

# مجلة جامعة البعث

سلسلة العلوم القانونية



مجلة علمية محكمة دورية

المجلد 46 . العدد 6

1445 هـ - 2024 م

الأستاذ الدكتور عبد الباسط الخطيب

رئيس جامعة البعث

المدير المسؤول عن المجلة

رئيس هيئة التحرير	أ. د. محمود حديد
رئيس التحرير	أ. د. وليد حماده

مدير مكتب مجلة جامعة البعث

د. إبراهيم عبد الرحمن

عضو هيئة التحرير	د. محمد هلال
عضو هيئة التحرير	د. فهد شريباتي
عضو هيئة التحرير	د. معن سلامة
عضو هيئة التحرير	د. جمال العلي
عضو هيئة التحرير	د. عباد كاسوحة
عضو هيئة التحرير	د. محمود عامر
عضو هيئة التحرير	د. أحمد الحسن
عضو هيئة التحرير	د. سونيا عطية
عضو هيئة التحرير	د. ريم ديب
عضو هيئة التحرير	د. حسن مشرقي
عضو هيئة التحرير	د. هيثم حسن
عضو هيئة التحرير	د. نزار عبشي

تهدف المجلة إلى نشر البحوث العلمية الأصيلة، ويمكن للراغبين في طلبها

الاتصال بالعنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة جامعة البعث

سورية . حمص . جامعة البعث . الإدارة المركزية . ص . ب (77)

. هاتف / فاكس : 963 31 2138071 ++

. موقع الإنترنت : [www.albaath-univ.edu.sy](http://www.albaath-univ.edu.sy)

. البريد الإلكتروني : [magazine@ albaath-univ.edu.sy](mailto:magazine@albaath-univ.edu.sy)

**ISSN: 1022-467X**

## شروط النشر في مجلة جامعة البعث

الأوراق المطلوبة:

- 2 نسخة ورقية من البحث بدون اسم الباحث / الكلية / الجامعة) + CD / word من البحث منسق حسب شروط المجلة.
  - طابع بحث علمي + طابع نقابة معلمين.
  - إذا كان الباحث طالب دراسات عليا:  
يجب إرفاق قرار تسجيل الدكتوراه / ماجستير + كتاب من الدكتور المشرف بموافقة على النشر في المجلة.
  - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية:  
يجب إرفاق قرار المجلس المختص بإنجاز البحث أو قرار قسم بالموافقة على اعتماده حسب الحال.
  - إذا كان الباحث عضو هيئة تدريسية من خارج جامعة البعث :  
يجب إحضار كتاب من عمادة كليته تثبت أنه عضو بالهيئة التدريسية و على رأس عمله حتى تاريخه.
  - إذا كان الباحث عضواً في الهيئة الفنية :  
يجب إرفاق كتاب يحدد فيه مكان و زمان إجراء البحث ، وما يثبت صفته وأنه على رأس عمله.
  - يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات (العلوم الطبية والهندسية والأساسية والتطبيقية):  
عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي ( كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1- مقدمة
  - 2- هدف البحث
  - 3- مواد وطرق البحث
  - 4- النتائج ومناقشتها .
  - 5- الاستنتاجات والتوصيات .
  - 6- المراجع.

