات المتعددة، وتطلب ذلك اتساع نشاطها فتعددت ولايات القضاء تبعاً لتعدد إدارة الولايات المكونة للدولة الإسلامية، وذلك كله بعد مقتل الإمام علي، ومنذ ولاية الدولة الأموية، وتبدأ بالأخص منذ ولاية عبد الملك بن مروان⁽²⁾.

حيث انتشر الأمر بعد مقتل الإمام علي حين تجاهر الناس بالظلم والتغالب ولم يكفهم زواج العظمة عن التمانع والتجاذب، فاحتاجوا في ردع المتغلبين وإنصاف المغلوبين إلى نظر المظالم الذي - يمتزج فيه قوة السلطنة بنصف القضاء - فكان أول من أفرد للظلمات يوماً يتصفح فيه قصص المتظلمين من غير مباشرة للنظر عبد الملك بن مروان، فكان إذا وقف منها على مشكل أو احتاج فيها إلى حكم منفذ رده إلى قاضيه أبي إدريس الأودي فنفذ فيه أحكامه، لرهبة التجارب من عبد الملك بن مروان، في علمه بالحال ووقوفه على السبب، فكان أبو إدريس هو المباشر وعبد الملك هو الأمر⁽³⁾.

فقد ظهر حينئذ قضاء المظالم مستقلاً في الزمان والمكان، فقد خصص عبد الملك بن مروان - الذي تولى الحكم في السنة 65 هـ - يوماً ينظر فيه شكاوى المتظلمين، وتصفح دعاواهم وقد شكل مجلس المظالم - إلى جانبه - بعنصر قضائي متخصص في الفصل في المنازعات التي تحتاج إلى ملكة في القانون وفهم للنصوص بل ودراية بشؤون القضاء، وإذا حكم القاضي الذي عينه مروان النظر في المظلمة قام ولي الأمر نفسه وهو عبد الملك بتنفيذ الحكم الصادر⁽⁴⁾.

(1) د. سعد الحكيم، المرجع السابق، ص 599. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 58.

(2) د. عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 58.

(3) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 78؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 71.

(4) د. أحمد بن عبد الملك أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 113؛ د. محمد عبد الحميد أبوزيد، المرجع السابق، ص 58؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 89 - 104.

وقد استمر نظر المظالم هكذا بل أنه لما زاد من جور الولاية وظلم العتاة ما لم يكفهم عنه إلا أقوى الأيدي وأنفذ الأوامر كان عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - أول من ندب نفسه للنظر في المظالم فردّها وراعى السنن العادلة وأعادها ورد مظالم بني أمية على أهلها ثم استمر الخلفاء في الجلوس لها على النحو السالف الذكر فقد أصبح النظر في المظالم في أوقات وأيام محددة يقصد فيها المتظلمون والمتنازعون قاضي المظالم، الخليفة كان أو من ينيبه ومن ذلك على سبيل المثال أن المأمون كان يجلس للمظالم يوم الأحد بشكل خاص - كما أن مجلس المظالم أصبح له تشكيل خاص لا يستغني عنه، كما عرف اختصاص قضاء المظالم بقضايا معينة ومحددة، وأن قضاء المظالم أصبح يختلف اختلافاً واضحاً عن القضاء العادي بفروق جوهرية، بل أن المرافعات أمام قضاء المظالم لها أحوال ثابتة⁽¹⁾ وأنه قد عهد إلى صاحب المظالم بالفصل في المشاكل القضائية العويصة وله سلطة أعلى من سلطة القاضي والمحتسب⁽²⁾.

وبالتالي فقد عرفت الدولة الإسلامية تنظيمًا مميزاً من القضاء يهدف إلى وقف تعدي ذوي الجاه والسلطان من الولاية والعمال وكبح جماحهم والأخذ على أيديهم ورد الظالم عن بغيه وإنصاف المظلومين، والفصل في كافة المظالم أو المنازعات التي تثور بين الأفراد والدولة ممثلة في إدارتها وعمالها ومرافقها وأطلق على هذا النوع من القضاء المتخصص اسم (ولاية المظالم) والذي تطور حتى أصبح الولاية يكلون ولاية المظالم إلى غيرهم من القضاة وأصبح جهة مستقلة متخصصة يجدها الفرد إلى جانب قاضيه العادي كقاضي متخصص في المنازعات السالفة الذكر والتي قد يرفها الأفراد ضد الولاية، وأصبح

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 78، 79 وما بعدها حيث أفاض في شرح استقلال قضاء المظالم وتشكيله واختصاصاته... إلخ. بما يدل بوضوح على استقلال قضاء المظالم وتكامل معاملة وكذا أبي يعلى الفراء، ثم سار الشراح على نهجهم وأوضحوا ذلك في دراسات مستفيضة.

(2) د. عصام محمد شبارو، المرجع السابق، ص 115.

قاضي المظالم مظهراً أساسياً في نظام الدولة الإسلامية⁽¹⁾.

وذلك ممّا حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأنّ نظام المظالم قد نشأ واستقل بذاتيته كولاية متميز عن القضاء، وأنّ السبب الأصيل لنشأة هذا النظام هو بسط سلطان القانون على كبار الولاة ورجال الدولة ممن قد يعجز القضاء عن إخضاعهم لحكم القانون، ولهذا فإنّه قريب الشبه إلى حد كبير من نظام القضاء الإداري بمدلوله الحديث⁽²⁾.

وبالتالي فقد عرف النظام الإسلامي نوعين من القضاء، قضاء عادي وقضاء المظالم وإن كان الأخير قد جاء بصورة تسمح بالقول بوجود قضاء إداري في النظام الإسلامي⁽³⁾ بل هو أوسع مجاًلاً واختصاصاً عن القضاء الإداري، حيث يستوعب اختصاصات القضاء الإداري بمفهومه الحديث فهو متعدد الصلاحيات والاختصاصات والمجالات عن القضاء الإداري بمعناه الحالي⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

أثر الازدواج القضائي على الازدواج القانوني

إنّ القاعدة العامة التي تحكم القاضي العادي أو قاضي المظالم هي اتفاق القانون الذي يطبقه أو أحكامه التي يصدرها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وإن كان قاضي المظالم لا يطبق على المنازعات الإدارية قانوناً يختلف عن القانون الذي يطبقه القاضي العادي. فهذا لا يحول دون القول بأنّ للقانون الإداري قواعده المتميزة عن فروع القانون الأخرى والتي يطبقها

(1) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 106.

(2) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 498.

(3) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 159.

(4) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 250.

القاضي الإداري باعتباره القائم بتطبيق هذه القواعد في الجهة المستقلة مادامت تتفق والقواعد الشرعية سواء كان مصدرها التشريع أو العرف أو وفق مبدأ اجتهادي من القاضي الإداري نفسه⁽¹⁾.

فقد جاءت التفرقة بين قاضي المظالم والقاضي العادي في الفقه الإسلامي من عدة وجوه أيضاً توضح لنا أن التميز الإجرائي أو الموضوعي للقواعد الإدارية وغير الإدارية التي ينهجها قاضي المظالم وتؤكد بجلاء تميز لقواعد الإجراءات الإدارية وهذه الفروق يوجزها لنا الماوردي فيما يلي: أحدها أن لناظر المظالم من فضل الهيبة وقوة اليد ما ليس للقضاة في كف الخصوم عن التجاحد ومنع الظلمة من التغالب والتجاذب. والثاني أن ناظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز فيكون الناظر فيه أفسح مجالاً وأوسع مقالاً. والثالث أنه يستعمل من فضل الإرهاب وكشف الأسباب بالأمارات الدالة وشواهد الأحوال على ما يضيق على الحكام فيصل به إلى ظهور الحق ومعرفة المبطل من المحق. والرابع أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ويأخذ من بان عدوانه بالتقويم والتهذيب. والخامس أن له من الثاني في ترداد الخصوم عن اشتباه أمورهم واستبهاام حقوقهم، ليمعن في الكشف عن أسبابهم وأحوالهم ما ليس للحكام إذا سألهم أحد الخصمين فصل الحكم فلا يسوغ أن يؤخره الحاكم ويسوغ أن يؤخره والى المظالم. والسادس أن له رد الخصوم إذا أعضلوا ووساطة الأمناء ليفصلوا التنازع بينهم صلحاً عن تراض، وليس للقاضي ذلك إلا عن رضي الخصمين بالرد. والسابع أن يفسح في ملازمته الخصمين إذا أوضحت أمارات التجاحد ويأذن في إلزام الكفالة فيما يسوغ فيه التكفل لينقاد الخصوم إلى التناصف ويعدلوا عن التجاحد والتكاذب، والثامن أنه يسمع من شهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة في شهادة المعدلين. والتاسع أنه يجوز إحلاف الشهود عند

(1) لمزيد من التفاصيل د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون الإداري في الإسلام.. المرجع السابق، ص 103 وما بعدها و106 و122 وما بعدها و132 وما بعدها، 159 وما بعدها.

ارتيابه بهم إذ بدلوا إيمانهم طوعاً ويستكثر من عددهم ليزول الشك وينفي عنه الارتياب، وليس ذلك للحاكم، والعاشر أنه يجوز أن يبتدئ باستدعاء الشهود ويسألهم عما عندهم في تنازع الخصوم، وعادة القضاة تكليف المدعى إحضار بيئته ولا يسمعونها إلا بعد مسألته⁽¹⁾.

فهذه فروق جوهرية وأمور موضوعية وإجرائية يتميز بها القاضي الإداري أو قاضي المظالم عن القاضي العادي فهو أوسع مقالاً وأفسح مجالاً، كما له من اتخاذ الإجراءات التي ليست للقاضي العادي.

فعموماً قد برزت في الفكر والدولة الإسلامية فكرة وجود قاضي عادل ترفع إليه المنازعات الإدارية لكي يقارن المصالح المتنافرة محاولاً التوفيق بينها، بحيث يرد السلطة الحاكمة إلى جادة الصواب ويجبر القاضي ما نجم عن خطأ سبب ضرراً للأفراد، ويعرف الهدف الرئيسي من المنازعة الإدارية وإن هذا القاضي له أن يطبق في ذلك القواعد الإدارية المتميزة جنبا إلى جنب مع القواعد الشرعية الأخرى ما دامت تهدف إلى توازن المصالح وقيام العدل والإنصاف وهذا هو دور القضاء الإداري المعروف في الوقت الحاضر⁽²⁾ ولا يمكن القول بأي حال من الأحوال أن القاضي الإداري لا يطبق أيًا من القواعد القانونية الأخرى لأن هذا يكون أمراً مستحيلاً.

فقد تكون المحكمة مستقلة عن القانون المزمع تطبيقه، وقد تطبق محكمة واحدة عدة قوانين مختلفة، كالقانون المدني والتجاري وقانون العقوبات، ولا ينال ذلك من القانون الإداري مستقلاً، فلا يمكن اعتبار القانون الإداري منعماً في دولة لمجرد خضوع الإدارة للقانون العادي، فوجود القضاء الإداري إنما هو المعنى بتطبيق هذه القواعد الإدارية المتميزة عن الشريعة العامة وبجوارها، بحيث تمثل امتيازات للإدارة ومصالحها العامة. ولتحقيق التوازن

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 83، 48.

(2) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون، المرجع السابق، ص 155 وما بعدها، وبنفس المعنى، ص 103 وما بعدها، ص 106 وما بعدها، ص 122 وما بعدها، ص 134 وما بعدها.

يقول الدكتور سليمان الطماوي⁽²⁾: بالرغم من الأهمية البالغة للقرآن والسنة كمصادر تشريعية فإن الرأي والاجتهاد هو المصدر الحقيقي الآن للقواعد الجديدة التي تحتاجها جماعة المسلمين لمواجهة الظروف المستحدثة.

ويقول الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد⁽³⁾: إن القاعدة العامة في ظل اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الأول والأعلى للقانون والأنظمة في دولة ما، أن تكون أجدر بالاتباع ولها الأولوية في التطبيق عملاً، بتدرج القواعد القانونية فالشريعة الإسلامية تلو ولا يُعلَى عليها، ومن ثم تكون لها أولوية التطبيق بصفة دائمة وتقيّد قواعد القانون الإداري المتميزة بها، وهذا ما جعل بعض الفقهاء الشرعيين الذين جمعوا بين الثقافيتين الشرعية والحديثة الذهاب إلى أن معظم التشريعات المعاصرة لا تخالف قواعد الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ما دامت لا تخالف نص قطعي الثبوت والدلالة ووفق روح الأدلة ومقاصدها وتماثل التفرقة بين ما بنى على سبب خاص وهو من التشريع العام الذي لا يختلف ولا يتبدل.

ثم يقول: إن موجز ذلك هو ما يمكن أن نخلص إليه من أن قواعد القانون الإداري المتميزة - سواء عبر التاريخ في الفقه الإسلامي أو الآن هي قائمة ومتميزة ولكن ذلك لا يعني أنها قانون آخر مستقل عن أحكام الشريعة الإسلامية بل هي جزء منها يطبقها القاضي الإداري المتخصص الواعي بحاجات الإدارة والمصالح العام وبما يوازن ذلك مع مصالح الأفراد ويجانب القواعد الشرعية الأخرى ما دامت لا تصطدم معها أو تخالفها.

وعليه فإذا كان الإسلام لا يعترف بالقانون الإداري بمعناه الضيق المستقل عن القانون الذي ينطبق على الأفراد، ويفترض بالتالي وجود قضاء

(1) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، نفس المرجع، ص 105 وما بعدها.

(2) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 332.

(3) د. محمد عبد الحميد، نفس المرجع، ص 14، 106، 107 وما بعدها.

للفصل في المنازعات الإدارية. إلا أنه لا ينكر القانون الإداري بمعناه الواسع الذي يتضمن جميع القواعد الشرعية أو القانونية التي تحكم الإدارة أياً كانت طبيعتها، بما في ذلك المبادئ والأحكام المستقاة من الشريعة الفراء التي تحكم المجتمع الإسلامي، فالمبادئ والأحكام بصفة عامة تفرض سلطانها على الجميع دون تفرقة بين حاكم ومحكوم⁽¹⁾.

الخلاصة: أسبقية الشريعة الإسلامية إلى الأخذ بالنظام القضائي المزدوج؛

يتضح من خلال ما سبق أن النظام الإسلامي عرف ما يسمى بولاية المظالم، وهي جهة قضائية لها من القوة وعظيم الرهبة وعلو اليد ما ليس للقضاء العادي بل وتستقل عنه تماماً، وتختص بنظر المنازعات التي تثور أو ترفع من الأفراد ضد كبار رجال الدولة وعمالها، بل وذوي النفوذ والقوة والجاه أو التي تثور فيما بين هؤلاء.

وقد جاءت النصوص القرآنية والسنة النبوية دالة على ذلك بوضوح تام، فقد باشر النبي ﷺ النظر في المظالم بنفسه واستمر النبي ﷺ في رد المظالم ورفع الظلم ومراقبة العمال وكذا الخلفاء الراشدين من بعده وكانوا ينظرون المظالم بأنفسهم أو من يفوضونه من الولاة أو القضاة ولكن كانت ولاية المظالم في هذه المرحلة - أي مرحلة النبوة والخلافة الراشدة - مندمجة مع القضاء العادي العديد من الاعتبارات الاجتماعية والسياسية.

ثم تطور قضاء المظالم واستقل استقلالاً تاماً بعد مقتل الإمام علي كرم الله وجهه (الخليفة الرابع) وعلى الأخص منذ تولي عبد الملك بن مروان، وأخذت معالم الرسوخ والاستقلال تزداد في خلافة عمر بن عبد العزيز ثم العصر العباسي وعلى الأخص العصر العباسي الثاني فعندئذ أصبح قضاء المظالم يختص بنزاعات محددة معلومة ومكان وزمان معلوم للكافة.

(1) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، نفس المرجع السابق، ص 14.

وبالتالي فقد عرف النظام الإسلامي نوعين من القضاء، القضاء العادي، صاحب الولاية العامة في القضاء، وقضاء المظالم الذي يجده الفرد كجهة قضائية متخصصة بجوار القضاء العادي لنظر المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وكبار رجال الدولة وعمالها وذوي القوة والنفوذ والجاه، وله استقلاله وذاتيته وتشكيله وهيئته الخاصة.

وبالتالي يمكن القول إن النظام الإسلامي أسبق في الأخذ بالنظام القضائي المزدوج، لمعرفته لولاية المظالم التي تشبه تماماً القضاء الإداري بمدلوله الحديث - بل وتستوعب ذلك النوع من القضاء وتمتد رقابتها لأكثر من ذلك أي على ذوي النفوذ والجاه فضلاً عن الولاة وعمال الدولة. وأن هذه الأسبقية منذ أكثر من ألف عام.

وهذه هي الحقيقة التي لاحظنا تأكيداً من العديد من الباحثين والفقهاء، فمنهم من قال⁽¹⁾: «إن الدولة الإسلامية قد عرفت القضاء الإداري المتمثل فيما كان معروفاً بولاية المظالم منذ أمد بعيد فسبقت بذلك الأمم منذ أكثر من ألف عام، بل أن الدولة الحديثة لم تهتد إلى تنظيم هذا النوع من القضاء إلا في الآونة الأخيرة أو بعبارة أدق في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي بعد الثورة الفرنسية».

ويقول أحد الفقهاء أيضاً⁽²⁾: «إن ممّا زاد في دهشتي وانبهاري أنني لاحظت أن قضاء المظالم الإسلامي، كان له دور واختصاصات وسلطات تفوق دور اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي أو المصري في الوقت الحاضر، وأن الإمبراطورية الإسلامية عرفت نوعاً من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً في حين أن مجلس الدولة الفرنسي لم يتجاوز عمره قرنين من الزمان».

(1) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون الإداري في الإسلام، المرجع السابق، ص 13، 25، 29.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 26.

ومنهم من قال⁽¹⁾: «... وفي هذا يكون السبق في النشأة والاستقلال والمهام بجناحيها حماية الحريات ومراعاة المصلحة العامة كلها سبق إسلامي عربي على فرنسا بنيف واثني عشر قرناً من الزمان».

وقال أحد الباحثين⁽²⁾: «... إن ولاية المظالم التي يختصم فيها الحكام والولاة وذوو الشوكة والنفوذ نشأ أول ما نشأ منذ بداية الدعوة الإسلامية. ونما وازدهر في ظل نظم الحكم الإسلامي المختلفة. فيما عرف بولاية المظالم. أي أن نظام القضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي، عرف طريقه في الأنظمة الإسلامية في صورة أكثر إشراقاً من النظام الفرنسي، وذلك قبل أن يولد النظام الأخير بأكثر من ألف عام».

وبالتالي فإذا كنا قد رأينا فيما سبق أن هناك نظامي القضاء الموحد أو المزدوج، وأنه لا ينكر دور مجلس الدولة الفرنسي في العناية بالقانون والقضاء الإداري ورفع قواعده وتعهده بالرعاية والعناية حتى اشتد عوده وقوي ساعده وله أحكامه المهمة والمبتكرة فإننا نخلص إلى أن العديد من الفقهاء والباحثين يؤكدون أن الدولة الإسلامية قد عرفت ولاية المظالم التي هي ضرب متميز من التنظيم الإداري والقضائي مرجعها تجاهر الناس بالمظالم والتغالب فاحتاجوا إلى ردع المتغلبين وأنصاف المغلوبين إلى نظر المظالم الذي تمتزج فيه قوة السلطنة بنصفه القضاء في مواجهة كبار رجالات الدولة وعمالها وأصحاب القوة والنفوذ، فقد عرف النظام الإسلامي القضاء الإداري بشكل أشمل وأوسع، فسبق بذلك العالم أجمع - في وضع هذا النظام الذي يفضل غيره من النظم من جميع الوجوه سواء من ناحية النظم والاختصاصات أو الإجراءات أو من ناحية قوة وإلى المظالم وما يملكه من سلطة في مواجهة الجميع حكاماً ومحكومين، بحيث يكون الهدف النهائي هو خضوع الدولة

(1) د. حماد محمد شطا، الأصول الإسلامية للقانون الإداري، الكتاب الأول، النظرية العامة للقانون الإداري، ص 172، 175.

(2) د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة، المرجع السابق، ص 90.

للتشريع الإسلامي وتحقيق وضمان مبدأ المشروعية بمعناه العام برقابة هذا النوع من القضاء مستقلاً عن القضاء العادي منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً من الزمان⁽¹⁾.

وفي رأينا أن السبق لقضاء المظالم كان أيضاً فيما لم يتوصل إليه القضاء الإداري الحديث فيما يجب أن تكون عليه هذه الهيئة من قوة وهيبة وعلو يد بل وفي التشكيل الخاص الذي لا يتم نظر منازعات هذا القضاء إلا به، وذلك كله لخطورة وأهمية هذه المنازعات.

كما كان له السبق في تفوقه على القضاء الإداري بما له من اختصاص أوسع مجالاً وأرحب نطاقاً⁽²⁾.

فيشترط فقهاء الإسلام⁽³⁾ شروطاً في الجهة ذاتها وأخرى لقضائياتها وثالثه في تشكيلها فجهة قضاء المظالم يشترط فيها الرهبة وعلو البلد أكثر مما للقاضي العادي، وأما قاضي المظالم فيجب أن يكون جليل القدر ونافذ الأمر، عظيم الهيبة ظاهر الفقه، قليل الطمع، كثير الورع لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة وثبت القضاة، فيحتاج على الجمع بين صفات الفريقين وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين أما من جهة تشكيل مجلس المظالم، فلا يستكمل إلا بحضور خمسة أصناف لا يستغني عنهم، ولا ينتظم

(1) د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 56؛ د. عدنان الخطيب، تاريخ القضاء الإداري ونظام مجلس الدولة في سورية، ص 40؛ د. أحمد عبد الملك أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 199؛ د. عبد الحميد الرفاعي، المرجع السابق، ص 173، 177، 344 وما بعدها؛ د. عبد الرازق علي الفحل، المرجع السابق، ص 1 و 106؛ د. محمد بن عبد القادر شبيرة الحمد، الولاية القضائية لديوان المظالم في المملكة العربية السعودية عام 1409 هـ، ج 2، ص 1134؛ د. عبد مسعود الجهني، المرجع السابق، ص 97، 108؛ د. شوكت عليان، المرجع السابق، ص 57، 59؛ د. زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص 232، د. سعد بن سعود آل ديب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية، ط 1، 1983م، ص 491، أ. عبد المحسن ناصر العبيكان، المرجع السابق، ص 78 وغيرهم.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 250 وبمواضيع متفرقة.

(3) الماوردي، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

إلاّ بهم: أحدهم الحماية والأعوان، والصنف الثاني: القضاة والحكام، والصنف الثالث الفقهاء، والصنف الرابع: الكتاب، والصنف الخامس: الشهود. ولكل صنف من هذه الأصناف أهميته العظمى في استكمال مجلس المظالم وبدء نظر المنازعات.

ويطبق هذا القاضي الإداري أو قاضي المظالم القواعد الخاصة بالقانون الإداري والأنظمة الإدارية المتميزة سواء كان مصدرها مبادئ إدارية من اجتهاد القاضي أو أعراف إدارية... إلخ المهم أنّه لا يعني أنّها قانون مستقل عن القواعد الشرعية الإسلامية بل يطبق القواعد والأنظمة الإدارية بجانب القواعد الشرعية الأخرى التي يطبقها - ما دامت لا تخالف جميعها الأحكام الشرعية ولا تصطدم معها.

الفصل الثالث

التقييم الفقهي لنظامي وحدة وازدواج

القضاء والقانون

تمهيد :

سبق أن تبين لنا أنَّ النظام القضائي والقانوني العالمي يغلب عليه نظامان أساسيان هما: النظام القضائي والقانوني الموحد، والذي يغلب عليه طابع وحدة الجهة القضائية بالدولة ووحدة النظام القانوني المطبق على الجميع أفراداً وإدارة. ونظام القضاء والقانون المزدوج، والذي يعني وجود جهتين قضائيتين بالدولة، جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري تختص الأولى بالنظر في كافة النزاعات بشكل عام وتختص الثانية بالفصل في كافة النزاعات الإدارية وتعني بتطبيق القانون الإداري.

إلا أنَّ الفقه وقف تجاه النظامين المذكورين مواقف متباينة وثار نقاش فقهي حول أفضلية أي من النظامين المذكورين في مسألة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وقدم كل منهما في سبيل تأييد مذهبه، الكثير من الأفكار والفرضيات والتخريجات القانونية والمنطقية والسياسية والعلمية.

وبالتالي ففيما يلي نتناول هذين الاتجاهين في المباحث
التالية:

- المبحث الأول: مزايا نظام وحدة القضاء والقانون.
- المبحث الثاني: انتقادات نظام وحدة القضاء والقانون.
- المبحث الثالث: مزايا نظام ازدواج القضاء والقانون.
- المبحث الرابع: انتقادات نظام ازدواج القضاء والقانون.
- المبحث الخامس: الرأي الراجح بشأن نظامي وحدة وازدواج القضاء والقانون.

المبحث الأول

مزايا نظام وحدة القضاء والقانون

أولاً: البساطة والوضوح وسهولة التطبيق؛

يمتاز نظام وحدة القضاء والقانون بالبساطة والوضوح وسهولة التطبيق وأن ممارسة العمليات القضائية تتم بشكل انسيابي وميسر دون الدخول في متاهات وتعقيدات مشكلة معيار تحديد نطاق الجهة القضائية المختصة بالمنازعات والإجراءات الواجبة الإلتباع، وأيضاً معيار تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق والإلتباع في هذه المنازعة أو تلك وما يترتب على ذلك كله من مشكلات تنازع الاختصاص (تنازع سلبي وتنازع إيجابي) علاوة على ما يترتب على ذلك من مشكلات تعارض الأحكام وتناقضها، كما هو قائم ومتصور في النظام المزدوج⁽¹⁾.

ثانياً: ضمان أعمال مبادئ المساواة والشرعية أمام القضاء؛

حيث يمتاز أيضاً نظام القضاء والقانون الموحد - في نظر أنصاره - بأن اختصاص المحاكم العادية يشمل كافة المنازعات سواء كانت مدنية أو إدارية... مع وجود قانون واحد يطبق بالمساواة على كافة أطراف المنازعات سواء كان الحكم وجهة الإدارة أو الأفراد العاديين. فمن الفقهاء - مثل دايسي - من يعتبر ذلك تطبيقاً لمبدأ الشرعية (مبدأ سيادة القانون في النظام الأنجلوسكسوني) في أكمل صورته والذي يتم فيه تجسيد وتحقيق التطبيق الكامل والحقيقي لمبدأ المساواة أمام القانون وسيادة القانون وكفالة الحماية القانونية والقضائية الأكيدة لحقوق الأفراد وحياتهم، فالحكام والمحكومين أمام القاعدة القانونية سواء في هذا النظام، يخضعون جميعاً لذات القاعدة

(1) د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 42؛ د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 110؛ د. ماجد الحلو، المرجع السابق، القضاء الإداري، ص 76.

القانونية ويتقاضون أمام جهة قضائية واحدة أيضاً وهي القضاء العادي⁽¹⁾.

ثالثاً: عدم تمييز الإدارة أو تخصيصها بامتيازات قانونية ومحاكم خاصة في مواجهة الأفراد:

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه وذلك النظام الموحد أنه أقوى ضماناً لحريات الأفراد وحقوقهم ضد اعتداءات الإدارة والذي يظهر من خلال عدم إعطاء الإدارة أية امتيازات أو مميزات قانونية خلافاً لتلك القواعد العامة التي يخضع لها الجميع وبالتالي لا تخضع أيضاً لمحاكم خاصة (القضاء الإداري)، بل الجميع سواسية أمام القضاء العادي والقانون⁽²⁾.

(1) د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 42، 43: د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 110.

B. Schwartz, Op. Cit., P. 9, 10.

B. Schwartz, Op. Cit., P. 9, 10. (2)

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 110.

المبحث الثاني

انتقادات نظام وحدة القضاء والقانون

أولاً: تعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات وإنكاره لاستقلال الإدارة؛

يؤخذ على النظام الأنجلوسكسوني أنه ينكر على جهة الإدارة استقلالها الضروري والمهم، فالقاضي في ذلك النظام يملك توجيهه أوامر مكتوبة إلى الإدارة، يأمرها فيه بعمل شيء أو الامتناع عنه أو تعديل ما اتخذته من قرارات، وتلك السلطات الواسعة التي يملكها القاضي في ظل ذلك النظام الموحد تجعل الإدارة في حالة خضوع مستمر لهيمنة القضاء، الأمر الذي يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات. بل أنه لا يحترم بعض المبادئ السياسية والدستورية والقانونية العامة كمبدأ وحدة السلطة الرئاسية أو مبدأ التدرج الإداري، وذلك بسبب تدخل القاضي العادي في الاختصاصات والسلطات، بل تكون في خضوع وتبعية باستمرار للمحاكم وهذا كله بسبب المذهب الفردي والحر في إنجلترا الذي يعد السبب المفسر لذلك في هذا النظام باعتقادهم أن هذا هو الذي يحقق حماية الحريات وحقوق الأفراد بل يمكن القول بحق على الإدارة في النظام الموحد أنها الإدارة بواسطة القضاء حيث يملك هذا الأخير سلطة الأوامر عليها وعلى الموظفين⁽¹⁾.

ثانياً: تجاهل حاجات الإدارة ومقتضيات الصالح العام وتطور القانون الإداري؛

فالنظام الموحد غير واقعي وغير منطقي في تجاهله حاجات الإدارة

M. Waline, Le controle... Op. Cit., P. 34, 35, 36.

(1)

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 110.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 113؛ د. ماجد الحلو، القضاء الإداري، ص 77.

ومقتضيات الصالح العام، حيث تتطلب هذه الحاجات قواعد قانونية متميزة ومختلفة عن قواعد القانون الخاص والتي تطبق على الأفراد وفيما بينهم وما وضعت إلا لتنظيم تلك العلاقات الخاصة، والتي قامت على أساس المساواة المطلقة التامة. لكن الإدارة تعمل من أجل الصالح العام والمنفعة العامة وتسعى من خلال أنشطتها المختلفة - لتحقيقها، مما يلزم معه أن تتمتع فعلاً بسلطات واسعة وامتيازات خاصة خلافاً للأفراد من أجل تحقيق أهدافها المنوطة بها، أما النظام الموحد ليس من شأنه أن يؤدي لتطوير ونمو القانون الإداري الذي يحكم تلك العلاقات على هذا النحو، اللهم إلا في الأحوال القليلة التي ينظمها القانون المكتوب، فمن غير المتصور أن تطبق المحاكم العادية على المنازعات المتطورة أمامها قواعد مختلفة، وعموماً يمكن الجزم بأن ذلك يعوق ويعارض تطور القانون الإداري الذي ليس فقط يخص الإدارة وضروري لها وللصالح العام بل هو جد حامي لحقوق الأفراد أيضاً⁽¹⁾.

ثالثاً: عجزه عن شموله كافة المنازعات العادية والإدارية؛

ذلك أن ظاهرة تزايد إنشاء المجالس واللجان والمحاكم الإدارية الخاصة بالمنازعات الإدارية لدليل قوي على عجز ذلك النظام لأن يكون نظامه نظاماً قضائياً جامعاً مانعاً في اختصاصه لكافة المنازعات العادية والإدارية معاً وجنباً إلى جنب على حد سواء في الدولة الواحدة فقد ظهر عجزه بشكل واضح إزاء ظاهرة توسع الدولة في التدخل في الأنشطة المختلفة وظهور النظام الاشتراكي وتطبيق سياسيات التنمية الشاملة وخاصة عقب الحربين العالميتين وحلول الأزمات الاقتصادية والاجتماعية مما أدى إلى تنوع وتزايد المؤسسات والمرافق والمنظمات الإدارية العامة وخضوعها لأنظمة وقواعد قانونية فنية معقدة ودقيقة في التخصص الأمر الذي جعل نظام وحدة

M. Waline, Le controle... Op. Cit., P. 36, 37.

(1)

د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 44؛ د. ماجد الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 44؛ د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 112.

القضاء والقانون يقف عاجزاً إزاء بسط سيطرته ورقابته بشكل واضح وثابت متوافق ومتطور مع هذه السياسات وتلك التنظيمات وهذه المرافق والمؤسسات الاقتصادية والاجتماعية والمهنية الجدة متخصصة، وعلى الأخص بعد ظهور النظام القضائي المزدوج في فرنسا وانتشاره وعمله على إظهار هذا العيب الخطير⁽¹⁾.

رابعاً: عدم احترام النظام القضائي الموحد لمبدأ التخصص وتقسيم العمل ومبدأ تحديد نطاق الرقابة مع ظاهرة سيطرة البيروقراطية الإدارية والفنية على مجريات الحياة العامة. الأمر الذي جعل القضاء العادي - ولأسباب موضوعية وفنية وواقعية وسياسية يعجز عن تحقيق الحماية القضائية والقانونية المتبصرة والفعالة والجديّة لحقوق الأفراد في أغلب الظروف والأحوال⁽²⁾.

خامساً: عدم مسؤولية الدولة وتحمل الموظفين أخطائهم الوظيفية كقاعدة عامة في ذلك النظام يؤدي إلى تثبيط الهمة في العمل، كما يعرض المضرورين من تصرفاتهم لخطر العجز عن الوفاء بمبالغ التعويض، نظراً لضعف الإمكانيات المالية للموظفين بالمقارنة بإمكانيات الدولة⁽³⁾.

(1) B.Schwartz, Op. Cit., P. 10, M. Waline, Le controle... Op. Cit., P. 37, 38.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 113، 119: د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 43، 45.

(2) B. Schwartz, Op. Cit., P. 9, 10.

(3) M. Waline, Le controle... Op. Cit., P. 38.

د. ماجد الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 77.

المبحث الثالث

مزايا نظام ازدواج القضاء والقانون

أولاً: يتمخض عن التطبيق السليم للنظام القضائي والقانوني المزدوج وبمفهومه الصحيح تجسيد وتطبيق مبدأ التخصص وتقسيم العمل، فذلك المبدأ له أهميته التنظيمية والعلمية الحيوية في مجال الوظيفة القضائية بصورة فعالة ومنطقية ومنظمة، ذلك أن هذا النظام القضائي يؤدي إلى دقة التخصص في أعمال الدولة والإدارة العامة وبصورة أكثر فعالية ومنطقية حيث أن وجود القضاء الإداري المستقل والمتخصص يساهم بدور حيوي وفعال وملاموس في إثراء نظرية القانون الإداري وتفسير وتطبيق أحكامه وقواعده ونظرياته أناء نظرة المنازعات الإدارية، ممّا يجعل عملية إحكام وتطبيق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة والدولة أكثر تجسيدا وتخصصاً ومرونة وواقعية بل وملائمة، الأمر الذي يقضي في نهاية الأمر إلى ضمان وحماية فكرة الدولة القانونية ومبدأ الشرعية والنظام القانوني لحقوق وحرّيات الأفراد وبصورة واقعية ومرونة بل وفعالة وذلك كله يتأتى أيضاً للدور الاستشاري للقضاء الإداري في رقابته على الإدارة وتعاونيه معها⁽¹⁾.

ثانياً: الأهمية الكمية لرقابة القضاء الإداري⁽²⁾ (L'importance

:quantitative)

فإذا كان النظام الأنجلوسكسوني قد عرف الرقابة القضائية على النحو السالف الذكر، فإنّ النظام المزدوج - والذي يلاحظ نتائجه في فرنسا مثلاً -

(1) A. De Laubadere Manuel..., Op. Cit., P.16 et s., B. Schwartz, Op. Cit., P.14 et s.

د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 68.

G. Braibant, Op. Cit., P. 427 et s., P. 432 et P. 436.

G. Braibant, Op. Cit., P. 433.

(2)

قد أعمل كافة أنواع الرقابة القضائية من خلال ذلك القضاء الإداري وذلك يتضح من خلال الأهمية الكمية للقضاء الإداري والتي توضح الإحصائيات المعدة في ذلك أن المحاكم الإدارية تنظر كل عام ما لا يقل عن 400 ألف دعوى والتي هي في تزايد مستمر وفق قواعد إجرائية وموضوعية تتعلق بالقانون الإداري بما يظهر الأهمية الكمية للقضاء الإداري الذي يقوم حالياً بدور فعال في سرعة البت من جهة الدعاوى إذا ما قورنت بنظرها أمام القضاء العادي وخاصة بعد التطور الكبير الذي حدث مؤخراً وسياسة التدخل التي زادت من المرافق العامة مما يجعل هناك انسيابية وسرعة في سيرها بانتظام وعلاوة على أهمية البت في الكم الهائل وفق حكمته الفنية.

ثالثاً: العمل على إثراء نظريات القانون الإداري ومبادئه وترجيح المصلحة العامة:

فهذا النظام أدى ويؤدي بواسطة القضاء الإداري المستقل والمتخصص في المنازعات الإدارية إلى إثراء العلوم الإدارية وذلك من خلال تطبيقه لتلك القواعد القانونية المستقلة والمختلفة عن قواعد القانون الخاص على المنازعات الإدارية المعروضة أمامه وذلك لاختلاف العلاقات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد عن تلك التي تكون بين الأفراد بعضهم البعض، حيث يسود في هذه الأخيرة فكرة أو مبدأ المساواة لأن كافة المصالح المتعارضة كلها مصالح خاصة ومتساوية في أهميتها، بينما لا يسود هذا المبدأ في علاقات الإدارة بالأفراد، بل ترجح كفة الإدارة عن كفة الأفراد الخاصة عند التعارض، فالمصالح العامة هي مصالح المجموع بينما المصالح الخاصة مصالح فردية شخصية، فوجب عند التعارض تفضيل المصلحة العامة لذا فإن الإدارة تتمتع بقدر كبير من الصلاحيات أو السلطات والامتيازات التي لا يتمتع بها الأفراد، كإصدار اللوائح أو حق التنفيذ المباشر أو مباشرة سلطات البوليس المختلفة التي تتضمن تقييداً للحريات الفردية حيث تتجسد في صورة أوامر يلتزم الأفراد باحترامها والخضوع لها، مما يلزم معه تطبيق قواعد خاصة والتي تتمثل في قواعد القانون الإداري بمبادئه ونظرياته المختلفة والمتطورة، وأيضاً

محاكم متخصصة في تلك للنظر في تلك المصالح المتعارضة والتي تأخذ صورة المنازعات الإدارية حيث يوجد هذا القضاء الحلول المناسبة بواسطة اجتهاداته وتطبيقاته المستمرة ومعاصرته لواقع الحياة الإدارية ومحيطها الحي والمتغير والمتطور دائماً⁽¹⁾.

وذلك كله يتأتى عموماً من المبادئ والقواعد الإدارية التي يبدعها القضاء الإداري وإن لم يكن مصدراً نظرياً للقانون إلا أنه من الناحية التطبيقية أمر واقع في اجتهاداته وإبداعه في إرساء مبادئ إدارية تعمل على إثراء القانون الإداري حسب هذا الدور الذي يلعبه القاضي الإداري⁽²⁾.

رابعاً: الأهمية النوعية لرقابة القضاء الإداري⁽³⁾ (L'importance quantitative):

والأهمية النوعية للقضاء الإداري تكون في واقع الحال أكثر أهمية بالنسبة للرقابة القضائية عموماً، والتي تظهر من خلال التوسع في الرقابة (L'etendu du control) بحيث تكون كافة السلطات في الدولة خاضعة للرقابة القضائية، ومن خلال أهمية بعض الدعاوى أيضاً حيث هناك من الدعاوى والمصالح التي لها قدر كبير من الأهمية والتي لا يقصد بها أبداً تلك الدعاوى التي تشكل الخبز اليومي للقضاء والتي لا تثير مبادئ وأحكام مهمة كمطالبات الجهات الحربية العسكرية وحتى المدنية من معاشات أو أجور أو منازعات الأراضي المنزوعة أو غيرها. فبجانب ذلك هناك الدعاوى التي لها ثقل سياسي واقتصادي على الخريطة السياسية والمالية، والتي يكون للقاضي الإداري دور مؤثر وفعال فيها. ومن أمثلة تلك الأحكام الإدارية والصادرة عن القضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد حكم باريل «L'arret Barel» عام

(1) M.Waline, Le controle... Op. Cit., P. 36, 37, G.Braibant, Op. Cit., P. 433 et s.

د. محمود حافظ. المرجع السابق، ص 148، 150، 151. د. عبد القادر باينة، القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي عام 1988م، ص 60 وما بعدها.

(2) G. Braibant, Op. Cit., P. 436.

(3) G. Braibant, Op. Cit., P. 434 et s.

1954م والتي نطق بها مجلس الدولة الفرنسي حول المرشحين الشيوعيين المتقدمين إلى مسابقة المدرسة الوطنية للإدارة. حيث لم تكن المسألة قومية أو وطنية أو سياسية وفقط بل وأيضاً دولية.

ومن أمثلة ذلك أيضاً القضايا التي تتعلق بإجراءات الضبط الإداري أو القضايا المتعلقة بالانتخابات المحلية والتي يكون لها خواص سياسية وعلى الخصوص في المدن الكبرى. حيث يلاحظ أن قرابة 3000 طعن انتخابي يقدم للقضاء الإداري كل ستة سنوات يقوم بإلغاء عدد منها كل مرة، بل إن القضاء الإداري له دور كبير في تاريخ فرنسا بل هو الذي سجل هذا التاريخ...

ومن ذلك في النواحي الاقتصادية والاجتماعية والثقافية تلك النزاعات المهمة التي نظرها القضاء الإداري الفرنسي إبان الأحداث الناتجة عن الحرب العالمية والمتعلقة بإصلاح خسائر الحرب أو أحداث التحرر من الاستعمار. كالحرب الهندية الصينية والحرب في الجزائر وما ترتب على ذلك من اعتقالات إدارية، أو مصادرات وما نتج عن ذلك من مسائل في التجنيد وما نتج عن هذه الصراعات من منازعات أخذت شكل منازعات إدارية تصدى لها حتماً ولا بدّ القضاء الإداري في فرنسا، كمنازعات وقضايا الإعادة إلى الوطن أو المساعدات والإعانات الخاصة بالعائدين من قبل الإدارة العامة. وما نتج عن ذلك من قضايا إدارية حول اقتصاد الحروب وأثره على الأشغال العامة والتخطيط، ذلك إضافة إلى المشكلات الاجتماعية كالأمن الاجتماعي، والأنظمة المهنية الحرفية ومشكلات التمدن والبيئة والتي أدت كلها إلى صدور آلاف من الأحكام القضائية من مجلس الدولة الفرنسي، بل والمشكلات الثقافية وعلى الأخص التعليم، حيث لعب القاضي الإداري دوراً كبيراً فيها، وغير ذلك ممّا جعل كثيراً من الأحكام القضائية التي صدرت عنه في هذه المجالات والتي لعبت دوراً جدّ مهم في الفصل فيها بما يتفق والقواعد الإدارية ووفق المصالح العامة ممّا يعني أن الرقابة القضائية السليمة مرتبطة بلا فكاك بوجود القضاء الإداري⁽¹⁾.

G. Braibant, Op. Cit., 433 et s, et P. 436 et s.

(1)

المبحث الرابع

انتقادات نظام ازدواج القضاء والقانون

في الواقع قد وجهت أيضاً للنظام المزدوج العديد من الانتقادات بشكل عام ومن قبل خصومة على وجه الخصوص أي أنصار النظام القضائي الموحد⁽¹⁾ وتتمثل تلك العيوب وهذه السلبيات فيما يلي:

أولاً: إن هذا النظام أي المزدوج يحابي الإدارة وينظر لها نظرة تميز ظاهرة على حساب حقوق وحرريات الأفراد وذلك يتأتى من خلال فصل المنازعات الإدارية وتخصيص قضاء مستقل وتطبيق قواعد قانونية مختلفة ومتميزة عن تلك التي تطبق على الأفراد، مما يجعل هناك شبهة التحيز للإدارة ومراعاتها أثناء التقاضي⁽²⁾.

ثانياً: إن النظام القضائي والقانوني المزدوج نظام يشوبه التعقيد والغموض بل يعتريه صعوبة التطبيق، وذلك لما يثار فيه من مشكلات معايير القانون الإداري ومعايير المنازعات الإدارية وذلك الذي يؤدي إلى مشكلات تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وما يترتب عليه من مشكلات تعارض وتناقض الأحكام. والبحث عن حل لمشكلات التنازع كمحكمة تنازع الاختصاص وما يترتب على ذلك من تنازع سلبي وتنازع إيجابي... إلخ⁽³⁾.

(1) B. Schwartz, Op. Cit., P. 14 et s.

(2) B. Schwartz, Op. Cit., P. 44 et s.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 146، 147.

(3) G. Vedel et P. Delvolve. Op. Cit., P. 124, Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P.

45-47, B.Schwartz. Op. Cit., P. 46 et s.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 147؛ د. عوايدي عمار، المرجع السابق، ص 97.

فما دامت هناك محاكم إدارية أي قضاء إداري فإنه حتماً سيؤدي إلى قيام مشكلتين رئيسيتين:

الأولى: وتعلق بمعيار توزيع الاختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم القضائية.

الثانية: وتعلق بكيفية حسم النزاع بين هاتين الجهتين عند تعارض الأحكام الموضوعية أو المتعلقة بالاختصاص⁽¹⁾.

ثالثاً: إن نظام الازدواج القضائي والقانوني يخل بمبدأ المساواة أمام القاعدة القانونية ومبدأ الشرعية (مبدأ سيادة القانون) وذلك من خلال استثناءه للمنازعات الإدارية والإدارة من مبدأ الخضوع للقانون العادي والذي يخضع له الأفراد وتخصيص الإدارة بهذا القانون الإداري وذلك القضاء المستقل⁽²⁾.

(1) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 28.

(2) B. Schwartz, Op. Cit., P. 44 et s.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 147.

المبحث الخامس

الرأي الراجح بشأن نظامي وحدة ازدواج القضاء والقانون

يرجح العديد من الفقهاء نظام ازدواج القضاء والقانون؛ وذلك وفق الأسس القانونية الفنية والعملية التي تمخضت عن وجود القضاء الإداري. وما نتج عنه من مزايا عديدة أيضاً، تتلشى أمامها عيوبه، من محاباة للإدارة أو مخالفة لمبدأ الشرعية، التي زعمها أنصار نظام الوحدة خلافاً للحقيقة. على النحو السابق⁽¹⁾.

ذلك فضلاً عما اتضح لنا من أن الشريعة الإسلامية قد سبقت إلى ذلك النظام بشكل أوسع وأشمل ممّا هو عليه القضاء الإداري حالياً، ممّا يجعلنا نقطع بضرورة ذلك القضاء الإداري، سواء بمفهومه الحديث، أم وفق قضاء المظالم الإسلامي الأوسع مجالاً، والأشمل في صلاحياته.

إذ يعتبر القضاء الإداري هو الجهة القضائية المختصة والمتخصصة في القضايا والنزاعات التي تتعلق بالإدارة، حيث أثبت الواقع العملي أنه الأقدر والأكفأ بسبب هذا التخصص للفصل في تلك المنازعات بشكل منصف للإدارة والأفراد معاً، حيث هو الأدرى بالمصلحة العامة ومقتضياتها وأنشطتها المختلفة وما يلزم للمرافق العامة من سير بانتظام واضطراد وهو الأدرى بذلك بحاجات الإدارة وأهدافها بل هو الحامي للأفراد من عسفها وما قد يصدر عنها من انحرافات أو تجاوز لسلطاتها الممنوحة لها بسبب ذلك الصالح العام وهو الأقدر على التوفيق بين المصالح العامة والخاصة عند تعارضها علاوة على أهميته الأخرى والتي تمخضت عن خبرته في هذا المجال الإداري ألا وهي إمداد الإدارة بما تحتاجه من عون استشاري وتشريعي في ذلك المجال.

(1) يراجع في ذلك تفصيلاً: أسباب استقرار القضاء الإداري وموضوع مزايا النظام المزدوج - سألفة الذكر - والتي برز من خلالها أهمية وحتمية القضاء الإداري.

فضلاً عن اجتهاداته التي يتولد عنها العديد من المبادئ والأعراف والأنظمة الإدارية للفرد والجماعة.

ومن خلال ذلك يمكن لنا أن نخلص أيضاً إلى أن مع النظام القضائي المزدوج تكون الرقابة القضائية أنجع وأكثر فاعلية بل وضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم منها في ظل النظام القضائي الموحد⁽¹⁾.

إلا أن مبدأ فصل السلطات الإدارية عن القضاء الإداري المتخصص لهو أمر جد مهم أيضاً وفق النظام المزدوج، والذي كانت - وبحق - فرنسا ذات حظ وافر في تطبيقه وإقراره⁽²⁾.

إلا أننا نرى أن الأسباب التاريخية والسياسية كانت هي السبب الأول والمباشر لذلك. مع التحفظ بأن القضاء الإداري الفرنسي أثبت أهميته العملية، كما أن مبدأ الفصل المذكور هو نتيجة طبيعية - في نفس الوقت - للمبدأ الأساس وهو مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث وأهميته المعروفة في قيام السلطات بعملها بوضوح ودقة مع التعاون الذي يحقق المصالح بشكل انسيابي. ومع التحفظ بأن الشريعة الإسلامية هي الأسبق قطعاً إلى ذلك كله.

وإذا كان الواقع العلمي والعملية قد أثبت بيقين - كما سلف مفصلاً - أهمية القضاء الإداري الملحة للإدارة أولاً وللأفراد ثانياً وأنه يقضي على العيوب التي قيل بها في هذا النظام فإن ذلك الصرح المهم قد كدرت من صفو أهميته ونالت من شموخه تلك المشكلة الكبرى بل وهي المشكلة المعقدة الشبيهة بالمشكلة العويصة التي تحتاج إلى إعادة نظر من جذورها والتي نصفها بأنها «الفصّة» التي تكاد تقضي على مميزات ذلك النظام القضائي المزدوج، ألا وهي مشكلة البحث عن معيار قاطع للمنازعات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري.

G. Braibant, Op. Cit., P. 442.

(1)

B. Schwart, OP. Cit., P. 10.

(2)

وفي رأينا أن لهذه المشكلة أسباباً تاريخية وسياسية وأخرى تتعلق بعدم تتبع المفاهيم العلمية الصحيحة القائمة على أسس وقواعد علمية ومنطقية سليمة سنتناولها في موضعها.

وإذا كنا نقول ذلك فلم يكن من باب إعطاء أهمية لهذه الدراسة وفقط بل للعديد من الأسباب مجتمعة:

أولها: أن المشكلة لها تأثيرها الكبير كعيب خطير في ذلك النظام المزدوج من تنازع على الاختصاص بين القضاء العادي والإداري وبالتالي تعارض في الأحكام، ومن أعباء على المتقاضين وجهات التقاضي، بل ومن جهة تهديدها لكيان ذلك النظام كله بالإلغاء.

ثانيها: أن المشكلة في القانون والقضاء الإداري قد تخطت - في رأينا - كافة «الأرقام القياسية» في البحث والتحليل والتعارض والتناقض والنقد والهجوم إلى حد قد بلغت فيه الدراسات الفقهية فيها مبلغاً لا يكاد يخلو مجلد إداري من الإشارة إليه.

ثالثها: أن الجهود في المشكلات الفقهية التطور والتدرج إلى الحل الأمثل، بخلاف هذه المشكلة والتي بلغت - في رأينا - إلى حد الانتكاسة. بدليل أن كافة النظريات التي قيلت فيها يصعب - تقريباً - التخلص من أي منها أو اعتناق أي منها منفرداً أي كمعيار قاطع وضابط محكم يوضح حدود اختصاص القضاء الإداري!!!!.

رابعها: أن الفقه ذاته قد ضاق ذرعاً تجاه هذه المشكلة ولا أدل على ذلك من قبوله هذا الوضع المتردي للمشكلة أي أنه قبل فكرة تعدد المعايير وسكت مضطراً عن فكرة المعيار الأحادي القاطع⁽¹⁾.

والأدلة - في رأينا - قاطعة على تعقد وتعقيد هذه المشكلة ومدى خطورتها وأهميتها بناءً على التصريحات الفقهية الواضحة والصريحة لذلك

Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 46, 47.

(1)

كله ومن أمثلة ذلك المقتطفات التالية من أقوال فقهاء هذا الموضوع والتي تصل إلى حد الإجماع.

حيث يقول أحد الفقهاء⁽¹⁾: ليست ثمة مشكلة جدّ معقدة في القانون الإداري كتلك المتعلقة بالبحث عن معيار لاختصاص القاضي الإداري.

ويقول آخر⁽²⁾: ما دامت هناك محاكم إدارية أي قضاء إداري فإنه حتماً سيؤدي إلى قيام مشكلتين رئيسيتين:

الأولى: وتتعلق بمعيار توزيع الاختصاص بين المحاكم الإدارية والقضائية.

الثانية: وتتعلق بكيفية حسم النزاع بين هاتين الجهتين عند تعارض الأحكام المتعلقة بالاختصاص.

ويقول ثالث⁽³⁾: ... إلا أن مشكلة اختصاص القضاء الإداري ووضع حدود فاصلة بينها وبين اختصاص القضاء العادي في النظام القضائي المزدوج كانت غير قاطعة بل وجد معقدة وغالباً غامضة.

وقال رابع⁽⁴⁾: ... فمسألة البحث عن معيار جامع مانع وصادق وواضح لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري وتمييزه وفصله عن نطاق اختصاص القضاء العادي مسألة صعبة ومعقدة.

(1) P. Parini, Op. Cit., P. 166.

فبعد أن ساق عنوان الموضوع وهو:

[La recherche des criteres fondant la competence de juge administratif].

قال بعده مباشرة:

[Il s'agit du probleme le plus complexe du droit administratif].

(2) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 28.

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 126.

(4) د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 97.

وقال خامس⁽¹⁾: إن موضوع توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء ليس بالأمر الهين. وأنه لا يمكن حسمه بالاستناد إلى فكرة محددة أو بطريقة منظمة وإنما توجد مجموعة من التوجيهات العامة التي يهتدي بها في كل قضية على حده... وبدا الأمر وكأنه لا ضابط له... فإن المشاكل تبدو في غاية الصعوبة.

بل ذهب سادس⁽²⁾: إلى أنه ليست هناك حدود فاصلة بين القانون الإداري والقانون الخاص.

وقال سابع⁽³⁾: إن معايير اختصاص القضاء الإداري قد تنوعت وتعددت في الوقت الراهن - وكما يظهر من خلال الأحكام القضائية - إلى مرفق عام، سلطة عامة، قانون مطبق... بشكل يظهر نوع من التعقيد في معيار الاختصاص وإن كان ذلك التعقيد له أسبابه التاريخية فمنذ البداية ظهر المعيار العضوي أي المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها إنما لكي تحمي الإدارة نفسها من القضاء العادي، ثم ما لبثت أن ظهرت المعايير المادية بناء على المذهب الليبرالي والذي أدى إلى قبول نظر القضاء العادي لبعض المنازعات الإدارية، وهذا التعدد في المعايير إنما بسبب ذلك التعقيد للخلاص من تلك المشكلة.

بل عاد وقال إن ذلك التعقيد يجعل أسس توزيع الاختصاص تقوم على أساس وجود ما أسماه (مظاهر الاختصاص) «Les inances de competence» بدلاً من المعيار الأحادي والذي يظهر جد معقد⁽⁴⁾.

(1) د. محمد ميرغني خيرى. مقالة السالف الذكر بمجلة العلوم الإدارية، المرجع السابق. هامش ص 82.

(2) د. محمد حامد الجمل. مقالة بمجلة «مصر المعاصرة» السنة الرابعة والستون في العدد 351، يناير 1973، ج 2، بعنوان «نظرة جديدة للمرافق العامة»، ص 166 وما بعدها.

(3) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 45-47.

(4) Op. Cit., P. 128.

وقال ثامن⁽¹⁾: وهو الفقيه الفرنسي الشهير «A. De Laubadere» أن على الرغم من أهمية موضوع تحديد اختصاص القضاء الإداري، إلا أن القواعد التي تحدد وتوضح وتفصل حدود اختصاص القضاء الإداري عن اختصاص القضاء العادي وقواعد القانون الخاص عن قواعد القانون الإداري وموضوعاته حالياً تعتبر معقدة ومتنوعة وغالباً صعبة التحديد بشكل دقيق.

ويقول تاسع⁽²⁾: وهو الفقيه الفرنسي «M. Waline»، أحد الفقهاء ذوي الباع الطائل في فقه القانون والقضاء الإداري - إن تحديد القانون الإداري والحال هذه جد معقد.

«La delimitation du droit administratif est donc compliquée».

ذلك لأن تلك التحديدات (المعايير) غير متطابقة أو شاملة لكافة الأنشطة الإدارية.

(Elle ne correspond pas à toute activité de l'administration).

ويقول عاشر⁽³⁾: إن القواعد المتنوعة التي تتشكل منها أسس توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري صعبة معقدة بشكل غير عادي بل وأن المحللين قد أجمعوا على انتقاد مختلف الحلول الواردة وأنه من المستحيل استنباط قواعد بسيطة ومنطقية في نظام قانوني سليم في ظل ذلك الازدواج القضائي، بل تظهر في كل حالة انتقادات مبررة من خلال مراجعة هذه القواعد، ولم يبق بدياً سوى تعديلات تشريعية مرتقبة في هذا الصدد.

ويقول حادي عشر⁽⁴⁾: بعد أن ساق وعرض ونقد المعايير الفقهية التي

A. De Laubadere, Traite elementaire, Op. Cit., P. 279, et P. 294. (1)

M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 99. (2)

J. M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 327, 328. (3)

J. Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 215. (4)

= فهذا هو النص الحرفي لقوله:

نودي بها كمحدد لاختصاص القضاء الإداري وقواعد القانون الإداري - إن هذه الحلول تعتبر معقدة ومشكوك فيها - بل وحتى المعيار الذي يريد ترجيحه والعمل به (معيار الاختصاص يتبع الموضوع أو القانون الواجب التطبيق) - عجل في الحكم عليه بأنه لن يكون القول الفصل إزاء هذه المشكلة العويصة والتي تعد نقیصة بالغة في النظام الفرنسي والتي وضعت المترافع في حالة تردد عند اختيار قاضية.

ويقول ثاني عشر⁽¹⁾: أنه لا بد من القبول والاقتناع بالتعقيد الذي يعتري مشكلات تنازع الاختصاص، وأن ما جاء بها من حلول لم يحل كافة الانتقادات والمشاكل، ولم تأت هذه الحلول بشكل يحكم ويضبط المسألة بشكل دقيق، أو بتحديد سهل بسيط، وأنها لم تطرح الطرح السليم، وأنها لم تتكاتف للبت القطعي في هذه المسألة.

بل هناك العديد من المراجع الفقهية والفقهاء⁽²⁾ قد صرحوا بل وأطالوا

Ces solutions sont d'ailleurs complexes et incertaines, le schema qu'on va en donner pas plus aucune autre des systematiations proposees par les auteurs ne saurait porter remede a ce de feaut majeur du systeme francais qu'est aujourd'hui l'hestation du plaudeur quant ou choix de son juge.

R. Chapus, Responsabilite publique et Responsabilite privee, Paris, 1957, P. 188. (1)

G Peiser, Op. Cit., P. 15, 170., G. Braibant, Op. Cit., P. 446, F. Chovel, T. Lambe- (2)
ret et D. Pelissier, Les cas de partage ou tribunal des conflits, 1984 Economica,
P. X, XI, 34, 37.

إذ أنهم ذكروا، أن مؤسسات S.A.F.E.R. هي تعقيد جديد لمبدأ توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء أضيف مؤخراً. وفي ص 57 جاء ما يفيد بلوغ التعقيد قمته حالياً أكثر فأكثر.

Ch. Debbasch, M. Pinet, Les Grands textes administratif, Sirey 1970, P. 496, M. Duverger, Op. Cit., P. 247, 248, 255, CH. Eisenmann, Cours de Droit adminis-
tratif, Tome 1, Paris 1982, P. 303-309.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 172: د. وهيب عياد سلامة، مجلس الدولة... المرجع السابق، ص 86، 87: د. مصطفى كمال وصفي، مجلس الدولة القاضي العام المنازعات الإدارية مقالة بمجلة العلوم الإدارية، السنة الرابعة عشرة، العدد الثالث، عام 1972م، ص 37 وغيرهم.

الحديث حول تعقيد ضوابط وحدود توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء بما يكفي للقول بأن هناك إجماع فقهي على ذلك.

عندئذ يمكننا القول: إن مشكلة تحديد اختصاص القضاء الإداري هي - بحق - «غصة» القضاء الإداري ومشكلته الشبيهة بالمشكلة العويصة التي تحتاج إلى إعادة النظر فيها وبذل الجهد والمشقة بالدرس والتأصيل وعدم البعد عنها أو اليأس منها، ليس فقط لما ذكر عنها أعلاه من أنها جد صعبة معقدة ولا يمكن وضع ضابط محدد لها بسهولة، بل ولأن الذي بدا لنا أن الفقه قد اختلف فيها إلى مذاهب شتى⁽¹⁾ يصعب الجمع بين آراءه أو التوفيق بينها، بل ولأن المشكلة - كما سيأتي - بلغت حد الرجوع إلى نقطة البداية، بل ويكاد يتفق الفقه على أن كافة ما قيل فيها من معايير وضوابط كلها محل تطبيقات قضائية تقريباً مما يحق قول القائل فيها «وبدا الأمر وكأنه لا ضابط له»⁽²⁾.

ولا يقال إن تلك الدراسات الفقهية قد تمخض عنها معايير وجهود - تذكر فتشكر ولا تتكر - يطبقها القضاء في صورة قواعد عامة قائمة على فكرة القانون الواجب التطبيق (ربط الاختصاص بالموضوع) وفق منهج تحليلي وآخر تأصيلي أو وفق ما تمخض عنها من معايير مختلطة أو يكمل بعضها بعضاً...

لأنه إذا كان هذا فعلاً وحقاً هو جهد الفقه والقضاء في المسألة فإن هذا يحوي بين طياته ما يمكن تسميته وللأسف «بالعودة إلى نقطة البداية» بالنسبة لهذه المشكلة أي أن القضاء وكل ذي شأن يظل حاملاً للمشقة وبذل الجهد لمعرفة من هو القاضي المختص بنظر دعواه وما هي الشارة الرئيسية أو المعيار الرئيسي الدقيق والمنضبط الذي يرفع عن هؤلاء عناء البحث والجهد

(1) حيث يقول في ذلك د. محمد كامل ليلة: «... إنها من المسائل الشائكة وأن الفقه قد تقسم شيعاً بصدها حيث ينحاز كل فريق إلى فكرة يدافع عنها... وهجوم متبادل... وهكذا احتدم الجدل بين الفقهاء وتضاربت آراؤهم... ولم يحدث مثل هذا الجدل بالنسبة لفروع القانون الأخرى...».

(2) د. محمد ميرغني خيرى، مقالة السالف الذكر بمجلة العلوم الإدارية، ص 82، 83.

ليريح ويستريح عند معرفة الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع.

ذلك لأنَّ رحلة البحث عن معيار لاختصاص القاضي الإداري بدأت من خلال البحث عن أساس القانون الإداري وهو ذاته معيار القانون الواجب التطبيق السالف الذكر والذي يعد آخر ما توصل إليه الفقه والقضاء في المسألة.

بل ويلاحظ انعكاس ما أسلفناه على بعض الفقهاء الفرنسيين⁽¹⁾ والذي فاض في التعليق على أبعاد مشكلة توزيع الاختصاص وأنها من أعظم المساوئ المتعلقة بنظام ازدواجية القضاء.

كذلك الشأن نلاحظ أنَّ جانباً آخر من الفقه الفرنسي⁽²⁾ يعتبر مشكلات وصعوبات الاختصاص القضائي أحد وأهم الأسباب الرئيسية لأزمة المحاكم الإدارية الفرنسية ويقترح العمل على توزيع جديد للاختصاصات القضائية بين القضاء العادي والإداري.

ومن هنا كانت هذه المحاولة من جانبنا، للتوصل إلى معيار قطعي لاختصاص القضاء الإداري، والتي ما عساهما أن تضع لبنة حقيقية تنهي مشكلة الاختصاص، وما يترتب عليها من إشكالات وأعباء، وبالتالي القضاء على (غصة) القضاء الإداري، والذي تبين لنا فيما سلف ضرورته العملية في رعايته للمصالح العامة بل والخاصة آناء نظره للمنازعات الإدارية، باعتباره قاض متخصص فيها.

وعموماً فمن خلال البحث والتنقيب الذي سقناه في هذا الباب التمهيدي قد اتضح لنا على هديه ما يلي:

● أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة باتت غير مختلف على أهميتها.

(1) Bernade Pacteau Contentieux administratif, 2 edition, 1990, P. 95 et 96.

(2) C. Leclercq et J.P. Lukaszewicz, Travaux dirigés de Droit administratif 1984, P. 62, 63.

● أن جانب كبير من البلاد في العالم يرى أنه يلزم أن تتم هذه الرقابة وفق «نظام القضاء الموحد» بمعنى أن لا توجد في الدولة إلا جهة قضائية واحدة تختص بنظر كافة المنازعات حتى تلك المنازعات الإدارية.

● أن جانب آخر يرى أن نظام ازدواج القضاء - أي الذي تكون في الدولة بموجبه جهتان قضائيتان هما جهة القضاء العادي وتختص بنظر كافة المنازعات وتطبق قواعد القانون الخاص وجهة القضاء الإداري وتختص بالنظر في كافة المنازعات الإدارية وتطبق قواعد القانون العام - هو الأفضل في الرقابة على أعمال الإدارة وحماية حقوق الأفراد وحريتهم.

● أن النواة الأولى لنشأة هذا النظام أو ذلك القضاء الإداري المعاصر كانت ظروف تاريخية وسياسية مرت بها فرنسا تمخض عنها منع القضاء العادي من التعرض لأعمال الإدارة. أدى لنشأة مجلس الدولة - بعد أن وجه اللوم الشديد للإدارة لكونها أصبحت بذلك حكماً وخصماً في المنازعات الإدارية آن ذاك - ولكن كافة أعماله كانت موقوفة على تصديق الإدارة الفرنسية في المراحل الأولى لنشأته.

● أن الاستمرار في تفسير مبدأ الفصل بين السلطات، والواقع العملي والعلمي والفني والمنطقي لمجلس الدولة الفرنسي أثبت أهمية القضاء الإداري وضرورة وحتمية اختصاصه بنظر المنازعات الإدارية وليطبق عليها قواعد القانون الإداري وخاصة بعد أن قوي عوده واشتد ساعده وهو ما عبر عنه الفقه بقاعدة أو مبدأ ربط الاختصاص بالموضوع أو الاختصاص يتبع الموضوع «la compétence suit le fond» أي أن وجود القاضي الإداري وأصله وأساسه مرتبط

باختصاصه وهو نظر المنازعات الإدارية وتطبيق القانون الإداري عليها، علاوة على ما ثبت له من أهمية بالنسبة للدور الاستشاري والفني الذي يقوم به في المجال الإداري.

- أن القضاء الإداري أو ذلك النظام المزدوج قد نالت الشريعة الإسلامية قصب السبق إليه في حقبة كانت فكرة مجلس الدولة الفرنسي في غيابات بل وغياب الأرحام.

- أن ذلك السبق كان من خلال ولاية المظالم المعروفة في الدولة الإسلامية. هي جهة قضائية ثانية بجوار القضاء العادي. لها من القوة وعظيم الرهبة وعلو اليد ما ليس للقضاء العادي، وتظهر في المنازعات التي تنشب بين كبار رجال الدولة وموظفيها وذوي الجاه والنفوذ وتشتمل على القضاء الإداري المعاصر أي تستوعبه. بل أفسح مجالاً وأوسع في اختصاصاتها وأكمل في إجراءاتها منه.

- أن لما ثبت للقضاء الإداري المعاصر من أهمية ضرورية في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ومعرفة مواطن ومنايع حالات عسف الإدارة أو انحرافاتها أو مدى رعايتها للمصالح الإدارية. فقد ثبت رجحان كفة النظام القضائي المزدوج على النظام الموحد وبشكل يقيني مؤكد لا ينكره حتى أنصار هذا النظام الموحد حالياً وبدأت ملامح رجحاته هذه قطعية الثبوت والدلالة وخاصة لسبق الشريعة الإسلامية وإقرارها لقضاء المظالم الذي يستوعب ذلك القضاء الإداري وإقرارها النظام القضائي المزدوج في عموم ما دام يتفق وقواعدها الشرعية.

- أن على الرغم من وضوح ضرورة اختصاص القضاء الإداري وتخصيصه في تلك المنازعات الإدارية. فإن آفة عظمى ومشكلة كبرى - أجمع عليها ليس فقط أنصار النظام الموحد بل والمزدوج

- والتي تعتبر «غصة» القضاء الإداري والتي لا تزال تهدد كيانه كله⁽¹⁾ - ألا وهي مشكلة ضوابط ومعايير اختصاص القضاء الإداري أو بمعنى آخر الحدود الفاصلة لذلك الاختصاص مع جهة القضاء العادي.

- وأنّ لما ثبت في هذا الباب من ضرورة القضاء الإداري فإنّ الذي لا بدّ منه تأكيد ذلك وبضرورة عدم القعود عن بحث اختصاصه الدقيق بالدرس والتأصيل للخروج بمعيار حاسم قطعي يفصل ذلك الاختصاص عن القضاء العادي.

(1) ولا أدل على ذلك من بلوغ الأمر إلى حدّ القول لإبقاء الكامل أو الإبقاء لمجلس الدولة في مصر (د. وهيب عباد، مجلس الدولة بين الإبقاء والإلغاء، المرجع السابق) أو في حتى فرنسا:

F. Chauvel, T. Lambert et D. Pelissier..Op. Cit., P. 17, 18 et s.

الباب الأول

أساليب ومعايير توزيع الاختصاص بين القضاء العادي وقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم:

سبق وتبين لنا أسبقية الشريعة الإسلامية في الأخذ بالنظام القضائي المزدوج وأن قاضي المظالم يطبق بجانب القواعد الشرعية العامة وقواعد وإجراءات متميزة على منازعات المظالم وكل ذلك في الإطار الشرعي الذي رسمته تلك الشريعة الغراء، وبالتالي فقد وجدت جهة قضائية ثانية بجوار القضاء العادي هي قضاء المظالم. وأن لهذا النوع من القضاء اختصاص متميز وواضح، فما هو إذن الأسلوب المتبع لتوزيع الاختصاص بين هاتين الجهتين؟ وما هو معيار هذا الاختصاص؟ ففي الواقع لا بد من اتباع المنهج التقسيمي التالي لبيان هذه الأطروحة:

**الفصل الأول: أساليب توزيع الاختصاص بين القضاء العادي
وقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية**

**الفصل الثاني: معايير تحديد اختصاص قاضي المظالم
وتطبيقاته.**

الفصل الأول

أساليب توزيع الاختصاص بين القضاء العادي وقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية

تمهيد :

تبين لنا فيما سبق - أن قضاء المظالم في الدولة الإسلامية، هو جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي لما لها من القوة وعظيم الرهبة وعلو اليد لاختصاصها بنوع معين من المنازعات. وهي تلك المنازعات التي ترفع من الأفراد ضد كبار رجال الدولة أو الولاة أو العمال فيها أو ذوي النفوذ والقوة والجاه أو التي تثور بينهم.

وبالتالي فقد تبين بوضوح تام، أن هناك جهتين للقضاء، جهة القضاء العادي وجهة قضاء المظالم، والتي يجدها الفرد كجهة قضاء ليس فقط في مجال القضاء الإداري بل تشمل أصحاب النفوذ وذوي الجاه بجوار القضاء العادي، فنالت بذلك الشريعة الإسلامية قصب السبق في الأخذ بهذا النظام القضائي المزدوج لما له من أهمية مميزة في نظر المنازعات المذكورة.

وإذا كان من الواضح من ذلك أيضاً أن لكل جهة اختصاصها الذي يميزها عن الأخرى ففيما يلي نبين تباعاً أساليب توزيع هذا الاختصاص بين جهة القضاء العادي وقضاء المظالم، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول

القضاء العام (العادي)⁽¹⁾ هو صاحب

الولاية العامة في القضاء

القضاء لغة يعني إحكام الشيء، والفراغ منه وقد يعني به الإبلاغ والإنهاء والصنع والتدبير والحكم والفصل⁽²⁾.

وجاء بالكشاف⁽³⁾: والقضاء مصدر يقضي فهو قاض إذا حكم وإذا فصل، وإذا أمضى وإذا فرغ من الشيء وإذا خلق، وقضى فلان واستقضى صار قاضياً ويسمى قاضياً لأنه يمضي الأحكام ويحكمها، ويكون قضي بمعنى أوجب، وجمعة (أي القضاء) أقضية.

وجاء به أيضاً: والقضاء: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات، والحكم بالإلزام إن كان فهي الإلزام، ولإباحة والإطلاق إن الحكم في الإباحة⁽⁴⁾.

وينبع القضاء من العدل الذي هو الغاية من رسالات الله جلّ وعلا فالعدل قيمة من القيم الإسلامية العليا، فإقامة العدل والحق هي التي تشيع الطمأنينة وتحقق الأمن وتقوي الروابط والثقة بين الأفراد أو فيما بينهم وبين الحاكم وتحقق العدل بإيصال كل حق إلى مستحقه والحكم بمقتضى الشرع

(1) حيث يستخدم الفقه الإسلامي تارة عبارة القضاء العام وتارة القضاء العادي (وكلاهما بمعنى واحد في رأينا) - أي جهة القضاء كولاية شاملة انظر القضايا التي تثار بين الأفراد أو بالمجتمع بغض النظر عن التقسيم الداخلي للجهات التي تختص بهذا النوع أو ذاك من القضايا - يراجع في ذلك د. عبد القادر شبية الحمد، المرجع السابق، ص 1134: د. أحمد عبد الملك أحمد قاسم، المرجع السابق، ص 145.

(2) الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ص 540 - 541.

(3) منصور البهوتي، المرجع السابق، ج 6، ص 285.

(4) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ج 6، ص 285.

وأحكامه وتتجنب الهوى بالقسمة بين الناس بالسوية والإنصاف، ولهذا كانت مهمة الرسل، بل وكانت أيضاً وظيفة أتباع الرسول عليه الصلاة والسلام⁽¹⁾. لقوله تعالى: ﴿لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط﴾⁽²⁾.

وبالتالي فالقضاء هو أهم الوسائل التي يتحقق بها القسط وذلك العدل وبه تحفظ الحقوق وتضام الدماء والأعراض والأموال. وقد فرضه الإسلام وأولاه عناية فائقة فكان فريضة وسنة متبعة، وجعله ركيزة من ركائزه الأساسية، وأصبح من أركان الدولة الإسلامية منذ نشأتها⁽³⁾.

والأصل فيه - أي القضاء⁽⁴⁾ - قوله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾⁽⁵⁾ وقوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسمووا تسليماً﴾⁽⁶⁾ وقوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر»⁽⁷⁾ وقد كان النبي ﷺ أول قاض في الإسلام ثم أناب فيها وأيضاً أناب فيها وتولاها من بعده الخلفاء والولاة ونوابهم⁽⁸⁾.

وقد أجمع المسلمون على نصب القضاة للفصل بين الناس، والقضاء فرض كالإمامة العظمى. والقضاء كولاية ورتبة دينية ونصبه شرعية، تفيد

(1) السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ج 3، ص 489.

(2) سورة الحديد، الآية: 24.

(3) السيد سابق، المرجع السابق، ص 390؛ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون، المرجع السابق، ص 1.

(4) منصور البهوتي، المرجع السابق، ج 6، ص 285.

(5) سورة ص، الآية: 26.

(6) سورة النساء، الآية: 65.

(7) متفق عليه من حديث عبدالله بن عمر بن العاص، راجع منصور البيهوتي، المرجع السابق، ج 6، ص 286.

(8) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 484 وما بعدها.

ولاية الحكم العامة. أي التي لم تخص حالة دون حالة، بل فصل الخصومات وما عطف عليه ويلزم القاضي بسبب الولاية العامة فصل الخصومات واستيفاء الحق ممن هو عليه ودفعه إلى ربه، وقال الإمام أحمد: عليه النظر في الوقوف وتنفيذ الوصايا وتزويج النساء اللاتي لا ولي لهن وإقامة الحدود... وعند إطلاق الولاية تتصرف إلى ما جرت به العادة، وقيل بل ما أطلق في هذه الولاية لا حد له شرعاً ويتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف⁽¹⁾.

وبناءً عليه تعتبر ولاية القضاء في الفقه الإسلامي هي صاحبة الولاية العامة في القضاء. أي نظر القضايا بشكل عام.

حيث أن القاعدة العامة التي تحكم الاختصاص القضائي في النظام الإسلامي هي أن القضاء العام أو العادي هو صاحب الولاية العامة للمنازعات جميعها⁽²⁾.

وإن كان الفقه متفق على أحقية ولي الأمر في تخصيص القضاء نوعياً ومكانياً وزمانياً، فله أن يقصر الولاية القضائية على قضايا معينة أو يخصصه بدائرة مكانية محددة أو يقيدتها في زمان معروف أو مقيدة بنظام مالي معين فما يهمنا هو أن القضاء هو ولاية عامة كبرى في نظر المنازعات بشكل عام⁽³⁾.

(1) منصور البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، ج 6، ص 289-290.

(2) د. أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، ص 145 - 146؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 220.

(3) الماوردي، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها؛ د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 491 وما بعدها؛ د. أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، نفس الموضوع.

المبحث الثاني

قضاء المظالم صاحب الولاية العامة في منازعات المظالم

علاوة على نشأة وتطور قضاء المظالم كجهة قضائية مستقلة في الإسلام كما سبق - فقد اتفق القفه الإسلامي على أحقية ولي الأمر في تخصيص القضاء، ليس فقط مكانياً وزمانياً، بل ونوعياً بحيث يكون هناك جهة قضائية تختص بنظر قضايا بعينها⁽¹⁾ وفي ذلك يقول الماوردي «وإذا قلد قاضيان على بلد لم يخل حال تقليدهما من ثلاثة أقسام: القسم الأول: ... والقسم الثاني: أن يرد إلى أحدهما نوع من الأحكام وإلى الآخر غيره... فيجوز ذلك... القسم الثالث: ...»⁽²⁾.

وبناءً على ذلك فقد ظهرت ولاية المظالم، كجهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي، وإن كانت في العهد النبوي والخلافة الراشدة داخلة تحت ولاية القضاء فإن ذلك كان للظروف التي تمر بها هذه المرحلة، ثم استقلت تماماً في خلافة عبد الملك بن مروان وأرسى الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز دعائمها في الاستقلال ورد المظالم على نحو ما بيناه سلفاً في موضعه ومن ثم أضحت جهة قضاء المظالم جهة قضائية مستقلة لها اختصاصها المميز.

وإذا كان من الثابت أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات كما سبق - وأن قضاء المظالم كجهة قضائية مستقلة وتختص بقضايا تختلف عن المنازعات التي تدخل في ولاية القضاء العادي، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل هذا الاختصاص محدد على سبيل الحصر؟

(1) د. أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، ص 145؛ د. انطماوي، السلطات الثلاث، مرجع سابق، ص 492، 493.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ص 73.

أو بمعنى آخر: هل هذه المنازعات التي يختص بها قضاء المظالم محددة على سبيل الحصر؟ أم أن هذا الاختصاص وتلك المنازعات لا يمكن حصرها وإنما يحددها مقياس عام أو معيار عام وبالتالي يكون قضاء المظالم صاحب الولاية العامة في نظر هذه المنازعات.

والإجابة على هذا التساؤل يقتضيها الرجوع إلى أول من ذكر هذه الاختصاصات بشكل واضح حيث بات من المعروف في الفقه أن أبو الحسن البصري الماوردي هو أول من تكلم عن اختصاصات قضاء المظالم بل وعن ولاية المظالم بشكل عام ثم تبعه في ذلك الباحثين والمصنفين من الفقهاء⁽¹⁾.

وبالتالي فقيما يلي نبين اختصاصات قضاء المظالم عند الماوردي بشكل نصي لأهميتها الواضحة في تحديد اختصاصات قضاء المظالم، ولكون أن المعايير التي نادى بها الفقه من بعده لم تخرج عنها.

فقد قال الماوردي⁽²⁾: «والذي يختص بنظر المظالم يشتمل على عشرة أقسام:

القسم الأول: النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة، فهذا من لوازم النظر في المظالم لا يقف على ظلامه متظلم، فيكون لسيرة الولاة متصفحاً وعن أحوالهم مستكشفاً ليقويهم إن نصفوا ويكفيهم إن عسفوا، ويستبدل بهم إذا لم ينصفوا.

القسم الثاني: جور العمال فيما يجبونه من الأموال فيرجع فيه إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة فيحمل الناس عليها ويأخذ العمال بها وينظر فيما استزادوه، فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم استرجعه لأربابه.

القسم الثالث: كتاب الدواوين لأنهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم

(1) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 29.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

فيما يستوفونه له ويوفونه منه عادة، فيتصفح أحوال ما وكل إليهم، فإن عدلوا بحق من دخل أو خرج إلى زيادة أو نقصان إلى قوانينه وقابل على تجاوزه. وهذه الأقسام الثلاثة لا يحتاج وإلى المظالم في تصفحها إلى متظلم.

والقسم الرابع: تظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم أو إجحاف النظر بهم، فيرجع إلى ديوانه في فرض العطاء العادل فيجريهم عليه وينظر فيما نقصوه أو منعوه من قبل، فإن أخذوه ولأه أمورهم استرجعه، وإن لم يأخذوه قضاه من بيت المال.

والقسم الخامس: رد الغصوب، وهي ضربان: أحدهما غصوب سلطانية قد تغلب عليها ولأه الجور كالأملأ المقبوضة عن أربابها، إما لرغبة فيها وإما لتعد على أهلها، فهذا إن علم به وإلى المظالم عند تصفح الأمور أمر برده قبل التظلم إليه، وإن لم يعلم به فهو موقوف على تظلم أربابه ويجوز أن يرجع فيه عند تظلمهم إلى ديوان السلطنة، فإذا وجد فيه ذكر قبضها على مالها عمل عليه وأمر بردها إليه ولم يحتج إلى بينة تشهد به وكان ما وجدوه في الديوان كافياً.

والضرب الثاني من الغصوب، ما تغلب عليها ذو الأيدي القوية وتصرفوا فيه تصرف الملاك بالقهر والغلبة، فهذا موقوف على تصرف أربابه ولا ينزع من يد غاصبة إلا بأحد أربعة أمور، إما باعتراف الغاصب وإقراره، وإما يعلم وإلى المظالم فيجوز له أن يحكم عليه بعلمه، وإما بينة تشهد على الغاصب بغصبة أو تشهد للمغصوب منه بملكه وإما بتظاهر الأخبار الذي ينفي عنها التواطؤ، ولا يختلج فيها الشكوى لأنه لما جاز للشهود أن يشهدوا في الأملاك يتظاهر الأخبار وكان حكم ولأه المظالم بذلك أحق.

والقسم السادس: مشاركة الوقوف. وهي ضربان: عامة وخاصة، فأما العامة فيبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم ليجريها على سبيلها ويمضيها على شروط وافقها إذا عرفها من أحد ثلاثة: إما من دواوين الحكام

المندوبين لحراسة الأحكام وأوجه: إما من دواوين السلطنة على ما جرى فيها من معاملة أو ثبت لها من ذكر وتسمية، وإما من كتب فيه قديمة وقع في النفس صحتها وإن لم يشهد الشهود بها؛ لأنه ليس يتعين الخصم فيها فكان الحكم أوسع منه في الوقوف الخاصة.

وأما الوقوف الخاصة فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها لوقفها على خصوم متعينين فيعمل عند التشاجر فيها على ما يثبت به الحقوق عند الحاكم ولا يجوز أن يرجع إلى ديوان السلطنة ولا إلى ما يثبت من ذكرها في الكتب القديمة إذا لم يشهد بها شهود معدلون.

والقسم السابع: تنفيذ ما أوقف من أحكام القضاة لضعفهم عن إنفاذها وعجزهم عن المحكوم عليه لتعززه وقوة يده أو لعلو قدره وعظيم خطره، فيكون ناظر المظالم أقوى يداً وأنفذ أمراً فينفذ الحكم على من توجه إليه بانتزاع ما في يده أو بإلزامه الخروج ممّا في ذمته.

والقسم الثامن: النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة، كالمجاهرة بمنكر ضعف عن دفعه والتعدي في طريق عجز عن منعه والتحفيف في حق لم يقدر على رده، فيأخذهم بحق الله تعالى في جميعه، ويأمرهم بحملهم على موجبة.

والقسم التاسع: مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها، فإن حقوق الله أولى أن تستوفي وفروضه أحق أن تؤدي.

والقسم العاشر: النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين، فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه، ولا يسوغ أن يحكم بينهم بما يحكم به الحكام والقضاة وربما اشتبه حكم المظالم على الناظرين فيها فيجوزون في أحكامها ويخرجون إلى الحد الذي لا يسوغ فيها.

وبالتالي فقد ذهب رأي في الفقه⁽¹⁾ إلى أن تلك الاختصاصات قد جاءت من الشمول الذي يفهم منه توسيع دائرة اختصاص قضاء المظالم الأمر الذي قد يفهم منه شمولها المنازعات جميعها.

فهذا الرأي لا يرى فقط أن القضاء المظالم صاحب ولاية عامة في هذه المنازعات فقط بل إلى الحد الذي قد يفهم منه شمول هذه الولاية لأية نوعية من المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الشرعي العام (العادي) ويرى ضرورة النظر إلى المعيار العام الذي يفصل هذه الولاية حيث قال آناء ذلك، أن هذا الأمر يؤدي بالضرورة إلى أن يكون لكل من جهتي القضاء المذكورين مجال يختص بالعمل به، بحيث لا تتداخل الاختصاصات فيؤدي إلى ما يسمى (حالياً) بتنازع الاختصاص وما يترتب عليه من مشكلات، وبالتالي فلا بد من وجود المعايير المميزة لما بين النوعين المذكورين من القضاء في مجال اختصاص كل منهما وخاصة أن البند العاشر من الاختصاصات التي أوردها الماوردي ومن لحق به قد يفهم منه توسيع دائرة اختصاصات قضاء المظالم لتشمل المنازعات جميعها وهذا ما ينبغي استبعاده بواسطة هذا المعيار.

وبالفعل قد ذهب رأي في الفقه⁽²⁾ إلى أن هذا الاختصاص العاشر يجعل من والي المظالم ذا ولاية عامة في القضاء إذا لجأ إليه المتقاضون.

إلا أن جانب آخر من الفقه⁽³⁾ قد أكد أن قاضي المظالم إنما هو صاحب ولاية عامة في مهام المظالم وتظلمات ذوي الشأن من تعدي ومظالم ذوي الجاه ونحو ذلك من قضايا ومنازعات تتعلق بعمال الدولة ورجال السلطة، فهذا لا يعني مطلقاً أن والي المظالم صاحب ولاية عامة في القضاء إنما ولايته العامة

(1) د. عبد الحميد الرفاعي، المرجع السابق، ص 150: أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، ص 324.

(2) د. الطماوي، التطور السياسي للمجتمع العربي، ص 124: أشار إليه، د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 136: د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 32.

(3) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 385.

في المظالم على العموم وفي تلك التعديات من جانب عمال الدولة ومراقبة أعمالهم على الخصوص لأنه لا يعطي اختصاص واحد لقاضيين يتولاه كل منهما ذاته.

وقد استدل الرأي المذكور بما أورده الماوردي في الاختصاص السابع في قوله: وأنَّ له تنفيذ ما أوقف من أحكام القضاة بمعنى أنَّ الذي يتولاه والي المظالم من قضايا عامة ومشاجرات إنَّما هو لإنفاذ أحكام القضاء فيها، وإمضاؤها، وتذليل كل معوقات وموانع التنفيذ، لأنَّ والي المظالم أقوى يداً، وأنفذ أمراً، وهنا تتجلى سلطات والي المظالم وتميزه وقدرته على من لا يقدر عليهم القضاء إما لتعززهم أو لقوة يدهم أو لعلو قدرهم وسلطانهم. فضلاً عما أورده الماوردي أيضاً من تمتع والي المظالم بنظر الاختصاصات الأخرى، فهي لا تخرج عموماً عن كونها تخص عمال الدولة وذوي النفوذ.

وعموماً فإنَّ لقاضي المظالم من الاختصاصات ومن السلطات الواسعة في البحث والنظر وكشف الأسباب وأنَّ نظر المظالم يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز⁽¹⁾ بما يسمح للقول بشكل مؤكد أنَّ قضاء المظالم كان ذي اختصاص عام أو ولاية عامة في هذا المجال فقط⁽²⁾.

فخلاصة القول وموجزه على هدي ما سلف في موضوع أساليب توزيع الاختصاص بين القضاء العادي وقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية - هو أسلوب واحد لا سواء وهو أسلوب الولاية العامة بمعنى أنَّه قد تبين بوضوح أنَّ القضاء العادي أو الشرعي أو العام - وكلها بمعنى واحد - هو صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات، وأنَّ قضاء المظالم هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المتعلقة بالمظالم، ولا يقدر في ذلك كون الاختصاص

(1) د. سعد بن سعود آل دريب، المرجع السابق، ص 270؛ د. محمد عبد القادر شيبه الحمد، المرجع السابق، ص 1057؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 136.

(2) د. محمد عبد القادر شيبه الحمد، المرجع السابق، ص 1057؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 136.

العاشر الذي أورده الماوردي يفهم منه عموم ولاية قاضي المظالم في كافة المنازعات، لأنَّ ذلك مرهون ومقيد بجملة اختصاصات قاضي المظالم الأخرى على النحو السالف بيانه.

الفصل الثاني

معايير تحديد اختصاص قاضي المظالم وتطبيقاته

أكد بعض الفقهاء⁽¹⁾ ضرورة أن ينظر على المعايير الواضحة التي تبين بوضوح مجال اختصاص قاضي المظالم والنطاق الذي يدور فيه حتى لا تتداخل اختصاصاته مع اختصاصات القاضي العادي، فوجود جهتين قضائيتين يؤدي حتماً إلى ما يسمى بتنازع الاختصاص وتعارض الأحكام ومشكلاتهما المعروفة بين القضاء الإداري الحديث والقضاء العادي.

وعليه ففيما يلي نبين المعيار المحدد لاختصاص قاضي المظالم ومجاله الوظيفي في مبحث أول، ثم نبين التطبيقات والنماذج التي ساقها أهل العلم قديماً وحديثاً كأحكام واقعية لقضاء المظالم وفق هذه المعايير في مبحث ثان.

(1) د. عبد الحميد الرفاعي، المرجع السابق، ص 150؛ أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، ص 324.

المبحث الأول

معايير تحديد اختصاص قاضي المظالم

هناك أكثر من اتجاه في مسألة معيار تحديد اختصاص قاضي المظالم ومجال ولايته:

الاتجاه الأول⁽¹⁾: المعيار العام المحدد لاختصاص قضاء المظالم هو المنازعات التي يكون أحد طرفيها أو كلاهما إما:

أ - من ذوي القوة والنفوذ.

ب - أو ممن يعملون في دواوين الدولة ومرافقها العامة.

حيث يقرر هذا الاتجاه أن هذا المعيار واضح من خلال ما كتبه الماوردي وأبي يعلى الفراء فيما يتعلق بالنواحي العشر التي يختص بالنظر فيها وإلى المظالم، حيث يقصد بذوي القوة والنفوذ والجاه الذين لا يردعهم عن ظلمهم وغيرهم إلا هذا النوع من القضاء الذي له القدح المعلى في القوة ونفاذ الأوامر والذي تمتزج فيه قوة السلطنة بنصف القضاء. أمّا العاملون في دواوين الدولة ومرافقها العامة فهم الولاة المعتدين على الرعية وهم بالأخص الأشخاص الذين بيدهم زمام التنفيذ المباشر كالولاة والعمال والكتاب الذين يعملون في دواوين الدولة وهو ما يقابل اليوم - على حد تعتبر صاحب هذا المعيار - الموظفين الذين يعملون في إدارات الدولة ومؤسساتها العامة فلا يردع هؤلاء إلا قضاء المظالم.

وبالتالي فإن اختصاص قضاء المظالم - عند هذا الرأي - يشمل ذوي القوة والنفوذ والجاه ومن يعملون في دواوين الدولة ومرافقها العامة والذين قد يؤدي تعاملهم مع الناس إلى الخروج على القوانين والقواعد المقررة سلفاً مما يعطي المظلوم حق التظلم إلى ديوان المظالم الذي من اختصاصه نظر هذه الأقضية.

(1) د. عبد الحميد الرفاعي، المرجع السابق، ص 151 وما بعدها.

وقد ساق أمثلة لذلك منها جور العمال فيما يجبون من الأموال، فيرجع إلى القوانين العادلة في دواوين الأئمة فيحمل الناس عليها وهو ما يسمى بتعبير اليوم التنفيذ المباشر. فيلزم العمال بتطبيق مبدأ المشروعية... وهو نوع من قضاء التعويض.

ومن أمثلة ذلك أيضاً تظلم المسترزقة (العاملون أصحاب المرتبات والمعاشات) من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم وإجحاف النظر بهم (التنفيذ المباشر) فيرجع إلى ديوانه في فرض العطاء العادل فيجريه عليهم وينظر فيما نقصوه أو منعوه من قبل، فإن أخذه ولأه أمورهم، استرجعه منهم، وإن لم يأخذوه قضاء من بيت المال.

وبالتالي يرى هذا الاتجاه أن الإمام الماوردي قد أعطى تصور عام عن قضاء المظالم الذي يعد في رأيه هو المعيار المميز لهذا النوع من القضاء عن القضاء العادي، ثم إن ما أورده من اختصاصات عشر ما هي إلا تعداد وليس حصر لتلك الاختصاصات وأن المعيار المذكور يتلخص في أن قضاء المظالم يختص بنظر المنازعات والظلمات التي يكون أحد طرفيها أو كلاهما: إما من ذوي القوة والنفوذ، أو ممن يعلمون في دواوين الدولة ومرافقها العامة⁽¹⁾.

وإن كان هذا الاتجاه - وبحق - حدد معياراً - في رأبي - إلا أنه لم يبين معيار ذوي القوة والنفوذ.

الاتجاه الثاني⁽²⁾: يتحدد اختصاص قضاء المظالم بواسطة المعيار الموضوعي (عنصر الظلم) والمعيار الشخصي (عنصر النفوذ)؛

حيث يرى هذا الاتجاه أن من خلال تسمية هذا القضاء بقضاء المظالم انحصرت المنازعات التي تخضع له في المنازعات التي يتوفر فيها عنصر الظلم. وأن ظروف نشأة هذا القضاء - الذي يبسط سلطة القانون على فئة

(1) د. عبد الحميد الرفاعي، المرجع السابق، ص 158.

(2) د. أحمد عبد الملك قاسم، المرجع السابق، ص 324 وما بعدها.

من المنازعات الأخرى والتي أطلق عليها اسم منازعات أصحاب النفوذ أي أن المنازعات الداخلة في اختصاص الديوان تتحدد بتحديد أشخاص المنازعة وتفصيل ذلك كما يلي:

أولاً: المعيار الموضوعي (عنصر الظلم):

حيث يرى هذا الاتجاه أن الظلم أبرز مظاهر الخروج على الشرعية الإسلامية القائمة على العدل وحماية المستضعفين في الأرض ولهذا فقد نشأ قضاء المظالم لضمان الحماية الشرعية ليختص بنظر منازعات المظالم، ويسمى بهذا الاسم لإظهار هذا الاختصاص، وقد أعطيت له سلطات أوسع مقالاً وأفسح مجالاً لمواجهة هذا الظلم الذي لا تجدي في مواجهته الإجراءات المتبعة في القضاء العادي، وبالتالي فحينما يكون في المنازعة ظلم فإننا نكون أمام مظلمة يختص بها قضاء المظالم بغض النظر عن أشخاص هذه المنازعة.

ويقرر هذا الاتجاه أن هذا العنصر لا يكفي وحده، لأن الظلم متوافر في جميع المنازعات، حيث يوجد ظلم في الحقوق بالنسبة للمنازعات التجارية أو المالية، وفي النفس أو الأعضاء أو العرض بالنسبة للمنازعات الجنائية، وفي الحريات وغيرها بالنسبة لساثر المنازعات، والاختلاف في وجود الظلم بين المنازعات اختلاف نسبي يزيد وينقص حسب الأحوال وبالتالي فإن هذا المعيار وحده يؤدي إلى توسيع دائرة اختصاص قضاء المظالم ليشمل جميع المنازعات ويشل حركة القضاء العام، فلا بد إذًا من اقتران المعيار الشخصي بالمعيار الموضوعي المذكور.

ثانياً: المعيار الشخصي (عنصر النفوذ):

يرى هذا الاتجاه أن وجود اختصاص قاضي المظالم مرهون بوجود أي نوع من أنواع النفوذ ومعناه التصرف الذي يقوم به شخص من ذوي النفوذ يعتبر من المظالم والمنازعات التي يختص بها قضاء المظالم، فأساس تمييز

المظالم هو شخص الفاعل دون موضوع الفعل، فتكون المنازعة من اختصاص قضاء المظالم إذا كان أحد أطرافها من أصحاب النفوذ، سواء كانت الدولة أو أحد الأفراد الذين لهم قوة وسيطرة الدولة، وإن لم يكونوا أعضاء في الدولة، كالتجار والأعيان وأصحاب الأملاك إذا توفر فيهم النفوذ، وبالتالي تخرج المنازعة عن نطاق هذا الاختصاص إذا كانت بين أفراد عاديين ليسوا من أصحاب النفوذ.

ويرى هذا الاتجاه أيضاً أن هذا المعيار قد نبه عليه الفقيه الماوردي عندما قسم أصحاب النفوذ إلى ثلاثة أصناف من حيث نفوذهم كالتالي:

الصنف الأول: أصحاب النفوذ.

الصنف الثاني: متوسطو الحال.

الصنف الثالث: الخاملون.

وقد جعل الفئة الأولى يختص بنظر قضاياهم والى المظالم بنفسه، والثانية يحيلها والى المظالم إلى قاضي من أعضاء مجلس المظالم والفئة الثالثة يحيل ناظر المظالم قضاياهم إلى القضاء العادي⁽¹⁾.

وبالتالي فإن هذا الاتجاه قد سار على نفس النهج ورأي أن قضاء المظالم يتولى النظر في مظالم أصحاب النفوذ الذين هم على وصف الصنف الأول والثاني الذي صنفه الماوردي كما سبق أمّا ما عداهم فيختص بنظره القضاء العادي. كما يضع الاتجاه المذكور معياراً عاماً لأصحاب النفوذ من الصنفين السابقين لما قد يثار من خلاف حول معيار تحديدهما. بأن يرجع في تحديد أصحاب النفوذ إلى العرف السائد.

ومن الأمثلة التي ساقها الاتجاه المذكور كأمثلة لأصحاب النفوذ، العرف السائد في اليمن والقاضي بأن المشائخ والأعيان يعتبرون من أصحاب النفوذ.

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 84.

وتعتبر كذلك قضايا الاعتداء على حقوق الأيتام والأرامل وأموال الأوقاف -
في رأيه - من قبيل منازعات ذوي النفوذ.

كما يتجه أيضاً إلى القول بأن ليس من الصحيح الاعتماد على معيار
النفوذ منفرداً لأن ذلك يؤدي بالضرورة بأن كافة أعمال الإدارة كلها تدخل
في اختصاص قضاء المظالم باعتبارها جهات ذات نفوذ حتى لو كانت أعمالها
من قبيل الأعمال الخاصة التي تخضع للقانون العادي، وبالتالي فيجب النظر
إلى المعيار الموضوعي المتمثل في وجود الظلم والتعدي مع معيار النفوذ تخرج
بذلك المنازعات التي تتصرف الإدارة فيها كأشخاص عادية كالبيع والشراء
وغير ذلك من التصرفات هي التي لا يوجد فيها جانب التعدي والغلبة فقد
دلت السوابق التاريخية على خضوع الإدارة بل والحاكم والولاة أمام القاضي
العادي على مرّ العصور الإسلامية.

وبالتالي ينتهي هذا الاتجاه إلى خلاصة مقتضاها أن الظلم غير
مشروع بل ومن أشد المنكرات، ولا يقوم غالباً إلا من صاحب نفوذ أو سلطة
وردع أصاب النفوذ عن الظلم واحترام الشرعية هو السبب الحقيقي لنشأة
قضاء المظالم وتميزه عن القضاء العادي ومنحه وسائل غير عادية. إذاً فإن
عنصري الظلم والنفوذ هما سبب نشأة قضاء المظالم وهما في الوقت نفسه
معيار تخصصه بالمنازعات التي تشتمل عليهما، ويحدد العرف السائد من هم
أصحاب النفوذ، ولا مانع - عند هذا الرأي - أن يحدد ذلك بقانون.

**إلا أننا نعيب على ذلك الاتجاه وبالتالي عدم صلاحية معياره
من خلال النقاط التالية،**

(1) أن لا مجال لإثارة عنصر الظلم - لأنه كما ذكر هو - قاسم
مشترك في كافة المنازعات وبالتالي لا يمكن الاستفادة منه في
المعيار العام.

(2) أنه يفرق بلا مبرر بين أعمال الإدارة رغم أن المؤكد شمول

اختصاص قضاء المظالم لكل منازعة تكون الإدارة طرفاً فيها أو بها مجرد نفوذ أو قوة حسب ما ذكره الماوردي وغيره.

الاتجاه الثالث⁽¹⁾: ويرى أن سلطة قاضي المظالم واسعة ومتنقلة لمراقبة القضاة والموظفين والحكام ومن في حكمهم كالشيوخ المتبوعين وذوي الجاه والنفوذ والشوكة من العلماء والأمراء وكل صاحب سطوة أو هيبة. وبالتالي فسلطته أعلى من سلطة القاضي العادي.

إلا أن الاتجاه الثالث لم يذكر سوى عبارة سلطة متنقلة لمراقبة فئة معينة لا تكفي كمعيار لاختصاص قاضي المظالم.

الاتجاه الرابع⁽²⁾: ويرى أن اختصاصات قاضي المظالم جاءت من العموم لمواجهة كافة صور الظلم أياً كان مصدره أو نوعه وفق ما يلي:

(أ) **المهام الدينية:** أي مراعاة استيفاء حقوق الله والعبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والجهاد والأوقاف الخيرية وقمع الظلم عموماً.

(ب) **المهام الإدارية:** وتشتمل على ما يلي:

- 1 - تصفح أحوال ما وكل إلى كتاب الدواوين.
- 2 - تنفيذ أحكام القضاة التي يتعذر تنفيذها لعلو قدر المحكوم عليه.
- 3 - النظر فيما عجز عنه ولاية الحسبة في المظالم العامة.

(ج) **المهام القضائية:** ومنها ما يشبه القضاء العادي وهو:

- 1 - النظر في الوقوف الخاصة إذا تظلم أهلها.

(1) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، وضع القانون. المرجع السابق. ص 30، 55: د. عبد العظيم جيرة، المرجع السابق. ص 90.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق. ص 136، 137.

2 - النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين.

3 - ردّ ما اغتصبه ولاية الجور وذوو النفوذ والبطش.

وأما ما يشبه القضاء الإداري فهو:

1 - تعدي الولاية على الأفراد والجماعات من الرعية.

2 - جور الجباة فيما يجبونه من الأموال.

3 - ما أورده كتاب الدواوين على خلاف الحقيقة.

4 - تظلم المستخدمين من نقص أرزاقهم أو تأخرها عنهم أو إجحاف النظر فيها.

فليس صحيحاً ما قيل عن قضاء المظالم أنه قضاء أمور مستعجلة، أو أنه قضاء استثنائي، بل كان قضاءً إدارياً كاملاً يلغي القرار الجائر ويعوض من أصابه ضرر منه، وإذا استحال إلغاء القرار اقتصر دوره على كونه قضاء تعويض وإن كانت سلطات قاضي المظالم تفوق ما للقضاء الإداري الحديث من اختصاص بما لها من مجال أوسع ونطاق أرحب⁽¹⁾.

إلا أن الاتجاه المذكور قد عدّ بشكل حصري اختصاص والي المظالم دون محاولة لتحديد معيار قطعي عام للمنازعات التي يختص بها ذلك النوع من القضاء.

وعلى هدي ما سلف يمكننا أن نرجح الاتجاه الأول والذي يذهب إلى أن اختصاص قاضي المظالم ينحصر في المنازعات التي يكون أحد طرفيها أو كلاهما من عمال الدولة أو من ذوي القوة والنفوذ والجاه.

إلا أننا نضيف الملاحظات التالية:

لقد ثبت أن قضاء المظالم الإسلامي يختص بوضوح بكل منازعة تكون

(1) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 250.

الادارة طرفاً فيها بحسب تاريخه وما أورده الماوردي وغيره - وكما سيلي وكما سلف - فهو الذي يتفق مع قوة هذه الجهة ومعرفتها بالصالح العام الذي تسعى اليه الادارة في إدارتها. وبالتالي يعتبر هذا القضاء هو الأعلّم بحالات عسف الادارة وانحرافاتهما فهو الأكثر دراية في انصاف الادارة من الأفراد أو العكس، وهذا اختصاص واضح إجراء وموضوعاً. ونرى الاكتفاء بهذا المعيار. خصوصاً أنه لا يوجد مانع شرعي من نص قطعي أو وفقاً لفقه الواقع أو خلافه يمنع منه، ومن أجل ألا تتعاضم مشكلة المعيار الذي يحدد اختصاصه فيحصل الخلاف سالف الذكر والذي سيلي تفصيله بشأن معيار اختصاص القضاء الاداري المعاصر.

المبحث الثاني

تطبيقات معيار اختصاص قضاء المظالم

ساق الفقه العديد من التطبيقات التي تعد من قضاء المظالم حيث أبرز العديد منها عبر عصور التاريخ الإسلامي مجتهداً في أن يكون ذلك وفق المعيار الذي قال به الفقه وطبقه قضاء المظالم عبر العصور المختلفة وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

في العهد النبوي

سبق وأن تبين لنا أن النبي ﷺ كان يتولى بنفسه النظر في المظالم وأنه أقر ذلك النظام رداً للمظالم وأنصافاً للمظلومين والمتظلمين⁽¹⁾.

وقد ساق العلماء تطبيقات لقضائه ﷺ في المظالم لا تخرج عن المعايير المذكورة من أهمها:

ما يروى عما حدث في بعثة خالد بن الوليد المشهورة إلى بني جذيمة حين أمر بهم بعد أن أعلنوا الخضوع فكتفوا ثم عرضهم على السيف فقتل منهم من قتل، وكان قد أرسله النبي ﷺ داعياً ولم يبعثه مقاتلاً - فلما انتهى الخبر إلى النبي ﷺ رفع يده إلى السماء وقال: «اللَّهُمَّ إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد، فأرسل إليهم علي بن أبي طالب فودى لهم الدماء وما أصيب

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 79: أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 76: البداية والنهاية لابن كثير، المرجع السابق، ج 2، ص 291 وما بعدها.

من الأموال حتى إذا لم يبق شيء من دم ولا مال إلا وداه»⁽¹⁾.

فقد أشار العديد من الفقهاء⁽²⁾ إلى أن ذلك ممّا يعد من قضاء المظالم، بل والذي ينظره الحاكم بدون رفع المظلمة من الأفراد. وهذا العرض من جانب هؤلاء الفقهاء لم يتم اعتباره ضمن قضاء المظالم - في رأينا - إلا وفق المعيار المنوه عنه في المبحث السابق. وهكذا في كافة تطبيقات الفقهاء وعرضهم لتطبيقات قضاء المظالم.

فمن ذلك ما جاء بأن النبي ﷺ قد نظر المظالم في الشرب الذي تنازعه الزبير بن العوام - رضى الله عنه - ورجل من الأنصار فحضر بنفسه وقال ﷺ - للزبير: «إسق أنت يا زبير ثم الأنصاري، فقال الأنصاري: إنه لابن عمك يا رسول الله. فغضب النبي ﷺ من قوله. وقال: يا زبير أجره على بطنه حتى يبلغ الماء إلى الكعبين» وإنما قال أجره على بطنه أدباً لجراته عليه⁽³⁾.

وأيد هذا أيضاً أهل الفقه في اعتبار ذلك من قضاء المظالم وفق ذات المعايير المنوه عنها⁽⁴⁾. وممّا يؤكد أن هذه المسائل جاءت وفق المعايير ما ذهب إليه رأي في الفقه⁽⁵⁾ من أن علماء السياسة الشرعية اعتبروا هذه المسألة ضمن قضاء المظالم ظناً منهم أن فيها استغلال للنفوذ وهي ليست كذلك.