- يتم ترتيب البحث على النحو الآتي بالنسبة لكليات ( الآداب - الاقتصاد - التربية - الحقوق - السياحة - التربية الموسيقية وجميع العلوم الإنسانية):
- عنوان البحث .. ملخص عربي و إنكليزي ( كلمات مفتاحية في نهاية الملخصين).
- 1. مقدمة.
- 2. مشكلة البحث وأهميته والجديد فيه.
- 3. أهداف البحث و أسئلته.
- 4. فرضيات البحث و حدوده.
- 5. مصطلحات البحث و تعريفاته الإجرائية.
- 6. الإطار النظري و الدراسات السابقة.
- 7. منهج البحث و إجراءاته.
- 8. عرض البحث و المناقشة والتحليل
- 9. نتائج البحث.
- 10. مقترحات البحث إن وجدت.
- 11. قائمة المصادر والمراجع.
- 7- يجب اعتماد الإعدادات الآتية أثناء طباعة البحث على الكمبيوتر:
  - أ- قياس الورق 25×17.5 B5.
  - ب- هوامش الصفحة: أعلى 2.54- أسفل 2.54 - يمين 2.5- يسار 2.5 سم
  - ت- رأس الصفحة 1.6 / تذييل الصفحة 1.8
  - ث- نوع الخط وقياسه: العنوان . Monotype Koufi قياس 20
- . كتابة النص Simplified Arabic قياس 13 عادي . العناوين الفرعية Simplified Arabic قياس 13 عريض.
- ج . يجب مراعاة أن يكون قياس الصور والجداول المدرجة في البحث لا يتعدى 12سم.
- 8- في حال عدم إجراء البحث وفقاً لما ورد أعلاه من إشارات فإن البحث سيهمل ولا يرد البحث إلى صاحبه.
- 9- تقديم أي بحث للنشر في المجلة يدل ضمناً على عدم نشره في أي مكان آخر، وفي حال قبول البحث للنشر في مجلة جامعة البعث يجب عدم نشره في أي مجلة أخرى.
- 10- الناشر غير مسؤول عن محتوى ما ينشر من مادة الموضوعات التي تنشر في المجلة

11- تكتب المراجع ضمن النص على الشكل التالي: [1] ثم رقم الصفحة ويفضل استخدام التهميش الإلكتروني المعمول به في نظام وورد WORD حيث يشير الرقم إلى رقم المرجع الوارد في قائمة المراجع.

تكتب جميع المراجع باللغة الانكليزية (الأحرف الرومانية) وفق التالي:

آ . إذا كان المرجع أجنبياً:

الكنية بالأحرف الكبيرة . الحرف الأول من الاسم تتبعه فاصلة . سنة النشر . وتتبعها معترضة ( - ) عنوان الكتاب ويوضع تحته خط وتتبعه نقطة . دار النشر وتتبعها فاصلة . الطبعة ( ثانية . ثالثة ) . بلد النشر وتتبعها فاصلة . عدد صفحات الكتاب وتتبعها نقطة . وفيما يلي مثال على ذلك:

-MAVRODEANUS, R1986- Flame Spectroscopy. Willy, New York, 373p.

ب . إذا كان المرجع بحثاً منشوراً في مجلة باللغة الأجنبية:

. بعد الكنية والاسم وسنة النشر يضاف عنوان البحث وتتبعه فاصلة، اسم المجلد ويوضع تحته خط وتتبعه فاصلة . المجلد والعدد ( كتابة مختزلة ) وبعدها فاصلة . أرقام الصفحات الخاصة بالبحث ضمن المجلة . مثال على ذلك:

BUSSE,E 1980 Organic Brain Diseases Clinical Psychiatry News , Vol. 4. 20 – 60

ج . إذا كان المرجع أو البحث منشوراً باللغة العربية فيجب تحويله إلى اللغة الإنكليزية و التقيد

بالبنود ( أ و ب ) ويكتب في نهاية المراجع العربية: ( المراجع In Arabic )

## رسوم النشر في مجلة جامعة البعث

1. دفع رسم نشر (40000) ل.س أربعون ألف ليرة سورية عن كل بحث لكل باحث يريد نشره في مجلة جامعة البعث.
2. دفع رسم نشر (100000) ل.س مئة ألف ليرة سورية عن كل بحث للباحثين من الجامعة الخاصة والافتراضية .
3. دفع رسم نشر (200) مئتا دولار أمريكي فقط للباحثين من خارج القطر العربي السوري .
4. دفع مبلغ (6000) ل.س ستة آلاف ليرة سورية رسم موافقة على النشر من كافة الباحثين.