وما يجاوز الحكم القضائي ويدخل في اختصاص وإلى المظالم - رفعاً

(1) البداية والنهاية لابن كثير، ج 4، ص 312، 313.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 50؛ د. محمد أبو زيد، المرجع السابق، وضع القانون الإداري في الإسلام، ص 35؛ د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 133، 134.

(3) الماوردي، المرجع السابق، ص 77؛ أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 77.

(4) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 50؛ د. محمد أبو زيد، وضع القانون الإداري في الإسلام، المرجع السابق، ص 38؛ د. محمد أنس قاسم جعفر، ولاية المظالم، المرجع السابق، ص 17.

(5) عبد المحسن، ناصر العبيكان، المرجع السابق، ص 74.

للضرر وإساءة استعمال الحق والتعنت - على حد تعبير بعض الفقهاء⁽¹⁾ - ما يروى⁽²⁾ أن سمرة بن جندب أحد الصحابة كان له نخل في حائط بستان رجل من الأنصار، فكان يدخل عليه هو وأهله فيؤذيه فلجأ الأنصاري إلى رسول الله ﷺ، وقال له بما يلقاه من سمرة وأهله، فقال الرسول ﷺ، لسمرة بن جندب: بع النخل. فرفض، قال: فاقطعه. فأبى، قال: هبه ولك مثلها في الجنة فرفض. فقال الرسول ﷺ: للأنصاري اذهب فاخلع نخله.

وعليه فقد ردع النبي ﷺ سمرة ورده عن ظلمه في إساءته لاستعمال حقه وتعنته مع الأنصاري وقضى بقطع النخل وهذا ما يجاوز مجرد الحكم القضائي ويدخل في اختصاص والي المظالم وتظهر فيه أيضاً السياسة الشرعية تحقيقاً للمصلحة العامة فلم ينهي ذلك الحكم الخصومة فحسب بل دافع للمظالم ومانع من إلحاق الإساءة والضرر بالغير⁽³⁾.

كما اعتبر من قبيل مسائل وأقضية النبي ﷺ في مجال المظالم واقعة ابن اللتبية، حيث بعث النبي ﷺ ابن اللتبية لبني سليم جابياً، فلما عاد قال: هذه أموالكم وهذه هدايا أهديت إلي. فساء ذلك رسول الله ﷺ وقال: «ما بال الرجل نستعمله على العمل ممّا ولانا الله فيقول: هذه لكم، وهذه أهديت إليّ فهلا جلس في بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على كتفيه، أن كان بغيراً له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تبعر ثم رفع يديه حتى ظهر بياض إبطيه قائلاً: اللهم

(1) د. محمد أنس قاسم جعفر، ولاية المظالم، المرجع السابق، ص 17، 18.

(2) أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 300، 301: د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 51.

(3) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 139: د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، نفس الموضوع، د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، نفس الموضوع: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 39.

هل بلغت اللهم هل بلغت اللهم هل بلغت اللهم فاشهد⁽¹⁾.

حيث يقرر النبي ﷺ بذلك أن هدايا الرعية للولاة والحكام لا ينبغي قبولها فهي عربون ظلم واقع أو ظلم متوقع، وأن من مقاصد الإسلام تحرير البشر وعلى الأخص الولاة والحكام لنشر العدالة وجعل قوة عادلة ورادعة بالدولة والعمل على محاربة الظلم والاستبداد والتصدي له⁽²⁾.

فهذه أقوال أهل العلم تشير بوضوح إلى المعيار المعتبر لاعتبارها قضية مظالم حيث قرر علماء السياسة الشرعية أن ما حدث من ابن اللتبية وما وقع له من النبي ﷺ يعتبر أساساً لقضاء المظالم استناداً إلى أن تصرف ابن اللتبية هو استغلال للنفوذ الوظيفي⁽³⁾.

كما كان الرسول ﷺ يستمع إلى كل شكوى تأتيه من أي عامل من عماله ومن ذلك أنه عزل العلاء بن الحضرمي عامله على البحرين لأن وفد عبد القيس شكاه وعين بدلاً منه أبان بن سعيد وقال له استوصي بعبد القيس خيراً وأكرم سراتهم، كما كان النبي ﷺ ينظر المظالم حتى إنه كان يحث أصحابه ويقول لهم : «أبلغوني حاجة من لا يستطيع إبلاغها فإن من أبلغ ذا سلطان حاجة من لا يستطيع إبلاغها ثبت الله قدميه على الصراط يوم تزل الأقدام»⁽⁴⁾.

وبالتالي فمنذ بزوغ فجر الإسلام كانت أحكام القرآن والسنة النبوية هي الفاصل بين الحق والباطل مبينة طريق الصواب ناهية عن دروب الشر

(1) الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والبيهقي، د. عبد المنعم عبد العظيم جبرة، نظام القضاء في المملكة العربية، الإدارة العامة للبحوث معهد الإدارة العامة عام 1409 هـ - 1988م، ص 91.

(2) راجع أيضاً: د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 145؛ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 39؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 35.

(3) أ. عبد المحسن ناصر العبيكان، المرجع السابق، ص 77.

(4) د. عبد مسعود الجهني، القضاء الإداري وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، ط 1، عام 1984م، ص 99.

وظلم الآخرين، فمن أعظم الأمثلة التي تثبت شموخ الشريعة الغراء في رفع المظالم والإنصاف حتى من الحاكم نفسه، قول النبي ﷺ: «أيُّها الناس من كنت جلدت له ظهرأ فهذا ظهري فليستقدمني، ومن كنت شتمت له عرضأ، فهذا عرضي فليستقدمني، ومن أخذت ماله فهذا مالي فيأخذ منه ولا يخشى الشحناء، فهذه ليست من شأني»، وما روي عن النبي ﷺ قوله: «إنما أهلك الذين من قبلكم أنَّهُم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»، فالجميع في الشريعة الغراء سواء يسري على الحاكم ما يسري على المحكوم. فيرفع الظلم ويحقق العدل بين الجميع⁽¹⁾.

المطلب الثاني

في عهد الخلفاء الراشدين

الفرع الأول

في عهد أبي بكر الصديق

لم يفرد أبو بكر رضي الله عنه لولاية المظالم والياً معيناً بل تكفل هو بنفسه مهام نظر المظالم فبعد أن تمت بيعته قام في الناس خطيباً وقال مقولته الشهيرة: (أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم فإن أحسنت فأعينوني وإن أخطأت فقوموني. الصدق أمانة والكذب خيانة والضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه...) ففي هذا عدل وإنصاف لحق الرعية تجاه الولاية ولا تمنعه قوة الظالم أن

(1) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، للرجع السابق، ص 40.

ينصف منه المظلوم ولا يمنعه ضعف المظلوم أن ينصفه من ظالمه⁽¹⁾.

وممّا يدخل في مجال المظالم أيضاً وفق معايير قضاء المظالم ما ثبت عنه عليه السلام أنّه قال «لرجل شكّا إليه عاملاً قطع يده، لأن كنت صادقاً لأقيدنك منه»⁽²⁾. وما ثبت عنه أيضاً أنّه عندما قدم إلى مكة عقب مبايعته بالخلافة، طاف بالبيت الحرام ثم جلس قريباً من دار الندوة وقال مستفسراً أو ناظراً للمظالم، هل من أحد يشتكي من ظلامة أو يطلب حقاً؟ فما أتاه من أحد وأثنى الناس على واليهم خيراً ثم صلى العصر فودعه الناس ثم خرج راجعاً إلى المدينة⁽³⁾.

الفرع الثاني

في عهد عمر بن الخطاب

كان عمر بن الخطاب - عليه السلام - من أكثر الخلفاء الراشدين نظراً وتبعاً للمظالم ومراقبة للولاة أو الجند، بل قيل إنّ أول من أرسى دعائم ولاية المظالم⁽⁴⁾. وكثيرة جداً القضايا المتعلقة بالمظالم وفق معيار المظالم السالف ذكره والتي قام بالفصل فيها عمر بن الخطاب ثاني الخلفاء الراشدين.

فمن ذلك ما جاء في خطبته الشهيرة والتي قال فيها: (... ألا وأني ما

(1) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 54، 55؛ د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 18؛ د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 148، 149.

(2) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج 2، ص 256؛ نقله د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 150.

(3) مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، لابن الجوزي، ص 52؛ نقله د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 149.

(4) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 55؛ د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 150 وما بعدها؛ د. عبد المنعم العظيم جبرة، المرجع السابق، ص 92.

أرسل عمالي إليكم ليضربوا أبشاركم ولا يأخذوا أموالكم، ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسنتكم، فمن فعل به سوى ذلك فليرفعه إليّ فوالذي نفسي بيده لأقصنه منه فوثب عمرو بن العاص فقال: يا أمير المؤمنين أفرأيت إن كان رجل من المسلمين على رعية فآدب بعض رعيته، إنك لتقصنه منه؟ قال: أي والذي نفس عمر بيده إذا لأقصنه منه، إذا لأقصنه منه، وقد رأيت رسول الله ﷺ يقص من نفسه⁽¹⁾.

وشرع مرة في ترك رجل ليقتص من أحد الولاة ضربة مائة سوط لولا أن أفتدي منه بمائتي دينار، وعزل سعد بن أبي وقاص بشكاية الناس منه وقال: «والله لا يسألني قوم عزل أميرهم ويشكونه إلا عزلته عنهم». كما عزل عمار بن ياسر عندما شكاه قوم من أهل الكوفة بأنه لا يحسن إلا داره ولا يجيد السياسة⁽²⁾.

وبالتالي فقد اهتم الخليفة العادل عمر بن الخطاب برفع المظالم عن الرعية وخاصة تلك التي تكون من قبل عمالة وولاته فكان شديد المراقبة للولاة، فكان يستدعي الولاة في مواسم الحج لمحاسبتهم ويواجههم شكاوى الأفراد منهم⁽³⁾.

فقد كان عمر مثلاً عظيماً في العدل فلا تفرقة بين أمير وسوقه ولا بين والي ورعية، وقصة الفسائي جبلة بن الأيهم وكيف أراد عمر أن يقتض منه للأعرابي الذي ضربه جبلة، وكذلك قضى عمر للمصري بضرب عمر بن العاص الذي ضرب المصري لما شكاه له وقال: دونك الدرة فاضرب ابن الأكرمين، قال: فضربه حتى أثخنه. وقال عمر: ما ضربك إلا بفضل سلطانه. وقال لعمرو بن

(1) الطبقات الكبرى لابن سعد (293/3، 294) نقله د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، وضع القانون، ص 43، 44.

(2) د. عبد العظيم جبرة، المرجع السابق، ص 92.

(3) د. شوكت عليان، المرجع السابق، ص 52.

العاص: أيا عمرو متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً...⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضاً ما جاء عن عمر بن شيبة قال: قال عمرو بن العاص لرجل من تجيب وهي بطن من بطون كندة - «يا منافق» وقد شكنا هذا الأخير إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله: يا أمير المؤمنين إن عمر نفقني، ولا والله ما نافقت منذ أسلمت فكتب عمر: إلى عمر بن العاص وكان إذا غضب كتب: إلى العاصي بن العاصي أمّا بعد فإنّ فلاناً التجيبي، ذكر أنك نفقت، وقد أمرته أن إذا أقام عليك شاهدين، أن يضربك أربعين، وقال سبعين، فقام فقال: «أنشد رجلاً سمع عمرأ نفقتي إلا قام فشهد عامة من في المسجد، فقال له حنّمة: «أتريد أن تضرب الأمير؟» وعرض عليه الدية فقال: «لو مالت لي هذه الكنيسة ما قبلت» فقال له حنّمة: «أتريد أن تضربه؟» قال: «ما أرى لعمر ههنا طاعة» فلما ولى قال عمرو، ردوه فأمكنه من السوط وجلس بين يديه، فقال: «أتقدر أن تمتنع عني بسلطانك» قال: لا فامض لما أمرت به. فقال: فإني قد عفوت عنك⁽²⁾.

كما يروى أنّه عزل خالد عن قيادة الجند مع أنّ مقامه في الحروب معلوم وكان في أوج انتصاراته فهو سيف الله المسلول، ولكن لاعتبارات رآها عمر ضرورية ومهمة منها ما قيل أنّه قتل مالك بن نويرة بعد أن قال: لا إله إلا الله وقد أعطى أبو بكر ديته من بيت المال. ولكن عمر لم يكتف بذلك بل عزله وقال في عزله: (إنّ في سيف خالد لرهقاً) وقيل لأنّ أبي بكر قد وجه إليه أمراً فبعث إليه بأن دعني وشأني...⁽³⁾.

(1) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 56؛ د. السيد الجميلي، مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، ط 1، عام 1985، ص 103؛ د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 500.

(2) د. السيد الجميلي، المرجع السابق، ص 100 - 101؛ د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 500.

(3) البداية والنهاية لابن كثير، المرجع السابق، ج 7، ص 15 وما بعدها، د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 55.

وعن الحسن - رحمه الله - قال: قال عمر بن الخطاب، رضوان الله عليه: لئن عشت إن شاء الله لأسيرن في الرعية حولاً، فإني أعلم أن للناس حوائج تقطع عني، أما هم فلا يصلون إليّ، وأما عمالهم فلا يرفعونها إليّ، فأسير إلى الشام، فأقيم بها شهرين، ثم أسير إلى الكوفة، فأقيم بها شهرين، ثم أسير إلى البصرة، فأقيم بها شهرين، فكان دائماً يحذر المظالم ويحذر منها ويسعى لردها.

بل أعظم الأمثلة في ردّ عمر بن الخطاب المظالم والإنصاف من نفسه فيها أنه أكثر من مرة يعرض نفسه على أفراد من رعيته للقصاص منه لمجرد قيام عمر بضربهم بمخفقة كانت بيده. ويقول مقولته العظيمة في مرضه: أيما رجل كنت أصبت من عرضه شيئاً فهذا عرضي فليقتص، أو من ماله شيئاً فهذا مالي فليأخذ، واعلموا أن أولاكم بي، رجل كان له من ذلك شيء فأخذه وحللني فلقيت ربي وأنا محلل منه⁽¹⁾.

الفرع الثالث

في عهد عثمان بن عفان

استمر خليفة المسلمين الثالث عثمان بن عفان وسار على نفس الأوضاع التي سنها عمر بن الخطاب، وكان يراقب عماله ويتتبع المظالم ويعزل من يتحقق من ظلمهم وكان أول كتبه إلى أمراء الأجناد (قد وضع لكم عمر ما لم يغب عنا بل على ملاء منا ولا يبلغني عن أحد منكم تغيير ولا تبديل، فيغير الله ما بكم ويستبدل بكم غيركم وكان من أول كتبه إلى عماله أيضاً) (فإن الله أمر الأئمة أن يكونوا رعاة ولم يتقدم إليهم أن يكونوا جباة... ألا وإن أعدل

(1) د. السيد الجميلي، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

السيرة أن تنظروا في أمور المسلمين، وفيما عيهم فتعطوهم مالهم، وتأخذوا ما عليهم، ثم تثبتوا بالذمة فتعطوهم الذي لهم وتأخذوا بالذي عليهم⁽¹⁾.

وبالتالي فكان ﷺ يأمر عماله بالإتجار بالمعروف والتناهي عن المنكر ولا يذل المؤمن نفسه. ويقول: (إني مع الضعيف على القوي ما دام مظلوماً إن شاء الله). وقد كتب إلى الأمصار أن يوافيه العمال في كل موسم ومن يشكوهم⁽²⁾.

فقد ابتاع حماد بن أبان وعلمه الكتاب واتخذه كاتباً ثم وجد عليه لأنه كان وجهه للمسألة عما رفع على الوليد بن عقبة فارتشى منه وكذب ما قيل فتيقن عثمان صحة ذلك فقال له: لا تساكني أبداً وخيرة بلدك يسكنه غير المدينة⁽³⁾.

الفرع الرابع

في عهد علي بن أبي طالب

سار الخليفة الرابع علي بن أبي طالب ﷺ على نفس النهج الذي سار عليه الخلفاء الثلاثة فقد جلس للنظر في المظالم بنفسه وراقب عماله وتعهدهم بالنصح والإرشاد⁽⁴⁾.

(1) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 63: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 49 - 50.

(2) د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 18: د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 63.

(3) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 64.

(4) د. شوكت عليان، المرجع السابق، ص 54: محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 52.

وفي ذلك يقول: الماوردي ولم ينتدب للمظالم من الخلفاء الأربعة... واحتاج علي عليه السلام حين تأخرت إمامته واختلط الناس فيها وتجهلوا إلى فضل صرامة في السياسة، وزيادة تيقظ في الوصول إلى غوامض الأحكام فكان أول من سلك هذه الطريقة واستقل بها إلى نظر المظالم المحض لاستغنائها عنه⁽¹⁾.

فقد كان الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام قوياً في ردّ المظالم ونصرة المظلوم وحريصاً على ذلك كل الحرص⁽²⁾. بل يتعدى الأمر إلى أنه كان عليه السلام ينصف من نفسه، فهذا هو رغم أنه أمير المؤمنين يلجأ للقضاء في أمر متعلق في خلاف حدث بينه وبين يهودي على درع كان في حوزة اليهودي، وهو درعه عليه السلام، فلجأ إلى القاضي الذي طلب منه شاهدين فأحضر ابنه الحسن ومولاه قنبر، إلا أن القاضي لم يقبل شهادة الحسن لأن الولد لا يشهد لوالده، وقبل شهادة قنبر فقط وحكم لليهودي بالدرع⁽³⁾.

فكان عليه السلام يختار الولاة من أهل التقوى والقدرة وكان يوصيهم بقوله: (انصف الله وانصف الناس من نفسك ومن خاصة أهلك ومن لك فيه هوى من رعيته) وكان يكلف عماله أيضاً بالتفتيش على أعمال بعض أجزاء من الدولة الإسلامية⁽⁴⁾.

وكان شديد الاهتمام بأن يكون الولاة من أحسن رجال الدولة وأفضلهم فيحسن اختيارهم أن يكونوا من أهل التقوى والكفاءة وقال في ذلك: (اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ممن لا تضيق بهم الأمور ولا تحكمه الخصوم ولا يتمادى في الزلة، ثم انظر في أمور عمالك فاستعملهم

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 77 - 78: أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 74.

(2) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 151.

(3) د. محمد أنس قاسم، المرجع السابق، ص 20؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص

66؛ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 53 - 54.

(4) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

اختباراً ولا تولهم محابة وأثره). وكان شديد الحرص على تحذير ولاته من الظلم والتعدي ويحثهم على نصره المظلوم وإنصافه.

ومن ذلك أنه بعث جيشاً لناحية من النواحي ثم كتب إلى عماله الذين يمر الجيش بهم: (أما بعد فإنني قد سيرت جنوداً هي مارة بكم إن شاء الله وقد أوصيتهم بما يجب لله عليهم من كف الأذى وصرف الشذى والشر، فنكلوا من تناول منهم شيئاً ظلماً وكفوا أيدي سفهائكم عن مضادتهم والتعرض لهم فيما استتياه منهم، وأنا بين أظهر الجيش ما دفعوا إلى مظالمكم...)⁽¹⁾

المطلب الثالث

في العصر الأموي والعباسي

يمكن القول إجمالاً أنه ظل الاهتمام في الدولتين الأموية والعباسية برفع المظالم ونصرة المظلوم، وتشديد الرقابة على عمال الدولة وذلك مر خلال ولاية المظالم. فقد وجد قضاء المظالم وطبق في ظل الدولتين وأخذ با على العموم ولا يقدح في ذلك تفاوت الخلفاء في الاهتمام بولاية المظالم⁽²⁾. ومن هذا المنطلق سوف نورد فيما يلي فقط نماذج تطبيقية لولاية المظالم حسب معاييرها السابقة في العصرين سالفين الذكر ومن خلال تتبع سيرتهما يوضح ذلك بجلاء من خلال الخلفاء الأكثر اهتماماً وعطاءً في هذا الصدد.

فنقول وبالله التوفيق: أن عبد الملك بن مروان الذي هو الخليفة الخامس بالدولة الأموية والذي يعد المؤسس الثاني للدولة الأموية قد اهتم كثيراً بنظر

(1) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 159 - 160.

(2) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 162.

المظالم والتصدي لها فقد اشتهر بالحزم والقدرة على تصريف الأمور والشد فيها فانتشلها من الفوضى التي كانت فيها⁽¹⁾.

فكان عبد الملك بن مروان أول من أفرد للظلمات يوماً يتصفح فيه قصص المتظلمين من غير مباشرة منه، فكان إذا وقف منها على مشكل أو احتاج فيها إلى حكم منفذ رده إلى قاضيه أبي إدريس الأودي فنفذ فيه أحكامه لرهبة التجارب من عبد الملك بن مروان في علمه بالحال ووقوفه على السبب، فكان أبو إدريس هو المباشر وعبد الملك هو الأمر⁽²⁾.

وممّا هو جدير بالذكر أنّ عبد الملك بن مروان كان شديد الرقابة في تقصي أعمال الولاة والعمال، فيحاسب من ظهر ظلمه أو تعديه ويعاقبه، فقد علم أنّ أحد عماله قبل هدية لغرض ما فأحضره، وقال له: والله إن كنت قبلت الهدية لا تتوي مكافأة المهدي لها، إنك لتيم دنيئ وإن كنت قبلتها تستكفي رجلاً لم تستكفيه لولاها، إنك لخائن، وإن كنت نويت تعويض المهدي عن هديته وألا تخون له أمانة ولا تتلم له ديناً فلقد قبلت ما بسط عليك لسان معامليك وأطمع فيك سائر مجاوريك وسلبك هيبة سلطانك، ثم صرفه من عمله⁽³⁾.

وقد دأب على حث عماله وولاته على العدل والإنصاف والبعد عن الظلم والتعدي بكافة أشكاله وأنماطه وكان كذلك شديد في محاسبتهم ورقابتهم⁽⁴⁾.

لقد زاد قبيل تولية عمر بن عبد العزيز من جور الولاة وظلم العتاة

(1) المرجع السابق، نفس الموضع، ص 163.

(2) الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 78: أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 75.

(3) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 71: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 59: د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 164.

(4) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، نفس الموضع.

ما لم يكفهم عنه الأقوى الأيدي وأنفذ الأوامر، فكان عمر بن عبد العزيز - رحمه الله - أول من ندب نفسه للنظر في المظالم فردّها وراعى السنن العادلة وأعادها، ورد مظالم بني أمية إلى أهلها حتى قبل له وقد شدد عليهم فهايا وأغلظ إنا نخاف عليك من ردّها العواقب قال: كل يوم أتقيه وأخافه دون يوم القيامة لا وقيته⁽¹⁾.

ومن ذلك - ما جاء في البداية والنهاية أن عمر بن عبد العزيز لما رجع من جنازة سليمان بن عبد الملك أتى بمراكب الخلافة ليركبها فامتنع عن ذلك... ثم قال: ما شاء الله لا قوة إلا بالله، قدموا إلى بغلتي ثم أمر ببيع تلك المراكب وكانت من الخيول الثمينة فباعها وجعل أثمانها في بيت المال.

قالوا: ولما رجع من الجنازة وقد بايعه الناس واستقرت الخلافة باسمه، انقلب وهو مغتم مهموم فقال له مولاة: مالك هكذا مغتم مهموم وليس هذا بوقت هذا؟ فقال: ويحك ومالي لا أغتم وليس أحد من أهل المشارق والمغارب من هذه الأمة إلا وهو يطالبني بحقه أن أؤديه إليه، كتب في ذلك أم لم يكتب، طلبه مني أو لم يطلبه. وقالوا: إنه خير امرأته فاطمة بين أن تقيم معه، على أنه لا فراغ له إليها وبين أن تلحق بأهلها. فبكت وبكى جواريتها، ثم اختارت مقامها معه.

وقال: إسماعيل بن عياش عن عمرو بن مهاجر قال: لما ستخلف عمر بن عبد العزيز قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: إنه لا كتاب بعد القرآن ولا نبي بعد محمد عليه الصلاة والسلام، وإنني لست بقاضي ولكني منفذ، وإنني لست بمبتدع ولكني متبع، إن الرجل الهارب من الإمام الظالم ليس بظالم إلا أن الإمام الظالم هو العاصي ألا لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق عز وجل.

وقد جمع الناس يوماً فخطبهم فقال: إن فذك كانت بيد رسول الله ﷺ

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 78، أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 75.

يضعها حيث إرادة الله، ثم وليها أبو بكر وعمر... ثم قال إن مروان أقطعها فحصل لي منها نصيب، ووهبني الوليد وسليمان نصيبهما، ولم يكن من مالي من شيء أردته أغلى منها وقد رددته في بيت المال على ما كانت عليه في زمان رسول الله ﷺ. قيل: فيئس الناس عند ذلك من المظالم، ثم أمر بأموال جماعة من بني أمية فردها إلى بيت المال وسماها أموال المظالم، فاستشفعوا إليه بالناس، وتوسلوا إليه بعمته فاطمة بنت مروان، فلم ينجع فيه شيء، وقال لهم: لتدعني وإلا ذهبت على مكة فنزلت عن هذا الأمر لأحق الناس به، وقال: والله لو أقمت فيكم خمسين عاماً ما أقمت فيكم إلا ما أريد من العدل.

فقد اجتهد رحمه الله في مدة ولايته - مع قصرها - حتى رد المظالم وصرف إلى كل ذي حق حقه، وكان مناديه ينادي كل يوم: أين الغارمون؟ أين المساكين؟ أين اليتامى؟ حتى أغنى هؤلاء كلهم⁽¹⁾.

وما ذلك على عمر بن عبد العزيز بغريب فهو الخليفة الأموي الثامن المعروف بالتقوى والورع والعدل لذا شبهه بأمير المؤمنين عمر بن الخطاب، واشتهر بإحقاق الحق ونصرة المظلومين فهو أول من أعطى ولاية المظالم حقها في الدولة الأموية⁽²⁾.

وجاء أيضاً، أن زوجته فاطمة دخلت عليه يوماً وهو جالس في مصلاه واضعاً خديه على يده ودموعه تسيل على خده فقالت مالك فقال ويحك يا فاطمة، قد وليت أمر هذه الأمة ما وليت فتفكرت في الفقير الجائع والغريب والأسير والمظلوم والمقهور... فعلمت أن ربي عز وجل سيسألني عنه يوم القيامة، وأن خصمي دونهم محمد ﷺ فخشيت أن لا يثبت لي حجة عند خصومته، فرحمت نفسي فبكيت.

وكتب إلى بعض عماله: إذا دعيتك قدرتك على الناس إلى مظلمة، فتذكر قدرة الله عليه ونفاذ ما تأتي إليهم، وبقاء ما يأتون إليك، وكان لا

(1) الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 9، ص 198 وما بعدها.

(2) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 164 - 165.

يستعمل على الأعمال إلا أهل القرآن.

وقد ردّ جميع المظالم - كما سبق - حتى ردّ خاتم كان في يده، قال أعطانيه الوليد من غير حقه، بل خرج من جميع ما كان فيه من النعيم في الملبس والمأكّل والمتاع. بل ردّ جهاز زوجته إلى بيت المال. ومن المظالم التي ردها أيضاً ما ذكر عن نزوله من الخطبة الأولى حيث أمر بالاستور فهتكت والثياب التي كانت تبسط للخلفاء أمر بها فبيعت. وأدخل أثمانها في بيت المال. ثم ذهب يتبوّ مقيلاً فأتاه ابنه عبد الملك فقال: يا أمير المؤمنين ماذا تريد أن تصنع؟ قال: يا بني أقيل، قال تقيل ولا ترد المظالم إلى أهلها؟ فقال: إني سهرت البارحة في أمر سليمان، فإذا صلبت الظهر رددت المظالم. فقال له ومن لك أن تعيش إلى الظهر. فقال الحمد لله الذي أخرج من صلبي من يعينني على ديني.

ويذكر أنه قام وخرج وترك القائلة وأمر مناديه فنادى: ألا من كانت له مظلمة فليرفعها فقام رجل من أهل حمص فقال: يا أمير المؤمنين أسألك كتاب الله، قال وما ذلك؟ قال: العباس بن الوليد بن عبد الملك اغتصبني أرض. والعباس جالس، فقال عمر: ما تقول يا عباس؟ قال: نعم! أقطعنيها أمير المؤمنين الوليد وكتب بها سجلاً، فقال عمر: ما تقول يا ذمي؟ قال: يا أمير المؤمنين أسألك كتاب الله تعالى: فقال عمر: نعم كتاب الله أحق أن يتبع من كتاب الوليد قم فرد عليه ضيعته، فردها عليه.

ثم تتابع الناس في رفع المظالم إليه، فما رفعت إليه مظلمة إلا ردها، سواء كانت في يده أو في يد غيره حتى أخذ أموال بني مروان وغيرهم ممّا كان في أيديهم بغير استحقاق، فاستغاث بنو مروان بكل واحد من أعيان الناس، فلم يفدهم ذلك شيئاً، فأتوا عمتهم فاطمة بنت مروان وكانت عمته - فشكوا إليها ما لقوا من عمر، وكانت لا تحجب عن الخلفاء، ولا ترد لها حاجة وكانوا يكرمونها ويعظمونها، ولما جاءته أكرمها وعظمها وقال لها: يا عمة اعلمي أنّ النّبِيَّ ﷺ مات وترك الناس على نهر مورود... وراح يحادثها

ويناقشها بالأدلة الشرعية حتى رضيت ما دام لا يسبوا عنده آل مروان ثم قال: إنما يرفع الرجل مظلمته فأخذ له بها.

ومن المظالم التي نظر فيها ما ذكره ابن كثير أيضاً من أن رجل من أهل أذربيجان جاءه وقام بين يديه وقال: يا أمير المؤمنين إنَّ عاملك بأذربيجان عدا علي فأخذ مني اثني عشر ألف درهم فجعلها في بيت المال. فقال عمر: اكتبوا له الساعة إلى عاملها، فليرد عليه ثم أرسله مع البريد⁽¹⁾.

ومن النماذج العظيمة في نظر المظالم في عهد عمر بن عبد العزيز ما ذكر من أن شكا أهل سمرقند بأن قتيبة بن مسلم القائد الإسلامي قاتلهم قبل أن يعرض عليهم الإسلام أو العهد - فنصب عمر حاكم عادل للنظر في هذه القضية ضد عامله المذكور - فقضى لهم بأن يخرج عرب سمرقند إلى معسكرهم وينابذوهم على سواء فيكون صلحاً جديداً أو ظفر بعنوة - فقال أهل الصفد بل نرضي بما كان ولا نحدث حرباً وتراضوا بذلك⁽²⁾.

وقد أهملت ولاية المظالم بعد عمر بن عبد العزيز فترة إلى أن آل الحكم إلى العباسيين، فأحيوا هذه الولاية وراحوا يحذوا حذو عبد الملك بن مروان وعمر بن عبد العزيز فيها، وقد ارتقى نظام المظالم لدرجة كبيرة وخاصة في العصر العباسي الثاني، واشتهر الحكم بالعدل وسماع المظالم ودفع الظلم وكان من نتيجة ذلك أن امتنع العمال عن الظلم وأخذ حقوق وأموال الناس⁽³⁾.

فقد ذكر في ذلك إجمالاً أن جلس للمظالم من بني العباس جماعة.

-
- (1) الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 9، ص 201 وما بعدها؛ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 72 - 76؛ د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 21؛ د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 165 وما بعدها.
- (2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 77 نقله عن ابن الأثير تاريخ الكامل، ج 5، ص 22 و23؛ وعن أبو زهرة، ص 91؛ وعن الشيخ الخضري، ج 2، ص 181.
- (3) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 78؛ د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 22.

فكان أول من جلس لها المهدي، ثم الهادي، ثم الرشيد، ثم المأمون، فأخر من جلس لها المهدي حتى عادت الأملاك إلى مستحقيها⁽¹⁾.

ولكن ذكر البعض⁽²⁾ أن أبي جعفر المنصور - وهو ثاني الخلفاء العباسيين - كان له دور مهم في نظر المظالم، فكان يهتم. باختيار عماله، ويقول ما أحوطني إلى أن يكون على بابي أربعة نفر، لا يكون على بابي أعف منهم، قيل له: يا أمير المؤمنين من هم؟ قال: هم أركان الملك ولا يصلح الملك إلا بهم أما أحدهم فقاض لا تأخذه في الله لومة لائم والآخر صاحب شرطة ينصف الضعيف من القوي، والثالث صاحب خراج يستعصي ولا يظلم الرعية، والرابع يريد يكتب بخبر هؤلاء على الصحة.

كما كان المنصور يتفقد الأعمال ويراعيها فقد ذكر أنه قد أغروا أحد خدمه بأن يزين له شرب النبيذ حتى يتشاغل عنهم فلما أحس بذلك دعا بما عنده من الشراب فأهرقه. وقال: ما ينبغي لمثلي أن يشرب شيئاً يشغله، ومن المظالم التي نظرها. أيضاً ما ذكر من أنه لما قدم حاجاً، كان محمد بن عمران الطلحي يتقلد قضاء المدينة فاستعدى عليه الحمالون، فكتب ابن عمران للمنصور للحضور مع الحمالين أو إنصافهم، فحضر المنصور فجلس بمجلس الحكم فقضى للحمالين وأمره بإنصافهم فسر الخليفة - بالحكم عليه - وقال للقاضي: جزاك الله عن دينك وعن نبيك وعن حسبك وعن خليفتك أحسن الجزاء.

وإذا كان الذي عليه اتفاق بين الفقهاء أن المهدي هو أول من جلس للمظالم من بني العباس⁽³⁾ فإن هذا الرأي في رأينا لا يمنع من جلوس غيره

(1) الماوردي، المرجع السابق، ص 78: أبي الفراء، المرجع السابق، ص 75.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 78 وما بعدها.

(3) الماوردي، المرجع السابق، ص 78: أبي يعلى الفراء، المرجع السابق، ص 75: د. حمدي عبد

المنعم، المرجع السابق، ص 80: د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص 22: د.

محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 61.

لها من الخلفاء الذين سبقوه وإن كان هذا كان بشكل ضيق النطاق - كما سبق - بالنسبة للخليفة المنصور.

والمهدي: هو أبو عبدالله محمد بن أبي جعفر المنصور ثالث الخلفاء العباسيين، وقد حرص على إقامة العدل ومحاربة الظلم ورد المظالم والتصدي لها، وقد عرف عنه مناصرة المظلومين، فكان يجلس للمظالم ويرد على الناس مظالمهم، وينظر في الشكاوى المقدمة منهم. وكان إذا جلس قال: ادخلوا على القضاة فلو لم يكن ردي للمظالم إلا للحياء منهم لكفى⁽¹⁾.

ومن قضايا المظالم التي كان ينظر فيها بنفسه وفقط - بل كان فيها خصماً ضده وقد أنصفه من نفسه بتصيب قاضي آخر للنظر فيها ضده - ما ذكر عن المسور بن مساور قال: ظلمني وكيل المهدي وغصبني ضيعة لي فأتيت سلاماً صاحب المظالم وأعطيته رقعة مكتوبة فأوصلها للمهدي وعنده عمه العباس بن محمد وابن علاثة وعافية القاضي فأمر المهدي بإدخاله وسأله عن مظلّمته فأخبره بها فقال له: ترضي بأحد هذين؟ فقال: نعم فقال تكلم. فقال: ظلمني هذا في ضيعتي وأشار إلى المهدي، فقال القاضي: ما تقول يا أمير المؤمنين؟ قال: ضيعتي في يدي، فقال: مساور أصلح الله القاضي، سله هل هي في يده قبل الخلافة أم بعدها. فقال المهدي: بعد الخلافة. فقال القاضي أطلقها له، قال قد فعلت.

ومن ذلك ما ذكر أن المهدي كان يجلس للمظالم وتدخل القصص عليه فأرتشي بعض أصحابه بتقديم بعضها فاتخذ بيتاً له شبّاك حديد على الطريق كانت تلقى فيه القصص وكان يدخله وحده فيأخذ ما يقع بيده من القصص أولاً فأول فينظر فيه فلا يقدم بعضها على بعض⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق علي الفعل، المرجع السابق، ص 169؛ د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 61.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 80، 81؛ نقله عن الشيخ الخضري تاريخ الدولة العباسية، ص 88 وما بعدها.

كما كان الهادي ينظر في المظالم ولا يحتجب عن الناس ولا يرى أن يحجب الخليفة عن الناس مصلحة، بل أن ذلك عنده يزيل البركة وكان يرد بل ينصف حتى من نفسه كما ذكر يحيى بن عبد الحميد أن أمير المؤمنين الهادي خوصم إلى القاضي أبي يوسف - في بستان - وكان الحكم في الظاهر للهادي وفي الباطن خلاف ذلك فقال الهادي لأبي يوسف: ما صنعت في الأمر الذي نتازع إليك فيه؟ فقال: خصم أمير المؤمنين يسألني أن أحلف أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على الحق، فقال له: أترى ذلك؟ قال: فقد كان ابن أبي ليلى يراه. فقال: أرد البستان عليه، وإنما احتال عليه أبو يوسف لعلمه أن الهادي لا يحلف⁽¹⁾.

كما اهتم هارون الرشيد بالمظالم وكان يجلس لها في كثير من الأحيان تنفيذاً للنصيحة التي قدمها له قاضي قضاته أبو يوسف في كتاب الخراج، والتي بحثه فيها على العدل والإنصاف وتجنب الظلم حيث بهذا تعم البركة ويكثر الخير، وأن هذا كان من صنيع عمر بن الخطاب رض الله عنه، الذي يحيى السواد مع عدله في أهل الخراج وإنصافه لهم ورفع الظلم عنهم ويحثه بالتقرب إلى الله تعالى بالجلوس للمظالم وسماع المظلوم والإنكار على الظالم، وعدم الاحتجاب عن حوائج الرعية وأن في المجلس للمظالم مرة أو اثنتين يجعل أهل الأمصار يسرون إليه فيخاف الظالم ويرتدع ولا يجتري على الظلم، ويأمل الضعيف المقهور النظر في أمره، وأن كثير من المتظلمين ينظر في أمر طائفة منهم والثانية في مجلس آخر ولا يقدم إناس عن آخرين فمن خرجت قصته أولاً دعى أولاً فمتى علم العمال والولاة بذلك تناهوا بإذن الله عن الظلم وأنصفوا من أنفسهم وأن بذلك أعظم الثواب⁽²⁾.

ومن النماذج التي تساق كتطبيق لنظر المظالم في عهد الرشيد - وفق معيار المظالم السالف الذكر، ما ذكر أنه (عزل علي بن عيسى عن خراسان)

(1) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 18، 28.

(2) البداية والنهاية، لابن كثير، ج 10، ص 181.

وكتب إليه «لقد عثت في الأرض وظلمت الرعية وأسخطت الله وخليفته بسوء سيرتك ورداءة طعمتك وظاهر خيانتك - وقد وليت مرثمة بن أعين مولاي ثغر خراسان وأمرته أن يشدد وطأته عليك وعلى ولدك وكتابك وعمالك ولا يترك وراء ظهوركم حقاً لمسلم ولا معاهداً إلا أخذكم به حتى ترده إلى أهله، فإن أبيت ذلك وأباه ولدك وعمالك فله أن يبسط عليكم العذاب ويصب عليكم السياط ويحل بكم ما يحل بمن نكث وغير وبدل وخالف وظلم وتعدى انتقاماً لله عز وجل بادتاً وخليفته ثانياً وللمسلمين والمعاهدين ثالثاً، فلا تعرض نفسك التي لا سوى لها وأخرج ممّاً يلزمك طائعاً أو مكرهاً»⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضاً ما ذكر أن قاضي القضاة أبو يوسف قال: «كان هارون الرشيد يأمرني أخذ قصص الناس فأتصفحها - فجمعتها مرة فتصفحتها. فإذا فيها قصة لنصراني ظلمه هارون الرشيد أمير المؤمنين - في ضيعة في يده - يزعم أنه غصبه إياها - فدعوته فقلت له هذه الضيعة في يد من هي؟ قال: يد أمير المؤمنين - فأردت تقرب الأمر عليه فقلت له: من بيع ثمارها؟ قال: أمير المؤمنين. قلت: ومن يجمع غلالها قال: أمير المؤمنين - وجعلت كلما أردت منه أن يذكر خصماً غير أمير المؤمنين» رد الخصومة إلى أمير المؤمنين. فلما قرأت قصته لأمر المؤمنين مع مظالم الناس، قال: هذه الضيعة لنا ورثاها عن المنصور. فقلت للنصراني: قد سمعت الذي قال، أفلك بينة على من تدعي؟ قال: لا ولكن خذ لي يمينه فقلت لهارون: أتحلف يا أمير المؤمنين؟ قال: نعم فحلف، وانصرف النصراني⁽²⁾.

كما يذكر أن الرشيد كان يطوف يوماً بالبيت الحرام، إذ عرض له رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني أريد أن أكلمك بكلام فيه غلظة. فقال: لا ولا نعمت عين، فقد بعث الله تعالى من هو خير منك إلى من هو شر مني فأمره جل

(1) كرد على الإسلام والحضارة العربية، ج 2، ص 217، أشار إليه د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 83 - 84.

(2) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 84؛ نقله عن د. عبد الفتاح حسن، القضاء الإداري في الإسلام، ص 361.

لا أن يقول له قولاً لينا⁽¹⁾.

ويذكر أن أبا العتاهية تظلم يوماً من الرشيد الذي كان قد حبسه فقال

أما والله إن الظلم شوم وما زال المسيء هو الظلوم
إلى ديان يوم الدين تمضي وعند الله تجتمع الخصوم

قيل: استدعاه وجعله في حل بل ووهبه ألف دينار وأطلقه⁽²⁾.

ونرى أن من المظالم التي نظرها الرشيد في أمور عماله وولاته ما روي الشافعي⁽³⁾، أنه لما ولي - أي الشافعي - الحكم بنجران من أرض اليمن، سبوا عليه ووشوا به إلى الرشيد أنه يروم الخلافة فحمل على بغل في قيد بغداد فدخلها في سنة أربع وثمانية ومئة، وعمره ثلاثون سنة، فاجتمع رشيد فتناظر هو ومحمد بن الحسن بين يدي الرشيد، فلما تبين للرشيد صحة ما نسب إلى الشافعي - وخاصة لما ذكره فيه محمد بن الحسن من حسن - برأه وأطلق عليه ألفي دينار وقيل خمسة آلاف دينار⁽⁴⁾.

كما كان المأمون رضي الله عنه، ينظر في المظالم ويجلس لها ويتصدى لكأوى المتعلقة بها، وكان يجلس للمظالم في يوم الأحد كل أسبوع⁽⁵⁾.

وكان يراقب عماله ويعظهم فكتب إلى بعض الأمراء قائلاً: ليس المروءة

الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 217.

ابن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 218.

الشافعي: هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبيد بن عبد يزيد بن هاشم ابن المطلب بن عبد مناف بن قصي. القرشي المطلب، وهو صاحب أحد المذاهب الأربعة المشهورة... الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 251 وما بعدها.

الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 252.

الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 84.

أن يكون بيتك من ذهب وفضة وغريمك عار، وجارك ضاو والفقير جائع⁽¹⁾.

كما كتب إليه بعض ولاة الأجناد أن الجند شبعوا ونهبوا. فكتب إليه لو عدلت لم يشبعوا، ولو وفيت لم ينهبوا، وعزله وأدر عليهم أرزاقهم⁽²⁾.

ونرى أن من الأقضية التي تدخل في المظالم كتطبيق للمعايير المذكورة والتي نظرها المأمون، ما ذكر في أمر عمه إبراهيم المهدي الذي جرى بينه وبين المأمون خلاف طويل - ليس هذا موضع ذكر تفاصيله - ولكن بلغ الأمر أن العباسيين من البغادة خلعوا المأمون وولوا عليهم عمه إبراهيم فلما وقع في قبضة المأمون وأوقفه بين يديه، أنبه المأمون على ما كان منه، فترفق به عمه إبراهيم كثيراً، وقال: يا أمير المؤمنين إن تعاقب فبحقك، وإن تعف فبفضلك. فقال: بل أعفوا يا إبراهيم، إن القدرة تذهب الحفيظة، والندم توبة، بينهما عفو الله عز وجل... فكبر إبراهيم وسجد لله شكراً ثم أمر له بعشرة آلاف دينار، ثم أمر له برد جميع ما كان له من الأموال والدور فردت إليه، وخرج من عنده مكرماً معظماً⁽³⁾.

ومن ذلك ما ذكر أن نصراني قعد للمأمون غير مرة يصيح له بالطريق. فأمر المأمون صاحب الحوائج أن يبطحه أرضاً ويضربه عشرين درة وأن يقول له بعدها هل تعود تصيح بي فقال الرجل أعود وأعود حتى تنظر حاجتي، فقال المأمون: هذا مظلوم وطن نفسه على القتل أو قضاء حاجته، ثم قال لأبي عياد إقضي حاجة هذا كائنة ما كانت الساعة⁽⁴⁾.

كما جاءته امرأة ضعيفة متظلمة من ابنه العباس وهو قائم على رأسه. حيث ادعت عليه بأنه أخذ ضيعة لها واستحوذ عليها، فقال المأمون لقاضيه

(1) الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 276 وما بعدها.

(2) الماوردي، المرجع السابق، ص 82.

(3) الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 263، 264.

(4) د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 86؛ نقله عن الشيخ انخضري، تاريخ الأمم الإسلامية، ص 227.

يحيى بن أكثم، أجلسها معه وانظر بينهما بحضرة المأمون، فتناظرا ساعة، فجعل صوتها يعلو على صوته، فزجرها أحد الحاضرون فقال له المأمون: اسكت فإن الحق أنطقها والباطل أسكته، فحكم لها بحقها وألزم ابنه لها عشر آلاف درهم⁽¹⁾.

استمر الحال في نظر المظالم في عهد الخليفة المعتصم، بل نصر المظلوم قبل خلافته ومن ذلك ما ذكر أنه أنصف امرأة من أحد الجنود، حينما كان ماراً يوماً في خلافته أخيه المأمون بمخيم الجند، فإذا امرأة تقول: ابني ابني، فقال لها: ما شأنك؟ فقالت: ابني أخذه صاحب هذه الخيمة، فجاء إليه المعتصم فقال له اطلق هذا الصبي، فامتنع عليه، فقبض على جسده بيده فسمع صوت عظامه من تحت يده ثم أرسله فسقط وأمر بإخراج الصبي إلى أمه⁽²⁾.

كما ذكر أن الخليفة الواثق أمر بعقوبة عمال الدواوين وضربهم واستخلص الأموال منهم، لظهور خيانتهم وإسرافهم في أموالهم، فمنهم من ضرب ألف سوط ومنهم من أكثر ومنهم من أقل، وجاهر الوزير محمد بن عبد الملك لسائر الولاة بالعداوة فجلس إسحاق بن إبراهيم للنظر في أمرهم⁽³⁾.

كما نظر الخليفة المهدي المظالم واهتم بذلك جداً وكان يجب الاقتداء بما سلكه عمر بن عبد العزيز الأموي في خلافته من تقوى وورع وتقشف وكثرة عبادة وشدة الاحتياط⁽⁴⁾.

ومما سيق عن أقضيته في المظالم ما ذكر أنه جلس يوماً للمظالم فرفعت إليه قصص الكسور فسأل عنها، فقال وزيره سليمان بن وهب شيئاً

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 85: الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 277.

(2) الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 296.

(3) الحافظ بن كثير، البداية والنهاية، ج 10، ص 351.

(4) الماوردي، المرجع السابق، ص 78: ابن كثير، المرجع السابق، ج 11، ص 23.

عن تاريخ الخراج منذ عهود مضت، فرد عليه الخليفة - المهدي قائلاً: معاذ الله أن ألزم الناس ظلماً تقدم العمل به أو تأخر، أسقطوه عن الناس، فقال الحسن بن مخلد: أن أسقط أمير المؤمنين هذا ذهب من أموال السلطان في السنة اثنتا عشر ألف درهم، فقال المهدي: عليّ أن أقرر حقاً وأزيل ظلماً وإن أجحف بيت المال⁽¹⁾.

ومن ذلك أيضاً ما ذكر⁽²⁾ أنه جلس يوماً للمظالم فتظلم رجل على خصم له وقيل ابن له فحكم بينهما بالعدل، حيث أقر ابنه بما ادعاه الرجل فأمره بالخروج إليه من حقه، فكتب له بذلك كتاباً، وكان قد عدل بينهما أيضاً حتى في جلسة المحاكمة، فلما فرغ قال له الرجل شعراً يشكره فيه، فقال له المهدي: أما أنت أيها الرجل، فأحسن الله مقالتك، ولست مغترأ بما قلت، وأما أنا فإني ما جلست مجلسي هذا حتى قرأت ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة فلا تظلم نفس شيئاً وإن كان حبة من خردل أتينا بها وكفي بنا حاسبين﴾⁽³⁾.

فكان المهدي متقصياً للمظالم بنفسه وتعقب المعتدين وأغلق أبواب الكثير من المفاسد والشرور فطرح الملاحى وأخرج المغنيين والمغنيات وحرم الشرب... ونظر من العامة والخاصة حتى أنه أمر ببناء قبة لها أربعة أبواب كان يجلس فيها وسماها المظالم⁽⁴⁾.

وبالتالي فإننا نخلص من ذلك إلى أن الدولتين الأموية والعباسية قد عرفتاً قضاء المظالم وأقضيته على ذات المعايير المنوّه عنها كضوابط الاختصاص قاضي المظالم وأخذت بها، واستمر الخلفاء وتعاقبوا على رفع

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، المرجع السابق، ص 80، 81.

(2) الحافظ بن كثير، المرجع السابق، ج 11، ص 23؛ د. حمدي عبد المنعم، المرجع السابق، ص 87، د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 172 - 173.

(3) سورة الأنبياء، الآية: 49.

(4) د. عبد الرزاق علي الفحل، المرجع السابق، ص 173.

المظالم والتعدي والتجاوز من جانب العمال والولاية والتصدي لذلك كله، وهذا كان واضحاً من خلال النماذج السابقة والتطبيقية لقضاء المظالم والتي توضع أيضاً استقلاله وشموله وتطوره.

وعليه فهذه النماذج الواقعية والتطبيقات العملية بداية من النصوص القرآنية، والتطبيقات النبوية والتي سار عليها وطبقها الخلفاء الراشدين ومن بعدهم ومع تطور النظام الإسلامي تطور قضاء المظالم وأخذ شكلاً متميزاً مختصاً بمنازعات محددة بمعايير وضوابط محددة تدل على أهميته في الرقابة على عمال الدولة وذوي القوة والنفوذ والجاه محارباً للظلم منهيّاً للمظالم بشكل يستوعب القضاء الإداري الحالي وبما لم يصطدم مع الأصول والقواعد الشرعية.

وبالتالي نخلص من خلال الباب الأول إلى أنَّ الأسلوب المتبع لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي وقضاء المظالم في الشريعة الإسلامية هو أسلوب الولاية العامة أي يختص القضاء العادي بكافة المنازعات أي يكون صاحب الولاية العامة فيها، ويكون قضاء المظالم هو المختص بكافة المنازعات التي تكون الإدارة أو ذوو القوة والنفوذ أطرافاً فيها أي له الولاية العامة في نظر هذا النوع من المنازعات.

وأن الأفضل في رأيي - الاستفادة مما وقع للقضاء الإداري المعاصر من مشكلة تعارض الأحكام وتنازع على الاختصاص وسببها الخلاف الكبير - كما سيلي تفصيله - بشأن المعيار الفاصل بين اختصاص القضاء العادي والإداري وبالتالي فالحل الأمثل للقضاء على هذا الخلاف ومشكلاته الناتجة عنه الاكتفاء بمعيار المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها كفاصل بين اختصاص قضاء المظالم (القضاء الإداري) والقضاء العادي فهذا المعيار يحقق كافة المزايا وينسف المسالب وكما سيلي تفصيله.

الباب الثاني

أساليب ومعايير توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في الأنظمة الإدارية الحديثة

تمهيد وتقسيم:

لعله قد اتضح لنا أن: ليس الأساس التاريخي ولا حتى السياسي أو الدستوري كان المبرر أو الأساس الذي استمر واستقر على أساسه وجود القضاء الإداري. بل لما لأثبته الواقع العملي - والذي كانت بدايته في فرنسا كولادة لهذا النظام المزدوج في العصور الحديثة على النحو السابق - من أهمية وضرورة القضاء الإداري في تطبيق قواعد القانون الإداري على المنازعات الإدارية ومراعاة للحياة الإدارية التي تسعى دوماً وحتماً لتحقيق المصلحة العامة، وجدارته في التوفيق بينها وبين المصالح الخاصة عند التعارض أو الاصطدام وأنه الأخبر بحالات تعسف الإدارة وبالتالي حماية حقوق الأفراد وحريتهم علاوة على التعاون بينه وبين الإدارة في مجال العمل الإداري مع الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية لتحقيق مبدأ التخصص وتقسيم وتنظيم العمل بلا تعارض أو مشكلات.

وبالتالي فالأساس الأول الذي بنيت عليه نظريات ومعايير وضوابط اختصاص القضاء الإداري هو الموضوع الذي وجد من أجله وهو القانون الإداري أي ضرورة ربط الاختصاص بالموضوع.. على النحو السالف بيانه،

مما يمكن القول معه أن المعايير والضوابط التي تحدد اختصاص القضاء الإداري ارتبطت بطبيعة تلك الموضوعات أي طبيعة المنازعة الإدارية.

ذلك أن القضاء الإداري قد يحكم بعدم اختصاصه في قضية ما يحكم فيها القضاء العادي باختصاصه أو العكس بل قد تقضي جهة القضاء العادي وجهة القضاء الإداري بعدم اختصاصهما بنظر دعوى بعينها، مما قد ينتج عنه حالة امتناع عن القضاء أو الحكم في الدعاوى، ومن ثم لا يجد المتقاضي قاضي لدعواه، فضلاً عن المتاعب التي يواجهها بل وأن كلتا جهتي القضاء هاتين قد تقضي كل منهما باختصاصها أيضاً في دعوى بعينها مما قد ينتج عنه تعارض في الأحكام، وأن المتقاضي وجهات التقاضي تكون في حالة لا يمكن قبولها بحال من تنازع في الاختصاص وإشكالات سلف بيانها، مما يلزم معه ضرورة وجود قواعد محددة للقضاء على إشكالات الاختصاص⁽¹⁾.

والعادة أن الفقه ينظر إلى مسألة توزيع الاختصاص بين هاتين الجهتين وفق أساليب عامة لا بد وحتماً أن تعتق الدول ذات النظام المزدوج أياً منها.

وحسب هذه الأساليب تبرز القواعد التفصيلية لاختصاص الجهتين بحسب الأسلوب العام في توزيع الاختصاص وبالتالي فلا بد من تناول قواعد توزيع الاختصاص بشكل عام وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: أساليب توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري.

الفصل الثاني: معايير اختصاص القضاء الإداري.

M. Waline, op. cit. P. 39 et S. P. Parini, Op. Cit. P. 166 et s.

(1)

الفصل الأول

أساليب توزيع الاختصاص بين القضاء

العادي والإداري⁽¹⁾

في واقع الأمر أن نفر قليل جداً من الفقه قد استتبطن من خلال المفاهيم العامة والنظريات العملية للدول التي يتم فيها توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري تلك الأساليب الأولية كنظرية عامة لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري.

ذلك أن هذه الأساليب تتعلق فقط بالطريقة التي تلجأ إليها الدول أو الأنظمة التي تعتق نظام القضاء المزدوج كطريقة مبدئية في مسألة توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري كأن تتحدد طريقة التوزيع وفق الأسلوب الحصري أي حصر اختصاصات كل جهة على حدة أو أن تتحدد وفق الأسلوب الحصري لجهة واحدة من جهتي القضاء أو أن تتحدد وفق أسلوب الولاية العامة لكلا جهتي القضاء⁽²⁾.

وبالتالي ففيما يلي القواعد العامة لهذه الأساليب الثلاثة والتي تتمثل فيما

يلي:

(1) A. De Laubadere, Traite de Droit..., Op. Cit, P. 463.

د. وهيب عياد سلامة، المنازعات الإدارية ومستولية الإدارة عن أعمالها المادية، 1992 م، دار النهضة، ص 3 وما بعدها.

(2) A. De Laubadere, Traite de Droit... Op. Cit, P. 463, J. M. Auby. Et R. Drago. Op. Cit. P. 285 et s.

الأسلوب الأول

تحديد اختصاص كلتا جهتي القضاء على سبيل الحصر

يقصد بهذا الأسلوب أن من الممكن حل مشكلة الاختصاص بتحديد المسائل التي تختص بها كل من جهتي القضاء على سبيل الحصر بواسطة التشريعات، ومعنى ذلك أن الاختصاصات التي تدخل في ولاية القضاء العادي أو تلك التي تدخل في ولاية القضاء الإداري تكون محددة على سبيل الحصر وفق نصوص تشريعية محددة⁽¹⁾.

وإذا كانت هذه الطريقة في تحديد المنازعات التي تدخل في اختصاص إحدى جهتي القضاء وفق نصوص محددة، فإن لها مساوئها كما لها مميزاتها، إذ تعتبر هذه الطريقة محل نقد شديد وعيب جسيم.

وذلك لأنها تتسم بالجمود وعدم المرونة وقصر النظر، حيث يترتب عليها حتمية وضرورة التدخل التشريعي دائماً وبصفة متكررة كلما دعت الحاجة إلى إضافة منازعات جديدة إلى إحدى الجهتين مما لم يدخل تحت الحصر والتعداد المنصوص عليه في التشريع القائم. إضافة إلى أن هذه التشريعات مهما حالفها التوفيق لم ولن تتمكن من رصد كافة المنازعات القائمة فعلاً أو التي تسجد مستقبلاً⁽²⁾ وبالتالي فإنه من الحتمي أن توجد منازعات ليس لها قاضي حقيقي بمعنى أنه سيكون هناك نوع من إنكار العدالة.

ومع هذا لا يمكن إنكار ما يمتاز به هذا الأسلوب من السهولة بل والدقة

(1) J. M. Auby et R. Drago. Op. Cit, P, 328.

د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص 156؛ د. وهيب عياد، المرجع السابق، نفس الموضوع.

(2) J. M. Auby et R. Drago. Op. Cit, P, 328.

د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص 156؛ د. وهيب عياد، المرجع السابق، نفس الموضوع.

في تحديد الجهة القضائية المختصة بهذه المنازعة أو تلك⁽¹⁾.

وفي رأينا أن هذا الأسلوب ليس له محل من التقدير لا من خلال الواقع العملي ولا حتى النظري، إذ أنه ليس من المعقول ولا من المقبول أن تكون كلتا جهتي القضاء قد حددت اختصاصاتها سلفاً وبشكل حصري، إذ أن من المسلم به فقهاً وقضاً ويؤيده الواقع العملي أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات في كافة الدول وعلى طول الخط، بل حتى في الدول ذات النظام المزدوج، مما يجعلنا ننتقد ذلك الجانب من الفقه - وبشدة - في ادرج هذا الأسلوب كفكرة مجردة ضمن النظرية العامة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري.

الأسلوب الثاني

تحديد اختصاص إحدى جهتي القضاء على سبيل الحصر

وفق هذا الأسلوب يكتفي بالتحديد التشريعي لاختصاص إحدى جهتي القضاء بنظر مسائل ومنازعات محددة بعينها أي على سبيل الحصر وتكون الجهة الأخرى مختصة بنظر ما عدا ذلك من منازعات ومسائل لم يشملها التحديد المذكور أي تكون الجهة الثانية صاحبة الولاية العامة في نظر كافة المنازعات، وغالباً ما يكون النص صراحة على أن الجهة ذات الاختصاص المحدد هي جهة القضاء الإداري، وتكون الجهة ذات الاختصاص الشامل أو العام هي جهة القضاء العادي أو ما يسمى بقاضي الشريعة العامة، فكل ما لا يدخل في التعديد التشريعي في تحديد الولاية القضائية الوظيفية لجهة القضاء الإداري يدخل في اختصاص القضاء العادي «قاضي الشريعة العامة».

J. M. Auby et R. Drago. Op. Cit. P, 328.

(1)

وبغض النظر عن طبيعة هذه المنازعة أو تلك أي مدنية كانت أو إدارية وبالتالي تسمى هذه الطريقة أو هذا الأسلوب في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري أسلوب تحديد اختصاص إحدى جهتي القضاء على سبيل الحصر⁽¹⁾.

وإذا كان هذا الأسلوب يعني عموماً تحديد اختصاصات محددة تدخل في اختصاص جهة القضاء الإداري وفق قائمة «Catalogue» حصرية، فإنه بالإضافة إلى أن ذلك المنهج لا يحترم المرونة المتعلقة بالوظيفة الإدارية والقانون الواجب تطبيقه على النزاع - كما ذهب إليه البعض - حيث رأى أنه مهما كانت تلك القائمة الحصرية شاملة فهي حتماً لن تشمل على كافة الحالات المحتمل حدوث نزاعات بشأنها بحال من الأحوال⁽²⁾.

ونرى أن ذلك الأسلوب يؤدي حتماً علاوة على ما سلف - إلى نظر القضاء العادي لمنازعات إدارية. في حين أن الأكفا والأدري والأكثر خبرة بها هو القضاء الإداري. مما يعني أن بهذا الأسلوب عطب وعور وخلل شديد ويتعارض مع علة وأساس وجود القضاء الإداري كقاعدة ونظرية عامة لتسيير الصالح العام والخاص، وأنه يثير مشكلة تنازع الاختصاص وتعارض الأحكام ولا يقضي عليها. فلا فائدة عملية والحال هذه ترجى من هذا الأسلوب.

ويذهب رأي إلى أنه ينبغي ملاحظة أن الدول عند أخذها بنظام القضاء الإداري تبدأ عادة بالنص على أن تكون اختصاص القضاء الإداري محددة

(1) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 234؛ د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص 157؛ د. وهيب عياد المرجع السابق، نفس الموضوع.

A. De Laubadere, Traite de Droit... Op. Cit, P. 463.

(2) J.M. Auby R. Ducos, Ader, Droit public, Deuxieme edition, sirey 1964 et P. 231.

إذ يقول هذان في ذلك:

«Outre que ce procede ne respect pas la souplesse inhrente à la fonction administrative et au Droit qui lui est applicable, un tel [catalogue] compte farcement de lacunes et ne puet prevoir la tatlite des cas litigieux eventuels».

على سبيل الحصر أي عند بداية الأخذ بالنظام القضائي المزدوج أو الأخذ بنظام القضاء الإداري في مراحله الأولى، حيث تعتبر هذه مرحلة انتقال في حياة المحاكم الإدارية، إذ لا تلبث هذه المحاكم أن تنقلب إلى جهة قضائية ذات ولاية عامة⁽¹⁾. مثلما حصل في فرنسا - كما سبق - وفي مصر والمملكة العربية السعودية - كما سيلي - .

الأسلوب الثالث

تحديد اختصاص كلتا جهتي القضاء

وفق أسلوب الولاية العامة⁽²⁾

ففي هذا الأسلوب يتم توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وفق قاعدة الاختصاص الشامل أو أسلوب الولاية العامة بمعنى أن تكون كلتا جهتي القضاء صاحبة اختصاص شامل أو ذات ولاية عامة في نظر كافة المنازعات المتعلقة بطبيعة كل جهة، فيكون القضاء العادي صاحب ولاية عامة في نظر كافة المنازعات غير الإدارية، وتكون جهة القضاء الإداري هي الجهة القضائية صاحبة الولاية العامة أو الاختصاص الشامل في نظر كافة المنازعات ذات الطبيعة الإدارية ولا يخرج عن اختصاصها في تلك المنازعات إلا ما يستثنى بنص خاص أو صريح على دخوله في اختصاص جهة قضائية

(1) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 28 - 31.

(2) A. De Laubadere, Traite de Droit... Op. Cit, P. 463 J.M. Auby et R. drago, Op. cit, P. 283 et s. et P. 285 et s et P. 338, J.M. Auby et J.B. Auby, Droit public 10, editions sirey 1989, P. 303.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 307؛ د. عمرو حسبو، المرجع السابق، 157؛ د. وهيب عياد، المرجع السابق.. نفس الموضوع.

أخرى، ويطلق على ذلك الأسلوب أيضاً أسلوب المعيار العام أي أن تكون هناك قاعدة أو معيار عام لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء، ويكون بموجبه القاضي العادي هو قاضي الشريعة العامة في منازعات القانون الخاص، والقاضي الإداري هو قاضي الشريعة العامة في نظر المنازعات الإدارية ومن ثم يقتصر التدخل التشريعي على تحديد الحالات الاستثنائية التي تخرج منازعات بعينها عن اختصاص جهة القضاء العادي أو جهة القضاء الإداري⁽¹⁾.

(1) حيث يخرج - على سبيل المثال - من اختصاص القضاء الإداري المنازعات التالية:

كاستثناءات على النظرية العامة لضوابط اختصاص القضاء الإداري محل الدراسة:
- أعمال السيادة أو أعمال الحكومة «Les actes du gouvernement» هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع بشكل عام لرقابة القضاء أي كاستثناء من مبدأ المشروعية والرقابة القضائية على أعمال الإدارة بشكل عام مجمل.

وقد نشأت فكرة أعمال السيادة في فرنسا لظروف تاريخية تتعلق بنشأة القضاء الإداري الفرنسي (مجلس الدولة). إلا أن رغم زوال الأسباب التاريخية فقد ظلت الفكرة مستمرة واستمر القضاء الفرنسي في تطبيقاتها وإن كانت هناك العديد من المبررات الأخرى التي نادى بها الفقه لعدم خضوع تلك الأعمال لرقابة القضاء فمنهم من يستند إلى أن المبرر يرجع إلى المادة 47 من القانون الصادر في 1849/3/3 م والمادة 26 من القانون الصادر في 24 مايو 1872 م كأساس قانوني لعدم اختصاص مجلس الدولة الفرنسي بنظر هذه المنازعات حيث حسب هاتين المادتين يكون للوزراء الحق في أن يحيلوا إلى المحكمة التنازع القضايا التي لا تدخل في اختصاص القضاء الإداري فعند هذا الاتجاه هي أعمال السيادة.

بينما يتجه رأي آخر أن أعمال السيادة إنما هي أعمال قانونية مركبة تصدر من السلطة التنفيذية بمناسبة دخولها في علاقات مع هيئات وطنية أخرى أو سلطات أجنبية لا تخضع بذاتها لرقابة القضاء.

ومنهم من يرى أنها الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية بمقتضى وظيفتها الحكومية ويغلب عليها الطابع السياسي.

ومنهم من يرى أن الذي يبرر أعمال السيادة هو إعطاء الحكم قدر من حرية الحركة والتصرف للمصالح العام ولاتخاذ اللازم للدفاع عن الدولة وسلامة شعبها.

وقد تنوعت المعايير الفقهية التي تحدد مجال هذه الأعمال كمعيار الباعث السياسي أو القائمة القضائية أو معيار طبيعة العمل...

وعموماً فإن طائفة الأعمال المتعلقة، بأعمال السيادة تخرج عن اختصاص القضاء الإداري بل والقضاء العادي في كل من مصر وفرنسا والمملكة العربية السعودية، اللهم إلا في حالات محددة وضيقة للغاية، لمراجعة تفاصيل ذلك الموضوع يمكن الرجوع إلى:

J.M. Aubu et R. Drago. Op. Cit, P. 49 et s., M. Bourgel, Op. Cit, P. 65 et s. P. 87 et s, G. Vedel, et p. Delvolve, Op. Cit, P. 422, Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 75 et s, g. Peiser, Op. Cit, P. 168 et s, F. P. Benoit, Op. Cit, P 418 et s, G. Brabant Op. cit, P. 262 et s, J. Rivero, Op. Cit, 1965, P. 14 et s, R. Chapus, Droit du contentieux administrative, edition montererction, Paris. 1982 P. 667 et s.

(د. محمد بدران، المرجع السابق، ص 102 وما بعدها، 204 وما بعدها، د. سعاد الشرفاوي، المرجع السابق، ص 291، د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، ط1، عام 1982 م، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 307 وما بعدها، د. عبد القادر شيبه الحمد، المرجع السابق.

وإن كان من مميزات النظام البريطاني أن أعمال السيادة لا يجوز الدفع بها في مواجهة مواطن بريطاني على أرض بريطانية أو في مواجهة مواطن صديق ينتمي لدولة صديقة ويقيم على أرض بريطانية. وبالتالي فمن الأفضل إخضاع كافة القرارات الإدارية لرقابة القضاء بما في ذلك أعمال السيادة بل ومنع تحصين أي عمل أباً كان من رقابة القضاء بنص دستوري (دكتور عمر الشيبكي، رسالته للدكتوراه، المرجع السابق، ص 531 - 533).

ومن الأمثلة الأخرى للاستثناءات على القاعدة العامة لاختصاص القضاء الإداري ما يلي:

- 1 - المنازعات المتعلقة بالأعمال التشريعية أي الأعمال الصادرة من السلطة التشريعية في ممارستها لوظيفتها ويعتبر من الأعمال التشريعية القوانين ذات الأعمال النيابية وإن كانت هناك حالات تخضع لاختصاص القضاء الإداري ما دامت بمنأى عن الصفة التشريعية أو النيابية. وذلك في كل من مصر أو فرنسا.
- 2 - المنازعات المتعلقة بأعمال السلطة القضائية. والأعمال القضائية وحدها هي التي تخرج من اختصاص القضاء الإداري دون غيرها. أي أن هناك معايير قال بها الفقه والقضاء للتمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري بشأن الاختصاص القضائي في هذا الشأن. وذلك أيضاً كمعيار في كل من مصر وفرنسا.
- 3 - المنازعات التي تخرج من اختصاص القضاء الإداري بموجب نصوص خاصة كما في المنازعات الخاصة بالضرائب غير المباشرة أو بنقل طرود البريد أو بالضمان الاجتماعي في فرنسا والتي يختص بها القضاء العادي.
- 4 - المنازعات المتعلقة بحالة الأفراد أو تهريب البضائع الجمركية في مصر والتي يختص بنظرها جهة القضاء العادي.

ويرى غالبية الفقهاء⁽¹⁾ - ونحن معهم - أن الأسلوب الثالث هو الأسلوب الأمثل في مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري وهو الذي يتفق أيضاً مع ما جاء في الفقه الإسلامي - كما سبق - .

= 5 - المنازعات المتعلقة بغصب العقارات «L'emprise».

أي استيلاء الإدارة على عقار مملوك لأحد الأفراد أو الهيئات، وهذه النظرية في الواقع هي نظرية فرنسية بحتة منشأً وتطبيقاً. حيث نشأت لظروف تاريخية فرنسية خاصة أساسها أن القضاء الإداري كان غير قادر في وقت ما على توفير الحماية لهذه العقارات التي يوفرها القضاء العادي الذي اعتبر هو الحامي للحريات الفردية والملكيات الخاصة. أما في مصر فإن ذلك السبب التاريخي ينتفي تماماً. حيث يعتبر مجلس الدولة المصري ومنذ نشأته حصناً قوياً للدفاع عن حريات المواطنين وحقوقهم فلا تخرج هذه الطائفة عن اختصاص القضاء الإداري في مصر وتعلق فقط بفرنسا.

فيختص القضاء العادي الفرنسي بكافة المنازعات التي تتعلق بالاعتداء على الحرية الفردية أو الملكيات الخاصة أو حرية السكن بالنسبة للأفراد من قبل الإدارة.

6 - المنازعات المتعلقة بأعمال التعدي:

أي إذا قامت الإدارة بعمل مادي غير مشروع بدرجة جسيمة وظاهرة تمس الأفراد في حرياتهم أو ملكياتهم فإن القضاء العادي هو المختص بهذه المنازعات لن القضاء العادي عرف عنه تاريخياً أنه يوفر للأفراد ضمانات أكثر حماية مما يوفرها لهم مجلس الدولة وذلك أيضاً في فرنسا.

وبغیره من الاستثناءات التي تخرج من اختصاص القضاء الإداري إما وفق نظرية ما أو وفق نص تشريعي... (للتفاصيل في مسألة الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة التي تحكم اختصاص القضاء الإداري يمكن اللجوء للمراجع التالية:

M. Bourjal, Op. Cit, P. 65 et G. Vedel et P. Delvolle, Op. Cit, P. 158, M. Waline, Op. Cit, P. 59 et s, J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit, P. 49 t s, P. 493 et s, Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 51 et S. G. Peiser, Op. Cit, P. 171 et P. 174, A. De Laubadere, Traite Elementaire, Op. Cit, P. 286 et s, P. 299 et s, F. P. Benoit, Op. Cit, P. 421 et s, J. Rivere, Op. Cit, 1965, P. 135 et s, R. Chapus Droit du.. Op. Cit, 1982, P. 639 et s.

د. عبد القادر باينة، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها، د. محمد بدران، المرجع السابق، ص 102 وما بعدها، 204 وما بعدها، د. سعاد الشرفاوي، المرجع السابق، ص 290 وما بعدها، د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 283 وما بعدها، 363 وما بعدها، د. عوابدي عمار، المرجع السابق، ص 120 وما بعدها.

د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 308. (1)

الفصل الثاني

معايير اختصاص القضاء الإداري

انتهينا إلى أن أساس وعلة وجود القاضي الإداري هو تخصصه في تطبيق قانون الإدارة وكرقب واعي لحماية المصلحة العامة وحماية الأفراد من عسف الإدارة وللتوفيق بين المصالح العامة والخاصة عند التعارض باعتباره القاضي الأكفأ والأعرف بتلك مقتضيات الإدارية على عمومها في العصور الحديثة.

كما انتهينا إلى أن الفقه الإداري الحديث قد أبرز بجلاء حالات أساسية أو أساليب عامة يتحدد بناء عليها توزيع الاختصاص بين هذا القضاء الإداري وبين جهة القضاء العادي.

واتضح بجلاء أن الأسلوب الثالث والذي يعنى به أسلوب الولاية العامة هو أفضل هذه الأساليب سواء في الأنظمة المختلفة أو في الفقه الإسلامي. بل لا يمكن الحياد عنه في ظل وجود القاضي الإداري المتخصص وهو الذي يؤدي بالضرورة إلى حتمية وضع قاعدة عامة تبين معيار طبيعة المنازعات الإدارية التي يختص بها ذلك القاضي الإداري وأن المعيار الأفضل في الفقه الإسلامي هو كون الجهة الإدارية طرف في المنازعة.

وقد صال الفقه الإداري والقضاء الحديث وجال حول تحديد معيار المنازعة الإدارية التي يتحدد بناء عليها اختصاص القاضي الإداري ومن ثم

تخرج من اختصاص القاضي العادي وذهب في ذلك مذاهب شتى منذ قرابة قرنين من الزمان.

وفي واقع الأمر وحقيقته فإن المعيار أو الضابط أو النظرية التي تحدد تلك المنازعة الإدارية التي يختص بها فقط القضاء الإداري ليست بالأمر الهين أو اليسير - على النحو السابق الذكر - بل جد معقدة مرت بتطورات طويلة وتقلبات بل وأعاصير مدوية لم تنتهي بعد. بمعنى أن الوضع الحالي إنما قبل من جانب الفقه تهدة لهذه الأعاصير فقط وكحلول متاحة لتلك المشكلة - محل البحث⁽¹⁾.

فيما يلي سنتعهد أولاً تطورات هذه المشكلة المختلفة ثم نردف ذلك بعرض واف لتلك المعايير وما توصلنا إليه من خلال تلك الممارك الفقهية من أطروحة تحتوي على المعيار المقترح والذي ما عساه أن يكون القول الفصل في تلك المشكلة التي حاولنا إيجاد حلول جذرية لها وفق المفاهيم والأسس والقواعد العملية أو اللغوية والمنطقية السليمة:

مبحث تمهيدي: تطور معيار اختصاص القضاء الإداري.

المبحث الأول: معيار الإدارة العامة.

المبحث الثاني: معيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية.

المبحث الثالث: معيار الدولة المدينة.

المبحث الرابع: معيار المرفق العام.

المبحث الخامس: معيار المصلحة العامة.

المبحث السادس: معيار السلطة العامة (امتيازات السلطة العامة).

(1) Ch. Debbash et J. C. Ricci, Op. Cit, P. 45 - 47 et 128. G. Veled et P. delvolve. Op. Cit, P. 126, 127.

المبحث السابع: إعادة تقييم وتقويم معيار المرفق العام (المعيار المختلط).

المبحث الثامن: معيار القانون الواجب التطبيق.

المبحث التاسع: معيار العلاقة الإدارية.

المبحث العاشر: معيار كون الجهة الإدارية طرف في المنازعة (معيار مقترح).

وذلك كله على النحو التالي:

مبحث تمهيدي

تطور معيار اختصاص القضاء الإداري

«L'évolution du critère de compétence de jurisdiction administrative»

يذهب رأي في الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى أن فكرة توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري كانت قائمة خلال النظام القديم فترة الثورة الفرنسية ومع نشأة القضاء الإداري، حيث كان الاتجاه الحكومي آنذاك هو سحب بساط النظر في القضايا الإدارية في عمومها من يد القضاء العادي وأن جزء من تلك المنازعات الإدارية قد خصص لنظرة بواسطة القضاء العادي بشكل قانوني. فالحقيقة تقول أن توزيع المنازعات الإدارية بين القضاء العادي والإداري قد وجد آنذاك إلا أن قواعد التوزيع لم تتم وفق قواعد دقيقة.

وعلى أية حال فقد ارتبط تطور قواعد الاختصاص بفرنسا بشكل واضح بمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، حيث نمت تلك المعايير

J.M. Auby et r. Drago, Op. Cit, P. 295 et s. et P. 302.

(1)

وتطورت كقواعد للاختصاص مع المبدأ المذكور الذي أعلن منع القضاء من نظر أية منازعة إدارية مما أدى إلى أن الإدارة تولت بنفسها النظر والبت في الأمور الإدارية في بداية الأمر وعندها ظهرت أول مشكلات الاختصاص بين الإدارة والقضاء العادي أخذت في الامتداد والتطور مع المبدأ المذكور وتفسيراته وتطبيقات القضاء له⁽¹⁾.

ذلك أن خلال فترة الثورة قد بلغ أمر سحب كافة المنازعات الإدارية من قبضة القضاء العادي ذروته فكان من غير الممكن استمراره على ذلك النحو، حيث خصص البعض من هذه المنازعات لينظرها القضاء العادي وبالتالي أخذت فكرة توزيع الاختصاصات بين القضاء العادي والإداري منعطفات جديدة بشأن تقسيم المنازعات الإدارية حيث أصبح الفصل المذكور يأخذ تفسيراً نسبياً عما كان عليه في بدايته ومن هنا فقد كانت تلك القواعد المتعلقة بهذا التوزيع في تلك الفترة محل جدال فقهي⁽²⁾.

ويمكن رد أسباب تطور قواعد الاختصاص عموماً إلى: أسباب قانونية ظهرت من خلال التغيرات القضائية أي حلول مبدأ الفصل بين السلطات والتحويلات والتطورات التي واجهت الحياة الإدارية فضلاً عن الأسباب الواقعية أو التطبيقية أي العملية التي كان يواجهها القضاء الإداري والإدارة بشكل مستمر آناء تطبيق هذه المناهج الجديدة مما أدى إلى تناول اختصاص القضاء ضروب الاتساع تارة والانكماش والضيق تارة أخرى حسب النظرية أو المعيار السائد وفق تلك التطورات والتقلبات التي تصاحب الحياة الإدارية⁽³⁾. ذلك أن تفسيرات مبدأ الفصل بين السلطات المذكور كانت أيضاً مستمرة ومتتالية⁽⁴⁾.

G. Vedel et P. Delvolve. Op. Cit, P. 124 et s, J.M. Auy et R. Drago. Op. Cit. P. (1)

302 et s, M. Duverger, Op. Cit, P. 248.

J.M. Auby et r. Drago, Op. Cit, P. 302. (2)

A. De Laubader, Traite elementaire.. Op. Cit. P. 2809. (3)

G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 127. (4)

فقد كان مجال الاختصاص بالمنازعات الإدارية فيما يتعلق بالاتساع والضييق على النحو التالي: أن في النصف الأول من القرن التاسع عشر كان اختصاص القضاء الإداري من الاتساع بمكان بسبب حنق الإدارة على القضاء العادي، فقد سعت الإدارة لحماية نفسها من القضاء العادي بمنعه من التعرض أو النظر في أي مسائل إدارية، بمعنى أن كافة القضايا التي تكون الإدارة طرفاً فيها تقلت من اختصاص القضاء العادي بواسطة مبدأ الفصل بين السلطات المذكور. إلا أن القضاء الإداري - وخلال القرن التاسع عشر وبمناسبة اعتناقه معيار تمييزه بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية - قد حصل ضيق شديد في مجال اختصاصه، وذلك ما دعاه لأن يطبق معيار الدولة المدينة ليتسع مجال اختصاصه من جديد، بمعنى أن المحاكم القضائية ممنوعة بموجب قانون 26 سبتمبر عام 1793 م من النظر في كل ما من شأنه الحكم على الدولة بعقاب مادي. فيختص بنظر ذلك القضاء الإداري. لكن ظهور معيار المرفق العام وكونه حاز التأييد والانتشار عمل على اتساع اختصاص القضاء الإداري من جديد حسب ذلك المعيار منذ حكم بلانكو عام 1873 م الشهير واستمر حتى الحرب العالمية الأولى حيث ضيق من جديد من اختصاص القضاء الإداري بحلول التطورات الإدارية الكبيرة، ومن ثم ظهرت قواعد جديدة ومعايير أخرى متنوعة في مجال اختصاص القضاء الإداري أصابته بالتعقيد فضلاً عن التضييق⁽¹⁾.

إلا أن التحليلات الفقهية قد اختلفت حول تطورات هذه المعايير ومداها وأولها في الظهور والاعتبار⁽²⁾.

حيث يذهب رأي في الفقه⁽³⁾ إلى أن معايير الاختصاص في الفترة من 1790 م وحتى الجمهورية الثالثة كان ينتابها بعض الغموض والتضارب بل

(1) A. De Laubadere, Traite elementair... Op. Cit, P. 280 - 284.

(2) J.M. Auby et r. Drago, Op. Cit, P. 302.

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, 127.

ومعقدة للغاية ولكن من الممكن حصرها في معايير ثلاثة فقط هي: معيار أعمال السلطة العامة ثم معيار الدولة المدنية ثم معيار الإدارة العامة وهو المعيار الذي عاصر الثورة أي خضوع كافة منازعات الإدارة للإدارة ذاتها أو لمجلس الدولة بعد إنشائه.

ويؤكد آخر⁽¹⁾ أن معايير اختصاص القضاء الإداري التي ظهرت في فرنسا وكذلك معيار وجوه القانون الإداري إنما تبلورت منذ منتصف القرن التاسع عشر ونتيجة الجدل الحاد والنقاشات الجادة التي جرت وخاصة في الأوساط القضائية ممن بحثوا مسألة القضاء الإداري وظاهرة القانون الإداري الفرنسي كظاهرة خاصة فرنسية، لتحديده وتمييزه، حيث جرت محاولات تحديد الاختصاص على ضوء مبدأ الفصل وتفسيراته المختلفة بين خصوم وأنصار تمخض عنها تحديدات واضحة لجوهر الإدارة والقانون الإداري أمام القانون الخاص وتمخض عنها خصوصية لذلك القانون ول معاييره ومعايير اختصاص القضاء الإداري.

ويذهب رأي ثالث⁽²⁾ إلى أن ما يظهر لنا خلال تلك الفترة أي حتى النصف الأول من القرن التاسع عشر أن الفكرة الأساسية التي كانت كقاعدة للنظام الفرنسي والتي على أساسها كان يتم توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري هي فكرة القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة، فتكون المسألة محل النزاع خارجة عن اختصاص القضاء العادي وداخله في مجال المنازعات الإدارية أو العكس حسب ما إذا كان النزاع يثير مسألة من المسائل التي يحكمها القانون العام أو القانون الخاص. وإن كان ذلك لا يظهر لنا خلال هذه الفترة أنه متعلق بفكرة المعيار العام للاختصاص بل بمفهومه حيث كان الأمر يفسر خلال القرن التاسع عشر بمفاهيم مختلفة تطورت على مر العصور تغيرت من خلالها أسس فهم الأنشطة التي تخضع للقانون العام

F.P. Benoit, Le Droit administrative francais, Op. Cit P. 79, 80. (1)

J.M. Auby et r. Drago, Op. Cit, P. 302 et s. (2)

والخاص دون أن يتغير مبدأ التوزيع ذاته.

وعلى أية حال فإنه يمكن القول أيضاً - كما ذهب ذلك الرأي - أن تلك الفترة من (1800 - 1830) أكدت الدراسات أن المبادئ التي استتبعتها الفقه لم تكن سوى تعبير وتفسير عن الاتجاهات القضائية لهذه الفترة التي تأسست فيها فكرة أن طبيعة المنازعة تشكل المحدد الرئيسي لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء حيث كان القضاء العادي يختص بطبيعة الحال بنظر كافة المسائل التي تنطوي على قواعد القانون الخاص حتى ولو كانت الإدارة طرفاً في بعض هذه النزاعات ما دامت تنطوي على قواعد القانون المدني مثلاً أو التجاري، وفي المقابل كان القضاء الإداري ينظر في كافة النزاعات التي تثير مسائل ترتبط بالقانون العام - وإن لم يكن القضاء يطبق عمداً ذلك المبدأ، إلا أن اتجاهاته كانت تعبر عن تلك الفكرة بوضوح تام، وإن كانت فكرة القانون الإداري غير محددة أيضاً في تلك الفترة بشكل دقيق. كما أن القضاء الإداري عموماً كان يقبل كل نزاع تكون الدولة طرفاً فيه. وإن كانت هذه ليست القاعدة وإنما كانت هناك فكرة ربط موضوع النزاع الإداري بكونه مرتبطاً بالمنفعة العامة، وعليه يمكن القول أن فكرة طبيعة المنازعة قد خضعت أيضاً للتطور في مجال القواعد الإدارية وظلت معمولاً بها وسائدة مع التطور في المفاهيم الإدارية⁽¹⁾.

ويؤكد ذلك الاتجاه أن الاتجاهات الفقهية والتطبيقات القضائية - خلال الفترات السابقة - قد قادت - في السنوات الأولى من القرن العشرين إلى توسيع دائرة اختصاص القضاء الإداري وتضييق دائرة اختصاص القضاء العادي في المنازعات الإدارية، ومن ناحية أخرى أدت إلى تطوير تلك الفكرة أي فكرة المعيار العام للاختصاص القائم على فكرة القانون الواجب التطبيق وتمام تطبيقه من جهة القضاء بل وإقراره صراحة والتوسع فيه في الوقت الراهن. حيث لم تكن التطبيقات القضائية في العصور السابقة تتم إلا عن

J.M. Auby, et R. Drago, Op. Cit. P. 304 - 311.

(1)

إظهار قواعد القانون العام أو الخاص أي فكرة القانون الواجب التطبيق وتحديد الاختصاص بناء عليها⁽¹⁾.

بينما يتجه رابع⁽²⁾ إلى أن هناك حقائق بشأن معايير محددة كانت محل وجود وتقدير فكري وقضائي. ففي أوائل القرن الحالي كان هناك اعتماد لفكرتين أساسيتين والتي كانتا تعتبر بمثابة ركيزتين وكأسس ومعايير حقيقية لتطبيق النظام السائد في فرنسا، الأولى هي فكرة السلطة العامة والتي كانت سائدة ومسيطر عليها بشكل بارز خلال القرن التاسع عشر، والثانية هي فكرة المرفق العام والتي كانت خلفاً لفكرة السلطة العامة، والتي تأسست (أي فكرة المرفق) وظهرت منذ نهاية القرن التاسع عشر في صورة علاقات محددة وواضحة بين القانون الإداري وذلك المرفق العام كأساس لهذا القانون الإداري ومعياري لاختصاص القاضي الإداري.

إلا أنه وبعد قرابة ثلاثون عاماً من ذلك حدثت هناك تحولات عميقة وجذرية في الحياة الإدارية الفرنسية، أدت إلى اضطرابات وخلل وأزمة لمعيار المرفق العام «Crise du critere du service public» ولتلك العلاقة التي رسخت بين القانون الإداري وفكرة المرفق العام، وإن كان قد تمخض عنها إرشادات وتوجهات للنظام الفرنسي⁽³⁾.

فعموماً ارتبط تطور معايير الاختصاص بالتطور التاريخي في الحياة الإدارية⁽⁴⁾.

ولكن تلك الأزمة كان لها دورها الكبير في استفحال خطر مشكلة تنازع

(1) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit. P. 323 - 326.

(2) A. De Laubader, Traite elementaire.. Op. Cit. P. 35, 36, Encyclopedie juridique, Repertoire de Droit public et administrative, Tom I, Paris, Dalloz 1948, P. 393,

G. peiser, Droit administrative, 1991, dalloz P. 9 - 11.

(3) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 42, J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit. P. 317, G. peiser, Op. Cit, P. 11 - 14.

(4) A. De Laubadere, Manuel Droit administrative 1988. Op. Cit, P. 26 et s.

الاختصاص وتعارض الأحكام أي أن الأمر صار فيه ارتباك شديد، وإن كانت محكمة التنازع قد قامت بدورها للفصل في تلك المشكلات إلا أن مشكلة الحدود الفاصلة أخذت في التطور المستمر⁽¹⁾.

ويمكن القول بصفة عامة أن فكرة المعيار الأحادي الصريح والقطعي قد ازدادت ضعفاً بل واختفاءً في الوقت الحالي بسبب مشكلات التنازع المذكورة وإزاء فكرة القانون الواجب التطبيق القائمة على فكرة الشروط العامة للاختصاص⁽²⁾. أو بمناسبة تطبيق القضاء لأكثر من معيار في وقت واحد⁽³⁾ أو حسب فكرة المعيار المختلط (المرفق والتفرقة بين الإدارة العامة والخاصة) و(المرفق والسلطة).

كما أن توسيع دائرة اختصاص القضاء العادي (سواء بسبب النصوص أو الأوضاع المستقرة في فرنسا، قد أدت إلى تأكيد إضعاف فكرة المعيار الأحادي الصريح⁽⁴⁾.

وعليه يمكن الخلاص إلى أن المعايير الفقهية كنظريات عامة قد تطورت وتحدد بناء عليها اختصاص القضاء الإداري، مترددة بين المفهوم العضوي الذي يحفظ للقضاء الإداري الاختصاص بكل منازعة ناجمة عن أنشطة الأشخاص العموميين وبين المفاهيم المادية أو الموضوعية مثل نظرية أعمال السلطة العامة أو نظرية المرفق العام أو معيار المنفعة العامة أو القانون المطبق... الخ، وقد قبل الفقه في الوقت الحاضر فكرة تعدد المعايير رغبة منه في إنهاء حالة التعقيد وكثرة الصعوبة والنقاش التي أثّرت بشأنها⁽⁵⁾.

(1) P. Parini, Op. Cit, P. 166 et s.

(2) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit, P. 307 et s.

ولا ينكران وجود المعايير ولكن يردانها إلى فكرة القانون الواجب التطبيق تبعاً لقواعد متعددة.

(3) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 39 - 47, et P. 128.

(4) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit, P. 307 et s.

(5) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 39 - 47 et P. 128.

وفي رأينا أن الخلط الفقهي - كما سبق - بين أساس القانون الإداري ومعيار اختصاص القاضي الإداري وما تبعه من اتباع مفاهيم غير سليمة كما سيلي بجانب ظروف تاريخية فرنسية هو الذي أدى إلى تعقد المشكلة وقبول فكرة تعدد المعايير.

ومما تجدر ملاحظته أن تطور اختصاص القضاء الإداري قد أدى إلى إنشاء محكمة التنازع (Tribunal des conflits). ذلك أن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية قد أوجد مشكلة تنازع الاختصاص بين السلطات الإدارية والقضائية منذ بداية هذا الفصل في هذه السلطات، وكان رئيس الدولة نفسه - في بداية الأمر - هو الذي يقوم بالفصل في المشكلات التي يكون فيها تنازع على الاختصاص وإن كان مجلس الدولة في الواقع هو الذي يقوم بالفصل في مشكلات التنازع⁽¹⁾.

وعلى أية حال فإن إناطة الفصل في مشكلات التنازع إلى السلطات الإدارية دون القضائية كان له الأثر الكبير الذي جعل الجمهورية الثانية تشمل إصلاحاتها هذه الإشكالية بواسطة وضع نظام محكمة التنازع والتي ألغيت في عام 1852 م ثم أعيد تأسيسها بموجب قانون 24 مايو 1872 م وتشكيلها بالتساوي من بين أعضاء مجلس الدولة ومحكمة النقض، للفصل في إشكالات تنازع الاختصاص وأحياناً كل ما يثار بشأن مشكلات ازدواج النظام الإداري ونظام القضاء العادي فضلاً عن مشكلات تعارض الأحكام⁽²⁾.

وفيما يلي سنتناول تباعاً معايير الاختصاص وتقديرها ومدى جدواها في تحديد اختصاص القضاء الإداري بشكل مفصل في الصفحات التالية بعون الله تعالى.

(1) G. vedel et P. delvolve, Op. Cit, P. 124, r. Chapus, Droit du contentieux administratif 1982, P. 880 et S.

(2) R. Chapus, Op. Cit, P. 881 et S. G. Vedel et . Delvolve, Op. Cit, P. 124.

المبحث الأول

معيار الإدارة العامة

المطلب الأول

نشأة ومضمون معيار الإدارة العامة

إذ كانت السلطات الثورية الفرنسية قد منعت القضاء العادي ليس فقط من نظر أية منازعات إدارية، بل ومن التعرض للإدارة أو التدخل في شئونها على النحو السالف الذكر، والذي أدى كما رأينا إلى أن الإدارة بدأت هي التي تتولى بنفسها نظر تلك الأقضية وهذه المسائل المتعلقة بالإدارة عموماً. فمعنى هذا أن تلك المنازعات التي منع منها ذلك القضاء هي تلك المتعلقة بالإدارة العامة عموماً، وبمعنى أن ذلك المعيار نشأ مع نشأة مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية. حيث كانت الإدارة في بداية حنقها على القضاء العادي وبالتالي كانت تحاول احتواء كافة المنازعات المتعلقة بها لحماية نفسها من القضاء. أي كانت محاولات الإدارة في الإفلات من القضاء العادي عن طريق جعل كافة القضايا بل والشؤون المتعلقة بالإدارة أو التي تكون طرفاً لها لا تنظر إلا بواسطة الإدارة نفسها وتكون بمنأى عن سلطات القضاء العادي⁽¹⁾.

(1) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 280, Ch. Debbasch, et J.C. Ricc, Op. Cit. P. 39, 46 et s, G.Vedel et p. Delvolve, Op. Cit, P. 127, M.L. Etournour. Et J. Meric, Op. Cit, P. 40, F. P. Benoit, Op. Cit, P. 84, G. peires, Contn-tieux administrative Dalloz, 1990, P. 1, J.M. Auby et R. Ducos. Ader, Droit public, siry, 1946, P. 229, 232. M. Duverger, Op. Cit, P. 248. J.M. Auby et J.B. Auby, Op. Cit, P. 303.

فإختصاص الادارة نفسها بالمنازعات التي تكون هي طرفاً فيها كانت هذه البداية في مجال الاختصاص القضائي ونواته الأولى وهي التي أدت إلى اتساع شديد في مجال المنازعات الإدارية وبالتالي كان غير مقبول لدى القضاء العادي على الإطلاق أي ان يفلت من اختصاصه كافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تجاهل الفقه لمعيار الإدارة العامة

فالملاحظ أن الفقه يتجاهل عموماً المعيار العضوي في مجال اختصاص القضاء الإداري وأساس القانون الإداري ونادراً ما يتم التعرض له من قبل الفقه سلباً أو إيجاباً. لأن الفقه لم يبرز ذلك المعيار إلا كمعيار قام على أنقاض الظروف التاريخية⁽²⁾.

فقد استمر الفقه في ذلك التجاهل بعد نشأة القضاء الإداري خشية من اتساع اختصاصه كما هو مبين تفصيلاً بالمبحث السابق.

ومما يؤكد ذلك ما ذهب إليه رأي في الفقه⁽³⁾ الفرنسي إلى أنه وإن كان من السهل حالياً القول بأن اختصاص القضاء الإداري يتحدد بكافة القضايا الخاصة بالإدارة، بمعنى آخر كافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً

(1) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 39, g. Vedel et P. delvolve, Op. Cit, P. 127.

A. de Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 280.

(2) حيث كافة المراجع الفقهية أشارت إلى هذا المعيار إنما باعتباره فقط كمعيار تاريخي أي وليد الظروف التاريخية. على سبيل المثال أنظر:

J.M. Auby et J.B. Auby, Op. Cit, P. 303.

M. Waline, Droit administrative, Op. Cit, P. 37 et s. (3)

فيها. إلا أن المؤسف أن هذا سيؤدي إلى نتائج لا يقبلها العقل؛ لأن معنى ذلك أن القضاء الإداري يكون هو المختص مثلاً في حالة ما إذا أوصى شخص بأيلولة أمواله للدولة بعد وفاته وحدث نزاع بين الورثة والإدارة، أو في حالة ما إذا قامت الإدارة بإيجار عمارة سكنية مثلاً ونشأ بينها وبين المستأجر خلاف ما، فذلك طبعاً لا يمكن قبوله عقلاً - على حد تعبير هذا الرأي - أي لا يمكن القول بأن كافة القضايا التي تكون الإدارة أو أحد الأشخاص العامة أطراف فيها تخضع لاختصاص القضاء الإداري، وإنما يجب أن تكون المنازعات المتعلقة بعلاقات القانون الخاص من اختصاص القضاء العادي.

إلا أننا لا نتفق والرأي سالف الذكر بل إن ذلك التمييز في أعمال الإدارة بتقسيمها إلى أعمال خاصة وأخرى عامة هو السبب الأول في نشأة ذلك الخلاف الكبير حول المعايير - كما سيلي تفصيله - ، وبناء على ذلك ننتقد ذلك التجاهل الفقهي لمعيار الإدارة العامة في عمومته وهذا الرأي بشكل خاص لعدم قيامه على أسس أو مبررات أو قواعد سليمة، لأن ذلك الرأي أو هذا التجاهل لم يتأتى أيضاً بناء على تحليل سليم.

المبحث الثاني

معيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية

«La distinction des actes d'autorité et de actes de gestion»

المطلب الأول

نشأة ومدلول ذلك المعيار ونتائجه⁽¹⁾

في خلال القرن التاسع عشر كان تقييم الاختصاص القضائي مرتبطاً تماماً بمعيار أسس على التمييز بين نوعين من أعمال الإدارة، النوع الأول وهي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة بوصفها سلطة عامة «Actes de puissance publique au actes d'Autorite» فالقضاء الإداري لا يختص سوى بتلك الأعمال المذكورة أي التي تظهر فيها الإدارة بوصفها سلطة عامة تفصح فيها عن إرادتها الملزمة، كأن تتدخل الإدارة بواسطة سلطتها في إعطاء الأوامر أو النواهي أي كسلطة أمرة تجبر أو تلزم الأفراد على طاعتها وتنفيذ تلك الأوامر أو احترام هذه النواهي، والتي لا يمكن أن تطبق عليها أو تحكمها قواعد القانون الخاص. وإنما تحكمها تلك القواعد الخاصة المتميزة ألا وهي قواعد القانون الإداري والتي تعد هي أساسه ومكوناته كإصدار القرارات أو نزع الملكية للمنفعة العامة أو التنفيذ الجبري... الخ.

(1) راجع ذلك المعيار بالمراجع التالية:

L. Duguit, Traite de Droit constitutionnel, Traisieme edition, Tome etroisieme, P. 38 J.M. Auby et r. Drago, Op. Cit, P. 311 - 314, G. psrer, Op. Cit, contentux..., P. 44, P. parini, Op. Cit, P. 166, 167, Ch. Debbasch, et J. CRicci, Op. Cit, P. 41, E. S. Laso, Op. Cit, Tom 1, P. 397 et s. A. De Laubadere. Traite elementaire.. Op. Cit, P. 36, 281 M. duverger, Op. Cit, P. 248. 249.

النوع الثاني هو ما يسمى بأعمال الإدارة العادية أو الأعمال العادية «Actes de gestion» والتي تظهر الإدارة فيها وتتعامل وتتصرف فيها بشكل عادي مثل الأفراد العاديين على حد سواء. أي كفرد يدير ويتصرف في ممتلكاته. فإن تلك التصرفات تخضع للقضاء العادي وبذلك أيضاً «يتحدد مجال تطبيق القانون الخاص والقانون الإداري على التوالي: لأن ليست كل أنشطة الدولة تأخذ وصف السلطة العامة وإنما منها ما يكون ذات طابع عادي أي يشبه تصرفات الأفراد العاديين في مراعاة مصالحهم الخاصة وبالتالي تخضع تلك الأخيرة للقانون الخاص ومن ثم يختص بنظرها القضاء العادي والتي تسمى وتميز بعنصر المساواة التام بين المتعاملين على أساسها ووفق قواعد القانون الخاص، كأي طرفين في العقود الخاصة مما يجعلها تنفصل عن ركب القانون والقضاء الإداري. كأن تبرم عقداً مدنياً عادياً لا يتضمن أية شروط تختلف عن شروط القانون الخاص مثلها مثل أي متعاقد عادي، وكتصرفاتها المختلفة في شؤون أموال الدولة الخاصة (الدومين الخاص).

ولا يخفي أن فكرة السلطة العامة بهذا المعنى كانت أول الأفكار والنظريات التي سادت خلال القرن التاسع عشر حيث كانت هي الأساس والركيزة التي يقوم عليها القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري آنذاك حتى حلت محلها فكرة المرفق العام منذ نهاية القرن التاسع عشر. أما قبل ذلك فقد كانت لهذه النظرية السيادة والسيطرة على غيرها من النظريات التي يقوم عليها اختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

إلا أن ذلك ما لاقى اعتراضاً من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين⁽²⁾ إذ ذهب هذا الجانب إلى أن النظرية التي كانت مطبقة بشكل أو بآخر منذ النواة الأولى لمشكلة توزيع الاختصاص هي نظرية القانون الواجب التطبيق وامتد

A. De Laubadere, Traite elementaire... Op. Cit, P. 35. 36. (1)

J.M. Auby et r. Drago, Op. Cit, P. 302 - 311. (2)

تطبيقها مع التطورات المختلفة في قواعد الاختصاص وقواعد القانون الإداري سواء قصد القضاء تطبيقها في تلك المراحل أم لا بمعنى أنها كانت حقيقة قائمة موجودة قادت إلى تركيبة «قاعدية» جد مهمة فيما يتعلق بالمعيار العام أو الشرط العام «La clous generale» للاختصاص مع بداية القرن العشرين بمعنى أن ذلك كله إنما كان يتم ضمناً وفق فكرة القانون الواجب التطبيق أي تحديد ما إذا كانت المنازعة تثير مسائل وقواعد القانون العام أم الخاص ليحدد بناء عليها اختصاصه وليس وفق فكرة التمييز المذكورة، والتطبيقات القضائية في هذا الصدد تؤيد ذلك وأن الاتجاهات الفقهية التي ذهبت إلى خلاف ذلك لم تكن سوى اتجاهات نظرية بحتة⁽¹⁾.

وتعتبر نظرية التمييز بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية عند البعض الآخر⁽²⁾ نتاج فكري لفقهاء القرن التاسع عشر ونتيجة اعتمادها أيضاً من جانب القضاء الإداري، حيث اعتبر هذا الجانب من الفقه - أمثال باتي وديكروك وبارتلمي ولافيبر وغيرهم - أن هذه النظرية لا يتحدد بموجبها فقط تحديد مجال اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي في المنازعات المتعلقة بالإدارة وبالتالي كقاعدة لتوزيع الاختصاص بينهما بل واعتبر هؤلاء هذه النظرية كأساس للقانون الإداري ونظرياته ومبادئه العامة والتي تنطلق منها هذه النظريات وتلك المبادئ.

وإن كانت تلك النظرية فكرية فقهية إلا أنها عبرت عن اتجاهات القضاء إلى حد ما، كما هو واضح في العديد من التطبيقات القضائية عليها⁽³⁾.

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit, P. 311 et s. et P. 326. (1)

A. De Laubadere, Traite elementaire... Op. Cit, P. 36, 37, g. Vedel et P. Delvolle, Op. Cit, P. 127, 128, J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit, P. 311 et s. (2)

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit, P. 314. A. De Laubadere, traite elementaire.. Op. Cit. 36, 37. (3)

المطلب الثاني

تقييم معيار التمييز بين أعمال السلطة

وأعمال الإدارة العادية

إذا كان معيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية قد لاقى رواجاً وانطلاقاً عملياً وتطبيقات لمدة طويلة في حسم المنازعات المختلفة وخصيصاً مشكلات الاختصاص⁽¹⁾ إلا أنه واجه انتقادات متعددة تتمثل فيما يلي:

أولاً: أن هذا المعيار قد ضيق جداً من مجال اختصاص مجلس الدولة بعد أن كان متسع جداً. حيث أصبحت بمنأى عن اختصاصه كافة أعمال الإدارة العادية.

ثانياً: أن هناك صعوبة واضحة في تطبيقها من الناحية العملية من أنها كانت تميز بلا مبرر بين نوعين من التصرفات والأعمال الإدارية، ولا يعرف على أي أساس يتم ذلك التمييز فهو غير حاسم أو جازم قطعاً في تحديد أساس ومجال تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري.

ثالثاً: أدت هذه النظرية إلى التضيق من نطاق القانون الإداري لصالح القانون الخاص⁽²⁾.

رابعاً: أن ذلك المعيار أدى إلى ازدواج فكرة الشخصية القانونية للدولة. حيث صور أن للدولة شخصيتين قانونيتين، شخصية عامة للدولة باعتبارها سلطة عامة، وشخصية للدولة باعتبارها مديرة لشؤونها المالية وبالتالي قام على أساس فكرة خاطئة، ففي الحقيقة لا توجد للدولة سوى شخصية قانونية واحدة⁽³⁾.

(1) P. Parini, Op. Cit, P. 166.

(2) A. De Lauadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 37, 281, G. peiser. Contentieux administrative, 1990, P. 44, P. parini Op. Cit, P. 166, et s.

(3) J.M. Auby et R. drago, Op. Cit, P. 311 et s. p. parini, Op. Cit, P. 166, 167.

المبحث الثالث

نظرية أو معيار الدولة المدينة

«La theorie de L'Etat debiteur»

ظهر معيار الدولة المدينة وتم إقراره على إثر التضيق الشديد الذي حدث في مجال اختصاص القضاء الإداري من جراء تطبيق معيار التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية، كمحاولة جديدة لإعادة التوسع في مجال اختصاص مجلس الدولة⁽¹⁾.

ويقصد بمعيار الدولة المدينة في مجال تحديد اختصاص القضاء الإداري منع القضاء العادي من نظر أي دعوى يكون القصد منها الحكم على الدولة بمبالغ مالية وأن القضاء الإداري هو المختص بذلك وقد طبقه القضاء الإداري واستتبطله من أن القضاء العادي ممنوع أصلاً - بموجب قانون 2 سبتمبر عام 1793 م، والذي يحرم على جهة القضاء العادي من نظر أي دعوى يكون الهدف من ورائها الحكم على الدولة أو عقابها بأية مبالغ مالية - وذلك يعني بالضرورة عدم اختصاص القضاء العادي بنظر ذلك النوع من الأقضية ولم تمنع المحاكم الإدارية من نظرها، فتعتبر بذلك هي المختصة بنظر ذلك النوع من الدعاوى سواء المنازعات التي جاءت بنص القانون (Contentieux Contentieux) أو تلك التي جاءت إدارية بطبيعتها (determination par loi Contentieux) (administrative par nature)⁽²⁾.

(1) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 281.

(2) M. Duverger, Les institutions francaises, Op. Cit, P. 249. A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 281, Ch. Debbasch, et J.C. Ricci. Op. Cit, P. 41.

G. Vedel et P. delvolve, Op. Cit, P. 127.

إلا أن جانب من الفقه⁽¹⁾ - انتقد المساعي التي توجهت إلى تأييد معيار الدولة المدينة بناء على أن هذا المعيار - وببساطة شديدة - كان قد أسس تأسيساً خاطئاً (Mal fonde) ذلك أن تلك النصوص - السالفة الذكر - والتي على أساسها تم اعتناق هذا المعيار لم يكن لها هذا المحمل بحال من الأحوال. وأن هذه النصوص إنما كان لها معان أخرى خلاف تلك التي قام عليها هذا المعيار، أي أنها كانت تتعلق في الواقع بناحية سياسية تؤكد أن السلطة التشريعية هي التي يمكن لها فقط تنظيم تلك المسائل المالية. ومن جهة أخرى تخص القواعد المتعلقة بالقانون الخاص وأن جهة القضاء العادي لا يمكنها أن تمارس تلك الشؤون المالية.

G. Vedel et P. delvolve, Op. Cit, P. 127.

(1)

المبحث الرابع

معياري المرفق العام (النظرية التقليدية)

«Le criter de service public»

تمهيد :

بناء على تلك الانتقادات التي وجهت للمعايير السابقة - والتي كانت الأساس الأول في هجر هذه المعايير - فقد عدل القضاء عنها إلى معيار آخر هو معيار المرفق العام والذي يعد في واقع الأمر أهم معايير اختصاص القضاء الإداري واعظمها على الإطلاق عند بعض الفقهاء⁽¹⁾.

ولعله من نافلة القول - أن نعرف ما هو «المرفق العام» الذي أنطلق منه ما سمي بمعيار المرفق العام والذي نال تلك الأهمية والشهرة الكثيرة وبشكل مطلق. إلا أن الأسبق في الأهمية هو أن فكرة المرفق العام كمعنى ومفهوم نشبت بشأنها الخلافات الفقهية منذ بداية إعلانها، وكانت تلك الخلافات التي ازدادت يوماً بعد يوم بسبب أن مفهوم المرفق نفسه كان غير واضح في القانون بشكل عام، وأن أنواع المرافق العامة راحت في الازدياد والتنوع والتعدد، وعلى الرغم من أن القضاء الفرنسي لم يهتم بتلك الاختلافات ولم يتطرق اهتمامه أيضاً إلى تعريف محدد للمرفق العام⁽²⁾.

وبالتالي نكتفي بالإشارة لتعريف أحد الفقهاء⁽³⁾ للمرفق العام حيث يعرفه بأنه «كل نشاط يمارس من قبل الهيئات العامة لغرض إشباع الحاجات العامة ذات المصلحة العامة»، كما يقرر ذلك الرأي بأن الخلاف الرئيسي في الفقه يتركز حول ما يسمى بالنظام القانوني الخاص بمناسبة المرافق العامة

A. De Laubader, Traite elementaire, Op. Cit, P. 281. (1)

A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 533, 534. (2)

Op. Cit, P. 533, 534. (3)

أو النظام الإداري أو النظام الاستثنائي غير المؤلف.

D'un regime juridique particulier, le regime administrative ou) (regime exorbitant وبالتالي فتلك فكرة عاجلة عن المرفق العام لندخل بها على ذلك المعيار الذي نال مكانة بين العديد من المعايير التي قيل بها كأساس للقانون الإداري واختصاص القاضي الإداري.

وعليه. فإننا سنوضح ذلك المعيار فيما يلي بإيجاز غير مخل بمحتواه ومضمونه حيث كثرت المعارك الفقهية المختلفة إزاء ذلك المعيار الذي نال بل وشغل فكر الفقه الفرنسي قرابة قرنين من الزمان فاستطرد فيه وأفاض. عموماً سنحاول الأمام بمضامين ذلك المعيار من خلال المطالب التالية: مطلب أول: النواة الأولى لنشأته، مطلب ثان مضمون ذلك المعيار، ثم ما عرف بأزمة المرفق العام وانتقاداته في مطلب ثالث، وذلك كله على النحو التالي:

المطلب الأول

النواة الأولى لنشأة معيار المرفق العام

إن النواة الأولى لانطلاق معيار أو نظرية المرفق العام إنما هي قضائية بحتة. بمعنى أن القضاء الفرنسي هو أول من أطلق الشرارة الأولى لذلك المعيار من خلال أحكام واضحة وصريحة⁽¹⁾.

وبالتحديد من خلال تلك القضية المشهورة جداً والصادر حكم فيها في

(1) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 41, A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 281, g. Vedel et p. Delvolve, Op. Cit, P. 128, 129, P. Parini, Op. Cit, P. 167, F. Chouvel, t. Lambert et idier, Op. Cit. P. 9.

إذ يقول هؤلاء الآخرون إن حكم «بلانكو» يعتبر هو حجر الزاوية «Pierre angulaire» بالنسبة للقانون الإداري وأكدوا أنه الأساس في فكرة المرافق العامة.

8/فبراير عام 1873 م والصادرة من محكمة التنازع الفرنسية والتي تسمى قضية بلانكو «Blanco»⁽¹⁾.

حيث تضمن الحكم المذكور معياراً جديداً لاختصاص القضاء الإداري ويحدد مجال وأساس القانون الإداري، ذلك لما ذهب إليه من أن موضوع هذه الدعوى المرفوعة من المدعو/ بلانكو ضد مدير إقليم الجيوند - ممثلاً للدولة - حول مسئولية الدولة مدنياً حسب المواد 1382، 1383، 1384 من القانون المدني وذلك بسبب الضرر الذي أصيبت ابنته به وبسبب الجرح الناتج عن ذلك بفعل العمال الذين يتبعون إدارة التبغ.

فقد قضى في هذا الحكم الصادر من محكمة التنازع بأن مسئولية الدولة عن تلك الأضرار التي تسببها للأفراد بفعل العاملين في المرافق العامة لا يمكن أن تستند إلى المبادئ التي يقضي بها القانون المدني الذي يهتم بتنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، وبالتالي فمسئولية المرافق العامة لها قواعدها الخاصة بها والتي تتغير بحسب حاجات هذه المرافق ولزوم التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد. وبالتالي يكون القضاء الإداري وحده هو المختص بهذه الدعوى.

فقد تضمن الحكم المذكور مبادئ مقتضاها أن فكرة المرفق العام مرتبطة تماماً بتطبيق قواعد القانون الإداري وكذلك يكون المرفق هو مجال اختصاص القضاء الإداري أي كلما كان موضوعه يتصل بالمرفق العام الذي يخضع لقواعد قانونية خاصة ومتميزة عن تلك التي يخضع لها الأفراد العاديين إذ قامت مدرسة المرفق العام على هذا الأساس⁽²⁾.

وإن كان يذهب جانب من الفقه⁽³⁾ إلى أن حكم روتشيلد «Rothschild»

(1) T.C, 8 fevr. 1873, Blanco, Le Grands arrest de la jurisprudence administrative, Sirey, 1974, P. 1.

(2) A. De Laubadere, Manuel.. Op. Cit, P. 27.

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 128, 129.

والصادر عن مجلس الدولة في 6 ديسمبر عام 1855 قد نال قصب السبق في إقرار المبادئ السالفة الذكر والخاصة بفكرة المرفق العام وإن حكم بلانكو المذكور لم يرقم إلا على أساس التكرار لحكم «روتشيلد».

إلا أن ذلك الجانب الفقهي عاد وقرر - أن الأعجب أن الفقه لسبب أو لآخر قد حوى حكم بلانكو بالعناية والدراسة وجعل منه الأساس لمعيار المرفق العام مما جعله ينال الشهرة والانتشار بينما غمر حكم روتشيلد في طي النسيان ولم يكتب له الخروج إلى حيز الانتشار والدراسة مثل حكم بلانكو المذكور، لذات هذه الأسباب غير المعروفة.

وعلى العموم فإن هذه المبادئ الجديدة المتعلقة بمعيار المرفق العام وما تضمنته من قواعد ونظريات قد ظهرت بواسطة القضاء منذ نهاية القرن التاسع عشر وتطورت من خلال حكم بلانكو وغيرها من الأحكام المتتابعة بعده الصادرة عن مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسيين حيث طبقا كافة القواعد المتعلقة بسير المرافق العامة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مدرسة المرفق العام كنظرية عامة ومعيار لاختصاص القضاء الإداري

«L'ecol du service public»

إذا كانت بداية نشأة معيار المرفق العام قضائية بحتة - على النحو السالف البيان فإنها قد عززت من جانب الفقه والذي تناولها وحباها بعناية خاصة شكلت منهم ما أطلق عليه الفقه مدرسة المرفق العام «L'ecol du service public» والذين على رأسهم دوجي «Duguit» وجيز «Jeze» وبونار «Bonard» ورولان «Rolland» حيث اعتبرت هذه المدرسة فكرة المرفق العام

A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 282, 283.

(1)

كنظرية عامة ومعياري لأساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، إذ تبلورت هذه النظرية وذلك المعيار من قبل هؤلاء الفقهاء وغيرهم⁽¹⁾ ممن اتبعوهم ودافعوا عن ذلك المعيار بشدة وضراوة أمثال أندريه دي لوبادير «A. De Laubadere»⁽²⁾ ود. سليمان الطماوي ود. محمود حافظ وغيرهم من الفقه المصري. والذين ذهبوا إلى تأييد معيار المرفق العام كأساس للقانون الإداري ونظرياته المختلفة وكمعيار لاختصاص القضاء الإداري.

حيث اتخذ فقهاء القانون الإداري الفرنسي من حكم (بلانكو) - السابق الإشارة إليه - وسيلة لنشر ذلك المعيار وإبرازه، وقد استندت تلك المدرسة الفقهية عليه في تأسيس نظرية المرفق العام، فالقانون الإداري عندهم قانون المرافق العامة وأن الدولة إنما هي عبارة عن كتلة ضخمة - ومجموعة كبيرة من المرافق يهتم بشؤونها ويديرها ويقودها الحكم باعتبارهم عمال لهذه المرافق العامة وخداماً لها بواسطة إصدار الأوامر والنواهي الملزمة للأفراد⁽³⁾.

وهذا ما أدى إلى أن «Berthelemy» بيرتلمي يقرر أنه من المؤسف هجر

(1) ويمكن مراجعة تفاصيل ذلك المعيار وأعلامه من المراجع التالية:

L. Duguit, Traite de droit constitutionnel, 3^e Tome I, P. 223, Tome troisiem, P. 40 et s, L. Rolland Precis de droit administrative, Deuxieme edition. Paris Librairie Dalloz 1982, P. 1 et s, et P. 200 et s. R. Bonnard, précis de droit administrative 1943, P. 41 R. Bonnard, précis de droit public, cinquieme edition, Librairie du Recueil Sirey, P. 182. 183 A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 41, 42, Ch. Debash et J.C ricci, Op. Cit, P. 41 F.P. Benoit, Op. Cit, P. 114 et s. J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 39 et s.

(2) لما كان «ديلوبدير» هو الفقيه البارز الوحيد ممن بقوا في فرنسا مخلصين لذلك المعيار - كما ذهب إلى ذلك «J. Rivero Op. Cit., P. 39» فإننا نفضل أن يكون عرضنا لذلك المعيار المهم معتمداً غالباً على فقه ومذهب (ديلوبدير) «A. de Laubadere» في مراجعة المهمة وممن أيدوا ذلك المعيار من الفقه المصري د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 20 وما بعدها؛ قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها؛ الأسس العامة للعقود الإدارية ط 5، 1991 م، ص 74 وما بعدها؛ وكذلك د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 291 وما بعدها.

(3) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 41, 42.

نظرية أعمال السلطة، وأن نظرية المرفق نظرية جديدة في غاية الخطر كما أن هوريو «Houriau» يرى أيضاً أن مدرسة «Duguit» ارتكبت خطأ فاحشاً عندما هجرت فكرة السلطة⁽¹⁾.

فالمرفق العام - عند انصار نظرية المرفق - هو علة وجود الدولة التي هدفها تحقيق النفع العام للأفراد بواسطة هذه المرافق العامة التي تحتم فكرة النظام القانوني الاستثنائي الذي يرتبط بهذا المرافق بحيث تكون هي مجاله ودائرة تطبيقه حيث لا يمكن تطبيق قواعد القانون الخاص، لعدم قدرته وكفايته لحكم المرافق العامة من جهة حسن سيرها وتنظيمها وإدارة أنشطتها المختلفة وغايتها، لما لطبيعة ذلك القانون الخاص من أسس قامت على المساواة بين أطرافه وتهدف إلى تحقيق المصالح الشخصية والفردية، بخلاف المرافق العامة التي لها طبيعة خاصة ومتفردة، وعلى الأخص في الهدف العام الذي تقصده، وهذا هو ما يحتم وجود مبادئ قانونية خاصة استثنائية تزود المرافق العامة بامتيازات وقواعد لا نظير لها عند الأفراد وتمثل ضمانات في يد الإدارة تستطيع من خلالها تحقيق النفع والصالح العام⁽²⁾.

وخصوصاً أن ذلك المعيار عاصر التطورات التي طرأت على حياة الدولة في فرنسا النصف الثاني من القرن التاسع عشر، حيث قام (دوجي) بتحليل تلك التحولات الهامة في المرافق العامة حيث أصبحت الدولة المعاصرة تؤمن الحاجيات بتدخلاتها بواسطة هذه المرافق العامة غير مقتصرة على المجال السياسي كالتنظيم وإدارة الحروب أو الأمن أو العدالة بل وفي المجال التقني كالتيعليم أو السكك الحديدية أو الغاز أو الكهرباء... الخ⁽³⁾.

وبالتالي فد ظهر معيار المرفق العام كمبرر لمبدأ الفصل بين السلطات

(1) Op. Cit, P. 42, M. Houriau, *Precis de droit administrative et de droit public* 1926 P. 1 - 10 et P. 46.

حيث يراجع أيضاً في عرض هذه النظرية:

(2) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 129 et s. f. P. Benoit, Op. Cit, P. 81.

(3) A. De Laubadere, *Traite elementaire..* Op. Cit, P. 39 et s et P. 42, 43, F. P. Benoit,

Op. Cit, P. 114.

ولاختصاص القضاء الإداري الذي يطبق قواعد القانون الإداري بوصف أن هذه الأخيرة لا تتعدى إطار فكرة المرافق العامة بأنشطتها ومبادئها المختلفة⁽¹⁾.

وتعتبر أهم المبادئ الرئيسية الخاصة بالمرفق العام متمثلة فيما يلي⁽²⁾:

أولاً: ضرورة ضمان سير المرافق العامة بشكل مطرد ومنتظم (مبدأ استمرارية المرافق العامة) (Principe de la continue du service public).

ثانياً: مبدأ تغليب وتقديم المرافق العامة (principe de primute du service public) أي أنه عندما يكون هناك تعارض بين المصلحة العامة - والتي تمثلها المرافق العامة - مع المصالح الخاصة، وجب تغليب المصالح العامة.

ثالثاً: ضرورة اتفاق نظام المرافق العامة ومسايرته لمقتضيات الصالح العام مع ضرورة إشباع الحاجات العامة (Principe de l'adoption du service public).

ولكن ينبغي الأخذ في الاعتبار أن فكرة المنفعة العامة والخدمات العامة ليست المحدد النهائي للمرافق العامة، لأن الأنشطة أو المرافق التي تقوم بها الإدارة وفق قواعد القانون الخاص هدفها أيضاً تقديم خدمات ومصالح ومنافع عامة للجمهور⁽³⁾.

وبالتالي فإن فكرة المرفق العام تمثل على حد تعبير الفقه «جيز» حجر الزاوية بل ونقطة الارتكاز والفكرة المركزية للقانون الإداري وهي أساسه الوحيد الذي يبرر وجود قواعده الاستثنائية غير المألوفة في مجال القانون الخاص.

وبالتالي فهذه القواعد المتعلقة بالمرافق العامة هي التي يتحدد بناء عليها اختصاص القضاء الإداري، أي أن كل نشاط يكون مرتبطاً ومتصلاً بمرفق عام بأية صورة من صور الاتصال يكون عملاً إدارياً داخلاً في نطاق

(1) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 281, 282.

(2) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 39.

(3) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 36 et s et P. 357.

قواعد القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

فنظرية المرفق العام وفق هذا المعنى تعتبر الفكرة الرئيسية التي نشأت ولقيت الرسوخ والانتشار منذ نهاية القرن التاسع عشر ولمدة ثلاثون سنة دون أن يكدر صفوها شيء باعتبارها تشكل العلاقات المحددة والواضحة للقانون الإداري. إلا أن بعد تلك السيطرة وهذه السيادة حلت محلها تحولات عميقة وجذرية حولت تلك السيادة وهذا الصفو إلى الكدر الذي خلخل هذه الفكرة بعد رسوخها⁽²⁾.

المطلب الثالث

أزمة معيار المرفق العام وانتقاداته

الفرع الأول

المقصود بأزمة معيار المرفق العام وأسبابها

أولاً: المقصود بأزمة معيار المرفق العام؛

يقصد بأزمة المرفق العام تعرضه لانتقادات شديدة من جانب العديد من الفقهاء والكتاب الذين نشرت لهم العديد من المراجع والبحوث في نقد فكرة المرفق العام وبيان مدى الخلل الذي يعتورها وبالتالي عدم إمكانية مسايرة معيار المرفق العام كمعيار متكامل وحيد لاختصاص القضاء الإداري وتقوم عليه قواعد القانون الإداري⁽³⁾.

(1) تراجع في عرض ذلك: G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 128 et s.

(2) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 39, 40, Ch. Debasch - et J.C. Ricci, Op. Cit, P. 41, 42.

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 133.

فقد أشار المؤلفان إلى العديد من الدراسات حول فكرة المرفق ومدى ما ينتابها من خلل.

ذلك أن معيار المرفق العام قد اعتبر ماضياً على أثر التطورات الحديثة، ونتيجة للمفارقات التي تمخضت عنها، بل حتى قضية «بلانكو» الشهيرة والسابق الإشارة إليها والتي كانت الأساس الأول لمعيار المرفق العام جدت الآن مهمة غير ذات قيمة، وراح الفقه والقضاء يحل محله معايير أخرى جديدة⁽¹⁾.

فقد واجهت الجهود الفقهية المتعلقة بفكرة المرفق العام انتقادات أحطت من اعتبار فكرة المرفق العام كمعيار سليم لاختصاص القضاء الإداري أو كأساس للقانون الإداري⁽²⁾.

ثانياً: أسباب أزمة معيار المرفق العام:

إن أسباب أزمة معيار المرفق العام كثيرة ومتعددة وبالتالي لا بد من إيجازها بقدر المستطاع⁽³⁾ على النحو التالي:

1 - التغيرات الجذرية الحديثة التي طرأت على الحياة الإدارية عموماً بعد عام 1914 م حيث كانت المرافق العامة قبل ذلك التاريخ لا تتعدى نوع محدد من المرافق العامة الرئيسية المهمة والمهيمنة على الحياة الإدارية وسواء التي لها طبيعة سياسية أو إدارية وعموماً كان هناك انفصال واضح بين المؤسسات العامة والمشروعات الخاصة، حيث كانت قواعد القانون العام تطبق على الأولى وقواعد القانون الخاص تطبق على الثانية وبدون أية تدخلات ملحوظة⁽⁴⁾.

(1) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 128, 129, g. Peiser, Droit, Op. Cit, P. 12 ets.

(2) J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 40, 41, G. Peiser, Droit, Op. Cit, P. 13 et s.

(3) G. Vedel et P. delvolve, Op. Cit, P. 134, A. de Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 43.

(4) A. De Laubadere, Traire elementaire.. Op. Cit, P. 43, J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 40, 42, G. Peiser, Op. Cit, Droit.. P. 11, 12, B. Jeanneau, Droit des service publics et de entreprises nationales. Dalloz 1984 P. 21, 22, M. Bourjol, Droit administrative, l'action adminstraive 1, 1972, P. 18, 19, F. Chouvel, t. Lambert et D. pelisser. Op. Cit, P. 34 et s.

إلا أن تلك الأوضاع قد تحولت بانتشار الخدمات ذات الطابع الاقتصادي.

أي بظهور المرافق العامة الصناعية والتجارية مع متطلبات الحرب العالمية الأولى آنذاك كخدمات التأمين أو خدمات التموين. بل وخصوصاً بين الحربين العالميتين حيث أخذ الاقتصاد التدخل تدريجياً في الازدياد وأثر ذلك على طبيعة الخدمات ذاتها، ذلك أن المشروعات والمرافق الحكومية الاقتصادية أو التجارية لم تتخذ ذات الطابع العام في الأهداف الاقتصادية والتجارية، بل راحت الإدارة تتجه نحو تسيير تلك المرافق وهذه المشروعات بنفس الوسائل التي تستعملها المشروعات الخاصة⁽¹⁾.

2 - تدافع المواطنين والأفراد نحو التعاون لتحقيق الخدمات العامة والمصالح العامة على إثر ذلك التطور الذي أدى إلى عدم قدرة الدولة على القيام بمهامها المختلفة تجاه تلك المرافق والحاجات المتنوعة الذي جعلها تستعين بالمواطنين والأفراد العاديين. وبالتالي عززت ذلك التعاون وهذه الحاجة. كأن تمنح الدولة إدارة وتسيير المرافق العامة بواسطة عقود امتياز (التزام المرافق العامة (La concession de service public) للأفراد أو المنظمات الخاصة⁽²⁾.

3 - إن مما كان لها دورها الكبير في اندلاع - ليس فقط أزمة المرفق العام - بل وأضاف تعقيداً جديداً ومشكلات أخرى في مسائل

(1) F. Chouvel, t. Lambert et D. Pelissier, Op. Cit, P. 35, A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 43, J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 40, 42, et P. 210 et s, G. Peiser, Droit, Op. Cit, P. 12 et s B. Jeanneau. Op. Cit, P. 21, 22, M. Bourjol, Op. Cit, P. 18, 19.

(2) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 44, J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 40 - 42 et P. 210 et s.

توزيع الاختصاص - في مجال تدخلات الدولة الحديثة - ألا وهي شركات الإعداد العقاري والمنشآت الزراعية (Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural) (S.A.F.E.R) في فرنسا، وهي نوع من التدخل الاقتصادي في الأعمال الزراعية من قبل تلك الشركات الاقتصادية، حيث لها طبيعة معقدة ومتشابكة تتطلب أحياناً تطبيق قواعد القانون الخاص وفي أخرى قواعد القانون العام. ذلك أن لها تكوين خاص ومتميز، وإن كان محتواها لا يخرج عن كونها شركات مساهمة إلا أن فكرة الربح ليست هدفها الرئيسي بل هدفها الرئيسي المصلحة العامة فيما يتعلق بالإنتاج الزراعي حيث للدولة في هذه الشركات تدخل كبيراً جداً، وقد بذلت محكمة التنازع الفرنسية جهدها لإيجاد حل مقنع فيما يتعلق بالاختصاص القضائي للمنازعات في هذه الشركات⁽¹⁾.

وبالتالي فقد أدت تلك التحولات المتنوعة والمختلفة في الحياة الإدارية فيما يختص ويتعلق بالمرافق العامة إلى حصول الغموض في مسألة التمييز بين القطاعات العمومية والأنشطة الخاصة، وبالتالي التداخل بين القانون العام والخاص في شأن هذه المرافق المتنوعة، بل وأدى أيضاً على امتداد القانون العام خارج نطاق المرافق العامة أي إلى ميدان المشروعات الخاصة ذات المنفعة العامة⁽²⁾.

(1) F. Chouvel, T. Lambert et D. Pelisser, Op. Cit, P. 47 et S, Les grands arrest. Op. Cit. P. 271.

(2) F. Chouvel, T. Lambert et D. Pelissier, Op. Cit, P. 35 et P. 113, g. Vedel et P. Delvolle, Op. Cit, P. 134, 135, A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 44, J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 40 - 42, G. Peiser, Droit, Op. Cit, P. 13 et S.

الفرع الثاني

الانتقادات التي وجهت لمعيار المرفق العام

تتضمن أزمة المرفق العام جملة من الانتقادات المختلفة التي وجهها الفقه لمعيار المرفق العام على الرغم من الإخلاص القضائي لذلك المعيار⁽¹⁾.

فمنهم من اعتبره أنه معيار غير تام ومنهم من ذهب إلى أنه معيار حرج وضيق جداً بل وهو معيار لفظي لا مضمون له وغيره من الانتقادات التي سنحاول فيما يلي الإيجاز غير المخل بها من خلال النقاط التالية:

أولاً: أنه معيار غير تام «Une critere imparfait»

بمعنى أن نظرية أو معيار المرفق العام أظهرت منذ نشأتها مشكلات عديدة وصعوبات في التطبيق، تلك الصعوبات قد ازدادت وتطورت مع مذهب وسياسة تدخل الدولة وبداية عام 1920 مما يمكن القول معه بأنه من الصعب النظر إلى هذه النظرية كمعيار لاختصاص القضاء الإداري.

ذلك أن هناك العديد من الأنشطة التي تقوم بها الإدارة وهي بصدد المرافق العامة وآناء تسييرها تدخل ضمن قواعد القانون الخاص أي تستعمل الإدارة وسائل القانون الخاص وخاصة في موضوعات العقود، وبالتالي فهي تخرج عن اختصاص القضاء الإداري⁽²⁾.

فالقانون الإداري له مجال أوسع من مجرد المرافق العامة حيث يتسع

(1) M. Waline, Droit administrative, Op. Cit, P. 74.

(2) Ch. Debbasch et J. C. Ricc, Op. Cit, P. 42, g. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P.

134 et S. J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 40 - 41.

ونود أن نلفت الانتباه إلى أن وجهات نظر الفقهاء قد تباينت في الاستدلال بالأحكام أو حتى بالحكم الواحد في تأييد أو انتقاد معيار المرفق العام أو في مجال الاختصاص عموماً.

النشاط الإداري حالياً خارج الأنشطة المتعلقة بالمرافق العامة مما يعني أن الارتباط الحتمي واللازم بين فكرة المرفق العام والقانون الإداري في غير محله بل يعتبر ارتباط ذو فشل ذريع⁽¹⁾.

وذلك ما كان واضحاً من خلال تعليق مفوض الحكومة «روميو» ROMIEU عام 1903 وهو بصدد حكم «TERRIER» في 6 فبراير - والذي جاء فيه ما يلي: أن كل ما يتعلق بتنظيم وإدارة المرافق العامة أو المحلية أو كل ما يتعلق بالأشخاص العموميين سواء فيما بينها أو في علاقتها بالغير وفق قواعد ووسائل القانون العام تدخل في اختصاص القضاء الإداري. بخلاف تصرفات الإدارة وأنشطتها أثناء إدارتها للمرافق العامة التي تظهر فيها مستخدمة وسائل وأساليب القانون الخاص فتلك لها شأن آخر، أي تتعلق بقواعد القانون الخاص إما بسبب طبيعة المرفق أو بسبب ظروف العقد المراد إبرامه وتخضع لاختصاص القضاء العادي، وتلك هي التفرقة التي ينبغي إعمالها أثناء الحكم على أعمال الإدارة وهي بصدد تسييرها للمرافق العامة أي إما أن تكون إدارة عامة «Gestion publique» أو إدارة خاصة «Gestion privée» فالأولى تدير فيها الإدارة المرافق العامة باعتبارها شخص عام وفق منهج القانون العام بخلاف الثانية فإدارتها للمرفق تكون مثلها مثل إدارة الأفراد لمؤسساتهم الخاصة بوسائل القانون الخاص وبالتالي تخضع فيها لقواعد القانون الخاص⁽²⁾.

وإن كان يبدو ذلك أنه على سبيل الاستثناء في المرافق العامة أي أنه

(1) J. Riviro, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 40 - 41.

إذ يقول في ذلك هذا الشأن ذلك النص المهم التالي نصه:

[Ces deux considerations, prepres à mettre en echec l'equation etabli entre service public et droit administrative ont été tenues d'abord pour de simples exceptions ne, ntamant pas le principe].

G. Vedel et P. Delvolve, Opl Cit, 134 et S. Ch. Debbasch et J. C Ricci, Op. Cit, (2)

P. 42, 43, J. Riverco, Droit administrative, 1990, Op. Cit. P. 207 et s.

في بعض الأحيان فقط تستعمل الإدارة أسلوب الإدارة الخاصة أثناء تسيير هذه المرافق، إلا أن ذلك العيب في نظرية المرفق العام جعل معيار المرفق العام لم يصبح كافياً لتحديد اختصاص القضاء الإداري وخصوصاً بعد أن ظهرت المرافق الصناعية والتجارية وزاد عددها، وأصبح أسلوب الإدارة الخاصة بمثابة مبدأ لهذه المرافق وبالتحديد منذ عام 1921م⁽¹⁾.

بل وأن امتداد قواعد القانون العام خارج نطاق المرافق العامة - مثل الامتيازات التي تقدمها الدولة للأفراد والمؤسسات الخاصة التي تتولى إدارتها - يعد تأكيداً لعدم تمام هذا المعيار واحتواءه لكافة قواعد القانون العام⁽²⁾.

ثانياً: إن معيار المرفق العام معيار ضيق في بعض الأحيان
« Critere à d'autres Points de vue trop étroit »⁽³⁾

حيث يقول «فالين» أن معيار المرفق العام - فضلاً عن أنه معيار جد واسع - فهو في بعض الحالات يكون معيار حرج وضيق جداً، ففي واقع الأمر أن هناك بعض المنازعات التي تثار ولا يكون لها ثمة علاقة إطلاقاً بالمرافق العامة وتدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري وتخضع لقواعد القانون الإداري.

ومن الأمثلة المهمة على ذلك ومن أشهرها المشكلات التي تتصل بالمال

(1) Ch. Debbasch, et J. C Ricci, Op. Cit, P. 43, G. Vedel et P. Delvolle, Op. Cit, P. 134, 135 et S, J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit. P. 40 - 42 et P. 210, G Peiser Droit..., Op. Cit, P. 13, 14, M. Waline Droit administrative, Op. Cit. P. 74 et S, J. Rivor, Existe - T il un critera du droit administrative? R.D.P. 1953. L. G. D. J., P. 279 et S.

(2) G. Peiser, Droit... Op. Cit, P. 14, E.S.Laso, tome 1, Op. Cit, P. 398.

(3) M. Waline, Droit administrative, Op. Cit, P. 75.

حيث يقول في ذلك:

Le critere du service public generalement trop large eait aussi à certains points de vue trop etroit. En effet, certaines defficultes sans rapport avec la nation de service public ont été jugées par les jurisdiction administratives sure la base regles du Droit administrative).

العام واستغلاله وبعض أنواع العقود الإدارية⁽¹⁾.

ويوضح جانب من الفقه⁽²⁾ ذلك ذاهباً إلى أن لا علاقة للعقود الإدارية بالمرافق العامة لاعتماد تحديد إدارتها على ما بها من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص دون النظر إلى فكرة المرفق العام في هذا المجال وهذا ما أكدته أيضاً بعض الأحكام القضائية.

وقد ساق الفقيه الفرنسي فالين مثلاً آخر لذلك يتمثل في اختصاص القضاء الإداري بالقضايا التي تتعلق بالأضرار التي تمس الأفراد بسبب دور العبادة رغم أن هذه الأخيرة ليست مرافق عامة وفق قانون 9 ديسمبر عام 1905 واستدل على ذلك بحكم صادر من مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد⁽³⁾.

ثالثاً: معيار المرفق العام معيار لفظي⁽⁴⁾ « Critere purement

verbal

يرى «فالين» أن معيار المرفق العام إنما هو مجرد معيار شفهي أو لفظي لا معنى حقيقي أو واقعي له، فما هو إلا كلمة لم يتمكن أحد البتة من تحديدها.

(1) د. سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 46.

(2) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 134.

(3) والذي أشار إليه بمرجعه السابق ص 75 وعلى النحو التالي:

C. E. du 10 jun 1929, commune de Monsegur (s., 1921. 3. 4, note Hauriou).

(4) M. Waline, Droit administrative, Op. Cit, P. 75.

حيث قال في ذلك ما يلي نصه:

«Mais, de plus ce critere de service public est purement verbal, ce n'est qu'un mot car on ne l'a jamais defini. La Jurisprudence a employé Pendant on plusieurs decades, ce mot de service public, sans eprouver le besson de la definir: c'est d'autant plus facheux que plusieurs acceptions très differentes, les une des autres peuvent en être donnés On peut en effet concevoir le service public comme un organisme, ou au contratre comme une fonction».

والى ذات المعنى ذهب أيضاً:

G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 135. Et S. J. Rivero, Droit administrative, 1990, P. 211.

بل إن القضاء ذاته قد استعمل كلمة المرفق العام - كثير جداً من الأحيان.. بدون محاولة لتحديد مضمونها. بل وأنه لمن المحزن بل والمزعج أن لفكرة المرفق العام معان كثيرة ومتعددة ومتعارضة. فقد يعنى به المنظمة «Organisme» وتارة أخرى يعنى به الوظيفة ذاتها أو النشاط الذي يقوم به المرفق «Une fonction».

وبالتالي فقد انتهى فالين من ذلك إلى أن الفقه يكاد يجمع على الوقوف ضد هذا المعيار المزعوم المسمى بالمرفق العام، أمثال «M. Eisenmann» أو «M. De Corail».

بل ويثير الغرابة من الإخلاص الذي يبديه القضاء الفرنسي لمعيار المرفق سواء عندما يستعمله ليقرر اختصاصه أو حتى عدم اختصاصه بالنزاع وأنه ما زال يستعمله كما في حكمه الصادر في 20 أبريل عام 1956 الخاص بقضية «Bertin» وأن كون القضاء يستمر في تطبيق ذلك المعيار فما هو إلا تطبيق جد شفهي.

رابعاً: يذهب فالين إلى القول أيضاً بأن لا يعرف معيار المرفق العام هل هو شرط أم نتيجة لتطبيق قواعد القانون العام، ذلك أن القضاء كثيراً ما يستخدم عبارة «مرفق عام شرط لتطبيق قواعد القانون العام» أو «أن المنازعة تتعلق بمرفق عام وبالتالي تطبق قواعد القانون العام». وبالتالي لا يعرف هل معيار المرفق العام شرط أم نتيجة لتطبيق قواعد القانون العام؟ وعليه فإن معيار المرفق وترديده كمعيار بهذا الوضع يعتبر مجرد لفظ لغوي ومعيار مزعوم وقد يؤدي إلى نتائج جد خطيرة⁽¹⁾.

خامساً: عدم مراعاة معيار المرفق العام للأسس الدستورية
«Le critere du service public ne tenait pas compte de bases constitutionnelles du Droit administrative»

ذلك أن القانون الدستوري الفرنسي لا يعرف تقريباً - على حد قول

M. Waline, Droit administrative, Op. Cit, P. 676 et s.

(1)

ذلك الرأي⁽¹⁾ - ماهية محددة لفكرة المرفق العام. وأن بناء القانون الإداري على أساس فكرة المرفق العام يعني إحداث فجوة بين القانون الإداري والقانون الدستوري. ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية بواسطة عدد من الرجال الذين شاركوا في الثورة الفرنسية من أجل خدمة وإعانة السلطة التنفيذية لا المرافق العامة.

سادساً: عدم اعتناق القضاء لمعيار المرفق العام كمعيار تام يتحدد به اختصاصه:

فهذا ما نحا إليه رأي في الفقه الفرنسي⁽²⁾ أثناء تناوله التطور التاريخي لمعايير الاختصاص، مؤسساً نقده هذا على أن الجدل الفقهي ذاته لم يكن له ثمة تأثير على اتجاهات القضاء من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن بعض أحكام القضاء إذا كانت ترى أنها جاءت موافقة لصالح فقه معيار المرفق العام، فإن ذلك قد نقض بما جاء بالبعض الآخر.

وإن الحقيقة تؤكد أن المعنى في تلك التطبيقات هو السعي لمعرفة القانون الواجب التطبيق التي تعتبر الفكرة الرئيسية لحل مشكلات الاختصاص باعتبار أن المشكلة الرئيسية في مسألة توزيع الاختصاص تتعلق بتحديد قواعد القانون العام أو قواعد القانون الخاص واجبة التطبيق على هذه المنازعات وبالتالي فتلك هي الفكرة التي تم اعتناقها ولو ضمناً خلال تلك الفترات لتحديد اختصاص جهتي القضاء⁽³⁾.

ويدعم ذلك ويؤكد - عند هذا الرأي - أن دور فكرة المرفق العام في

G. 4 Vedel et P. Delvolvc, Op. Cit, P. 138. (1)

J.M. Auby et r. Drago, Op. Cit, P. 323 - 326. (2)

وقد استدلا بعدد من الأحكام القضائية تؤيد ما ذهبوا إليه في هذا الصدد. وإلى ذات المعنى ذهب:

J. Rivero. Droit administrative 1990, Op. Cit, P. 211 - 213., M. Waline, Vicissitudes recentes de la nation de service public. R.A.. 1948, P. 23 - 25.

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit, P. 326. (3)

موضوع الاختصاص لا تتعدى كونها مجرد شرط ضروري ولكنه غير كاف لتحديد الاختصاص كما انتهى إلى ذلك «دي بولادير»، وبالتالي تسقط أطروحة أنصار معيار المرفق العام الذين ربطوا بين فكرة المرفق العام والاختصاص الإداري ربطاً مطلقاً، إذ أثبت الواقع الفقهي والقضائي أن دور فكرة المرفق العام في مجال الاختصاص القضائي - وكما يظهر لنا - هو إنها مجرد أداة تمكن من تطبيق معيار القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

سابعاً: عدم سلامة التأويلات التي اعتمدت عليها مدرسة المرفق العام⁽²⁾.

وجه هذا النقد الشديد الفقيه الفرنسي إيزيمان «Ch. Esenmann» أثناء تعرضه لمعيار المرفق العام والأفكار والأسس التي استند عليها فقهاء ذلك المعيار - فبعد أن عرض ذلك كله وجه لتلك المدرسة نقداً شديداً يمكن إيجازه في أن فقه مدرسة المرفق العام إنما استند - من أجل الانتصار بمذهبه هذا - إلى حكم بلانكو خصيصاً ثم استعان بما تلاه من أحكام صدرت عن مجلس الدولة أو محكمة التنازع الفرنسية في حين أن حكم بلانكو قد سبقه العديد من الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة مثل حكم «روتشيلد» عام 1955 أو حكم الأخوين (كار. كاسون) عام 1958 أو غيرها من القرارات التي صدرت بنفس الاصطلاحات. فلم يأتي حكم بلانكو بما ذهبوا إليه على الإطلاق، كما أن هذه الأحكام التي سبقت حكم بلانكو أو التي جاءت بعده لم تحمل تلك التأويلات التي أسندها لها فقهاء مدرسة المرفق العام.

وأضاف إيزيمان أن القانون الإداري - عند فقهاء مدرسة المرفق العام - إنما أساسه فقط ومداره فكرة المرفق العام والتي تعتبر في نفس الوقت معيار لاختصاص القاضي الإداري وهذه هي المغالطة الكبرى والخطأ الأعظم.

لأن المؤكد - عنده - أنه لا ارتباط حتمي بين الأحكام المذكورة وما نادى

J.M. Auby et r. Dargo, Op. Cit. P. 330 - 333. (1)

Ch. Eisenmann, Op. Cit. P. 119 et S. (2)

به هؤلاء الفقهاء من أن المرافق العامة هي أساس ونطاق القانون الإداري بل يجب البحث عن أسس عامة لقواعد القانون الإداري حيث لا يمكن أن يمثل القانون الإداري كتلة واحدة هي المرافق العامة كما ذهب هؤلاء الفقهاء.

ثامناً: الخلط والمصادرة على المطلوب⁽¹⁾؛

جعلت مدرسة المرفق العام من المرفق العام أساساً للقانون الإداري وجعلت المرفق معيار لاختصاص القضاء الإداري. كأنها قالت إن معيار اختصاص القضاء الإداري هو القانون الإداري وهو ما لا يجوز فهذه مصادرة على المطلوب إثباته.

كما أن فقه المرفق العام كفقه السلطة العامة في أنه يفرق بين تصرفات الدولة إلى عامة وخاصة أي للدولة شخصيتين عامة وأخرى خاصة كالأفراد بدون مبرر صحيح بل لعدم فهم علة وجود تلك الدولة وهذا القانون.

تاسعاً: تصريح أنصار معيار المرفق العام بعدم كفايته كضابط لاختصاص القضاء الإداري أو كأساس للقانون الإداري؛

إذا كان الفقيه فالين «Waline» قد اتصل من معيار المرفق العام - كما سبق - فإن أنصار معيار المرفق العام الذين يدافعون عنه كالفقيه «أندريه دي لوبادير» من الفقه الفرنسي والعميد سليمان الطماوي والدكتور محمود حافظ من الفقه المصري وغيرهم قد صرحوا بوضوح تام بعدم كفاية معيار المرفق العام كمعيار وضابط لاختصاص القضاء الإداري وأيضاً كأساس للقانون الإداري وذلك على النحو التالي:

فبعد أن ساق - أكبر مناصري معيار المرفق العام - وهو الفقيه الفرنسي «دي لوبادير»⁽²⁾ - أسباب أزمة معيار المرفق العام صرح بوضوح تام وأقر

(1) د. حماد محمد شطا، المرجع السابق، ص 28 وما بعدها.

(2) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 44 et S et P. 283.

بعدم كفاية معيار المرفق العام بمفهومه التقليدي كمعيار لاختصاص القضاء الإداري. ممهداً لذلك بقوله إن تعلق المنهج أو النظام الإداري بفكرة المرفق العام يعني بالضرورة إبعاد القانون الخاص وكذلك الشأن تعلق اختصاص القضاء الإداري بوجود أنشطة المرافق العامة يحتم أيضاً إبعاد قواعد القانون الخاص.

وأنه إذا كان هذا هو الوضع التقليدي لفكرة المرفق العام وخضوعها لقواعد استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، فإن بعض أنواع المرافق العامة كالمرافق الصناعية والتجارية أو المرافق المهنية أو الاجتماعية تعتبر متعلقة بقواعد القانون الخاص، ووسائله هي السائدة وتعتبر هي المبدأ العام الذي يخضع له تسيير هذه المرافق أي يحصل تدخل للقانون الخاص في المرافق العامة.

وإذا كانت المؤسسات الخاصة ذات المنفعة العامة نفسها. تتمتع بقدر وافر من امتيازات القانون العام كما في حالات عقود الالتزام، وإن تلك الامتيازات تظل مع ذلك خاضعة لقواعد القانون الخاص. وأن تلك الامتيازات وهذه القواعد تكون غالباً بموجب القانون العام على الرغم من أنها ليست مرافق عامة، مما يعني ضرورة القطع بحصول توجهات جديدة وتغيير في مكانة فكرة المرفق العام.

أي من المؤكد أن فكرة المرفق العام أصبحت غير كافية وحدها كضابط محدد لمجال تطبيق القانون الإداري. فبلا شك أن امتداد بعض أساليب القانون العام إلى المشروعات الخاصة ذات المنفعة العامة تكفي لإبطال النظرية التقليدية للمرفق العام وذلك ما يقودنا للبحث عن معايير جديدة مكمل⁽¹⁾ بل

A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 47.

(1)

حيث قال في ذلك ما نصه حرفياً:

«On est ainsi conduit à la recherche de critères nouveau complémentaires»

وصرح أيضاً في موضع آخر - بمثل ذلك بقوله⁽¹⁾: إن فكرة المرفق العام لم تعد شرطاً كافياً لتطبيق القانون الإداري أو لتحديد اختصاص القضاء الإداري ولا بد من ضابط أو معيار آخر مكمل له.

وإذا كان العميد الطماوي ممن ناصرنا ودافعوا عن معيار المرفق بشدة وضراوة كمعيار وحيد لأساس القانون الإداري ولاختصاص القاضي الإداري فإنه قد صرح بأن معيار المرفق العام - وإن كان شرطاً أساسياً لتطبيق القانون الإداري إلا أنه ليس شرطاً كافياً لذلك. وأنه إذا كان قد فقد فائدته في مجال تحديد الاختصاص كمعيار وحيد في نظر أعدائه فلا يمكن إنكار أدواره الأخرى⁽²⁾.

وإلى مثل ما ذهب إليه العميد الطماوي - ذهب الأستاذ الدكتور محمود حافظ حيث ساق بوضوح تام ما يفيد عدم كفاية معيار المرفق العام كمعيار وحيد لتطبيق القانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري. وإن كان قد حاول التبرير لمعيار المرفق العام⁽³⁾.

وعلى هدي ما سف يتبين بوضوح تام عدم سلامة معيار المرفق العام كمعيار وضابط وحيد لاختصاص القضاء الإداري، فلا معنى ولا مفهوم واضح له، علاوة على أن الفكرة لم يتم بيانها أو تحليلها بشكل علمي ومنطقي ولغوي سليم يتفق مع علة وجود وأساس القانون والقضاء الإداري، فضلاً عما ذكر عليها من انتقادات حادة.

(1) حيث جاء بهذا القول بالفرنسية على النحو التالي:

«La notion de service public n'étant pas. Ainsi, qu'on vent de la dire une condition suffisante pour que s'appliquent le droit administrative et la compétence de la Juridiction administrative, un critere complementaire ou corrector doit etre dégage» Op. Cit, P. 48.

(2) د. الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 16 وما بعدها، ص 21، 22، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها.

(3) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 293، 294.

المبحث الخامس

معيار المنفعة أو المصلحة العامة

يثور التساؤل عما إذا كانت فكرة المصلحة العامة تعتبر بمثابة معيار لاختصاص القاضي الإداري أم لا وبمعنى آخر هل كل نشاط لا يقدم مصلحة عامة يخرج من اختصاص القاضي الإداري وبالتالي يدخل في اختصاص القاضي العادي⁽¹⁾.

إن الإجابة على ذلك تتطلب منا حتمية بحثها في مطلبين، نتناول في الأول مدى اعتبار فكرة المصلحة العامة كمعيار لاختصاص القاضي الإداري. ونتناول في الثاني العوائق التي أدلت إلى عدم اعتبار فكرة المصلحة العامة معيار لاختصاص القاضي الإداري.

المطلب الأول

مدى اعتبار فكرة المصلحة العامة معيار لاختصاص القاضي الإداري

يمكن القول⁽²⁾ أن هناك فقط محاولات قد قام بها جانب من الفقه⁽³⁾

(1) D. Truchet, Les fonctions de la notion d'interet general dans la jurisprudence du conseil d'Etat, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1977, P. 31.

(2) D. Truchet, Op. Cit, P. 31 et S. (2)

(3) أمثال:

M. Waline Op. Cit. D. Truchet Op. Cit.

د. حماد محمد شطّا، المرجع السابق وغيرهم.

حول جعل فكرة المصلحة العامة كمعيار لاختصاص القاضي الإداري.

فقد ذهب «فالين» - بعد أن ينس من كافة المعايير الأخرى التي نودي بها كمعيار لاختصاص القاضي الإداري وللمنازعات الإدارية وكأساس للقانون الإداري - إلى أن الفكرة الوحيدة المشتركة لكافة الحالات أي التي تشمل كافة الأنشطة الإدارية والتي يطبق فيها حتماً قواعد القانون الإداري وبالتالي تخضع لاختصاص القضاء الإداري إنما هي فكرة المصلحة العامة وأن فكرة السلطة أو المرفق العام ليست سوى وسائل لخدمة هذه المصلحة أو المنفعة العامة.

وقال: عن المصلحة العامة أنها أمر مهم وضروري لكل مرفق عام فلا وجود للمرافق العامة إلا بوجود تلك المصلحة العامة، فمنذ القدم ومنذ أيام الإقطاع بصفة خاصة لم يكن من اليسير التمييز بين المصلحة الخاصة أو مصلحة السيد الإقطاعي وبين المصالح العامة في حين أنه عندما اكتملت الملامح والمفهوم الحديث للدولة بدأ ينكشف هذا التمييز وذلك المفهوم بجلاء⁽¹⁾.

فاليوم - وبدون شك - يرفض القضاء تصنيف بعض الأنشطة كمرافق عامة ما لم تكن معالم المصلحة العامة جلية واضحة وهذا ما تدل عليه وتؤكد العديد من أحكام القضاء وبغض النظر عن كون المرفق يخدم الأمة بكاملها أو أنه يتعلق بنفع جماعة بأعيانهم أو يقدم أنشطة محددة، فلا يمكن القول أن هناك مرافق مطابقة في أنشطتها وشكلها لأخرى، فمثلاً هناك ثلاث مرافق رئيسية يرجع إليها تكوين الدولة واعتمد عليها الشعب هي الأمن الداخلي والأمن الخارجي وهي تخدم كامل أفراد الشعب، ومرفق العدالة والذي يهدف

M. Waline, Droit administrative, Op. Cit, P. 100.

(1)

حيث يقول في ذلك ما يلي نصه:

«Une seule idée est commune à tous les cas où s'applique le droit administrative, c'est l'idée d'utilité publique».

لتحقيق العدل والمساواة، وهو يخدم طوائف محددة. وكمرافق الاتصالات أيضاً والتي لا يستعملها إلا منتفعين محددين⁽¹⁾.

ويذهب تروشييه⁽²⁾ إلى أن التساؤل حول مدى اعتبار فكرة المصلحة العامة معيار الاختصاص القضاء الإداري يتطلب معرفة موقف الفقه والقضاء في هذا الشأن.

فقد ذهب إلى أن موقف الفقه في الوقت الحالي لا يمكن أن يجيب على التساؤل المذكور بأنه إيجابي في كل الأحوال، أي لا يمكن معه القول بأن فكرة المصلحة العامة تصلح كمعيار للاختصاص القضائي.

وأضاف بأنه لا يعلم أي اتجاهات أخرى حديثة تسعى للقول بفكرة المنفعة العامة سوى ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي «ديلماس مارسليت»⁽³⁾ والذي ذهب إلى اقتراح أنه من الأفضل تكوين كتل من الاختصاص فيما يتعلق بالتدخلات العامة في المجالات الاقتصادية تستند إلى فكرة المنفعة العامة أما الاتجاهات الفقهية الحديثة فإنها تسعى للقول إما بفكرة السلطة العامة أو المرفق العام وشيئاً فشيئاً فكرة طبيعية العلاقات القانونية.

لهذا فقد ذهب تروشييه⁽⁴⁾ إلى أن ما ذهب إليه «ديلماس» لا يشكل سوى جانب محدود من جوانب الاختصاص يقتصر على الناحية الاقتصادية، وقرر في نهاية المطاف أن من الصعب التسليم بقبول فكرة المصلحة العامة كمعيار للاختصاص لأن الانتقادات التي جاءت على تلك الفكرة تؤدي إلى أن

(1) M. Waline, Droit administrative, Op. Cit, P. 663.

(2) D. Truchet, Op. Cit, P. 31 et S. M. waline, Op. Cit, P. 100.

(3) حيث أشار إليه كالتالي:

M. Delmas - Marsalet, Le controle juridictionnel des activites ecanomiques et l'Etat. 1969, P. BB. 145, 146.

(4) D. Trunchet, Op. Cit, P. 33 et S.

من الصعب جداً النظر إلى فكرة المصلحة العامة كمعيار قطعي لاختصاص القضاء الإداري، وإن كان وجودها له دوره المؤثر في هذا الصدد في بعض الحالات.

حيث لها مكانتها في مشروعية الدعوى الإدارية والعمل الإداري وفي التعريف الغائي للقانون الإداري وفي ممارسة الرقابة القضائية⁽¹⁾.

أما عن الموقف القضائي: فقد ذهب إلى أنه وأن كانت فكرة المصلحة العامة قد لقيت صدى ومصادقة حادة في بعض الأحكام القضائية التي لها أهميتها فإن هذه الأحكام تكاد تكون محدودة ومحصورة، كما أن بعض مفوضي الحكومة قد نصحوا بالعدول عن استعمال فكرة المصلحة العامة والبعض الآخر قد امتنع عن إثارتها بالمرّة أثناء تعرضهم للدعوى الإدارية ومع ذلك فإن القضاء يستعملها شيئاً فشيئاً، وإن كان من الغريب المثير للتساؤلات عدم استعمال الفكرة في العديد من الأحكام إلا عند وجود ركيزة سواها - فإن موقف القضاء لا ينتقد عموماً عند عدم وجود ركيزة سواها - لكونها رجوع طبيعي لمصادر القانون الإداري والمحرك الأول له ومفسر لسبب وجوده وقد يستقي القاضي حل شرعي قدر الإمكان للنزاع المطروح، وقد تكون الفكرة هي الحل الوحيد الذي يمكن القاضي من ممارسة رقابته على أنشطة قد تفلت منه وبالتالي فإن ذلك كله بين بوضوح عدم إمكانية القطع بصلاحيته هذه الفكرة كمعيار لاختصاص القضاء الإداري⁽²⁾.

بناء على ما سلف يتضح لنا أنه لم يقل بمعيار المصلحة سوى فالين وأن ديلماس لم يعتبرها سوى في المجال الاقتصادي وأن تروشييه أظهر أهميتها دون القطع بصلاحيته كمعيار تام.

Op. Cit, P. 36 et S. et P. 367.

(1)

Op. Cit, P. 37 et S. et P. 367 et s.

(2)

المطلب الثاني

نقد معيار المصلحة العامة

فقد انتقد «فالين» ذاته فكرة المصلحة العامة ذاهباً إلى أنها وللأسف ولسوء الحظ فكرة واسعة جداً بل وغامضة وغير صريحة ومن ثم لا يمكن أن تصلح كمعيار واضح محدد لأساس القانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

كما يقول الفقيه الفرنسي «أندريه دي لوبادير» لا شك أن المصلحة العامة أو الخدمات العامة يتم تقديمها من خلال أي من الأنشطة الخاصة التي تقوم بها الإدارة أي تلك التي تستعمل فيها أساليب ووسائل القانون الخاص، في تسيير هذه المرافق العامة⁽²⁾.

كما نحا جانب آخر من الفقه⁽³⁾ إلى أن فكرة المنفعة العامة لا يمكن أن تصلح لأن تكون ضمن الحلول البديلة (Les solutions de remplacement) لفكرة المرفق العام بعد فشلها، أو أن تلعب ذات الدور الذي كانت تقوم به فكرة المرفق العام في السابق، حيث تصطدم هذه الفكرة بمعارضة شديدة، كما أن وإن كانت فكرة المنفعة العامة تقود إلى كل نشاط إداري، إلا أن تلك الأنشطة يمكن أن تستخدم فيها الإدارة وسائل القانون الخاص، وبالتالي فإن فكرة المنفعة العامة لا يمكن - والحال هذه - أن تصلح في تمييز القانون الإداري وبالتالي اختصاص القضاء الإداري عن القانون الخاص والقضاء العادي.

M. Waline, Droit administratif, Op. Cit, P. 100. (1)

حيث قال في ذلك:

(C'est malheureusement une idée trop vague pour fournir un critere précis).

A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit, P. 537. (2)

J. Rivero, Droit administrative, 1990, Op. Cit, P. 42. (3)

إلا أن الفقيه الفرنسي «تروشيه» Truchet زاد الأمر وضوحاً وتفصيلاً للانتقادات التي قدمت على فكرة المصلحة العامة كمعيار لاختصاص القاضي الإداري كما يلي⁽¹⁾.

1 - أن هناك الكثير من قواعد القانون الخاص مرتبطة بفكرة المنفعة العامة، وفي المقابل فإن توزيع الاختصاص القائم على فكرة المنفعة لا يستند إلى موضوع القواعد المطبقة بل إلى الغاية النهائية التي يستهدفها النشاط المتنازع فيه وهي فكرة المنفعة.

وإجمالاً يمكن القول أن المصلحة العامة التي يهدف إليها النشاط المتنازع فيه من الممكن خضوعها للقاضي الإداري أو للقاضي العادي أو على الأقل عدم إمكانية جعلها حتماً في كل الحالات لاختصاص القاضي الإداري. فلا يوجد رابط بين المنفعة العامة والنظام القضائي ويصعب التوفيق بين ذلك كله.

2 - أن المصلحة العامة فكرة واسعة جداً خصوصاً في مجال اختصاص القاضي الإداري، فلا يقتصر دور أهمية فكرة المصلحة العامة على الإدارة، بل أن الأشخاص العاديين قد يكون لهم دور مؤثر في تحقيق المصالح والمنافع العامة.

3 - أنه لا توجد خطوط فاصلة بين اعتبار فكرة المصلحة كمعيار للمشروعية أو كمعيار للاختصاص.

4 - قد أفاض الفقيه الفرنسي «J. Rivero» في نقد فكرة المنفعة العامة في مقالة بعنوان (هل يوجد معيار للقانون الإداري)⁽²⁾ حيث قرر أنه معيار واسع فضفاض يجعله لا يصلح فقط كمعيار للقانون العام بل وللقانون كله.

D. Truchet, Op. Cit, P. 34 - 37.

(1)

(2) سبقت الإشارة إليه.

رغم ذلك نادى بمعيار المصلحة العامة جانب من الفقه المصري⁽¹⁾ إذ يرى هذا الجانب في شأن معيار المصلحة العامة، أن الدولة من حيث الأصل ظاهرة إرادية ليست طبيعية أو إلهية. أرادها تجمع البشر في جماعات أخذت شكل الأسرة فالقبيلة، فالمدينة، فالدولة - فالدولة معلولة لعلة هي وجود التجمع الإنساني وإن وجود هذا التجمع يتطلب - بغض النظر عن الشكل الذي وجد فيه - بالضرورة تنظيمًا يسير شئونه العامة وبالتالي وجدت السلطة (القانون الإداري) بشكل تدريجي من سلطة الأب في الأسرة إلى رئاسة الدولة.

ويضيف ذلك الاتجاه: أن هذا التجمع الإنساني قد نشأ عن ضرورة اقتضتها طبيعة الإنسان الناقصة وحاجته المستمرة إلى غيره، وباجتماع الأفراد (التجمع الإنساني) من أجل إشباع هذه الحاجات العامة ظهر النشاط الإداري في صورة روابط وعلاقات فهو القانون الذي يحكم هذه الروابط العامة ويحمل اسمها إنه هو القانون الإداري.

حيث لا يمكن الاستناد إلى النظريات التي سادت فترة من الزمن حول علة القانون الإداري كتلك التي استندت إلى ظاهرة السلطة أو المرفق... الخ والتي قامت على أسس غير سليمة يترتب عليها الوصول إلى نتائج غير منطقية، بل وحتى النظريات الحديثة التي حاولت تأسيس القانون الإداري كمدرسة امتيازات السلطة العامة والمرفق العام لم تفلح في تعلل وجود القانون الإداري أو تأسيسه على أسس سليمة بل شطرت تصرفات الدولة إلى شطرين عام وخاص بلا مسوغ معقول.

فالأساس السليم للقانون الإداري إنما يتضح بتحليل الروابط العامة الإدارية التي وضع ذلك القانون ليحكمها إذ تتفرد بميزتين لا تشاركها فيهما روابط القانون الخاص وفروعه، الأولى تتعلق بأطراف الرابطة بينما تتعلق الثانية بالمصلحة التي تحققها هذه الرابطة.

(1) د. حماد محمد شطا، المرجع السابق، ص 139، 149.

أ - أطراف الرابطة العامة:

لما كانت روابط القانون الخاص هي علاقات تنشأ بين الأفراد العاديين وتتكون من طرفين أو أكثر، وكل طرف يدافع عن مصالحه الشخصية وهو بنفسه الحارس عليها وكل منهم يحاول لحصول على أكبر منفعة أو ربح ممكن، ومن ثم فإن إرادتهما تتلاقى عند حد معين يتفقان عليه. فلا عجب إذن أن تأتي قواعد القانون الخاص هكذا لينة تقرأ وتكمل إرادة هذه العلاقات الخاصة ولا نجد في قواعده ما هو جامد أو أمر إلا إذا تعلق بالنظام العام والآداب أي يمس المجتمع.

بينما تأتي على النقيض من ذلك روابط القانون الإداري حيث تتكون دائماً من طرف وحيد صاحب مصلحة خاصة حارس عليها ويدافع عنها، في مواجهة موظف عام يدير مالا لا يملكه ومن ثم يخشى على هذا المال من غدره بدافع من مصلحته الخاصة بينما نجد المالك الأصل لهذا المال هو الشعب، غائب عن هذه العلاقة وبالتالي يعوز عن غيابه بقواعد قانونية، لا عجب أن تختلف عن قواعد القانون الخاص بما يضمن مصلحة الغائب، ومن ذلك مثلاً إجراءات البيع بالمناقصة وكذا كل قواعد القانون الإداري.

إذ لا يعتبر هنا شذوذاً أن تختلف هذه القواعد عن قواعد القانون الخاص لاختلاف طبيعة تلك الرابطة، إذ الشذوذ هو ما أسموه بامتيازات للإدارة يتضمنها ذلك القانون، وإنما هي قواعد لا تخرج عن كونها لحماية المصلحة العامة.

ب - المصلحة التي تقوم الروابط العامة على تحقيقها:

فمن المعلوم أن المصلحة الفردية لا تفيد إلا صاحبها فهي المحرك لإنشاء نشاطه أو تغييره أو حتى إلغاءه فغاية تلك المصالح هو الربح والمصلحة الفردية لا محالة.

بخلاف المصلحة العامة والتي تكون ممولة من مال الشعب فمنه وإليه،

أ - أطراف الرابطة العامة:

لما كانت روابط القانون الخاص هي علاقات تنشأ بين الأفراد العاديين وتتكون من طرفين أو أكثر، وكل طرف يدافع عن مصالحه الشخصية وهو بنفسه الحارس عليها وكل منهم يحاول لحصول على أكبر منفعة أو ربح ممكن، ومن ثم فإن إرادتهما تتلاقى عند حد معين يتفقان عليه. فلا عجب إذن أن تأتي قواعد القانون الخاص هكذا لينة تقرأ وتكمل إرادة هذه العلاقات الخاصة ولا نجد في قواعده ما هو جامد أو أمر إلا إذا تعلق بالنظام العام والآداب أي يمس المجتمع.

بينما تأتي على النقيض من ذلك روابط القانون الإداري حيث تتكون دائماً من طرف وحيد صاحب مصلحة خاصة حارس عليها ويدافع عنها، في مواجهة موظف عام يدير مالا لا يملكه ومن ثم يخشى على هذا المال من غدره بدافع من مصلحته الخاصة بينما نجد المالك الأصل لهذا المال هو الشعب، غائب عن هذه العلاقة وبالتالي يعوض عن غيابه بقواعد قانونية، لا عجب أن تختلف عن قواعد القانون الخاص بما يضمن مصلحة الغائب، ومن ذلك مثلاً إجراءات البيع بالمناقصة وكذا كل قواعد القانون الإداري.

إذ لا يعتبر هنا شذوذاً أن تختلف هذه القواعد عن قواعد القانون الخاص لاختلاف طبيعة تلك الرابطة، إذ الشذوذ هو ما أسموه بامتيازات للإدارة يتضمنها ذلك القانون، وإنما هي قواعد لا تخرج عن كونها لحماية المصلحة العامة.

ب - المصلحة التي تقوم الروابط العامة على تحقيقها:

فمن المعلوم أن المصلحة الفردية لا تفيد إلا صاحبها فهي المحرك لإنشاء نشاطه أو تغييره أو حتى إلغاءه فغاية تلك المصالح هو الربح والمصلحة الفردية لا محالة.

بخلاف المصلحة العامة والتي تكون ممولة من مال الشعب فمنه وإليه،

فالدولة يتحتم عليها أن تنشئ النشاط لإشباع الحاجات العامة، أو تقدمه مجاناً لمصلحة ما.. فالمصلحة العامة تسمو على المصلحة الخاصة لخصيصة كامنة فيها هي قدرة الأفراد كل الأفراد على الانتفاع منها بتوفر شروط الانتفاع لديهم.

وخلاصة الأمر أن اختلاف طبيعة الرابطة استلزمت قانوناً يتشكل على حسب خصائصها ويحمل اسمها.

ذلك أن القاعدة القانونية تتشكل حسب طبيعة الرابطة التي تحكمها أو حسب خصائصها بشكل عام ومن هنا يأتي سر تميز القانون الإداري على غيره من فروع القانون الأخرى.

إذن فعله وأساس هذا القانون هو حماية (المصلحة العامة) مصلحة الطرف الغائب عن هذه العلاقة ومراقبة ممثلة فيها وهو الموظف العام في مارسسته للاختصاص المنوط به وفق ما حددته له إرادة ذلك الشعب مفرغة في ذلك القانون.

ويترتب على ذلك:

- أن يختص بالفصل في المنازعات التي تنشب بشأن هذه الروابط العامة، قضاء متخصص يفهم طبيعة هذه الروابط، ويفهم مقتضيات تلك المصلحة العامة ومتى تغلب على المصالح الخاصة عند الاقتضاء، وأن يختص وحده دون غيره بها حتى لا يعرقل سير الجهاز الإداري.
- أن تقدير وجود الحاجة العامة مسألة مرنة مختلفة بين المجتمعات يعود أمر تقديرها إليها.
- أن وظيفة الدولة بهذا الشمول الناجم عن علة وجودها يقتضي أن يحكم روابطها قانون موحد تتشكل قواعده على حسب طبيعة وخصائص هذه الروابط ويحمل اسمها هو القانون الإداري.

- سقوط التفرقة بين عام وخاص في الروابط العامة، فلا تفرقة بين موظف أو عامل خاص وآخر عام أو موظف سلطة وموظف عادي بل مراكزهم واحدة يحكمها قانون واحد، فلا مرافق إدارية ومرافق خاصة أو عمال مرافق إدارية ومرافق خاصة أو عقود عامة أو إدارية فكلها عقود واحدة تخص تلك الرابطة العامة... إلخ.

وفي الواقع فإن هذا الاتجاه وإن كان - في رأينا قد بين أن علة وجود القانون الإداري وأن مسألة وجود القاضي المتخصص (القضاء الإداري) هو أمر من الأهمية بمكان ليتولى النظر في تطبيق تلك القواعد التي تهدف لتحقيق المصلحة العامة، إلا أنه لم يأت بما يعتبر معياراً لاختصاص ذلك القضاء الإداري ولم يوضح عما إذا كان قد قصد أن هذا الأساس هو ذاته المعيار أم لا؟ وبالتالي تظل الانتقادات الموجهة لفكرة المصلحة العامة كمعيار لاختصاص القضاء الإداري - في رأينا - صحيحة وفي موضعها وما من تأثير لما ذهب إليه هذا الاتجاه عليها.

المبحث السادس

معييار السلطة العامة (امتيازات السلطة العامة)

المطلب الأول

السمات العامة لمعييار السلطة العامة

على أثر تلك التحولات التي طرأت على الحياة الإدارية وظهور أزمة معيار المرفق العام وضرورة حسم مشكلة فصل القانون الخاص عن القانون الإداري وما طرأ على تطور المرافق العامة والمشروعات الإدارية وللتمييز بين المرافق العامة والأنشطة الخاصة أي الخاصة بالأفراد أو المشروعات الإدارية الشبيهة بالمشروعات الخاصة فقد فرضت هذه التحولات توجهات جديدة في القانون الإداري عموماً من بينها ظهور فكرة أو معيار السلطة العامة⁽¹⁾.

ويعتبر أول القائلين بمعييار السلطة العامة - بمفهومها الحالي والذي هجر الفكرة القديمة (التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية) - هو الفقيه الفرنسي الشهير «موريس هوريو»⁽²⁾. ويعتبر من أكبر أقطاب فكرة السلطة العامة في الوقت الراهن الفقيه الفرنسي جورج فيدل، وقد قال وأيد معيار السلطة العامة العديد من فقهاء القانون العام⁽³⁾.

(1) A. De Laubadere, Traite elementair.. Op. Cit, P. 42, 43. A De Laubadere.. Manuel.. Op. Cit, P. 32.

(2) M. Hauriou, Op. Cit, P. 1 - 10 et P. 64. M. Hauriou. Preccis elementaire de droit administrative, Euxieme edition, Recueil Sireys 1930, P. 8 et S et P. 12 et s.

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 64 et s.

كما اعتنقه (Waline) بعد أن عدل عن فكرة المنفعة. المرجع السابق، ص 99، د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 182، د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، القضاء الإداري، ص 184، د. محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 91، وما بعدها، د. محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها، د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 119، د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، ص 52، د. يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 156، 157.

حيث يذهب أنصار معيار السلطة العامة إلى أن القانون الإداري يستمد أساسه في ممارسة السلطة التنفيذية لسلطتها العامة ويتحدد من هذه الممارسة اختصاص القاضي الإداري.

فهناك شرط واحد مرتبط ببعضه ببعض يتمثل في السلطة التنفيذية كممارسة للسلطة العامة كفكرة واحدة يستند عليها القانون الإداري أي تشمل المفهوم العضوي والمادي في آن واحد كأن تبرم الإدارة عقود تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن تستخدم الإدارة تلك السلطة في أثناء ادارتها للمرافق العامة، إذ يتميز بذلك الفرق أيضاً بين المرافق الإدارية وغيرها من المرافق ذات الإدارة الخاصة، كالمرافق الصناعية والتجارية، مع ضرورة الأخذ في الاعتبار أن هذا المفهوم يختلف عن التفرقة القديمة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية حتى تتجنب الأخطاء المرتكبة آنذاك إذ تتفق فكرة السلطة كتفسير للمرافق العامة الإدارية عموماً ومنها النشاط الضبطي أو الأضرار الناتجة عن أعمال الإدارة المادية أثناء ادارتها لهذه المرافق بخلاف المرافق الأخرى والتي يكون نظامها القانوني وفق قواعد ووسائل القانون الخاص كالمرافق الصناعية والتجارية⁽¹⁾.

كما إن معيار السلطة العامة هو الذي يتوافق مع القانون الدستوري الفرنسي والذي قام على أساس مبدأ الفصل بين السلطات واستمر في ذلك، حيث نشأ مع نشأة المبدأ المذكور والذي يهدف إلى إفادة وخدمة السلطة التنفيذية لا المرافق العامة، كما يتفق مع المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي ولا أدل على ذلك من أن السلطة التنفيذية وخصيصاً البوليس لا يقدم خدمات عامة وإنما يميل إلى الأنظمة والتعليمات وبالتالي تميزه وسائل السلطة العامة، كما أن وإن كان حكم بلانكو ذاته قد تمخض عنه معرفة اختصاص القضاء الإداري من خلال أنشطة هذه المرافق العامة فالذي يظهر أن تصرف الدولة كان في هذه المنازعة بوصفها سلطة عامة وذلك من خلال

G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 64 et S et P. 129 et s.

(1)

فكرة «الإدارة العامة» والتي لم يتجاهلها القضاء في سوابقه أيضاً. كما أن العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي تؤكد أن فكرة السلطة هي أساس اختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

إذ أن الظاهر من حكم «terrier» ومن خلال تقرير المفوض «Romieu» أن التفرقة التي ظهرت في حكم بلانكو بين الإدارة العامة والإدارة الخاصة إنما هي ذاتها امتيازات السلطة العامة ولا ندري كيف يدخل معيار المرفق العام وهو أمر بمعزل تماماً عن الفكرة المذكورة⁽²⁾.

فعلى سبيل المثال - كما ذهب إليه ذلك الاتجاه - أن المحدد الرئيسي لفكرة العقود الإدارية هو اشتغالها على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وليس ارتباطها بالمرفق العام، فمعياري تميز العقود الإدارية هو معيار وسائل السلطة العامة «Procedé de puissans publique» وكما هو ملاحظ أيضاً في العديد من الأحكام⁽³⁾.

كما أن امتيازات السلطة العامة هي التي تميز كل من المؤسسات العامة والهيئات الإدارية والمؤسسات الخاصة ذات المنفعة العامة عن المؤسسات الخاصة⁽⁴⁾.

ونحنا جانب من الفقه المصري إلى أن الارتباط الوثيق بين فكرة السلطة العامة والقانون الإداري يرجع كفة معيار السلطة العامة فضلاً عن فشل كافة المعايير الأخرى كأساس لتحديد اختصاص القضاء الإداري، حيث لا تتطابق تلك المعايير مع ما جرى عليه القضاء الإداري أو محكمة التنازع في تحديد

G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 55 et S et P. 129 et P. 138. (1)

Op. Cit, P. 134. (2)

T. C 4 juin 1910, Compagnie d'assurances le soleil, Rec., P. 446, concl. Fewlloey, (3)

C.E. 31 Juillet 1912, Societe de Granits parphyroides des voges, G.A. N. 29, S.

1917. 3. 15, concl. L. Blum, G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 134.

G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit, P. 135. (4)

اختصاص القضاء الإداري، كما أن الإدارة باعتبارها القائمة على تحقيق الصالح العام، تحتاج دائماً إلى قواعد متميزة، عن القانون الخاص، متممة بالسلطة العامة، حتى يمكنها التوفيق بين حاجات الصالح العام وحرريات الأفراد وحقوقهم⁽¹⁾.

ويذهب جانب من مؤيدي معيار السلطة العامة⁽²⁾ بعد أن تردد طويلاً في هذا الرأي - إذ كان يرى أن معياري السلطة العامة والمرفق العام هما أساس القانون الإداري واختصاص القاضي الإداري - إلى أن فكرة السلطة وفكرة السلطة وحدها هي التي يؤسس عليها القانون الإداري واختصاص القاضي الإداري في ظل التدخلات الحالية للدولة في الميادين الاجتماعية والاقتصادية... إلخ.

المطلب الثاني

التقييم الفقهي لمعيار السلطة العامة

لقى معيار السلطة العامة تأييد العديد من الفقهاء - لا تقصد فقط القائلين به - بل من غيرهم - أي بمعنى عدم رفضهم له بالكلية وإنما أكدوا على أنه جدّ مهم لتحديد العديد من الأنشطة الإدارية التي تخضع لاختصاص القضاء الإداري وفي تحديد قواعد القانون الإداري وبغض النظر عما إذا كان ذلك المعيار هو الأساس أم الاستثنائي فمثلاً معيار السلطة العامة له دوره الجد مهم في تحديد العقود الإدارية متمثلة في تلك الشروط الاستثنائية غير

(1) د. محمد بدران، المرجع السابق، ص 182.

(2) د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري، دار المعارف، 1982 ص 103 وما بعدها، وص 159، 160.

مألوفة في قواعد القانون الخاص⁽¹⁾.

إلا أن عدم كمال معيار السلطة العامة يظهر في بعض جوانبه السلبية والتي نفذ منها بعض الفقه لانتقاده.

ذلك أن معيار السلطة العامة لا يعطى تفسيراً مقنعاً للعديد من الحالات التي تطبق فيها قواعد القانون الإداري وبالتالي اختصاص القضاء الإداري ولا تكون هذه المنازعات خاضعة لهذا الاختصاص وذلك القانون وفق معيار السلطة العامة. فتارة - على سبيل المثال - تطبق قواعد القانون العام في بعض الحالات التعاقدية لوجود المنفعة العامة ولا توجد شروط استثنائية غير مألوفة كما في حالة تكليف المتعاقد بتنفيذ أو تسيير المرفق العام. وكذلك في حالات مسؤولية الإدارة عن الحوادث أو الأضرار التي تصيب الأفراد حيث لا علاقة لهذه الحالات وتلك المنازعات بأعمال السلطة العامة رغم كونها منازعات إدارية تطبق عليها قواعد القانون العام⁽²⁾.

بل ونحنا جانب من الفقه الفرنسي⁽³⁾ إلى توجيه نقد شديد وأكثر تفصيلاً إلى فكرة السلطة العامة على عمومها. جاء فيه:

إن هذه الفكرة مرتبطة - في الحقيقة - بنوع من عل الأساطير منذ زمن غابر إذ ترجع أصولها إلى القانون الروماني والإمبراطورية الرومانية التي دلت على أن القانون الإداري هو قانون السلطة. وهو بهذا الوصف يتميز عن القانون المدني، أو الخاص عموماً والذي يعد - أي هذا الأخير - قانون المساواة وفق قاعدة «سلطان الإرادة». ثم انتقلت هذه الفكرة إلى فرنسا

(1) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 44, 45 et s.

د. سليمان الطماوي. مبادئ القانون الإداري. المرجع السابق، ص 18 وما بعدها، د. محمود حافظ. المرجع السابق، ص 292. د. عمرو حسبو. المرجع السابق، الرقابة، ص 158.

(2) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 99-101.

(3) G. Braibant, Op. Cit., P. 167-170.

والى ذات هذه الانتقادات تقريباً ذهب:

J.Rivero, Exis-T-II un critere du droit administratif, Op. Cit., P. 279 et s.

بواسطة رجال القانون في ظل النظام القديم، وبمفاهيم «نابليونية» وتعني ما يلي:

- أن الدولة في مرتبة أسمى وأعلى من الأفراد، ذلك أن القانون الإداري هو قانون يحكم علاقات الدولة والهيئات العامة والأفراد فهو القانون المعبر عن هذا السمو.

- أن الأفراد متساوون فيما بينهم، ومن نتاج ذلك أن القانون الخاص يعبر عن تلك العلاقات الفردية المتساوية.

وبالتالي فذلك الوصف على - حد تعتبر ذلك الرأي - بعيد عن الحقيقة على الإطلاق ويعتبر غير صحيح حالياً، للعديد من الأسباب الواقعية والقانونية⁽¹⁾ يمكن إيجازها فيما يلي:

ففيما يتعلق بالأسباب الواقعية: - ينبغي ملاحظة - وخصوصاً في العصر الحالي - أن في النصف الثاني من القرن العشرين ظهرت منظمات جد كبيرة خلاف الدولة والهيئات العامة، وقد أصبحت بها أي بهذه المنظمات الخاصة تطورت واسعة النطاق تعتبر أكبر من أهميتها من تلك الهيئات العامة، وبالتالي ففكرة سمو الإدارة تؤدي في حد ذاتها إلى نزاع وجدل، فلا يظهر ذلك السمو ولا تلك السلطة ضرورية فيها أو في العلاقات بين هذه المنظمات الخاصة والهيئات العامة.

أما الحديث عن المساواة بين الأفراد في ظل القانون الخاص الذي ينظم تلك العلاقات، إنما كانت مساواة شكلية وليست حقيقية (Une egalite formelle et non pas une eagalite réelle) ذلك أن هناك العديد من الأمثلة في العلاقات القانونية الخاصة وغير المتساوية، كما هي بين صاحب العمل

(1) إذ يقول هذا الجانب الفقهي في ذلك ما يلي نصه:

Ce Schéma n'a jamais correspondu tout a fait à la réalité et il est aujourd'hui largement inexact pour des raisons de fait et pour des raisons de droit G. Braibant, Op. Cit., P. 167

والعمال، أو بين المالك والمستأجر أو الناقل والمنقول أو الضامن والمضمون، فكافة هذه العلاقات غير متساوية، ومثالها أيضاً عقود الإذعان التي لا يناقشها المتعاقد الثاني إذ يكون الأول عادة فرض إرادته على الثاني، كما في الشروط التي تضعها شركات التأمين مسبقاً في العقود التي تعدها سلفاً أو في تذاكر النقل أو نحو ذلك وبالتالي فعدم المساواة الذي يبدو في قواعد القانون الإداري هي موجودة أيضاً في القانون الخاص.

بل يمكن القول إن الإدارة قد يكون لديها بعض الصلاحيات أو الامتيازات أو السلطات في بعض المجالات ولكنها تشكل قيوداً عليها بخلاف السلطات التي تملكها المؤسسات الخاصة ولا تشكل قيوداً عليها، فالإدارة مثلها لا يمكنها أن تفصل الموظف بذات السهولة التي يفصل بها صاحب العمل أجيره.

أمّا فيما يتعلق بالأسباب القانونية: - فإن صيغ وعبارات السلطة العامة وعناصرها لا تعكس الصورة السليمة للحقيقة، فالقانون الإداري كما هو قانون الامتيازات والسلطات فهو أيضاً قانون التبعات (Le droit administratif n'est pas seulement un droit de prerogatives c'est aussi un droit de sujétions) فلا يمكن في الواقع وسم القانون الإداري لتمييزه عن القانون المدني وروابطه - بواسطة السلطات الكبيرة والامتيازات الخاصة المقررة لمصلحة الإدارة، فالإدارة أيضاً ملزمة ومقيدة بتبعات ومسؤوليات وإجراءات محددة كأن تكون - على سبيل المثال - ملزمة بأن تبيع منتجاتها بإجراءات محددة، لا على من تريد كما يفعل الأفراد العاديين، كما لا يمكنها أن تختار بحرية المتعاملين معها عموماً. بل هناك إجراءات محددة سلفاً كالمناقصات أو المزايدات.

فمثلاً فيما يتعلق بالعقود أن إذا كان لها امتيازات وصلاحيات بأن تضمنها شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص إلا أنها قد تتعرض لتبعات وقيود ما، كالتعويض عن الظروف الطارئة.

وعموماً فإن السلطات والتبعات غير مطلقة بل مقيدة، من أجل

استخلاص قواعد ومبادئ أساسية تتعلق بالقانون الإداري⁽¹⁾.

وينتقد رأي آخر من الفقه المصري⁽²⁾ معيار السلطة العامة ذاهباً إلى أن معنى السلطة في الأصل هو التسلط اشتقاقاً لغوياً. وبأن الفقهاء يعرفونها بأنها قدرة ذاتية في صاحبها أصلية غير مشتقة تمكن صاحبها من أن يقول للشيء المتسلط عليه كن فيكون، وبالتالي لا يمكن قبول ذلك المصطلح، ويجب رفضه بكافة مدلولاته ونرفض أن تكون العلاقة بين الدولة والمواطنين (مؤسسيها) أساسها هذه السلطة، وهي بهذا المعنى لا تكون إلا لله سبحانه وتعالى وأن الدولة بأصل شرعيتها وعلة وجودها بكل أجهزتها إنما تمارس فقط اختصاصات محددة أي ليست سلطة وإدارة تعلق وإنما هي اختصاصات وصلاحيات محددة حسب هذه الشرعية وتلك العلة.

فمدرسة السلطة ظنت خطأ - كما يعبر ذلك الرأي - أن الدولة بمرافقتها إنما قاسمها المشترك هو الأمر والنهي فقط بل وشطرت الدولة إلى شطرين أحدهما وظيفة الأمر والنهي أي كسلطة عامة والثاني كإدارة عادية مثلها مثل الأفراد في تصرفاتها. وبالتالي فهناك - عندهم دوميين عام مملوك للدولة ملكية عامة ودوميين خاص مملوك لها ملكية خاصة. وكذلك موظف عام وآخر خاص ولكل منهما مركزاً مغايراً للآخر. وكذلك بين عقود الإدارة عقود عامة وأخرى خاصة وهكذا...

فالصحيح أن الدولة مرتبطة بعلة وأصبحت من أجلها أي معلولة لعله هي التجمع الإنساني المعلول لعله هي إشباع حاجاته العامة فتكونت بذلك روابط عامة لمصالح عامة هي قواعد القانون الإداري بلا أية تفرقة في المراكز أو المسؤولية أو المال... إلخ وبالجمله تسقط أي تفرقة في تصرفات الإدارة أقامها

(1) إذ يقول G. Braibant، في هذا الصدد ما يلي نصه:

Meme si la distinction entre prerogatives et sujctions n'est pas absolue, elle peut neanmoins etre retenue pour degager les principes fondamentaux du droit du administratif, Op. Cit., P. 170.

(2) د. حماد شطا، المرجع السابق، ص 119 وما بعدها.

الفقه وأسست عليها قواعد القانون العام والعلوم الإدارية في هذا الصدد⁽¹⁾.

وفي رأينا - وبناءً على الانتقادات السابقة - أنَّ فكرة السلطة لا تعني أكثر من الاختصاصات الممنوحة للإدارة. وأنَّ ذلك المصطلح لا يمكن أن يعني به في مجال القانون الإداري التسلط. بل هي الصلاحيات كنوع من القواعد التي تحكم أنشطة الإدارة يقابلها القيود كقواعد أخرى على الإدارة وليست معياراً كاملاً يحوي كافة قواعد القانون الإداري والمنازعات الإدارية.

كما أنَّ بعض الأفراد أو المؤسسات الخاصة (كالملتزم) قد يمنحها القانون الإداري سلطة عامة لممارسة مهامها، أي تكون كالإدارة تماماً في تصرفها بوصفها سلطة عامة ولا تخضع تلك المؤسسات في نزاعاتها مع الأفراد مثلاً للقضاء الإداري رغم أنَّ تصرفات تلك المؤسسات الخاصة بناءً على ما لديها من سلطة عامة⁽²⁾.

إضافة إلى أنَّ فقه معيار السلطة لم يبيِّن أصلاً مفهوم ومدلول ذلك المعيار بحال من الأحوال وإنَّما اكتفى ببيان ذلك بمجرد الأمثلة البحتة التي لا يمكن أن يفهم منها مدلوله أو مدى كونه معيار لاختصاص القاضي الإداري. فضلاً عما سلف من انتقادات حادة قابلها ذلك المعيار. ممَّا يمكن القطع معه بعدم صلاحية ذلك المعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، إذ أنَّه وكما ذهب البعض⁽³⁾ - وبحق - أنَّه معيار ضيق جداً لا يستوعب كافة قواعد القانون الإداري وأنشطة الإدارة ومنازعاتها.

وفي رأينا الخاص أيضاً أنَّ معيار السلطة العامة لم ولن يتأتى منه - وفق مفهومه السابق - ما يبرر اعتباره ما سمي بالتصرفات العادية أنَّها ليست صلاحيات واختصاصات للإدارة أو أنَّها ليست ضمن هذه السلطات العامة أياً كان مفهومها أو معناها، وبالتالي يمكن القطع - في رأينا عدم صلاحية ذلك المعيار في تحديد اختصاص القضاء الإداري.

(1) د. حماد محمد شطا، المرجع السابق، ص 122 - 127.

(2) A. De Laubadere, 'Traite elementaire.. Op. Cit., P. 47.

(3) J. Rivero, Existe - T - il un critere du droit administratif, Op. Cit., P. 289.

المبحث الثاني

إعادة تقييم وتقويم معيار المرفق العام (المعيار المختلط)

تمهيد وتقسيم:

إذا كان قد انتهى بنا المطاف فيما يتعلق معيار المرفق العام إلى أنه واجهته أزمة وانتقادات خطيرة، فإن القول بأن معيار المرفق العام قد هجر تماماً بعد تلك الأزمة وتلك الانتقادات يكون في غير محله، حيث استمر النقاش والجدل حول مدى أهمية هذا المعيار وإعادة تقييمه من جديد انتهت بتقويم عوج ذلك المعيار بإضافة معايير أخرى مكمل له، وهذا ما سنتناوله مفصلاً في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: معيار المرفق العام هو المعيار الأساسي ويحتاج إلى معيار مكمل.

المطلب الثاني: المعيار المكمل هو معيار الإدارة العامة للمرافق العامة.

المطلب الثالث: المعيار المكمل هو معيار السلطة العامة.

المطلب الرابع: نقد معيار المرفق العام بعد التقويم.

المطلب الأول

معيار المرفق العام هو المعيار الأساسي ويحتاج إلى معيار مكمل

(إعادة التقييم)

إذا كان معيار المرفق العام قد برز كمعيار وضابط محدد لاختصاص القضاء الإداري وكمجال لتطبيق قواعد القانون الإداري وكانت بداية نشأته الأولى قضائية

بحثة، وأنَّ الفقه قد عزز هذا المعيار واعتقه وحياه بالاهتمام وجعله المعيار الأكثر رسوخاً وبنى عليه جل نظريات ومبادئ وقواعد القانون الإداري.

وإذا كان التطور الذي جدَّ في الحياة الإدارية والتحويلات الحديثة وغيره من الأسباب السالفة الذكر قد عرضت المعيار المذكور للأزمة التي قد رأيناها وجعلته يصل إلى حد بعيد من التدني لدرجة القول بعدم فائدته ولدرجة تصريح أنصاره ومؤيديه معاصري تلك العاصفة وهذه الأزمة التي مر بها معيار المرفق العام - أنه فعلاً لا يكفي كمعيار واحد وكضابط بعينه لتحديد اختصاص القضاء الإداري...

فإنَّ أنصاره هؤلاء الفقهاء قد سعوا لتأكيد بقاءه في لعب الدور المهم في تحديد اختصاص القضاء الإداري وأنه الذي تُبنى عليه جل قواعد ونظريات القانون الإداري - وأنَّ تلك الأزمة لا تعني إبطال النظرية التقليدية لمعيار المرفق العام وإنما يلزمها فقط التقويم والضبط والإصلاح⁽¹⁾.

حيث يذهب هذا الجانب من الفقه⁽²⁾ إلى أنَّ معيار المرفق العام له أيضاً مكانته الحالية في حقل تطبيق النظام الإداري ويلعب دور جدَّ مهم في المنهج الإداري وبالتالي فهو مستمر في المكانة المرسومة له أي يظل معيار المرفق العام هو الإطار العام الذي بداخله تطبق قواعد ونظريات القانون الإداري ولا أدل على ذلك من استمرار القضاء في النظر إلى النزاعات المتعلقة بنشاط مرفق عام إلى أنها تخضع لاختصاص القضاء الإداري.

فكما بدأت نظرية المرفق العام قضائية - في استدلال الاتجاه المذكور

(1) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit., P. 44 et s. A. De Laubadere.. (1) Manucl., Op. Cit., 1988, P. 27, 28, P. 27, 28, P. Parini, Op. Cit., P. 166-168.

د. سليمان الطماوي. مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 16 وما بعدها، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 48 وما بعدها، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 74 وما بعدها، د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 292 وما بعدها.

(2) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit., P. 44 et s, et P. 291. (2)

د. سليمان الطماوي. مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 15، 16.

A. De Laubadere, Manuel..., Op. Cit., P. 28. P. Parini, Op. Cit., P. 167, 168

- فهي ما زالت قضائية حتى الآن، حيث على الرغم من الانتقادات الموجهة لمعيار المرفق العام وأزمته السالفة الذكر فإن مجلس الدولة الفرنسي ما زال مستمراً بالاستشهاد في أحكامه الحالية بمعيار المرفق العام وعلى اختصاصه بهذه المنازعات (Persistance de la reference à la notion de service public dans la jurisprudence actuelle) مع اعتبار التطور الذي طرأ عليه أي بالنظر إلى الأساليب المختلفة التي تلجأ لها الإدارة وهي بصدد تسيير هذه المرافق العامة بل ويرى هذا الاتجاه أن أشد خصوم ومعارضين نظرية المرفق العام قد أقروا باستمرارية القضاء في ترديد معيار المرفق العام.

ويرى أيضاً⁽¹⁾ أنه إذا كان العديد من الفقهاء يأملون في المعايير للاستعاضة بها عن معيار المرفق العام بالكلية لزعيمهم أن معيار المرفق العام لا يلعب أي دور البتة في مجال تحديد اختصاص القضاء الإداري أو حتى كحقل لتطبيق قواعد القانون الإداري بل ويرون أنه إذا استمر مجلس الدولة ومحكمة التنازع في ترديد هذا المعيار أو التحويل عليه فسوف لا يربطهم بالحقبة أي نتائج قانونية... فإن الإقصاء الجذري لفكرة المرفق العام لا يتفق مع ذلك القانون الإداري باعتباره قانوناً قضائياً استعمله القضاء في مجال اختصاص القضاء الإداري بناءً على معيار المرفق العام بما يدل على أهميته العملية وأنه ليس معيار لفظي.

وقد خصص رأي⁽²⁾ هذا القول وزاده وضوحاً ذاهباً إلى أن معيار المرفق - وإن كان له صدى لحالة فرنسا الإدارية والاجتماعية حين باتت به «مدرسة المرفق العام» وأدى واجبه على أكمل وجه حين ما كان من السهل التمييز بين نشاط الإدارة الذي يتسم بصفة المرفق العام وبين نشاطها ونشاط الأفراد الذي لا يتميز بهذه الصفة وأن حاله ظل هكذا إلى أن أصبحت التطورات الحديثة وتغيرت صورته التقليدية وواجه الأزمة السالفة الذكر... فإنه أي معيار المرفق العام لعب وما زال يلعب الدور المتعدد الجوانب.

(1) A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit., P. 48, Manuel.. Op. Cit., P.291.

(2) د. سليمان الطماوي. مبادئ انقانون الإداري، المرجع السابق، ص 15، 16 وما بعدها، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 50، 51.

- فهو معيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري من جانب.
 - وهو أساس تقوم عليه نظريات القانون الإداري، كما يبرر قواعده وأحكامه من جانب آخر.
 - وهو وسيلة لتحقيق تدخل الإدارة وتنظيم نشاطها من جانب ثالث.
- وبالتالي فإذا كان الهجوم الفقهي ينصب على دور المرفق في تحديد اختصاص القضاء الإداري وهو الدور البارز عملاً فإن أحداً لا يمكنه إنكار كل فائدة للمرفق العام تؤدي دورها كاملاً في هذين المجالين ومن ينكر ذلك فإنما يتكرر لكافة قواعد القانون العام، والتي بنيت - وما تزال - على أساس الأحكام الضابطة لسير المرافق العامة.

وبالتالي فعند هذا الاتجاه⁽¹⁾ ومن شايعة⁽²⁾ أنه لا مناص ولا مفر من

(1) A. De Laubadere.. Manuel..., Op. Cit., P. 28, P. Parini, Op. Cit., P. 168, A. De Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit., P. 47, 48 et s.

حيث يقول في ذات المرجع، ص 291 ما يلي نصه حرفياً:
 «Il est bien virai, .. que la prise en ce du service public n'est plus aujourd'hui un condition suffisante pour que la juridiction administrative soit competente, mais elle demeure une condition necessaire pour qu'un activite administrative releve de cette juridiction».

وقال ص 47:

«On est ainsi conduit à la recherche de criteres nouveaux complementaires».
 - د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 21، 22، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 50، 51، 52 وما بعدها؛ د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 294. ولكن المعيار المكمل عندهما هو معيار السلطة العامة.

(2) J. Rivero, Droit administratif, Op. Cit., P. 211, J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 330, 333.

ولكن لا يشكل عندهم معيار المرفق العام سوى أنه عنصر ضروري للمعيار العام للاختصاص.

قبول واعتبار معيار المرفق العام في مجال تحديد اختصاص القضاء الإداري وفي حقل تطبيق قواعد القانون الإداري ومبادئه ونظرياته كشرط رئيسي «Une condition necessaire» لاختصاص القضاء الإداري وإن كان شرط غير كاف «Un condition suffisante» أي يمكن تقويمه فقط بإضافة معايير أخرى مكملية وجابرة لهذا النقص وعدم الكمال.

المطلب الثاني

المعيار المكمل هو معيار الإدارة العامة للمرافق العامة⁽¹⁾

إنَّ المعيار المكمل عند البعض⁽²⁾، مستنبط ومستخرج من فكرة الإدارة العامة «Le critere complementaire tire de l'idee de la gestion publique».

ذلك أنَّه إذا كانت فكرة المرفق العام ليست كافية كمعيار لاختصاص القضاء الإداري وكأساس للقانون الإداري فإنَّ ذلك ممكن باستنباط معيار

(1) نلفت الانتباه إلى أن كافة ما سنسوقه هنا يتعلق فقط بما ورد في ذلك كنظريات أو معايير عامة فقط، ففهيئة كانت أم قضائية لأن الجانب التطبيقي لذلك كله يقع في القسم الثاني من هذه الدراسة.

(2) A. De Laubadere... Traite elementaire... Op. Cit., P. 48.

حيث هذه هي ألفاظ الفقيه بعينها وحرفيتها في النص التالي:
«Ce critere, parait resider aujourd'hui dans la notion de gestion publique, expression opposee à celle de gestion privé.» A. De Laubadere.. Manuel.. Op. Cit., P. 28.

- الجدير بالذكر أنَّ هناك من يرى أنَّ التفرقة هذه إنما هي معيار مستقل قد اعتنقه وطبقه القضاء ويسمى بمعيار الإدارة العامة أي أنَّ الإدارة قد تلجأ إلى وسائل القانون الخاص في إدارتها للمرافق العامة فتلك الإدارة الخاصة التي تناقض الإدارة العامة وهي سمة لمعيار السلطة العامة عند هؤلاء.

G. Vedel et P. Delvolle, Op. Cit., P. 128 et s.

متمم ومكمل له، وهذا المعيار يتمثل في فكرة الإدارة العامة والتي تختلف وتتعارض مع فكرة الإدارة العادية، وبمعنى أكثر وضوحاً أن الإدارة العامة للمرافق العامة هي إدارة المرافق العامة وفق قواعد ونظريات القانون العام والتي تناقض تماماً إدارة المرافق العامة بواسطة الوسائل والطرق التي تدار بها المؤسسات الخاصة أي وسائل القانون الخاص.

ويرى ذلك الاتجاه⁽¹⁾ أن ليس المقصود هنا بمعيار الإدارة العامة المكمل حالياً هو ما يتناقض أو يتعارض مع ما سبق واسميناه الأنشطة الخاصة للإدارة، بل الإدارة العامة للمرافق العامة تعني هنا إدارة المرافق ذاتها لا الأنشطة أو التصرفات العادية للإدارة حيث هناك سمات خاصة بتلك الإدارة العامة التي يختص بها القاضي الإداري وسمات خاصة بالإدارة الخاصة التي يختص بها القاضي العادي، وعموماً فقد تطورت هذه الإدارة الخاصة حتى امتدت وشملت مرافق بكاملها.

أي أن فكرة الإدارة العامة كمعيار يبدو ظاهراً من خلال النمط والأسلوب العام وبالتحديد في الطبيعة غير المألوفة أو الاستثنائية (Exorbitant) لتلك الإدارة العامة إذا ما قورنت بالإدارة الخاصة أي بالأنظمة المتعلقة بإدارة الأنشطة الخاصة⁽²⁾.

كما أن التمييز بين المرافق العامة وأنشطة الإدارة العادية ظل العمل به مستمراً بجانب ذلك التمييز الجديد والذي صحح وضبط ذلك التمييز السابق⁽³⁾.
إذاً فالإدارة العامة للمرافق العامة التي تستعمل فيها وسائل وسمات

(1) A. De Laubadere... Traite elementaire.. Op. Cit., P. 294.

حيث يقول في ذلك ما يلي نصه:

On distingue de plus aujourd'hui une gestion publique et une gestion privée des services publics. il ne s'agit plus ici de gestion privée par opposition au service public «C'est -à-dire de ce que nous avons appelé l'activité privée de l'administration, mais de gestion privée à l'occasion du service public».

(2) A. De Laubadere... Traite elementaire.. Op. Cit., P. 48, 49, et P. 294.

(3) A. De Laubadere... Traite elementaire.. Op. Cit., P. 283.

القانون العام هي مجال اختصاص القاضي الإداري والإدارة الخاصة للمرافق العامة التي يعني بها إدارة خاصة أي وسائل وسمات إدارة المنشآت الخاصة والقانون الخاص في كامل المرفق العام وصورتها الواضحة هي المرافق الصناعية أو التجارية تخضع لاختصاص القاضي العادي⁽¹⁾.

وبالتالي فالقاعدة أو النظرية العامة التي تصلح كأساس لإنفاذ الاختصاص للقضاء العادي بالمنازعات المتعلقة بالمرافق العامة ذات الإدارة الخاصة أو لإنفاذ الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالمرافق العامة ذات الإدارة العامة للقضاء الإداري ألا وهي مدى التماثل أو عدم التماثل (la ressemblance ou dissemblance) في إدارة هذه المرافق مع المشروعات الخاصة التي تسعى إلى ذات الهدف وتمارس نفس النشاط⁽²⁾.

فهذه المسألة واجهت تطور ومبادئ قضائية وعلى الأخص من قبل محكمة التنازع الفرنسية حيث تقضي بخضوع المرافق الصناعية والتجارية لقواعد القانون الخاص ولإختصاص القضاء العادي. كذلك في المرافق ذات الهدف الاجتماعي⁽³⁾.

(1) A. De Laubadere... Traite elementaire.. Op. Cit., P. 294, 295.

حيث يتفق الفقه على أن الإدارة الخاصة المضادة للإدارة العامة مثالها المرافق الصناعية والتجارية كما ذهب إلى ذلك «فالين» المرجع السابق، ص 125.

(2) A. De Laubadere, Manuel.. Op. Cit., P. 28, 29.

حيث يقول في ذلك ما يلي نصه حرفياً:

«L'idée general que sert de fondement à la compétence judiciaire est que les services industriels ou commerciaux fonctionnent dans des corditions analogues à celles des entreprises similaires particuliers».

ويقول عن كونها نظرية عامة. اعتنقها القضاء ما يلي:

«D'une maniere generale, le critere utilise par la jurisprudence est celui de la ressemblance ou dissemblance du service public interesse avec les entereprises privees a objet similaire».

Op. Cit., P. 297. (3)

وعند أصحاب ذلك المعيار⁽¹⁾ أيضاً أنه إذا كان القضاء قد لجأ حالياً إلى فكرة وطبيعة المسائل المعروضة أي فكرة ربط الاختصاص بالموضوع (معيار القانون الواجب التطبيق) بمعنى أن القاضي الإداري هو المختص إذا كانت تلك المسائل تثير وتتعلق بقواعد القانون العام، وأن القاضي العادي هو المختص إذا كانت تتعلق بقواعد القانون الخاص فإنها تعتبر أيضاً معيار مكمل لمعيار المرفق العام بجانب فكرة الإدارة العامة مؤازراً أو موازياً لها (parrllement ou critere de la gestion publique).

ويؤيد الفقيه الفرنسي (Ch. Eisenmann) فكرة التمييز بين الإدارة العامة والإدارة الخاصة، وإن كان لا يعترف بفكرة المرفق العام ولا بفقه ذلك المذهب ويرى أنه خطأ في إسناد أساس القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري إليها مستعيناً بفكرة القانون الواجب التطبيق، إذ يعتبر فكرة التمييز بين الإدارة العامة والخاصة والتي أساسها استنتاجات (روميو في حكم تيري) (L'arret terriêr) والتي سبق وأن كشف عنها الستار هوريو تساعد في تطبيق معيار القانون الواجب التطبيق⁽²⁾.

ويؤيد جانب من الفقه المصري معيار المرافق العام القائم على فكرة الإدارة العامة حيث يقول إن فكرة المرافق العام هي أفضل المعايير ولكن لا تكفي بمفردها بل يجب أن يكون معها فكرة الإدارة العامة أي استعمال وسائل القانون العام⁽³⁾.

(1) Op. Cit., P. 297.

(2) Op. Cit., P. 761 et s. Ch. Eismann, Op. Cit., P. 12 et s. P. 303, et s.

(3) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 63، 64، وإلى ذات الاتجاه ذهب د. بكر القباني، القانون الإداري الكويتي، ص 63؛ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 95، 96؛ د. عمرو حسبو، المرجع السابق، الرقابة... ص 185. وبعض الفقه المصري يفسر وسائل وسلطات القانون العام على أنها الإدارة العامة كما هو أعلاه أو أنها السلطة العامة كما عند د. زكي النجار، مبادئ القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 181، كما هو عند: G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 128 et s.

كما يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ أنَّ القضاء قد حاول وضع معيار أو نظرية عامة لتحديد تلك المرافق التجارية أو الصناعية التي تمثل السواد الأعظم لحالات الإدارة الخاصة الخارجة عن اختصاص القضاء الإداري والتي تمثل الصورة العكسية لفكرة الإدارة العامة.

ومن المعايير التي جاءت في هذا الصدد معيار الأجر أو الربح أو معيار طبيعة العمل أو النشاط بجانب معيار مماثلة (Identiques) المرفق في إدارته ونشاطه للمشروعات الخاصة - السالف الذكر - وهذه المعايير قد طبقت كلها بواسطة مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسيين⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر أنَّ تلك المعايير منتقدة من جهة كونها غير محددة بدقة لتلك المرافق فلم تحل كافة العناصر والحقائق القانونية التي تكونت فيها تلك المرافق وبالتالي فهي مجرد معايير تحكمية بحتة علاوة على أنَّ ذلك المعيار الأخير يخلط بين المرافق العامة الصناعية والتجارية والمؤسسات العامة التجارية والصناعية⁽³⁾.

وعلى أية حال فإنَّ الفقه يكاد يجمع على أنَّ ليس هناك معيار أو نظرية عامة يمكن اعتمادها لتحديد تلك المرافق الصناعية والتجارية أو حتى الاجتماعية أو المهنية⁽⁴⁾.

(1) F.P. Benoit, Op. Cit., P. 791 et s, F. Chouvel, T.Lambert et D. Pelissier, Op. Cit., P. 34.

(2) F.P. Benoit, Op. Cit., P. 792 et s.

فقد استدل بالعديد من الأحكام الصادرة في هذا الصدد، والتي نكتفي هنا بإيراد تلك الإشارة لما يشكل نظرية أو معيار عام يخدم النظرية العامة لضوابط اختصاص القضاء الإداري محل البحث على أن نرد تلك مفصلاً بعون الله تعالى - في القسم التطبيقي.

(3) Op. Cit., P. 792 et s.

(4) F. Chouvel, T. Lambert et D. Pelissier, Op. Cit., P. 34 et s. M. Waline, Op. Cit.,

P. 125, F.P. Benoit, Op. Cit., P. 798 et P. 803 et s. G. Vedel et P. Delevolve, OP. Cit., P. 139 et s.

وفيما يلي مقتطفات من تلك المذاهب التي توضح ذلك الاتجاه.

فذلك جانب يرى أن عموم تلك المبادئ التي اعتنقها القضاء الفرنسي في هذا الصدد ما هي إلى توجيهات عامة قامت على أساس مبادئ المرفق العام ثم وضعت عليها استثناءات ثم استثناءات على الاستثناءات وهكذا (مما يجعل معيار الاختصاص يظهر معقداً جداً وعلى الخصوص فيما يتعلق بذلك النوع من المرافق)⁽¹⁾.

وهذا الفقيه⁽²⁾ M. Wline لم يكتفِ فقط بنقد معيار المرفق العام أو أنه معيار ذو معنى مزيف منتحل أو حتى معيار لاغي. بل ولا بفكرة الفقيه «أندريه دبلوبدير» السابقة القائلة بأن معيار الإدارة العامة مكمل لمعيار المرفق.

ويذهب أيضاً إلى أن المرافق الصناعية والتجارية (المرافق ذات الإدارة الخاصة) يعتبر من غير المعروف معيارها ولا دليلها أيضاً اللهم إلا أفكار تقريبية تم تكوينها من خلال أحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسيين.

وبالتالي نراه يزيد الأمر وضوحاً فيما يتعلق بالمرافق المهنية أو الطائفية عندما يقول إن المشكلة في هذا الصدد مشكلة عويصة - أي في خضوعها لاختصاص القضاء العادي أم لاختصاص القضاء الإداري.

بل بذل جهد كبير حول هذه المشكلة وذكر أن الأمر يلزمه إنشاء فرع قانوني ثالث بين القانون العام والقانون الخاص اقترح تسميته «قانون المهنة (Droit professionnel)» إلا أن هذا المشروع قد أخفق بسبب عدم وجود قضاء متخصص يقوم بهذا الدور، إذ أن العجيب في الأمر أن فالين يقرر أن أي فرع قانون لا يمكنهم أن يتطور ويكون له استقلاله إلا بجهة قضاء مستقلة عن جهات القضاء الأخرى أي محاكم ابتدائية ثم محاكم عليا وأن الوضع المشتت لهذه المرافق بين مجلس الدولة

(1) F. Chouvel, T. Lambert de D. Pelissier, Op. Cit., P. 34 et s, G. Vedel et P. Dele-
volve, Op. Cit., P. 139 et s.

(2) M. Waline, Droit administratif, Op. Cit., P. 72 et s, et P. 125.

ومحكمة النقض لا يمكن أن يحل بدون وضع قانون المهنة وقضاء خاص لهذا النوع من المرافق هو قضاء المهنة «Juridiction professionnelle»⁽¹⁾.

ويؤيد هذه الانتقادات الفقيه الفرنسي⁽²⁾ (Benoit) ذاهباً إلى أن ليس هناك تحديد فقهي صحيح يمكن التعويل عليه كمعيار للمرافق الصناعية أو التجارية، وحتى عند لجوئنا إلى الأحكام القضائية، نصطدم باستحالة الخلاص إلى تحديد سليم لتلك المرافق «Impossibilité de dégager une définition de service public industriel ou commercial» (بل أن ذلك الاتجاه القضائي معقد جداً في هذه الصدد «Ce régime jurisprudentiel est extrêmement complexe» وذات الوضع ينطبق على المرافق الاجتماعية حيث تسقط في الجميع فرية التحديد أو التمييز إذ لا مميز ولا محدد صحيح في ذلك بل يرى أن تلك المرافق جميعها مرافق عامة إدارية تهدف إلى المصلحة العامة وامتيازات السلطة العامة وهذا ما يفسر أن هذه المرافق لا تتماثل مطلقاً مع المشروعات الخاصة.

المطلب الثالث

المعيار المكمل هو معيار السلطة العامة

في الواقع ذهب العديد من الفقهاء إلى أن المعيار المكمل لمعيار المرفق العام هو معيار السلطة العامة. وإن كان الخلاف قد احتدم بين هؤلاء حول أي من المعيارين هو الأولي بالاعتبار والتقديم على الآخر وعلى خلاف بينهم أيضاً حول مبررات التقديم. وذلك ما سيتضح لنا من خلال الآراء الفقهية التالية:

(1) M. Waline, Op. Cit., P.34, 35.

(2) F.P. Benoit, Op. Cit., P. 796 et s et P. 799 et s, et P. 803 et s, et P. 806-811.

ذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أن هناك اتجاهات قضائية نحو جعل المعيار المكمل لمعيار المرفق العام هو معيار السلطة العامة؛ لأنَّ هناك فكرة حديثة تتمثل في الجمع بين معياري المرفق العام والسلطة العامة، ذلك أنَّ القضاء قد استعمل في أحكام حديثة له معيار المرفق العام متعرفاً عليه ومستترشداً بما يسمى حزمة الدلالات أو الأمارات «Mosaïque du service public». عموماً أنَّ الملاحظ أنَّه طبق هذا المعيار هكذا بجوار معيار السلطة العامة مع أفضلية معيار المرفق العام⁽²⁾.

كما أنَّ جانب كبير من الفقه المصري الذي يؤيد معيار المرفق العام⁽³⁾ - ذهب إلى أنَّ علاج عور معيار المرفق العام إنما يكمن بالفعل في معيار السلطة العامة كمعيار مكمل لمعيار المرفق العام.

حيث يذهب العميد سليمان الطماوي في ذلك إلى القول⁽⁴⁾: «إنَّ السلطة هي وسيلة في يد الإدارة تستعملها لتحقيق المصلحة العامة ولكنها ليست مجبرة على أن تلجأ إلى عنصر السلطان باستمرار... وأن فكرة السيادة والسلطان كطابع مميز للقانون الإداري هي عندنا وقوف عند الوسيلة دون الوصول إلى الغاية. فمعظم قواعد القانون الإداري تتسم حقيقة بالسلطان، ولكن سلطان الدولة ليس بغاية في ذاته وما هو إلا وسيلة ناجعة لتحقيق خير الجماعة بشتى الطرق، وأهمها في الوقت الحاضر المرافق العامة، وهكذا نرى أنَّ إرجاع واجبات الإدارة وامتيازاتها إلى هذه الغاية الواضحة، خير من

(1) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 44, 45.

(2) Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 44, 45.

(3) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها؛ الأسس العامة للمعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 74 وما بعدها؛ د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 292 وما بعدها؛ أستاذنا الدكتور محمد السناري، المرجع السابق، ص 31 - 34، د. عاطف البنا، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها؛ د. محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، ص 45، 47؛ د. طعيمة الجزف، القانون الإداري 1978، ص 93؛ د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 37، وما بعدها.

(4) مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 37، وما بعدها.

الوقوف بها عند صفة الإدارة الآمرة.

وأخيراً فإنَّ الفكرتان متكاملتان ولا تستبعد إحداهما الأخرى وإذا كان الفقيه هوريو⁽¹⁾ قد رجح الوسيلة على الغاية فإننا نؤثر العكس.

ومع إضافة بعض التعليقات والمبررات الأخرى لترجيح معيار المرفق العام - يقول الأستاذ الدكتور محمود حافظ⁽²⁾: وفي اعتقادنا أنَّ فكرة المرفق العام وقت أن اتخذت معياراً لاختصاص القضاء الإداري، كانت في الحقيقة تتضمن عنصر السلطة. ولكنه كان كامناً مستتراً لم يصرح القضاء باشتراطه. نظراً لأنَّ الأغلبية الساحقة من المرافق العامة حينذاك كانت مرافق إدارية منطوية على استخدام أساليب القانون العام ومطبوعة بطابع السلطة العامة. وحتى بالنسبة للمرافق الاقتصادية القليلة التي كانت تديرها الدولة كان طابع السلطة العامة هو الغالب فيها.

أمَّا بعد التطور الاقتصادي منذ الحرب العالمية الأولى فقد ظهرت وتكاثرت المرافق العامة الاقتصادية التي يغلب فيها طابع المشروعات الخاصة. والتي استخدمت أساليب هذه المشروعات في الإدارة والاستغلال، لذلك كان من الطبيعي أن يضاف إلى المعيار القديم شرط استخدام أساليب القانون العام.

وفي الواقع ليست هذه إضافة جديدة بالمعنى الصحيح وإنما هي إبراز لعنصر كان كامناً وكشف عن طابع كان مستتراً. وتصريح بشرط كان ضمنياً، ولهذا نعتقد أنَّ معيار المرفق العام هو لم يتغير ولم يضعف، وأنَّه ما زال محتفظاً بكل قيمته وقوته كأساس للقانون الإداري وكمعيار لاختصاص القضاء الإداري.

ومن ناحية أخرى فإذا كنا لا ننكر ما لعنصر السلطة من أهمية كعنصر

(1) M. Hauriou, Op. Cit., P. 1-10 et P. 64, M. Hauriou, Op. Cit., Précis élémentaire, P. 8 et s.

(2) د. محمود حافظ، المرجع السابق، ص 293، 294.

من عناصر معيار المرفق العام، إلا أن السلطة مجرد وسيلة للغاية وهي المرفق العام، فالغاية أسمى وأعلى في ميزان القيم من الوسيلة، لأن الوسيلة تسخر دائماً لخدمة الغاية. فلا ينبغي أن تقدم عليها ولهذا فإن كان لنا أن نرجح أحد الأمرين فلا بد من ترجيح الغاية على الوسيلة، لأنهما غير متعادلتين. وعنصرين غير متكافئين وجزئين غير متساويين من شيء واحد وإنما أحدهما وهو السلطة فرع أو جزء من الآخر الذي يعتبر أصلاً أو كلاً وهو المرفق العام ومن ثم يكون المرفق العام في اعتقادنا هو الأساس الحقيقي والوحيد للقانون الإداري، وكفينا كحجة مؤيدة لهذا الرأي أن جل النظريات والمبادئ والقواعد التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي والتي تكون من مجموعها القانون الإداري، إنما تدور حول محور واحد وترد إلى أصل واحد هو فكرة المرفق العام⁽¹⁾.

إلا أن جانب فقهي⁽²⁾ من أنصار نظرية السلطة العامة - وعلى الرغم من تحيزهم الواضح والشامل لفكرة السلطة العامة - يرون أن معيار السلطة العامة إنما له الغلبة والدور العظيم الأهمية في مجال تحديد قواعد القانون الإداري واختصاص القاضي الإداري وأن ليس لفكرة المرفق العام سوى دور ثانوي «Une role secondaire» محدود على الرغم من الرواج والشيوع «Vogue» الذي حققه.

إلا أن هذا الرأي - في رأينا - رغم تحامله على فكرة المرفق العام ورغم أنه ينادي بفكرة أخرى تماماً هي فكرة السلطة العامة فإنه لا ينكر فكرة المرفق تماماً وإنما يرى لها وجاهتها ولو بشكل ثانوي بجوار فكرة السلطة العامة.

(1) د. محمود حافظ، المرجع السابق، نفس الموضوع.

(2) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 134.

ويؤكد الفقيه الفرنسي «Benoit»⁽¹⁾ على ضرورة معيار السلطة العامة بجوار معيار المرفق العام باعتبار أن لفكرة المرفق العام وفكرة السلطة العامة الفضل - الذي لا يقبل الجدل - في احتواء وتوضيح كافة القواعد التي يقوم عليها القانون الإداري. وبالتالي فقد جدّ من الواضح أن تفسير وتمييز القانون الإداري يقوم على فكرة السلطة العامة وفكرة المرفق العام معاً. وأنهما قد استعملتا - في ذات الوقت - لمعالجة مشكلات اختصاص القضاء الإداري وخصوصاً فكرة المعايير الأحادية التي قد تمّ هجرها في الآونة الأخيرة.

حيث يذهب إلى انتقاد «دوجي» من جهة هجرة تماماً لفكرة السلطة العامة وأن التاريخ يبين بوضوح ما للسلطة العامة من أهمية. منتهياً إلى أن السلطة، حتماً موجودة ولا يمكن للمرافق أن تحقق أهدافها بدون تلك السلطة فكل منهما حقيقة ملازمة للأخرى وبالتالي لا بدّ من الانضمام إلى هوريو والذي أكد اعتماد الفكرتين معاً... ويظل في انتقاداته (لدوجي) إلى أن ينتهي إلى أن الأولى هو أولوية السلطة «Primaute de puissance publique» على المرفق العام أي يذهب إلى ترجيح كفة السلطة التي هي الوسيلة على الغاية أو الهدف هو المرفق مؤيداً وجهة نظره هذه بقوله: إن مجلس الدولة يؤيد ذلك.

إلا أن «Benoit» لم يرجح فكرة السلطة العامة ويقول إنها من وجهة النظر التقنية القانونية هي الكاشف الحقيقي للظاهرة الإدارية إلا بعد أن أكد أن معيار المرفق لعام إنما هو يمثل جانب المعيار الموضوعي أو المادي ويمثل

F.B. Benoit, Op. Cit., P. 80 et s.

(1)

حيث يقول في هذا الصدد:

«Ces idées de puissance publique et de service public ont eu l'incontestable mérite de éclairer l'ensemble des règles du droit administratif et de permettre de mieux comprendre les composantes profondes de l'action de l'administration... et que les deux notions sont utilisés simultanément pour régler le problème de la compétence de la juridiction administrative».

الهدف أو الغايات التي تسعى إليها الإدارة وأن السلطة العامة إنما تمثل المعيار الشكلي والذي يمثل الوسيلة العامة أو الصلاحيات والاختصاصات المحددة بدقة وحل ذلك من وجهة نظر فلسفية ذهب من خلالها إلى أن الأظهر والأكثر وضوحاً هي الوسائل (السلطة) التي يعمل بها من جانب الإدارة للوصول إلى تلك الغايات (المرافق العامة) حيث معيار السلطة هو الأصح والجذ منطقي ويؤكد الواقع التطبيقي للحياة الإدارية، حيث ظهور الإدارة في ذلك الواقع يكون بموجب هذه السلطة، والتي يسميها مجلس الدولة «بامتيازات السلطة العامة» «Prerogatives de puissance publique»، فعموماً يتضح لنا من خلال النظر إلى الأفكار المهيمنة على القانون الإداري أنها تقودنا إلى أن فكرة السلطة العامة هي التعريف المعبر على الإدارة شاملاً لفكرة المرفق العام ومن هنا كانت هي الكاشف الحقيقي للظاهرة الإدارية من وجهة النظر التقنية القانونية⁽¹⁾.

ويرجع أستاذنا الدكتور محمد السناري المعيار المختلط أي الذي يجمع بين معياري المرفق العام والسلطة العامة كضابط لاختصاص القضاء الإداري بل ولأساس القانون الإداري، لأن معيار المرفق العام لم يعد كافياً كضابط لاختصاص القضاء الإداري ولا أساس القانون الإداري، إذ من المعروف أن الإدارة قد تتصرف وفق قواعد القانون الخاص مثلها مثل الأفراد أثناء إدارتهم لممتلكاتهم أو أثناء ممارسة أنشطتهم المختلفة أو تتعاقد معهم دون أن يكون ذلك بوصفها سلطة عامة بل باعتبارها طرف مساوٍ لهم - أي الأفراد - تماماً، أي دون أن تتصرف وفق قواعد وامتيازات القانون العام الممنوحة لها أصلاً وفق قواعد القانون الإداري، إذ تخضع أية نزاعات وفق ذلك الإطار لجهة القضاء العادي ولقواعد القانون الخاص، ذلك أن ليس كل نشاط صادر من جانب الإدارة بمناسبة إدارتها للمرافق العامة يكون نشاطاً إدارياً فقد يكون كذلك وقد يكون نشاط خاص، فباعتناق المعيار المختلط الذي يجمع

Op. Cit., P. 82 et s.

(1)

بين فكرة المرفق العام والسلطة العامة نكون قد فصلنا النشاط الإداري الذي يخضع للاختصاص القضاء الإداري وقواعد القانون الإداري عن القانون الخاص والمحاكم العادية.

ومما يدعم ذلك ويسانده أن كثير من التشريعات المصرية تشير إلى ذلك المعيار المختلط أي فكرتي السلطة العامة والمرفق العام معاً. وكذلك تأيد هذا المعيار بالعديد من الأحكام القضائية الصادرة من مجلس الدولة المصري⁽¹⁾.

المطلب الرابع

نقد معيار المرفق العام بعد التقويم

وجه إلى معيار المرفق العام بعد التطوير انتقادات عدة أهمها أن معيار المرفق بعد التطورات التي لحقت به - على النحو السالف الذكر - ما هو إلا مبدأ حدث عليه استثناءات ثم استثناءات على الاستثناءات مما يشكل تعقيد غريب في قواعد الاختصاص وأن القضاء وللأسف مستمر في استخدام ذلك المعيار على الرغم من الانتقادات والجدال الفقهي الذي سبب أزمة معيار المرفق العام منفرداً أم بالارتباط مع معايير أخرى، وأن ما خاض فيه القضاء من عبارات متنوعة وصيغ عديدة في العديد من أحكامه الجديدة كان يقول: (روابط القانون الخاص)... أو كان يستعمل عبارة التشابه أو عدم التشابه للمرافق في أنشطتها للأنشطة الخاصة فإن هذه الصيغ وتلك العبارات وهذه المحاولات من التأليف والتركيب تحتاج إلى معايير لتوضيحها - وإن كان لها

(1) أستاذنا الدكتور محمد السناري. المرجع السابق. أصول القانون الإداري، ص 31-34، حيث استدل بالعديد من الأحكام الصادرة في هذا الصدد أي التي تجمع بين معياري المرفق العام والسلطة العامة.

قيمة حقيقية - إلا أنه من الأولى أن يطلق عليها توجيهات عامة «Directive gennale»⁽¹⁾.

ذلك أن دور معيار المرفق العام حالياً لا يشكل سوى دور ثانوي محدودة في مجال الاختصاص. فعلى الرغم من دوره في تحديد الاختصاص القضائي ومجال القانون الإداري إلا أنه لا يعتبر سوى عنصر من عناصر المعيار العام لاختصاص القضاء الإداري⁽²⁾، ويفقد دوره الذي كان قد رسم له في السابق من أنه المعيار الذي يحوي كافة قواعد القانون الإداري⁽³⁾ حيث أصبحت فكرة القانون الواجب التطبيق على المنازعة هي المحدد لاختصاص القضاء الإداري وقواعد القانون العام عند البعض⁽⁴⁾.

وبالتالي يمكن القول إن معيار المرفق العام لا يمكن أن يلعب الآن دور آخر في مجال الاختصاص سوى دور افتراضي بسيط «Simple presumption competence» وعلى الخصوص لما حدث من تطورات ليس فقط على المجال المتنوع بالنسبة للمرافق في إدارتها وأهدافها الصناعية والتجارية واستخدامها وسائل القانون الخاص واستخدام القضاء لفكرة امتيازات السلطة العامة بجوار فكرة المرفق العام بل ولأن المجلس الدستوري الفرنسي قد أخذ قراراً له اعتباره ووزنه في الابتعاد عن فكرة المرفق العام وذلك في 23 يناير عام 1987 يصرح فيه باستعمال فكرة امتيازات السلطة العامة كقاعدة دستورية لاختصاص القضاء الإداري. وإن كان القرار المذكور لم يقصد بصراحة سوى المنازعات المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية مما يقلل من أهميته في مجال

(1) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 139, 140 et 141.

(2) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 33 et s, Ch. Debbasch et J. C. Ricci, Op. Cit., P. 128, 129.

(3) J. Rivero. Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 211.

(4) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 333 et s, J. Rivero. Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 211.

الاختصاص القضائي، إلا أنه يلوح بوضوح على تهميش فكرة المرفق العام⁽¹⁾. بل يؤكد عدد غير قليل من الفقه⁽²⁾ أن كل ما جاء عن الفقه والقضاء في مسألة المرافق وتطوراتها الحديثة من معايير يتضارب ويتناقض بعضها مع البعض الآخر بل وشكلت تعقيد شديد تجاه مشكلة توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء.

وفي رأينا أن ذلك الخلط وهذا اللبس وذلك التناقض والتضارب وعدم كفاية هذه المعايير تؤكد الاستثناءات الكثيرة بل والاستثناءات التي على الاستثناءات التي نراها في الفقه والتشريع والتي طبقها القضاء الفرنسي، والتي أكدها البعض⁽³⁾ بقوله إنها مجرد (توجيهات عامة) كما أنه بات من الواضح أن هناك شبه إجماع فقهي على ذلك التعقيد الذي سببه فشل هذه المعايير مجتمعة⁽⁴⁾ فضلاً عن الانتقادات التي وجهت لكل منها منفردة. ممّا يعني - في رأينا - عدم إمكانية الاعتماد عليها كمعايير قطعية وضوابط مرعية باتة في مسألة اختصاص القضاء الإداري وأن الصحيح أن هذا كله بسبب الخلط في المفاهيم الأولية التي يقوم عليها القانون الإداري ومعياري اختصاص القضاء الإداري والذي جعله الفقه بمثابة وجهين لعملة واحدة.

(1) J. Rivero. Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 213 et s.

(2) J. Rivero. Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 39, F. Chouvel, T. Lambert et D.

Pelissier, Op. Cit., P. 798 et s, et P. 803 et s, G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 139 et s, J. Rivero, Existe...?, Op. Cit., 279 et s.

(3) G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 139 et s.

(4) يراجع في ذلك: الإجماع على هذا التعقيد والرجوع لنقطة البداية كما في المبحث الخامس من الفصل الثالث من الباب التمهيدي.

المبحث الثامن

معيار القانون الواجب التطبيق

(Le droit applicable)

تمهيد :

معيار طبيعة العمل أو طبيعة القواعد المطبقة على النزاع هي مسميات عديدة لذلك المعيار، بل يسمى أيضاً بمعيار ربط الاختصاص بالموضوع «La liaison entre La compétence et la fond» أو الاختصاص يتبع الموضوع «La compétence suit la fond» أو معيار القانون الواجب التطبيق «Le droit applicable»⁽¹⁾.

وعموماً فقد قال بهذا المعيار ورجحه جمع من الفقهاء كبير لا نكاد نجده في غيره من المعايير الأخرى⁽²⁾ باستثناء معيار المرفق أو المرفق والسلطة

(1) حيث لم يفرق الفقه بين هذه المصطلحات وتلك المسميات وإنما تدل كلها على معيار واحد - يراجع في ذلك على سبيل المثال:

J.M. Auby et R. Ducos-Ader, Op. Cit., P. 233, 234, J.Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 215 et s, Ch. Debbasch et J. C. Ricci, Op. Cit., P. 46, 47 et P. 128, 130

وإن كانا قد وصفنا بأنه «Mediocere» أي متوسط الحال بين الجودة والرداءة.
J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 304 et s, G. Braibant, Op. Cit., P. 26, 27, Ch. Debbasch, M. Pinet, Op. Cit., P. 503.

(2) فممن قالوا بهذا المعيار على سبيل المثال:

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 333.

وفي مواضع متفرقة بهذا المرجع:

Ch. Eisenmann, Op. Cit., P. 12 et s, P. 303 et s, P. 756 et s, J.M. Auby et J.B. Auby, Op. Cit., P. 305 et s.

Ch. Eissenmann, Op. Cit., P. 46, 47 et P. 128-130, J. Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 43-45 et P. 215 et s. =

معاً. وبالتالي فإن تناولنا لهذا المعيار يكون كالتالي:

المطلب الأول

نشأة ومدلول معيار القانون الواجب التطبيق

يذهب جانب من الفقه القائل أو المؤيد لمعيار القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾ إلى أن ذلك المعيار - أي معيار القانون الواجب التطبيق نشأ مع نشأة القضاء الإداري ومع بداية القرن التاسع عشر أثناء تطور قواعد توزيع الاختصاص.

فإذا كانت تلك الفترة محل نقاش وجدال فكري بين الفقهاء حول القواعد والطرق التي كان على أساسها يتم توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي. إلا أن الظاهر - عند ذلك الاتجاه الفقهي - أن الفكرة الأساسية والتي كان يتم الاعتماد عليها في هذا الصدد هي الارتباط بالقانون الواجب التطبيق على المنازعة. بمعنى أنه كان القضاء الإداري ينظر أو لا ينظر - وكذلك القضاء العادي - إلى ما يثيره النزاع من قواعد ومسائل من القانون العام أو القانون الخاص لتحديد اختصاصه.

= كان يرى في مقانه (هل يوجد معيار للقانون الإداري)؛ مرجع سابق، ص 279 وما بعدها، بمجلة القانون العام عام 1953م أن ليس للقانون الإداري معيار واحد ولكن يستدل عليه وعلى اختصاص القاضي الإداري بالأنشطة التي تستهدف النفع العام والتي تستخدم فيها الإدارة أساليب القانون العام وهي تلك الأساليب المختلفة عن أساليب القانون الخاص وهي التي تمنح الإدارة امتيازات أو تكبلها بقيود، وهذا ما ساقه في مرجعه الحديث وفق معيار القانون الواجب التطبيق.

Encyclopedie juridique, Op. Cit., P. 393 et P. 397 et s., J. Auby et R. Ducos-Ader, Op. Cit., P. 233 et s.

د. سعاد الشرقاوي، ص 221.

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 302.

(1)

إذ كان القضاء العادي ينظر في المسائل التي تتعلق بالقانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفاً فيها كتلك المتعلقة على سبيل المثال بقواعد القانون المدني أو التجاري. وفي المقابل كان القضاء الإداري ينظر في المنازعات التي تتعلق بالقانون العام، وإن كانت هذه التطبيقات قد تمت على هذا النحو في ظل ظروف لم تكن فيها فكرة القانون الإداري وقواعده المعروفة حالياً قد اتضحت بعد. فإن كل ما في الأمر أن فكرة ربط الاختصاص بطبيعة المنازعات قد خضعت للتطورات المستمرة أيضاً في المفاهيم الإدارية التي طورت هذه الفكرة⁽¹⁾.

وإذا كان العديد من الفقهاء لا تتفق وجهتهم التاريخية مع ذلك الرأي باعتبار أن هناك معايير واضحة ومحددة قال بها الفقه وطبقها القضاء⁽²⁾ فإن ذلك الاتجاه⁽³⁾ قد برر لذلك بأن ليس بشرط أن يوضح القضاء أنه كان يعني في تطبيقاته معيار القانون الواجب التطبيق، وإنما كانت تطبيقاته تتضمن ذلك المعيار ضمناً وتذهب إلى ذلك المعنى، فالحقيقة تؤكد أن المعنى في تلك التطبيقات هو السعي لمعرفة القانون الواجب التطبيق. حيث تلك كانت هي الفكرة الرئيسية لحل المنازعات والفصل فيها بناء على أنها الأساس في مسألة توزيع الاختصاص أي بتحديد قواعد القانون العام أو الخاص في المسألة المعروضة، فهذه الفكرة هي التي كان العمل يجري عليها ولو ضمناً بدون تصريح لها من جانب القضاء.

(1) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 302 et s et P. 326. J.Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 215, 2216, Ch. Eisenmann, Op. Cit., P. 565 et s.

(2) كما سلف بالمبحث التمهيدي من ذلك الفصل (تطور معيار اختصاص القضاء الإداري) أمثال:

A.De Laubadere - G. Vedel - Ch. Debbasch.

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 403-311 et P. 326 et P. 333. (3)

وفي ذات المعنى أيضاً:

Ch. Eisenmann, Op. Cit., P. 565 et s et P. 761.

فقد كانت المفاهيم تفسر وفق تلك الفكرة دون ما ترتبط بها كمعيار محدد للاختصاص وإنما بمضمونها ومحتواها، وقد تطورت على مرّ العصور والأزمان فكرة التمييز بين القانون العام والخاص وتحدد مجالات كل منهما دون أن يتغير مبدأ توزيع الاختصاص القائم على الفكرة المذكورة، أي أن تطوراتها المختلفة قد ارتبطت بها فقهاً وقضاءاً وتفسيراته كانت تسير خطوة خطوة وفق هذه الفكرة إلى أن وصلت إلى أوج عظمتها وتطبيقاتها حالياً⁽¹⁾.

ويزيد الاتجاه المذكور لفكرته هذه جلاءً بما ذهب إليه من أن الاتجاهات الفكرية أو المذهبية التي نودي بها خلال الفترات السابقة لم تكن سوى تفسير وتعبير عن الاتجاهات القضائية ولم يكن لها ثمة تأثير على تلك الاتجاهات القضائية التي كانت تتم عن اعتناق فكرة القانون الواجب التطبيق أي البحث عن كون الأنشطة والقواعد التي تثيرها النزاعات تخضع للقانون العام وبالتالي لاختصاص القاضي الإداري أم لقواعد القانون الخاص وبالتالي لاختصاص القاضي العادي، وأن الاستدلال الفقهي لبعض من الأحكام القضائية بما يتفق ووجهتهم المعيارية في مجال الاختصاص نراها تتعارض مع ذهبت إليه الأحكام مع فكرة القانون الواجب التطبيق حيث تعتبر المشكلة الرئيسية في موضوع توزيع الاختصاص القضائي هو ارتباطها دوماً بتحديد قواعد القانون العام أو الخاص في الأنظمة القانونية للأنشطة الإدارية، وهذا هو المسلك القضائي الذي قد حصل بالفعل والذي أدى إلى قمة تطور هذه الفكرة في الوقت الحالي⁽²⁾.

وتستند فكرة ذلك المعيار - أيضاً - على أساس أن القانون الإداري لا يمكنه أن يقوم بوظيفته الاجتماعية إلا إذا كان من السهل إدراكه ومعرفته، وهذا يعني ضرورة ربطه من الناحية النظرية لنشأته بالناحية التطبيقية

(1) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 302 et s. 333.

(2) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 322-326. P. 327 et s, Ch. Eisenmann, Op., Cit., 565 et s.

المتعلقة باختصاص القاضي الإداري، وإن كان من الأفضل أن يكون هناك مبدأ واحد لتحديد هذا الاختصاص وذلك القانون مما يسهل مهمة المتقاضين ويبسطها إلا أن ضرورة المتابعة وبذل الجهد لتنظيم صياغة منهجية مرتبة سليمة أمر مهم ومفروض رغم الصعوبات التي تواجه تلك المشكلة، وأن ليس من المحتم أن يكون ذلك من خلال فكرة أحادية. بل يجب أولاً أن يوضع في الاعتبار الأمور التالية مجتمعة لتحديد ذلك الأساس الذي يستند عليه اختصاص القاضي الإداري ويقوم عليه القانون الإداري:

1 - إن القانون الإداري يختلف عن أي فرع آخر من فروع القانون.
- فعلى سبيل المثال أن مسألة تنظيم الهيئات يظهر أنه خاضع لنظامين ذات أفكار متعارضة.

2 - إن الهيئات العامة تمنح سلطات في علاقاتها مع الأفراد ليس لها محل في علاقات الأفراد فيما بينهم: أنها مجموعة امتيازات السلطة العامة «Des prerogatives de puissance publique...».

3 - إن الإدارة يفرض عليها التزامات دقيقة تختلف عن التزامات القانون الخاص فمثلاً يختار الأفراد ويمارسون أنشطتهم بحرية تامة في حين أن الإدارة ملتزمة بأن يكون ممارستها لأنشطتها وفق ما تمليه عليها قواعد المصلحة والمنفعة العامة. فمثلاً يختار الأفراد من يتعاقدون معهم بلا قيود في حين أن الإدارة لا يمكنها هذا الاختيار إلا وفق أنظمة قانونية معينة⁽¹⁾.

ولما كانت فكرة المرفق العام قد اختلطت مفاهيمها وتتنوع وتداخلت بحيث جد المرفق بمعنى المنظمة أو الهيئة وتارة نراه بمعنى النشاط المرتبط بالمنفعة العامة وتارة النظام القانوني الاستثنائي وبالتالي نراه تارة يستخدم

(1) J. Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 44, 45.

إن ذلك هو نفس ما كان قد ذهب إليه في مقاله السالف الذكر بمجلة العلوم الإدارية عام 1953م تحت عنوان: هل يوجد معيار للقانون الإداري؟ ص 279 وما بعدها.

قواعد القانون العام وأخرى قواعد القانون الخاص وتارة يشتمل على قواعد مختلطة كما في المرافق الاقتصادية ففي ظل تلك الأحوال لا يمكن تمييز المرفق العام عن غيره إلا من خلال النظر إلى طبيعة تلك المنظمة أو هذه الهيئة ومهامها أو أنشطتها التي تمارسها وبالتالي النظام القانوني الواجب التطبيق على تلك الأنشطة وما يتمخض عنها من منازعات، حيث هذا النظر الأخير هو الذي تمّ اعتماده حالياً لدى القضاء من أجل تحديد الاختصاص القضائي للمنازعات التي تثور من خلال تلك المرافق⁽¹⁾.

وعليه فإن فكرة ربط الاختصاص بالموضوع أو النظام القانوني الواجب التطبيق لحل المنازعة تعد هي المعيار الرئيسي والذي سلكه القضاء حالياً وهو الذي ينبغي ترجيحه والعمل به الآن على الرغم من عدم خلوه من العيوب أو قطعيته في حل مشكلة الاختصاص حلاً جذرياً⁽²⁾.

وبالتالي يمكن الخلاص إلى أن فكرة القانون الواجب التطبيق للبت في النزاع «Le droit applicable à la solution du litige» كمعيار للاختصاص تعني أن عندما يثير النزاع أو يجد حله عن طريق تطبيق قواعد القانون العام، فحينئذٍ يخضع هذا النزاع لاختصاص القضاء الإداري ويكون القضاء العادي هو صاحب الاختصاص لنظر تلك المنازعة والبت فيها عندما لا تثير تلك المنازعة أو تجد حلها إلا في قواعد القانون الخاص⁽³⁾، ففكرة وجود قانون خاص - أي القانون الإداري - لها قاضي خاص هو القاضي الإداري

(1) J. Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 211.

(2) Op. Cit., P. 215.

(3) «Lorsque le litige trouve sa solution dans l'application d'une règle de droit public, il relève de la Juridiction administrative. C'est, au contraire, la Juridiction judiciaire que intervient si le litige ne souleve que des questions de droit Prve».

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 334, Ch. Debbasch et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 128, 129, Encyclopedie Juredique, Op. Cit., P. 393 et 397 et s. J.M. Auby et R. Ducose - Ader, Op. Cit., 234, Ch. Eisenmann, Op. Cit., P. 304 et s. P. 761-763.

يختلف عن القاضي العادي والقانون العادي - مرتبطة بمبدأ مهم هو ربط الموضوع بالاختصاص فكل من هاتين الجهتين تطبق قانون مختلف، فالقاضي الإداري يطبق قواعد القانون الإداري والقاضي العادي يطبق قواعد القانون الخاص⁽¹⁾.

ذلك أن شغل القاضي الشاغل هو تطبيقه للقاعدة أو المعيار الذي يكشف له عن قواعد القانون الإداري المنوط به تطبيقها واختصاصه بها في النزاعات الإدارية التي تعرض عليه، والتي يسعى الأفراد أيضاً إلى معرفتها وعرضها على القاضي الإداري، وذلك كله بناءً على أن فكرة القانون الممكن تطبيقه واستعماله للبت في النزاع المستندة إلى فكرة الاختصاص يتبع الموضوع أو مبدأ ربط الاختصاص بالموضوع تعمل على إحداث التوازن بين جهتي القضاء باعتبار أنه المنهج الذي يتوافق وتعليل المناهج النوعي للقانون والقاضي الإداري⁽²⁾.

وإذا كان المنبت الحقيقي لتلك القاعدة هي ما صدر من تطبيقات وواقع قضائي في فرنسا من جهات القضاء المختلفة، وهي مجلس الدولة والذي يعد أعلى قمة بالنسبة للقضاء الإداري ثم محكمة النقض (La cour de cassation) وهي أعلى قمة بالنسبة لجهة القضاء المدني أو العادي. وأخيراً محكمة التنازع (Le Tribunal des conflits) والتي تعتبر أعلى المحاكم القضائية عموماً فيما يتعلق بالفصل في مشكلات تنازع الاختصاص وتعارض الأحكام⁽³⁾.

فإن الفقه قد أخطأ في القول بأن المبادئ العامة تغيرت وأنها تتغير من معيار إلى آخر إذ أن المبدأ واحد لا يتغير. فالتغيير لم يطرأ فقط إلا على مستوى المؤسسات والهيئات الإدارية والتحويلات التي ظهرت - خصوصاً بعد الفترة من عام 1918م إلى 1940م فالتحول من فكرة إلى فكرة في

G. Braibant, Op. Cit., P. 26, 27. (1)

Ch. Debbasch, et J. C. Ricci, Op. Cit., P. 46, 47 et 128 et s. (2)

J.M. Auby et R. Ducas-Ader, Op. Cit., P. 233, 234. (3)

التوصل للقانون العام أو الإداري كقانون خاص بالإدارة ولاختصاص القاضي الإداري وفصله عن القانون الخاص واختصاص القاضي العادي كانت فقط في الألفاظ أي هي التي تغيرت بينما المبادئ الأساسية السابقة ظلت كما هي أي فيما يتعلق بفكرة القانون الواجب تطبيقه على الإدارة بواسطة ذلك القضاء الإداري⁽¹⁾.

ذلك أن تلك الفكرة تعتبر أهم المعايير وأفضلها للتمييز بين اختصاص جهتي القضاء وكأساس سليم للازدواجية القضائية حيث بدونها لا يكون هناك ثمة مرتكز لها⁽²⁾.

والفكرة الأساسية التي تتفق وذلك الأصل والتي توضح معالم ذلك القانون حالياً هي بالنظر للإطار العام للأنشطة والعلاقات التي تخضع للقانون الخاص، وهي ذات الفكرة القديمة التي تستعمل منذ عشرات السنين والتي يمكن ردها إلى تلك الفكرة القديمة التي استعملها المفوض روميو في استنتاجاته في حكم تيري (Terrier). والتي تعرض لها هوريو بالإيضاح والبيان والتي تتعلق بالتمييز بين الإدارة العامة والإدارة الخاصة⁽³⁾.

كما ينهض ذلك المعيار ويستند إلى ما ظهر من عدم الدقة أو المصادقية

(1) Ch. Eisenmann, Op. Cit., P. 5759, 760.

(2) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 334, J.Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 216.

(3) إذ يقول في ذلك «Ch. Eisenmann» في ص 761 من المرجع السابق:
(L'idée fondamentale du Droit administratif actuel sur notre problème - et elle s'est prut être confirmée d'une façon particulièrement nette depuis un dizaine - C'est précisément ce caractère original ou ce caractère non original des actes et situations concernant l'administration, ou regard de la sphere des relation privées, En somme c'est l'ancienne idee faisait déjà oppel Romieu dans ses conclusions l'arrêt Terrier, se referant à la distinction de la (gestion publique) et de la (gestion privé) énoncée par Houriou-et que est en somme ette idée (quoi que l'on puisse penser des expressions choisisers).

للمعايير الأحادية وهي بصدد تحديدها لاختصاص القضاء الإداري أو توزيع الاختصاص بينه وبين القضاء العادي سواء من الناحية النظرية أو العملية وما ترتب على ذلك من مشكلات وتعقيدات، حيث قاد ذلك إلى استعمال فكرة القانون الواجب التطبيق أو ربط الاختصاص بالموضوع.

وباستعمال القضاء فكرة دلائل أو مظاهر الاختصاص (Les indices de compétence) والتي تعتبر من مقومات معيار القانون الواجب التطبيق فقد شكلت وصفاً تقنيّة حقيقة للخلاص من تلك المشكلات الناجمة عن هذه المعايير الأحادية⁽¹⁾.

ولم تقم فكرة القانون الواجب على إنقاص فكرة المعيار الأحادي فقط بل أدت إلى إضعافها، وأن الاستمرار في تطبيقها زادت من اختفائه تدريجياً⁽²⁾.

فحتى يمكن الإعلان عن اختصاص القضاء الإداري يجب بالضرورة أن يكون أحد أطراف النزاع على الأقل شخص عام، فإذا كان النزاع بين أشخاص عاديين فإنه يخضع حتماً لاختصاص القضاء العادي، ذلك أن فكرة الأشخاص العامة قد لعبت - بلا شك - دور جد مهم في الأحكام القضائية في القرن التاسع عشر وأيضاً في الوقت الراهن، ففي كل الأحوال لا ينظر القضاء الإداري في النزاعات المتعلقة بالأفراد العاديين، وعليه فإن كون أطراف النزاع أو أحدها من الأشخاص العامة يعد شرطاً ضرورياً لكي ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري باعتباره عنصر عضوي مهم (organique).

إلا أن فكرة احتمال نظر القضاء الإداري بين أشخاص عاديين من الممكن حصولها كما في حالة ما إذا كان أحد الأطراف في المنازعة فرد عادي مكلف بتنفيذ مرفق عام ومن الممكن تكليفه بنشاط يخضع للقانون العام، وبالتالي فالنزاعات التي تقع بينه وبين الأفراد العاديين تخضع للقاضي الإداري.

Ch. Debbasch, et J. C. Ricci, Op. Cit., P. 128, 129. (1)

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 307 et s. (2)

وبالتالي فإن ذلك الحال يحول دون اعتبار وجود شخص عام في المنازعة يعد شرط أساسي لاختصاص القضاء الإداري وفي تحديد القانون الواجب التطبيق للبت في النزاع فلا يلعب سوى دور ثانوي في ذلك⁽¹⁾.

ولا يتعدى دور فكرة المرفق العام في هذا الصدد - أي في مجال تطبيق المعيار العام - سوى أنه عنصر له، وأداة تمكن من تطبيقه فالاعتبارات المتعلقة بوجود مرفق عام - أي في المنازعة - ليست محدد قطعي للاختصاص، بل ليساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق للبت في المنازعة بمعنى أنه لا تكفي فكرة المرفق العام وحدها لتحديد اختصاص القاضي الإداري بل يتدخل لتمكين القاضي من اعتبار أن النشاط محل النزاع يخضع للقانون العام ولاختصاص القاضي الإداري إذا ما توافرت بعض الشروط الأخرى⁽²⁾.

ومما هو جديد بالذكر أن إذا كان مبدأ ربط الاختصاص بالموضوع أو القانون الواجب التطبيق أساسه هو البحث عن القواعد القانونية التي يطبقها القاضي على ذلك النزاع هي المعيار الذي يتحدد به اختصاصه أي إذا كانت هذه القواعد عامة فالاختصاص ينعقد للقاضي الإداري، وإذا كانت خاصة فالاختصاص ينعقد للقاضي العادي - فقد استثنى من ذلك إمكانية تطبيق القاضي الإداري لقواعد من القانون الخاص أو تطبيق القاضي العادي لقواعد من القانون الإداري، وإن كانت هذه الحالات من الندرة بمكان والتي لا يمكن أن تكون - بسبب ندرتها وعدم تأثيرها على المبدأ - لها مجال للطعن في هذا المعيار أو مجال لإلغائه أو عجزه عن القيام بمهامه في مجال الاختصاص⁽³⁾.

ذلك أن القاضي الإداري يطبق قواعد القانون الخاص، فهو أولاً يفعل ذلك طواعية وأنه يستمدّها من قواعد القانون المدني لتوافقها - حسب

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 329, 330. (1)

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 330, 333. (2)

J.Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 215, 216. (3)

تقديره مع المصالح الإدارية دون وجود أي إشكالات أو مساوئ في هذا الصدد كما أن جهة القضاء العادي وهي تطبق أيضاً قواعد القانون الإداري فإن ذلك يتم طواعية، فهذا كله لا يخل بالانسجام والتوافق بين القاضي الإداري والقانون الإداري رغم أهمية استقلال هذا الأخير على الأخص في فرنسا وبخلاف النظم الأنجلوسكسونية أو الاشتراكية الأخرى التي قد لا تقيم لذلك وزناً⁽¹⁾.

ويعتبر معيار القانون الواجب التطبيق عند البعض⁽²⁾ قريب الشبه جداً مع معيار السلطة حيث أنه إذا كان معيار السلطة العامة يعرف القانون الإداري بأنه مجموعة الامتيازات القانونية غير المألوفة في القانون الخاص، وحيثما لا يكن ثمة استعمال لامتيازات السلطة العامة من جانب الإدارة تكون قواعد القانون الخاص فإن تلك الأخيرة هي بعينها حالة الإدارة الخاصة التي تخضع لاختصاص القضاء العادي وباعتبار أن تلك الإدارة الخاصة تقضي بتطبيق قواعد القانون الخاص فهذا هو عين فكرة معيار القانون الواجب التطبيق والذي يعني أيضاً مبدأ ربط الاختصاص بالموضوع وبمعنى آخر أكثر وضوحاً أن السلطة تعني قواعد القانون الإداري إذا توافرت وإلا فقواعد القانون الخاص وهذا هو ما يعنيه معيار القانون الواجب التطبيق.

بينما يرى الفقيه «دي لوبادير»⁽³⁾ أن معيار طبيعة المسائل المعروضة أو معيار القانون الواجب التطبيق وجد كمعيار مكمل لمعيار المرفق العام بجانب معيار الإدارة العامة السالف الذكر وموازياً له في ذلك (Parallelement ou critere de la gestion publique).

بينما يتجه رأي آخر⁽⁴⁾ إلى أن تطبيق قواعد القانون الإداري والبحث

G. Braibant, Op. Cit., P. 27 et s. (1)

Ch. Debbasch, et J. C. Ricci, Op. Cit., P. 130. (2)

A. de Laubadere, Traite elementaire.. Op. Cit., P. 297. (3)

C. Leclercq et P. Lukaszeuicz, Op. Cit., P. 54. (4)

عنها في النزاعات التي يختص فيها القضاء الإداري إنما ترتبط بكافة النزاعات المتعلقة بتسيير وتنظيم المرافق العامة.

وعلى أية حال فإن العمل بفكرة القانون الواجب التطبيق أو الاختصاص يتبع الموضوع - التي تتطلب التمييز بين القواعد القانونية التي تتعلق بها المنازعة وبالتالي تحديد الجهة القضائية المختصة - يتطلب الأخذ بطرق ووسائل متنوعة بحسب ما إذا كان محل المنازعة عمل قانوني أو النظر إلى الشخص العام - كما سبق -، فبناء على ذلك التمييز أو تلك العناصر كالمرفق والسلطة يمكن تحديد القواعد الواجبة التطبيق وتحديد الجهة والفصل في المنازعة⁽¹⁾.

وهناك وسيلتين أو منهجين «Deux methodes» قد استعملهما القضاء - على حسب الحالات - لتحديد ذلك القانون الواجب التطبيق للبت في المنازعة ولتحديد الاختصاص القضائي - فتارة ينظر بعين الاعتبار إلى العمل أو الوضع القانوني الذي أدى إلى ذلك النزاع. وتارة لا يأخذ في اعتباره سوى النشاط الذي يلتف حوله العمل أو الحالة محل النزاع.

ويطلق على هاتين الطريقتين المنهج التحليلي (La methode analytique) والمنهج التآصيلي (La methode analytique synthétique)⁽²⁾.

أولاً: المنهج التحليلي (La methode analytique)؛

ويقصد بالمنهج التحليلي - لتحديد القانون الواجب التطبيق على

(1) J.Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 216, J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 337

(2) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 337.

إذ يقول عن هذين المنهجين:

(Pour determiner le droit applicable à la solution du litige et par la competence Juridictionnelle la jurisprudence utilise les cas, deux methodes. Tantôt, elle effectue cette recherche en considerant l'acte ou la situation juridique ayant donné lieu du litige, tantôt, elle s'attache à considerer l'activite à laquelle se relie l'acte ou la situation litigieuse).

المنازعة - ومن ثم تحديد الجهة القضائية المختصة - النظر إلى العمل أو الحالة المتنازع عليها فقط دون أية اعتبارات أخرى تتعلق بالنشاط التابع له هذا العمل أو تلك الحالة المتنازع فيها فلا ينظر إلا إلى النزاع الثائر فعلاً، ولا أهمية لما يثيره النزاع في مرحلة لاحقة أو ما قد أثاره في مرحلة سابقة⁽¹⁾.

فينظر القضاء إلى العمل ذاته عندما يتعلق النزاع مثلاً بعقد إيجار مساكن بين الإدارة وشخص عادي عندما تكون الإدارة مرتبطة بمرفق عام إداري، ولا ينظر إلى عموم نشاط المرفق بشكل عام عندما يتعلق النزاع مثلاً بمرفق عام صناعي وتجاري.

وعموماً فإن المنهج التحليلي يعني أيضاً أن القاضي يبحث عن دلالة عناصر متنوعة للعمل أو مختلف عناصر العمل ليتبين له عما إذا كان يخضع لنظام قانوني وفق قواعد القانون العام أو الخاص. وفي حالة ما إذا كان النزاع يثير هذه القواعد مجتمعة أي أن العمل قد يتعلق بقواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص معاً فعندئذٍ لم يبقَ للقاضي إلا البحث عما إذا كانت المسألة تجد حلها في (si question litigieuse trouve sa solution..) في قواعد القانون العام أو الخاص⁽²⁾.

وعموماً فالمنهج التحليلي يفوق جداً في استعمالاته المتنوعة - المنهج التأصيلي الذي يعد محدود للغاية أمام المنهج التحليلي⁽³⁾.

(1) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 337.

فقد قالوا في تحديد المقصود بالمنهج التحليلي:
(La methode analytique.. consiste à adeterminer le droit applicable à la solution du litige en considerant isolement l'acte ou la situation litigieuse abstraction faite de tout consideration relative à l'activite dans laquelle s'insere cet acte ou cette situation).

وأيضاً د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 220 وما بعدها.

(2) J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 338.

(3) Op. Cit., P. 339 et s.

ثانياً: المنهج التأصيلي (La methode synthétique):

المنهج التأصيلي يعنى به طريقة لتحديد القانون الواجب تطبيقه على المنازعة ليس بالنظر إلى العمل المتنازع عليه بل إلى النشاط في عمومته الذي تمخض عنه أو ارتبط به ذلك النزاع أو هذا العمل، فبناءً عليه أي على ذلك النشاط يتحدد اختصاص الجهة القضائية بنظر المنازعة المتعلقة به وليس بالنظر إلى العمل أو الحالة المتنازع عليها ذاتها، فإذا كان هذا النشاط يخضع لنظام قانوني وفق قواعد القانون العام فإن جهة القضاء الإداري هي المختصة بنظر تلك المنازعات التي تمخضت عن ذلك النشاط، أما إذا كان هذا النشاط الذي ترتبط المسألة المتنازع فيها، يخضع لنظام قانوني وفق قواعد القانون الخاص فإن جهة القضاء العادي هي المفوض بها حينئذ النظر في تلك المنازعة⁽¹⁾.

وقد طبق القضاء طريقة المنهج التأصيلي منذ وقت طويل في مجال تحديد الاختصاص القضائي وخصوصاً في مجال المسؤولية العقدية للأشخاص العامة أو الأشخاص العاديين آناء تسييرهم للمراق العامة حيث يرجع مجلس الدولة الفرنسي إلى طبيعة النشاط الذي يتمخض عنه العمل المتنازع فيه لا إلى العمل ذاته، وبمعنى آخر إلى كامل النشاط الذي يلتف حوله العمل أو الحالة المتنازع عليها، وإن كانت العادة غالباً ما تجعل التحديد لتلك الأنشطة إنما يستند على نصوص توضح جوانب النشاط المختلفة، وفي غياب النصوص يسترشد القضاء، بمبادئ عديدة تدل على أن النشاط لا يشكل مرفق عام

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 351.

(1)

حيث قال:

«La methode synthétique consiste pour determiner le droit applicable à la solution du litige, à considérer non l'acte litigieux mais l'activite laquelle se rattache cet acte selon que cette activite sera considérée comme relevant d'un regime juridique de droit public ou de droit privé la competence sera administrative ou judiciaire».

وبالتالي يخضع لقواعد القانون الخاص واختصاص القاضي العادي أو يشكل مرفق عام وبالتالي يخضع للقضاء الإداري لخضوعه لقواعد القانون العام، حيث ينظر القاضي إلى كامل الأنشطة التي تُمارس⁽¹⁾.

وقد عرف المنهج التأصيلي أيضاً في الوقت الحالي بمسمى آخر هو فكرة أو نظام كتل الاختصاص (Blacs de competence) والتي تعني ضرورة تحاشي أية تجزئة أو تشتيت مفرد للاختصاصات ذات الطبيعة الواحدة. ذلك أن وفق المنهج التأصيلي يظل حال الموضوعات والمسائل التي عرفت ككتلة من الاختصاصات لصالح جهة قضائية معينة كما هو أي حال ينظر في النزاعات التي تتمخض عن تلك الكتل بشكل منفرد أو وفق المنهج التحليلي ممّا يفضي إلى تجزئة تلك الكتلة أو تشتيتها كتلك التي تتعلق مثلاً بالضرائب المباشرة بالنسبة للقضاء الإداري⁽²⁾.

إذ مهما كانت المنازعات الفرعية والمرتبطة بتلك الكتل خارجة عنها وتؤول إلى الجهة الأخرى حسب المنهج التحليلي. فالقاضي يعمل وفق المنهج التأصيلي، الذي يرجع بموجبه إلى نظام (كتل الاختصاص) أي المحافظة على تلك الكتل وعدم تجزئتها أو الخروج عنها. وإن كانت هذه الفكرة شبه أهملت إلا أنها ما زال لها كنهها واعتبارها في مجالات محددة⁽³⁾.

فقد خلقت محكمة التنازع الفرنسية لكتلة من الاختصاص لصالح القضاء العادي آناء تعرضها لتلك المشكلة العويصة المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية، بمناسبة حكم «Bac d'Eloka» عام 1921م حيث اتجهت المحكمة إلى اعتبار تلك النوعية من المنازعات التي تثور عن المرافق الصناعية

(1) Op. Cit., P. 351, 352.

(2) حيث تعتبر الأشغال العامة من كتل الاختصاص بموجب تشريع 28 بلفواز للسنة الثامنة.

D. Truchet, Op. Cit., P. 39, 40.

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 452 et s. Encyclope die juridique. Op. Cit., (3) P. 393.

والتجارية تخضع لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي حيث تعتبر تلك النوعية من منازعات تلك المرافق من التعقيد بمكان، وأن الخلاف فيها قد بلغ أشده دون الوصول إلى حل قطعي أي تجاه معيار تلك المرافق، حيث أيدت محكمة التنازع من جديد ذلك الاتجاه السابق - أي خلق كتلة الاختصاص المذكورة لصالح القضاء العادي - بواسطة حكمها الصادر في 1933م المعروف بحكم (Melinette) ممّا يتأيد معه اتجاه المحكمة الأول لإنشاء تلك الكتلة لصالح القضاء العادي. ومن ناحية أخرى أن محكمة التنازع ذهبت إلى الحد من اتساع اختصاص القضاء الإداري فيما يتعلق بكل ما يوسم بأنه مرافق صناعية وتجارية⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه المصري⁽²⁾ أن للأخذ بالمعيار العام وتفاذي تعقيدات مشاكل الاختصاص يفضل الأخذ بالمنهج التأصيلي - السالف الذكر - والذي يؤدي إلى خلق كتل اختصاص واضحة من شأنها التيسير على المتقاضين لمعرفة قاضيهم المختص - وإن كان ذلك الرأي يتردد بين الأسلوب الحاصر لاختصاص القضاء الإداري وفكرة المعيار العام إذ يقول في ذلك - بعد أن ينتقد الأسلوب الحاصر لاختصاص القضاء الإداري - «وقد يحمل ترددنا بين الأسلوبين المقترحين دون تغليب أو ترجيح أحدهما على الآخر على أنه تهرب من حسم المشكلة المطروحة، إلا أننا نعتقد أن هذا التردد ميزة تحسب لنا وليس قصور يحسب علينا، لأن أمر على هذا القدر من الأهمية والخطورة لا يجوز أن يحسم بوجهة نظر فردية، وإنما هو جدير بأن يحظى بمشاركة جماعية من المشتغلين بالقانون بصفة عامة والفقه بصفة خاصة. فهذه المشاركة هي الكفيلة في النهاية بالتوصل إلى أوفق الحلول وأكثرها رعاية لصالح المتقاضين والمصلحة العامة».

(1) F. Chouvel, T. Lambert et D. Pelissier, Op. Cit., P. 34 et s., 40-46, 113.

(2) د. وهيب عياد سلامة، مجلس دولة بين الإبقاء والإلغاء، المرجع السابق، ص 87 وما بعدها.

المطلب الثاني

التقييم الفقهي لمعيار القانون الواجب التطبيق

لقد تعرض معيار القانون الواجب التطبيق - شأنه شأن بقية المعايير السابقة - لموجة من الانتقادات الحادة والمركزة من جانب العديد من الفقهاء. وبالتالي شكلت تلك المواقف الانتقادية صعوبات وعراقيل أمام ذلك المعيار⁽¹⁾.

فإذا كان الفقيه الفرنسي المعروف «J.Rivero»⁽²⁾ قد رجح ذلك المعيار فإنه قال: إن فكرة ربط الاختصاص بالموضوع أو القانون الواجب التطبيق التي تعد معياراً رئيسياً معمول به الآن من جانب القضاء لا تحمل العلاج الكافي لمشكلة الاختصاص التي تعد النقيضة الكبرى في النظام الفرنسي والتي وضعت المترافعين حالياً موضع تردد لدى اختيارهم قاضيهم لهذه المنازعة أو تلك.

كما ذهب أيضاً إلى أن القاضي الإداري قد يطبق قواعد القانون الخاص، كما أن القاضي العادي قد يطبق قواعد القانون الإداري - وإن كان لهذه المسألة كما يقول ذلك الرأي - جانب استثنائي نادر - إلا أن ذلك لا يعتبر مبرر كاف حيث أن القاضي الإداري قد يطبق قواعد القانون الخاص على المنازعة لحاجته لذلك. فكيف يتسنى له الاعتماد عليها وكيف يمكنه إدخالها في اختصاصه وأن أصحاب ذلك الاتجاه ذهبوا إلى أن اختصاص القاضي الإداري لا يتحدد إلا بناء على قواعد القانون العام لا الخاص.

وبالتالي فإن ذلك الرأي عاد وأكد أن هذه الفكرة تعترضها مشكلة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص بشكل عام.

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 334, 335. (1)

J. Rivero, Droit administratif, 1990, Op. Cit., P. 215, 216. (2)

كما قيل عنه⁽¹⁾ إنه معيار ضيق وحاصر لنطاق اختصاص القضاء الإداري حيث طرح من اختصاص القاضي الإداري كافة المنازعات المتعلقة بقواعد من القانون الخاص وبدون مبرر وجعلها كاملة من اختصاص القاضي العادي.

ومن الانتقادات - الجد مهمة - والتي لصقت بهذا المعيار أي مبدأ ربط الاختصاص بالموضوع والقانون الواجب التطبيق - أنه يبقى مع ماله من أهمية على نحو ما ذكر - معياراً ضعيفاً إلى حد ما لا يكاد ينهض بمهمته (Mediocre) في تحديد الاختصاص بل مشكوك في مدى قدرته على تحديد وضبط ذلك القانون الإداري أو الخاص المعنى بالتطبيق، حيث بهذا يكون ذلك المبدأ حينئذٍ صعب في مدى تطبيقه⁽²⁾.

كما يرى جانب من الفقه المصري⁽³⁾ أن تطبيق القانون الإداري على مراكز القانون العام لا يشكل معياراً لاختصاص القضاء الإداري بل هو في حقيقته نتيجة لاعتبار المركز من مراكز القانون العام.

فكرة الاحتمال كفكرة مدعمة لمعيار القانون الواجب التطبيق:

ضرورة الاستناد إلى فكرة الاحتمال - هي فكرة ذهب إليها جانب من الفقه المصري⁽⁴⁾، للخروج بها من ذلك العيب الخطير الذي يهدد هذه المعيار - ألا

(1) A. De Laubadere, Traite elementair.. Op. Cit., P. 297, 298.

(2) Ch. Debbach et J.C. Ricci, Op. Cit., P. 128.

وهذا هو النص الذي عرضه الفقيهان كمشكلة لذلك المعيار:

(Le prencipe de la competence et du fond reste neanmoins un mediocre critere de delimitation de competences. Dans la plupart de affaires au la competence est douteuse le probleme principal est justement de determiner si c'est le Droit prive ou la droit administratif qui est applicable ou litige l'indice la compe- tence suit le fond est des lors, impraticable).

(3) د. مصطفى كمال وصفي. مقال بمجلة مجلس الدولة بعنوان: مجلس الدولة القاضي العام للمنازعات الإدارية، العدد (3) عام 1972م، ص 69 وما بعدها.

(4) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، هامش ص 220 وما بعدها.

وهي مشكلة أن القاضي الإداري أحياناً يطبق قواعد القانون المدني وأن القاضي العادي قد يطبق قواعد القانون الإداري - على النحو السالف الذكر.

ذلك أن هذا الرأي يذهب إلى القول بأن لا يكفي مجرد ردّ هذا العيب بما ذهب إليه الرأي الفقهي السائد من أنها مجرد استثناءات ثانوية لا تؤثر على النظرية العامة لفكرة القانون الواجب التطبيق ولا تتال منها أو تنقص من قيمتها بل ينبغي التوفيق بين ذلك العيب المنطقي وهذا الرد غير الكافي في هذا الصدد بناءً على فكرة الاحتمال.

وتعني فكرة الاحتمال أن القاضي لكي يحكم بأن الدعوى من اختصاص القضاء الإداري يكفي أن يكون هناك احتمال لحل المنازعة بواسطة قواعد قانونية تختلف عن قواعد القانون المدني وهي قواعد القانون الإداري. ولكن هذا الاحتمال لا يعني أن القضاء الإداري يطبق دائماً وحتماً قواعد مستقلة تماماً عن قواعد القانون المدني. فقد أوضح الفقه في دراسات عديدة أن القواعد الموضوعية التي يطبقها مجلس الدولة الفرنسي ليست مستقلة استقلالاً تاماً مطلقاً عن قواعد القانون المدني.

بمعنى أن فكرة الاحتمال تطبق بمنهج تأصيلي على مستويين مختلفين. الأول. أن يكون العمل موضوع النزاع منتمياً إلى نشاط محتمل أن يغلب عليه تطبيق قواعد خارجة على القانون المدني. والثاني أن تكون المشاكل التي يثيرها النزاع في أي مرحلة تالية تتطوي على هذا الاحتمال.

ويزيد من فكرة الاحتمال وضوحاً - على حد تعبير ذلك الاتجاه - مقارنة النظام الفرنسي بالنظام الذي سلكه المشرع المصري حتى عام 1972م حيث كان هذا المنهج تحليلياً ينظر فيه إلى العمل الذي أثار النزاع بغض النظر عن النشاط الذي ينتمي إليه هذا العمل، كما لا ينظر إلا إلى النزاع التاثر فعلاً ولا أهمية لما قد يثيره النزاع في مرحلة لاحقة أو ما قد أثاره في مرحلة سابقة.

ولكن يمكن القول إجمالاً - وفي رأينا - أن ذلك المعيار (معيار القانون الواجب التطبيق) هو تخطيط جديد يؤكد العودة إلى نقطة البداية في مسألة البحث عن معيار لاختصاص القاضي الإداري للآتي:

أولاً: أن القول بفكرة النظر إلى احتمال ما تثيره المنازعة من قواعد غالبية فيتحدد بناءً عليها الاختصاص أو بعبارة أخرى احتمال تطبيق قواعد القانون الإداري يكفي لاختصاص القاضي الإداري... لا تغير من المشكلات الخطيرة التي أثارها ذلك المعيار شيئاً... بل أضافت إليه تعقيداً جديداً، لأن مسألة الاحتمالات هذه مرنة عامة غير قاطعة أو بارة في وجود قواعد القانون العام أو انعدامها ولا تمنع في نفس الوقت من وجود قواعد القانون الخاص أو غيرها من قواعد الإنصاف والعدالة التي تشكل قاسم مشترك بين قواعد القانون الخاص والعام (إن صح التعبير والتقسيم اصلاً).

ثانياً: أن كل ما جاء من معايير فقهية منذ نشأة القضاء الإداري هدفها البحث عن أساس للقانون الإداري وكمعيار لاختصاص القاضي الإداري، وهذا ما نلاحظ شبه الإجماع الفقهي عليه، في حين أن آخر ما توصل إليه الفقه هو معيار القانون الواجب التطبيق (القانون الإداري)، فهل يعقل أن يكون أساس القانون الإداري الذي يختص به القاضي الإداري هو ذاته القانون الإداري، فالمطلوب البحث عنه هو معياره وأساسه لا هو ذاته.

ثالثاً: أن إذا قلنا أن القانون الإداري هو ذاته الذي يطبقه القاضي الإداري فأين المعيار الذي نبحث عنه منذ نشأة القانون والقضاء الإداري؟ وهذا يعني إقرار الفقه بمسألتين في غاية الأهمية والخطورة.

الأولى: أن ذلك يعني أن ذلك المعيار (أي معيار القانون الواجب التطبيق) هو عودة لنقطة البداية أو الدوران في حلقة مفرغة، لأنه قد اتضح أن آخر ما توصل إليه الفقه هو أن معيار أو أساس القانون الإداري واختصاص القاضي الإداري هو القانون الإداري ذاته!!!.

الثانية: أن كافة المعايير التي قيل بها لا يكون لها أية أهمية تذكر وفق رأي القائلين بهذا المعيار وهم غالبية عظمى.

رابعاً: مع التسليم (جدلاً) بأن لا مناص من أن يكون القاضي الإداري هو المعني بتطبيق قواعد القانون الإداري. فإنَّ معيار ذلك القانون في المنازعة المطروحة يكون ما زال محل بحث وتفتيش!! أمّا كون أنَّه ينظر إلى تأصيل أو تحليل العمل ذاته أو النشاط باستخدام عنصر الشخص العام أو العناصر الأخرى فهذا يعني نداء بالعمل بكافة المعايير الأخرى مجتمعة مثل المرفق - السلطة - المصلحة العامة - الإدارة العامة - وسائل القانون العام والخاص.. إلخ. وممّا يعني معه أنَّ معيار القانون الواجب التطبيق أو القانون الإداري لا أهمية ولا وجود له كمعيار أو كحل لمشكلة الاختصاص، ولأنَّ هذا المعيار يتمثل في هذه العناصر وتلك المعايير مجتمعة. وهذا ما لم يقل به أحد فضلاً عن أنَّ ذلك يناقض بعضه بعضاً فإنَّ المطلوب هو معيار أحادي صريح وقاطع، ومعنى هذا أيضاً أنَّه لا يوجد معيار سهل قاطع بات لمشكلة الاختصاص وبالتالي فالمسألة أصبحت مشتتة لا ضابط لها ولا رابط يحكمها. فضلاً عن الانتقادات الموجهة لهذه المعايير منفردة ومجتمعة كما سبق.

خامساً: أنَّ ذلك المعيار كأنَّه يمنع القاضي الإداري من حل النزاع بقواعد القانون الخاص حتى لو كان ذلك ممكناً وكذا بالنسبة للقاضي العادي أثناء إمكان استعانتة بالقانون الإداري لحل النزاع، وهذا أمر مستحيل ومستبعد وتؤكد الأحكام القضائية التي لا تقع تحت حصر ولا يتفق وأصول القضاء في كل مصر وعصر التي تستعين في كل نزاع بكل قاعدة أو نص منصف، فضلاً عن أن كافة قواعد القانون تخرج من مشكاة واحدة هي الحق والعدل ورفع الضرر ونشر الأمن.

سادساً: أنَّ أول من انتقد ذلك المعيار هم مؤيدوه - كما سبق - بقولهم أنه لا يحمل العلاج الكافي وأنَّه معيار ضعيف لا يكاد ينهض بحل مشكلة

الاختصاص وأنه معيار ضيق وحاصر لاختصاص القاضي الإداري... إلخ.

سابعاً: أن تطبيق القانون الإداري - كما ذهب إليه انصار هذا المعيار وغيرهم - هو نتيجة لاختصاص القاضي الإداري بتطبيق قواعد القانون الإداري - كما سبق - وبالتالي لا يعد هذا المعيار للاختصاص إذ أن المعيار يعني المقياس الذي يجعل كل منازعة إدارية تخضع لاختصاص القاضي الإداري وتحل بواسطة القانون الإداري (إن صح التعبير) لأن الحل الأمثل لفك النزاعات الإدارية هو وجود معيار يحدد تلك المنازعات ولا مانع عندئذٍ من الاستعانة بأية قواعد من عموم القواعد الشرعية التي تساعد على حل النزاع بجوار قواعد القانون الإداري.

ومن جملة ذلك يمكن القطع بأن معيار القانون الواجب التطبيق لا يصلح بتاتاً كمعيار يحدد اختصاص القضاء الإداري حتى وإن كان ذلك القانون هو الذي يلزم تطبيقه بواسطة القاضي الإداري أو أنه يساعد كثيراً في الفصل في المنازعة الإدارية أو أن له الأولوية في ذلك.

المبحث التاسع

معيار العلاقة الإدارية⁽¹⁾ (الشكلية، الموضوعية، التبعية)

يذهب أصحاب هذا المعيار إلى أن (المنازعات الإدارية هي إجراءات الخصومة القضائية التي ترفع للمطالبة بأثر من آثار العلاقة الإدارية) وبالتالي فهذا التعريف هو المهم لأنه يعتبر المعيار العام لاختصاص القضاء الإداري.

إذ أن القضاء الإداري إنما يختص بكل علاقة تقوم بين الجهة الإدارية وغيرها - فرداً كان أو جهة إدارية أخرى - تجعل هذا الغير في مركز المحكوم للجهة الإدارية التي قامت معها هذه العلاقة، فهذه العلاقة تقوم مع جهة إدارية ويكون الطرف الآخر في مركز المحكوم بسبب هذه العلاقة وبمعنى آخر: تكون هذه العلاقة من علاقات القانون العام، أي يكون المركز الناشئ عنها من مراكز القانون العام.

ونتيجة للقول بأن هذه العلاقة من مراكز القانون العام، أي القانون الإداري فإن هذا يتطلب - عند هذا الاتجاه - أمراً جوهرياً:

وهو أن يكون المركز في حالة خضوع لسيطرة السلطة الإدارية، بأن تكون الجهة الإدارية المعنية حاكمة، ويكون الطرف الآخر محكوماً أي خاضعاً للسلطة الإدارية. وإلا فإن لا معنى لاعتبار العلاقة من علاقات القانون العام.

ثم يعقب قائلًا: فعلى سبيل المثال: إذا لم ينشئ تصرف الإدارة للفرد علاقة مع الإدارة كتدخلها بالتسعير الجبري أو تحديد أجرة الأماكن

(1) قال بهذا المعيار د. مصطفى كمال وصفي، في مقالة بعنوان: مجلس الدولة المصري القاضي العام للمنازعات الإدارية، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الثالث ديسمبر سنة 1972، ص 69 وما بعدها.

المسكونة، أو الترخيص بالشراء بالسعر الرسمي من تاجر خاص، فليست هناك علاقة.

كما أن انتقاء السيطرة في هذه الأحوال ينفي هذا العنصر ولا يجعل العلاقة إدارية.

والقول بأن العلاقة الإدارية التي من شأنها خضوع الفرد للسلطان الإداري ليس إلقاء بالمسألة في أحضان معيار السلطة العامة كأساس للقانون الإداري بل هي تعتمد إلى حد كبير على الفكرة المرفقية، ليس بمعناها الموضوعي وإنما بمعناها الشكلي: أي الجهاز القائم على تنفيذ الخدمة العامة. فإن القول بأن العلاقة الإدارية تقوم مع جهة إدارية يؤدي إلى الاهتمام بفكرة المشروع المرفقي وبذلك تكاد فكرة المرفق أن تشاطر فكرة السلطة الإدارية في هذا التحديد. إلا أنه لا يمكن النظر إلى المرفق كمرفق - ولكن كمشروع، فالمهم في هذا الصدد فكرة المشروع لا الفكرة الموضوعية للمرافق العامة. فإذا كان معظم المشروعات الإدارية تقوم على مرافق عامة، لكنها ليست كذلك دائماً.

وأمّا تطبيق القانون الإداري على مراكز القانون العام فلا نراه معياراً واضحاً بل هو نتيجة لاعتبار المركز من مراكز القانون الإداري.

كما أن القانون الإداري يرتضى تطبيق القانون المدني - مثلاً في العقود الإدارية والمسؤولية ونحن في هذه الأحوال لا نصف القانون العادي في صميم المسائل الإدارية إلا بأنه تطبيق للقانون الإداري، فهذا الارتقاء يجعل هذه التطبيقات من صميم القانون الإداري.

وبالتالي نحن لا نستطيع أن نحتكم إلى تطبيق القانون الإداري على مراكز القانون العام ونجعلها معياراً للعلاقة الإدارية، وبالمثل أيضاً إذا خضعت الإدارة نفسها لقواعد القانون الخاص أو نظمت على قواعده. فإن هذا أيضاً قانون إداري وليس قانوناً خاصاً ما دام أن طبيعة العلاقة إدارية لوجهة من

الوجهات الثلاثة التي سنراها فيما بعد.

فهذا بطبيعة الحال مختلف تماماً عما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي بل وفي مصر في بعض التطبيقات، إذ يجب أن ننظر إلى الأمر نظرة عقلية مجردة وجديدة حتى لا نرى حالات الغثيان التي يعاني منها القانون الإداري الفرنسي لأن مسألة تحديد المنازعة الإدارية ليس من السهل العثور على تحديد واضح لها في كتب الفقه الفرنسي فضلاً عن روح الارتباك الملحوظ في كتاباته والتي تدل على مدى تخطيهم وتشاؤمهم نتيجة لما أسموه «أزمة القانون الإداري لدرجة أن أحدهم وهو الفقيه فالين انتهى إلى أنه لا يوجد قانون إداري».

وعليه فإن المركز - كما يرى ذلك الاتجاه - يكون من مراكز القانون العام، أي يحمل الغير إلى حظيرة التبعية للسلطة الإدارية لسبب من الأسباب الثلاثة التالية:

1 - إمّا شكلياً: كأن تكون بأداة من أدوات القانون العام ومثال ذلك صدور قرار بتحديد أجره المسكن يعتبر نشوء شكلي - (أي بواسطة الجهة الإدارية) - ينحصر في مشروعية هذا القرار وحق الطعن فيه أو تنفيذه في حدوده، لأن موضوع العلاقة يظل على الرغم من ذلك من موضوعات القانون الخاص، وهذا القرار تعديلاً لعقد الإيجار في أحد شروطه.

2 - وإمّا موضوعياً: بسبب أن العلاقة - سواء نشأت بأداة عامة أو غير عامة - وضعت الغير موضع التبعية والخضوع للسلطة الإدارية.

ومثال ذلك أن يكون الفرد موظفاً عاماً نتيجة لأداة من غير أدوات القانون العام، كالواقع بالنسبة للموظف الفعلي إذ يجعل ذلك العلاقة إدارية من الناحية الموضوعية فقط لأنها تحمل

الفرد إلى حظيرة التبعية للسلطة الإدارية على مدى العلاقة الناشئة.

ويلاحظ أن العلاقة قد تعتبر إدارية شكلاً وموضوعاً كأن يصدر قرار بتعيين شخص في الوظيفة العامة بقرار إداري أي من جهة إدارية صحيحة، فهذا الوجه أوضح إداراتها من الوجهين.

3 - أو تبعياً بسبب تعلق المركز بالنشاط الإداري، كما هو الحال في الأعمال التجارية بالتبعية، أي بالنظر إلى عنصر المشروع الإداري بمعناه الشكلي، فما دام هناك مشروع فلا بد أن يرتبط الفرع بالأصل، كمسؤولية الإدارة عن المباني والأشياء وأفعال التابعين لأنه يرتبط بأصل القانون الإداري الذي يمكن أن يكون له فيها قولاً خاصاً وأن يكون مجالاً لامتيازات إدارية فيحمل الفرد إلى حظيرة التبعية الإدارية.

وبالتالي تتكون المنازعة الإدارية في هذه الأنواع الثلاثة من العلاقات:

1 - علاقة إدارية في شكلها فقط، وفي حدود الأداة الشكلية التي أنشأتها.

2 - علاقة إدارية في موضوعها، متى جلبت الفرد إلى حظيرة التبعية الإدارية.

3 - علاقة إدارية بالتبعية، وذلك بالنسبة للمرفق العام بمعناه الشكلي.

وإذا كان هذا الاتجاه قد صرح بأنه لا يعتق في اتجاهه هذا فكرة السلطة العامة كاملة ووحيدة بقوله: (... ليس إلقاء بالمسألة في أحضان معيار السلطة العامة...) وبقوله: (... بل هي تعتمد إلى حد كبير على الفكرة المرفقية...) وصرح بأنه لا يعتق فكرة المرفق العام - كاملة وحيدة ولا معيار السلطة والمرفق بالشكل السابق الإشارة إليه (لأنه ينظر إلى المرفق كمشروع

فقط) أي بقوله: (.. بل وهي تعتمد إلى حد كبير على الفكرة المرفقية، ليس بمعناها الموضوعي وإنما بمعناها الشكلي أي الجهاز القائم على تنفيذ الخدمة العامة... وبذلك تكاد فكرة المرفق أن تشاطر فكرة السلطة في هذا التحديد إلا أننا لا ننظر إلى المرفق ولكن كمشروع فالمهم عندنا فكرة المشروع لا الفكرة الموضوعية للمرافق العامة) وصرح بعدم اعتناقه لفكرة القانون الواجب التطبيق بقوله: (.. وأما تطبيق القانون الإداري فلا نراه معياراً واضحاً بل هو نتيجة لاعتبار المركز من مراكز القانون الإداري)، وقوله: (فنحن لا نستطيع أن تحتكم إلى تطبيق القانون الإداري على مراكز القانون العام ونجعلها معياراً للعلاقة الإدارية...).

وبالتالي لا نتفق مع الدكتورة سعاد الشرقاوي⁽¹⁾ - التي ذهبت إلى أن ما ذهب إليه الدكتور وصفي (صاحب هذا المعيار معيار العلاقة الإدارية) هو معيار القانون الواجب التطبيق - إذ لم يصرح في أي من شروط وعناصر معياره المذكور عن أي من دلالات معيار القانون الواجب التطبيق السالف الذكر، وإن كان من الواضح أنه يستخدم عدة تعابير ودلائل للوصول إلى تلك العلاقة الإدارية التي تتشكل منها المنازعة الإدارية. إلا أن تلك الدلائل وهذه العناصر والألفاظ التي استخدمها الفقيه لا يمكننا وسمها بأنه قصد بها هذا المعيار فضلاً عن عدم تصريحه بذلك بحال بل صرح بمعيار السلطة (التبعية الإدارية) والمرفق بل صرح - كما هو بعاليه - بعدم اعتبار القانون الواجب التطبيق (القانون الإداري) كمعيار بل هو نتيجة - ومن ثم انتقده بنفسه كما هو مبين أعلاه.

كما لا نتفق مع الدكتور وهيب عياد سلامة أنه استعان بمعيار المرفق والسلطة بمدلولهما الشكلي⁽²⁾ وإنما قصد - في رأينا - فقط معيار السلطة العامة وبالتالي فإن رأيه هذا إنما هو يعود إلى معيار السلطة بأسلوب مقتنع.

(1) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 224، 225.

(2) د. وهيب عياد سلامة، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 308.

أي بتسميته له التبعية الإدارية أو تحت إمرة ومحكومية السلطة الإدارية وكل ذلك كوجهين لعملة واحدة.

بل صرح برفضه لكافة النظريات الفقهية والقضائية التي سبق وقيل بها في مصر أو فرنسا عندما قال: (وهذا بطبيعة الحال مختلف تماماً (عما)⁽¹⁾ استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي بل وما هو سائد عندنا في بعض التطبيقات. إذ يجب أن ننظر إلى الأمر نظرة عقلية مجردة وجديدة حتى لا نرى حالات الغثيان التي يعاني منها القانون الإداري في الخارج).

فإن الاتجاه المذكور قد حدد المنازعة الإدارية - في رأينا وبناءً على ما سلف في معيار السلطة العامة فقط ولا يخرج عنها قيد أنملة وذلك للآتي:

1 - أنه ذهب إلى القول بأن (جوهر المسألة في تحديد ما هي العلاقة الإدارية) ثم عند أول تحديد لها يقول: (... تجعل الغير في مركز المحكوم للجهة الإدارية) ثم يزيد الأمر جلاءً وإيضاحاً بقوله: (ونتيجة للقول بأن هذه العلاقة من مراكز القانون العام، أي القانون الإداري... أن تكون الجهة الإدارية حاکمة، ويكون الطرف الآخر محكوماً أي خاضعاً للسلطة الإدارية. وإلا فلا معنى لاعتبار العلاقة من علاقات القانون العام).

2 - أنه رجع وناقض نفسه بأنه لا يقصد معيار السلطة العامة، بل أن ما يؤكد ذلك التناقض ما أوضحه فيما بعد من أن هذه المراكز الخاضعة للقانون العام بناءً على فكرة التبعية (للسلطة الإدارية) هي إما أن تكون شكلية (الإدارة) أو موضوعية (كالموظف الفعلي) أو تبعية (أي تابعة للمرفق أو للمشروع الإداري). فقد صرح بأن تلك العلاقات الثلاثة والتي نلاحظ أنها تشمل كافة العلاقات الإدارية تقريباً لا يمكنها أن تكون كذلك (أي تشكل أي منها العلاقة

(1) وردت (كما) وكلن سياق الكلام يدل على أن المقصود هو (عما).

الإدارية) إلا إذا ارتبطت بفكرة التبعية (على حد تعبيره) والتي صرح بأن تكون هذه التبعية للسلطة الإدارية. وبالتالي فكل علاقة لا ترتبط بفكرة التبعية أو للسلطة لا تصلح وحيدة كمعيار.

أي أنه إذا كان قد قرر أن الإدارة كأداة شكلية فهو مرهون بوصفها سلطة عامة وحاكمة ومسيطرة وأن الغير في حالة خضوع لها.

- وإذا كان النظر فقط إلى المرفق كمشروع فلا معيار لتحديد إداريته سوى (هذه التبعية).

- وإذا كان النظر إلى تبعية أو غيره بالنشاط الإداري فقد قيده بأن يكون تحت أمره وتبعية السلطة العامة على النحو المذكور سلفاً فأين إذن ما سوى هذه التبعية التي لا يمكن أن يكون لها معنى سوى سلطة السلطة الإدارية وهو ذاته معيار السلطة العامة. وإذا لم يعني بهذه التبعية أو الخضوع هو الخضوع للسلطة العامة كما صرح فإن افتراض عدم معرفة معنى هذه التبعية تحتاج منفردة إلى معيار بل معايير توضحها، كما أن هذه العلاقات الثلاثة لا تشكل معيار أو تحديد بدون هذه التبعية.

فلا مناص من خضوع ذلك المعيار - في رأينا - لكافة الانتقادات التي واجهتها فكرة السلطة العامة - كما سبق - بل أضاف تعقيداً وغموضاً جديداً إلى تعقيدات ومشكلات ضابط ومعيار تحديد اختصاص القضاء الإداري حيث لا يمكن التنحي عن ضرورة وجود معيار واضح قطعي يحدد اختصاص القضاء الإداري وأن يكون هذا المعيار لا يحتاج هو نفسه إلى معايير أخرى توضحه كما هو حاصل في الاتجاه السابق والذي فضلاً عن ذلك جعل الفقه في خلاف حول البحث عن قصده وماهية ما يذهب إليه كما سبق.

المبحث العاشر

معياري كون الجهة الإدارية طرفاً في المنازعة (معياري مقترح)

هو المحدد المنطقي والعلمي لاختصاص القضاء الإداري

أولاً: الإخفاق الفقهي والقضائي في التوصل إلى معيار قاطع يحدد اختصاص القضاء الإداري:

ذلك أن ما سلف قد أثبت أن هناك إخفاق فقهي وقضائي⁽¹⁾ في التوصل إلى معيار قاطع حاسم يحدد اختصاص القضاء الإداري.

حيث أن الفقه قد وصف هذه المسألة بالتعقيد، وأن الخلافات والمشاحنات بلغت فيها مبلغاً، وأن كافة ما جاء بشأنها من معايير أو حلول كلها منتقدة بانتقادات قوية ومبررة بل وبلغت بهذا القضاء الإداري إلى حد النظر في إلغائه كاملاً أو إبقائه⁽²⁾.

بل لم يقل ويجمع على ذلك الفقه الفرنسي وحده⁽³⁾ بل من الفقه العربي⁽⁴⁾ من أكد ذلك عندما قال: (... إذ يجب أن ننظر إلى الأمر نظرة عقلية

(1) فما جاء عن الفقه من معايير هي أيضاً انعكاس لما جاء عن القضاء - وأن موقف القضاء انعكاس لما جاء عن الفقه وهذا واضح من خلال أحكامه في بعض الدول - يراجع في ذلك القسم الثاني: تطبيقات هذه المعايير في بعض الدول المقارنة، وقد أكد الفشل القضائي الفقه نفسه (كما في الهامش رقم ما بعد التالي أدناه).

(2) يراجع تفصيل ذلك بالانتقادات الموجهة للمعايير السابقة والمبحث الأخير من الباب التمهيدي وخلاصة الباب الأول.

(3) على سبيل المثال:

J.M. Auby et R. Drago, Op. Cit., P. 327, 328, A. De Laubadere, Traite elementaire..., Op. Cit., P. 492, G. Vedel et P. Delvolve, Op. Cit., P. 139 et s., J. Rivero, Existe-T-il un critère du administratif, Op. Cit., P. 279 et s.

(4) د. مصطفى كمال وصفي، مقاله السالف الذكر، المرجع السابق، ص 69 وما بعدها.

مجردة وجديدة. حتى لا نرى حالات الغثيان التي يعاني منها القانون الإداري الفرنسي لأن مسألة تحديد المنازعة الإدارية ليس من السهل العثور على تحديد واضح لها في كتب الفقه الفرنسي، فضلاً عن روح الارتباك الملحوظ في كتاباته، والتي تدل على مدى تخطيهم، وتشاؤمهم، نتيجة لما أسموه (أزمة القانون الإداري) لدرجة أن أحدهم وهو الفقيه الفرنسي (فالين) انتهى إلى أنه لا يوجد قانون إداري).

فمن خلال تلك الأقوال الصارخة القاطعة وما أسلفناه من انتقادات لكافة المعايير يتبين لنا أن هناك إخفاق فقهي وقضائي في التوصل إلى معيار حاسم لمشكلة الاختصاص وهذا ما دفعنا إلى البحث عن معيار جديد يحدد اختصاص القضاء الإداري بدقة.

ثانياً: الأسباب الرئيسية لهذا الإخفاق الفقهي والقضائي:

في رأينا الخاص أن أول سبب يتبدى لنا في نشوء هذه المشكلة بهذا الوضع عدم تتبع المفاهيم المنطقية والعلمية الصحيحة من جهة، وعدم الاعتراف بها أو تجاهلها لسبب أو لآخر من جهة أخرى، كما سيلي:

السبب الثاني: هو الإصرار على اعتبار أن أساس القانون الإداري هو ذاته معيار اختصاص القضاء الإداري والاستمرار في ذلك خلفاً من الفقه عن سلف⁽¹⁾.

السبب الثالث: هو سبب تاريخي - ظهر لنا من خلال العرض التاريخي لعلّة وأساس القضاء الإداري وتطور معيار اختصاصه، حيث تمخض عن إقرار القضاء الإداري التخوف من اتساع اختصاصه - حسب أوضاع وتقاليد فرنسية - وطفيلانها على اختصاص القضاء العادي. ولأن فرنسا كانت هي

(1) فقد أكد هذا الاستمرار كافة الفقهاء في مراجعهم المختلفة وأكد «J.Rivero» في مقاله السابق ص 279 وما بعدها، بل له في هذا المقال شطحات غريبة منها أنه لا يمكن أن يكون للقانون الإداري معيار أو أساس واحد!! واستدل على ذلك بفشل هذه المعايير وما جاء عليها من استثناءات كثيرة فلا شك أن كل شيء له أساس وقواعد.

الدولة الوحيدة التي أنشأت القضاء الإداري بهذا الشكل الحديث، فراح الفقه يبحث عن معايير الأصل فيها البحث عن معايير تحدد اختصاص القضاء الإداري بشكل لا يطفى على اختصاص القضاء العادي مع الحذر كل الحذر. بلا مبرر من التوسع فيه، حتى لو عن معيار يقوم على المنطق والفهم السليم، ولا أدل على ذلك من أن الفقه قد تجاهل تماماً المعيار العضوي (معيار الإدارة العامة) ولوحظ النفور منه بعدم الاقتراب منه لهذه الأسباب فقط⁽¹⁾ مع العلم أن مجلس الدولة الفرنسي لم يولد أصلاً إلا من خلال كونه قاضي للإدارة وبديل عنها كما سبق تفصيله.

السبب الرابع: الإصرار من جانب معظم الفقه الإداري على شطر تصرفات الإدارة إلى تصرف سلطة وآخر عادي أو شبيه بتصرفات الأفراد بلا مبرر أو سند مقبول وبالتالي الخلط بين أساس القانون الإداري وغايته ووسيلته والإنشغال بتقسيمات القانون (وعموم قواعد العدالة) إلى عام وخاص..... الخ والدخول في غابة من المصطلحات الغريبة غير المبررة علمياً بشكل يقيني ولا تستند إلى قواعد مقبولة أو حتى معقولة.

ثالثاً: الأسس والقواعد التي يستند عليها المعيار (المقترح):

يستند المعيار المقترح - الذي يحدد اختصاص القضاء الإداري بكل منازعة تكون الإدارة طرفاً فيها - إلى أسس وقواعد ومبررات اتضحت لنا من خلال هذه الدراسة، تتمثل فيما يلي:

1 - أن القضاء الإداري يختص - بحسب أصل نشأته وعلة وجوده وأسباب استقراره التي رأيناها فيما سبق - بالفصل في كافة المنازعات الإدارية، لأنه الأكفأ والأكثر خبرة ودراية بها، فهو الأدرى بأنشطة الإدارة ومسؤولياتها وصلاحياتها المنوطة بها لتحقيق الصالح العام، فهو الأعرف بما

(1) كما ذهب إلى ذلك الفقيه الفرنسي فالين أثناء تعرضه لمعيار الإدارة لمجرد أنه ظهر له أنه يؤدي إلى اتساع اختصاص القضاء الإداري (كما هو مبين تفصيلاً بال مطلب الثاني المبحث الأول بالفصل الثاني من الباب الثاني النجاهل الفقهي للمعيار العضوي، ص 164.

لها من حقوق أو ما عليها من التزامات في هذا الصدد، وبالتالي فهو الحامي أيضاً لحقوق الأفراد وحريتهم من خلال خبرته بانحرافات الإدارة والحالات التي تتعسف فيها أو التي تسيئ فيها استعمال حقوقها أو سلطاتها، فهو الأكثر دراية وبالتالي قدرة في التوفيق بين ذلك كله بشكل منصف وعادل، بوصفه جهة قضاء يفصل ويحكم في نزاع ولا يتحيز لطرف ما سواء الإدارة أو غيرها.

2 - أن ذلك الاختصاص - وكما رأينا - يتبع الموضوع وهي القاعدة التي تسمى أيضاً ربط الاختصاص بالموضوع أي اختصاص القاضي الإداري بالفصل في المنازعات الإدارية وضرورة أن يطبق قواعد القانون الإداري، لكنه - في رأينا - ليس ربطاً حتمياً أو بمعنى آخر ليس هناك تلازم حتمياً بين ذلك الاختصاص وتطبيق قواعد القانون الإداري. فإذا كانت كافة القواعد الإدارية هي الواجبة التطبيق فعلاً ودائماً على كافة المنازعات الإدارية، فإن القاضي الإداري يمكنه أن يطبق أيضاً قواعد الإنصاف والعدالة أو حتى قواعد القانون الخاص بحوار قواعد القانون الإداري أو في حالة عدم وجود نص في هذه الأخيرة يطبق على المنازعة العروضة، فقد رأينا - فيما سبق - أن الفقه قد جعل أساس القانون الإداري (معياري المرفق أو السلطة أو المصلحة... إلخ) هو ذاته معيار لاختصاص القضاء الإداري، وقد رأينا فشل هذا التلازم كما سيلي أيضاً. وكما رأيناه من خلال آخر ما توصل إليه الفقه والقضاء وهو معيار القانون الواجب التطبيق (القانون الإداري)، حيث ثبت عدم صحة ذلك لحتمية استعانة القاضي الإداري بقواعد أخرى كما سلف في الانتقادات الموجهة لمعيار القانون الواجب التطبيق. فقطعاً إذا سقط الأصل وهو هذا المعيار سقط الفرع (وهي المعايير الأخرى التي تبحث عن أساسه أو معياره فقط) وعموماً لا مبرر لمنع القاضي من تطبيق أية قاعدة شرعية منصفة ولا مبرر للاهتمام بتلك التقسيمات للقانون إلى عام وخاص خصوصاً في هذه المسألة.

3 - إذا كان المعيار (Critere) هو أنه العيار أو المقياس أو الضابط الذي يميز به الشيء عن غيره⁽¹⁾، فإنَّ القاسم المشترك والمعيار الذي يجمع بين اختصاص القضاء الإداري بكافة المنازعات الإدارية وضرورة تطبيق القضاء الإداري لكافة قواعد القانون الإداري بوصفه أساس المصلحة العامة بجوار القواعد الأخرى المنصفة للإدارة والأفراد، هو كون الجهة الإدارية طرفاً في المنازعة.

فالمعيار أو الضابط الذي يحدد اختصاص القضاء الإداري هو كون الإدارة العامة بمعناها العضوي الواسع طرفاً في النزاع.

ذلك لأنَّ ممَّا هو مسلم به أنَّ القانون الإداري في حقيقته هو قانون الإدارة العامة تتصرف على هديه وفق قواعده وتصدر أنشطتها على ضوئه، فهي الملزمة ابتداءً بتطبيقه وفي حالة عدم وجود نص فيه تتصرف بحسب غايته وأساسه وهو الصالح العام بالتزامن مع قواعد العدالة عموماً.

ولذلك كله تأسيس وتوضيح وتفصيل مهم نحاول إيجازه فيما يلي:

بات معروف أنَّ القاعدة القانونية تتميز بأنها قاعدة عامة مجردة بعموميتها تخاطب جميع الناس أو فئة منهم بصفاتهم لا بذواتهم وبأنَّها تنظم روابط اجتماعية، وقواعد القانون الإداري كغيرها من القواعد القانونية، وضعت لتنظيم روابط معينة وعلاقات محددة.

والقانون الإداري قديم قدم البشرية ذاتها، فالأسرة هي المحتوى الأول لنظام الحكم. أي بالسلطة الأبوية تُنظم شؤونها، والعشيرة هي أول صورة للوحدة السياسية وتأسيس نظام الحكم. فباتساع الأسر وتكاثرها ظهرت

(1) فقد جاء بالصحيح. المرجع السابق، ص 465 بشأن المعيار ما يلي:
(عابر) المكاييل والموازين (عباراً) ولا تقل (عبر)، (والمعيار) بالكسر (العيار). ويراجع أيضاً في معنى المعيار عموماً:

د. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري 1995م، ص 8 وما بعدها.

الحاجات العامة والمصالح العامة، بل وكانت بادية أصلاً من خلال الأسرة، ففطرة الإنسان تتطلب - وبحكم قدرته المحدودة وعجزه عن إشباع كل حاجاته بنفسه - أن يجتمع بغيره لإشباع الحاجات الخاصة والعامة، ومن هنا تشكلت الإدارة العامة لإشباع تلك الحاجات وهذه المصالح كالعدل والأمن والدفاع.. وغيره فضلاً عن حاجاته الأخرى من قوت ونظام وما إلى ذلك... وبالتالي وجدت وظيفة الدولة كإدارة عامة ترسم السياسة العامة وتراعي مصالح الشعب العامة (القانون الإداري)... بخلاف المصالح الخاصة التي لا تفيد سوى صاحبها وعرضاً تفيد الآخرين⁽¹⁾.

وعليه فإن القانون الإداري لا يخرج عن كونه الإدارة بمفهومها العضوي والقواعد الأخرى التي تحكم نشاطها، ولا عجب أن تختلف تلك القواعد التي ترعى المصالح العامة عن المصالح الخاصة التي يرعاها الأفراد العاديين فهي قواعد لينة تقرر وتكمل إرادة هؤلاء الأفراد إلا إذا تعلق بالنظام العام أو الآداب أي تمس المجتمع.. بينما المصلحة العامة لا بد أن تهتم بمصلحة المجتمع وهو الطرف الغائب عن هذه العلاقة، بواسطة قواعد تضمن له تلك المصالح كأن توضع قواعد وإجراءات تسيّر عليها الإدارة تختلف مثلاً في البيع العادي عن البيع المتعلق بتلك المصالح العامة كإجراء البيع بالمزاد... إلخ، ولا تعد تلك القواعد قواعد استثنائية غير مألوفة أو شاذة أو ما أسموه بامتيازات للإدارة إذ لا تخرج عن كونها قواعد لحماية تلك المصالح العامة لأن تلك المصلحة العامة تسمو على المصالح الخاصة لأنها تمس وتخص المجموع، وبمعنى آخر لاختلاف طبيعة الرابطة القانونية عموماً التي تتشكل منها القاعدة القانونية⁽²⁾، وبالتالي فعلة وأساس القانون الإداري هي المصلحة

(1) د. عمرو حسبو، محاضرات في تاريخ القانون العام، ص 3 - 19: د. حماد محمد شطا، المرجع السابق، ص 42، 68 - 73، 80: د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 6: د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري 1967م، ط 3، ص 32: وذلك بغض النظر عن المذاهب والفلسفات السائدة، وبالنظر إلى الدولة كدولة قانونية معاصرة.

(2) د. حماد محمد شطا، المرجع السابق، ص 139 وما بعدها.

العامّة وأنّ القانون الإداري هو الوسيلة لتحقيقها.

بمعنى أن يمكن القول⁽¹⁾ إنّ المصلحة العامة تعتبر بذلك أي بكونها الأساس والسبب الأول في وجود ذلك القانون وتطوره معيار لمشروعية كل قاعدة قانونية إدارية وكل تصرف أو نشاط إداري يتمخض عن تلك القواعد.

ولا خلاف في الفقه الإسلامي - كما سبق - على معنى القانون الإداري بالمعنى السابق لقوله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾، فالثابت في الفقه الإسلامي أن إدارة الدولة تسعى لتحقيق الصالح العام والخاص معاً وأن قضاء المظالم (القضاء الإداري) يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالإدارة والأفراد أي وفق معيار المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها - كما سبق.

فالإدارة هي المخاطبة بل والملزّمة بالتصرف على هدي القواعد المنصفة التي ترمي المصالح العامة وإذا لم يكن هناك نص فمعيار المصلحة العامة يكون هو معيار لمشروعية أنشطتها ومعيار أيضاً للقاضي الإداري الذي يحكم به - عند الحاجة - على مدى شرعية تصرف الإدارة عند عدم وجود نص إداري فمن المقطوع به في الشريعة الإسلامية أنّ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة وبالتالي تسقط قطعياً مقولة أنّ فكرة المرفق العام أو السلطة العامة أساس للقانون الإداري بمعنى علة وجوده أو أن تكون الغاية من ذلك القانون كما سبق إذ تبين بشكل منطقي وعلمي سليم أنّ غايته وعلة وجوده وأساسه هي المصالح العامة وأنّه هو الوسيلة لتحقيقها ولا يقبل ولا يعقل أن تكون فكرة المرفق أو السلطة - كما ذهب إليه البعض فيما سبق - هي غاية في ذاتها ولا أن تكون كوسيلة لهذه المصالح إلّا من جهة كونها نصوص في القانون الإداري فتكون وسيلة لتحقيق هذه المصالح العامة كسائر قواعد القانون الإداري.

D. Truchet, Op. Cit., P. 367 et s.

(1)

فعلى هدى ما سلف يمكننا القول أنَّ نصوص القانون الإداري سببها أو علة⁽¹⁾ وجودها أو أساسها - المباشر قطعاً - المصلحة العامة التي هي الغاية العظمى والنهائية لهذه النصوص أو ما سمي بالقانون الإداري (كنظام) بخلاف المصالح العامة التي يُحققها الأفراد عرضاً لأنهم غير مخاطبين بذلك بشكل ملزم كالإدارة.

ففي رأينا الخاص - بناءً على هذا أنَّ تلك النصوص إنما سميت بالقانون (الإداري) نسبة إلى الإدارة التي تعتبر الأداة التي تقوم بتنفيذ ذلك القانون سعياً للمصالح العام (إدارة المصالح العام)، والفقه الإداري قرر أنَّ القانون الإداري هو قانون الإدارة العامة.

وبذلك يتضح أيضاً أنَّ المنازعات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري إنما سميت بالمنازعات الإدارية نسبة إلى الإدارة التي بتصرفاتها وأنشطتها المختلفة - على النحو السالف البيان - نشأت هذه المنازعات فسميت منازعات إدارية نسبة إلى هذه الإدارة العامة.

وبالتالي نخلص إلى أنَّ الإدارة العامة هي ذلك المعيار أو القاسم المشترك الذي يجمع بين فكرة كون القاضي الإداري مختص بالفصل في هذه المنازعات الإدارية وفكرة أن يكون ذلك أولى بواسطة تطبيق قواعد القانون الإداري إذا كانت هناك نصوص أو مبادئ إدارية تحكم المنازعة وإلاً وفق غايته وهي المصالح العامة وقواعد الإنصاف عموماً.

فاختصاص القضاء الإداري يتحدد - في رأينا - وعلى هدى ما سلف بكل منازعة تكون الإدارة طرفاً فيها ولا صحة للتمييز بين تصرف الإدارة بوصفها سلطة عامة أو شبيهاً بتصرفات الأفراد كما هو حاصل لدى غالبية

(1) يراجع في الأسباب والعلل وفي الغايات بمعانيها اللغوية الصحيحة. علم أصول الفقه - على سبيل المثال - ابن قدامة وآثاره الأصولية. القسم الثاني، د. عبد العزيز السعيد، ط 3 عام 1403 هـ - 1983م، ص 56 وما بعدها، كما يجب ملاحظة أنَّ النظر يكون إلى السبب والعلة والوسيلة المباشرة.

الفقه، لأن الإدارة تسعى في كل الأحوال إلى تحقيق المصالح العامة أساس وجود القانون الإداري والإدارة نفسها ولأن هذا الأساس - في رأينا وكما سبق - واحد فليس هناك ثمة مبرر ولا سند لهذه التفرقة بحال من الأحوال.

وبهذا قد ضمنا أن كافة المنازعات التي ينظرها القضاء الإداري قد احتوت كافة قواعد القانون الإداري بدون الدخول في دوامة البحث عن فواصل بينها وبين قواعد القانون الخاص.

4 - ليس أساس القانون الإداري هو - بحق - ذاته معيار اختصاص القاضي الإداري، لسقوط فكرة أن القانون الإداري هو معيار اختصاص القاضي الإداري لما سبق من انتقادات حادة ومنطقية أهمها أنه من المستحيل على القاضي الإداري ألا يطبق سوى قواعد القانون الإداري وطبيعي أنه إذا سقط الأصل (القانون الإداري) سقط الفرع (الأساس) أي فكرة المرفق أو السلطة أو حتى المصلحة العامة (كأساس صحيح)، كما أن هذا الأساس الصحيح (المصالح العامة) قد اتضح اختلافه عن معيار الاختصاص الصحيح (المقترح) وهو معيار الإدارة العامة في رأينا.

5 - إن المصلحة العامة لا تصلح معيار لاختصاص القاضي الإداري لدخول غيره فيه أي أنه معيار جامع غير مانع، أي أن هناك القضاء العادي الذي يفصل في كافة النزاعات من أجل المصلحة العامة، بل ولما سبق من انتقادات لمعيار المصلحة العامة وكما قيل من أنها ربما تصلح أساساً للقانون كله، كما أن هناك أفراد تتعلق أنشطتهم وما يترتب عليها من نزاعات بالمصالح العامة...

6 - إذا قيل⁽¹⁾ أن ذلك المعيار (معيار الإدارة العامة المقترح) والذي قيل به أيضاً عند بداية نشأة القضاء الإداري في فرنسا أنه يؤدي إلى التخوف من اتساع بل الاتساع الفعلي لاختصاص القاضي الإداري بمنازعات كانت تخرج عن اختصاصه

(1) كما ذهب إليه الفقيه الفرنسي (فائين) على ما سبق، ص 164.

كالأوقاف والعقود غير الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها كما سبق...

فإن هذا مردود عليه بمطاعن عدة أهمها:

أ - أن اتساع اختصاص القضاء الإداري ليس إنشاء لجهة قضائية جديدة أو خلق منازعات جديدة أو ما شابه ذلك، وإنما هو إناطة القاضي الإداري كامل اختصاصه حسب الأصول والقواعد السالفة الذكر - باعتباره القاضي الأكفأ والأدرى بهذه المنازعات التي يراعي بنظرها المصالح الإدارية أثناء تطبيقه قواعد القانون الإداري أو غيرها من القواعد الأخرى حتى لو كانت من القانون الخاص ما دامت وفق أساس القانون الإداري (المصلحة العامة). ويحمي مصالح وحريات الأفراد من انحرافات الإدارة ومسالكها المعروفة له من خلال تخصصه وتردد هذه القضايا عليه وبواسطة سحبها من القاضي العادي صاحب الكفاءة والخبرة المحدودة في هذا الصدد.

ب - أن لا ضرر في ذلك لا على قاضي ولا متقاضي ولا أية جهة تقاضي، بل في ذلك المصلحة لما سبق أعلاه. فاتساع اختصاص القاضي الإداري أمر لا يضر بمصالح عامة أو خاصة لأنه مجرد نقل لمنازعات هي من اختصاصه أصلاً حسب هذه الأصول من القاضي العادي إليه، وبقدر ما اتسع اختصاص القضاء الإداري بقدر ما خفف على القاضي العادي من أعباء، لأن المنازعة قائمة حتماً لا خلاف على ذلك.

7 - مما يؤكد صحة هذا المعيار هو أن القضاء الإداري لم ينشأ في فرنسا إلا من أجل الإدارة العامة الفرنسية بل ورغماً عنها لأنها كانت قد منعت القضاء العادي من التعرض لأعمالها أو عرقلته لها ومع انتقادها لم تجد مناص من إنشاء القضاء الإداري عندما وجدت نفسها في حالة حرج لنظرها المنازعات الخاصة بها بنفسها أي حال كونها حكماً وخصماً في نفس

الوقت. بل ولما وجدناه فيما سبق من أنَّ الشريعة الإسلامية قد أوجدت قضاء المظالم لهذا الغرض نفسه سابقة بذلك فرنسا وغيرها آخذة بذات المعيار.

8 - إذا قيل: إنَّ هذا الإطلاق وعدم الاستثناء يؤدي إلى دخول الأعمال القضائية والتشريعية وأعمال السيادة... إلخ في مجال الطعن عليها أمام القاضي الإداري من جديد.. قلنا: إنَّ هذا المعيار هو الأصل العام الذي يبحث عنه الفقه والقضاء منذ أكثر من قرنين من الزمان. وأنَّ هذه الاستثناءات أو غيرها، منها ما وجد للتضييق المجرد من اختصاص القاضي الإداري - كما سلف - ومنها ما أوجدته ظروف سياسية وتاريخية كما في فرنسا بالنسبة لأعمال الغصب والتعدي والضرائب غير المباشرة... إلخ.

ولما كان قد ثبت أنَّ القاضي الإداري أهميته وضرورته للفصل في المنازعات الإدارية ليستمر دور الإدارة في تطبيق القانون الإداري وقواعد الإنصاف وبالتالي عدم عرقلة سيره ومن ثم تحقيق الصالح العام وبالتالي الخاص، ولدور القضاء الإداري كقريب على أعمال الإدارة.. فإنَّ الأولى ألا يفلت من تلك الرقابة عمل إداري.

وإذا أفلت عمل ما - كالأعمال التشريعية والقضائية - لمبرر ما - كأن يكون عمل فني توجد عليه أصلاً رقابة قضائية فنية كمحاكم النقض أو غيرها - فإنَّ تلك التي تعتبر حالات استثنائية - دون غيرها من الأعمال الإدارية - إذا تم النص عليها، دون المساس بالقاعدة العامة أو المعيار المحدد لاختصاص القاضي الإداري.

فمثلاً - وبناءً على ذلك المعيار لا يخرج من اختصاص القاضي الإداري - أيّاً من العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها أو حتى الأوقاف العامة أو أية عقارات أو منقولات للإدارة أو أي من المرافق العامة الاقتصادية أو التجارية... إلخ. وبالجمله ليس هناك مجال للتفرقة بين تصرف سلطة أو عام وتصرف عادي أو خاص بالإدارة - كما سلف - لأنَّ كل هذه الأعمال وجدت لذات العلة الواحدة وهي المصالح العامة المنوطة بها الإدارة، ومن ثم

فلا مجال للاستثناءات على هذا المعيار إلا كما سبق.

رابعاً: المسالب التي يتفادها والمزايا التي يحققها معيار الإدارة العامة:

- 1 - يمتاز ذلك المعيار بالبساطة والوضوح وسهولة التطبيق ويرفع العبء عن القاضي أو المتقاضي أو جهات التقاضي، فكل ذي شأن يسهل عليه معرفته بسهولة. ويرفع أعباء مالية ومعنوية كبيرة.
- 2 - أحاط المنازعات الإدارية بسياج من الحماية بواسطة القضاء الإداري المتخصص لما ظهر من أهميته لحماية الإدارة وحماية حقوق وحرريات الأفراد. كما أن هذا المعيار يشير إلى تلك المنازعات الإدارية ويميزها عن غيرها بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض يرهق المتقاضي وجهات التقاضي.
- 3 - يُخرج المنازعات الأخرى من اختصاص القاضي الإداري لأنها ليست من اختصاصه أصلاً، ولا وجد من أجلها وأن القاضي العادي هو الأحق بنظرها لكفاءته فيها.
- 4 - خلص الفقه والقضاء من حيرة مشكلة القرنين الماضيين التي بلغت حداً من التعقيد بل وبلغت حد الانتكاسة والدوران في حلقة مفرغة والرجوع إلى نقطة البداية على النحو المفصل في مواضعه.
- 5 - أنهى مشكلة تعارض الأحكام وتنازع الاختصاص وما يترتب على ذلك من إجراءات وأعباء على كل ذي شأن.
- 6 - خلص الفقه والقضاء من مشكلة القرنين من الزمان في البحث عن أساس للقانون الإداري وفواصل للقانون العام عن الخاص حيث تلك المشكلة هي جل أهميتها العملية.

7 - تفادي الانتقادات والمسالب المعقدة التي واجهت المعايير الأخرى.

8 - فصل بين اختصاص القاضي الإداري وأساس القانون الإداري بشكل واضح ملموس وأوضح أنها سبب في تعقيد المشكلة.

9 - أزاح «غصة» القضاء الإداري التي كانت أن تقضي عليه وهي مشكلة عدم وجود معيار لاختصاصه وما ترتب عليها من تنازع في الاختصاص وتعارض في الأحكام والتي كانت بمثابة العيب الأخطر الذي هدد القضاء الإداري بالإلغاء.

وعلى هدى ما سلف في ذلك الباب يمكننا الخلاص إلى أن هناك أساليب ثلاثة في توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في النظم المعاصرة، تبين لنا أن الأسلوب الأمثل منها هو الأسلوب الثالث بل هو فقط الذي ينبغي اعتماده والاستناد عليه لأنه يتفق وعلة وأساس نشأة القضاء الإداري والذي بمقتضاه يكون القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات غير الإدارية، ويكون القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات الإدارية.

وقد صال الفقه وجال في البحث عن معيار يحدد تلك المنازعات الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري ومن ثم تخرج عن اختصاص القضاء العادي، وذهب في ذلك مذاهب شتى، فمن قائل بمعيار السلطة العامة ومن قائل بمعيار المرفق العام ومن قائل بمعيار المصلحة العامة ومن قائل بمعيار القانون الواجب التطبيق ومن قائل بالجمع بين كافة المعايير ومن قائل بمعيار العلاقة الإدارية.. إلخ. أكد الفقه نفسه - وللأسف - فشلها سواء مجتمعة أو منفردة وأنها لا تعدو أن تكون مجرد توجيهات عامة ولا يوجد من بينها معيار حاسم لهذا الإشكال، وبالتالي اضطررنا للبحث عن ذلك المعيار فوجدناه - بعد دراسة وتحليل - يكمن في كون الإدارة طرفاً في المنازعة، وأن ذلك الذي يتفق - بشكل علمي ومنطقي سليم - مع أصل نشأة القضاء الإداري سواء في الشريعة الإسلامية أو في النظم المعاصرة أيضاً.