## المحتوى

الصفحة	اسم الباحث	اسم البحث
48-11	د. خالد صبح العيسى	وسيلة العلم اليقيني
78- 49	ندى يونس جبور	مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية
102-79	د. طارق محمد علي النحاس	Arial (برنامج نصي معقد لنص أساسي)
132-103	د. طارق محمد علي النحاس	موقف القضاء الإداري والدستوري من أعمال السيادة وسبل الحد من آثارها
166-133	راما وليد حسن	الوسائل الودية بديلاً عن التحكيم في تسوية المنازعات التجارية







## وسيلة العلم اليقيني

### د. خالد صبح العيسى - كلية الحقوق - جامعة حلب

#### الملخص

ارسى المشرع السوري في قانون مجلس الدولة وسيلتين للعلم بمحتوى ومضمون القرارات الإدارية يتم اعتباراً منها بدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء وهاتين الوسيلتين هما النشر والإعلان، لكن القضاء الإداري في مجال التطبيق وجد أن ميعاد دعوى الإلغاء يمكن أن يبدأ بغير النشر والإعلان وذلك عندما تتحقق الغاية من النشر والإعلان وهي العلم اليقيني. وعليه إذ ما وجد القاضي الإداري أن من وقائع الدعوى أن صاحب الشأن علم علماً يقينياً بالقرار الإداري فإنه يرتب اعتباراً من تاريخ سريان ميعاد دعوى الإلغاء وينقضي بانقضائه ويتحصن القرار الإداري من الإلغاء. لقد بينا في دراستنا مضمون هذه النظرية وموقف الفقه الإداري منها وشروط تطبيقها وإثبات العلم اليقيني حتى يرتب نتائج بدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء ويتحصن القرار الإداري بانقضاء مدة الطعن 60 يوماً اعتباراً من العلم اليقيني، كما تطرقنا للنتائج السلبية لهذه الوسيلة.

الكلمات المفتاحية: العلم اليقيني\_ الفقه الإداري\_ إثبات العلم اليقيني\_ تنفيذ القرار الإداري.

## المقدمة:

يُعدّ القرار الإداري الوسيلة الأكثر استعمالاً من الإدارة لممارسة عملها الإداري إذ تحتاج الإدارة حتى في مجال التعاقد لإصدار قرارات إدارية لاتمام عملية التعاقد ذلك أن الإدارة تستطيع بواسطة القرار الإداري الذي يعتبر أهم امتياز للإدارة لتيسير المرافق العامة وتأدية الخدمات العامة فرض التزامات على عاتق المخاطب بالقرار وتنفيذها جبراً عنه حيث تملك وسيلة التنفيذ المباشر القسري. بمقابل هذه الوسيلة الاستثنائية للإدارة العامة، أعطى القضاء الإداري وسيلة هامة لتمكّن الأفراد من حماية حقوقهم وحرّياتهم فيما إذا شعر الفرد أن الإدارة اعتدت بهذه الوسيلة الاستثنائية (القرار الإداري) على أحد حقوقهم وحرّياتهم، ومنح القضاء والمشرع مدة معقولة ليتمكنوا خلالها مهاجمة القرارات الإدارية غير المشروعة. لقد كرّس المشرع وسيلتين للعلم بالقرارات وهما النشر (قرار تنظيمي) والإعلان (قرار فردي) حيث لا تبدأ المدة بالسريان إلا من اليوم التالي للنشر أو الإعلان.

من خلال التطبيق العملي، أضاف القضاء الإداري وسيلة أخرى إلى وسيلتي النشر والإعلان بحسبان أنه بهذه الوسيلة تتحقق الغاية من النشر والإعلان وأطلق على هذه الوسيلة العلم اليقيني. تُعدّ هذه الطريقة إذاً طريقة قضائية من صنع وإنشاء القضاء الإداري (مجلس الدولة) حيث أنه إذا ظهر للقاضي من وقائع وظروف الدعوى أنه دليلاً يفيد بعلم صاحب الشأن علماً يقينياً بمحتوى القرار الإداري فإنه يبدأ سريان الميعاد من هذا التاريخ وينقضي الميعاد ويتحصن القرار من الطعن بالإلغاء بانتهاء هذه المدة. نظراً لخطورة النتائج التي تترتب على العلم اليقيني وبسبب جعل المتقاضين وكثيراً من المهتمين بهذه الوسيلة فقد أثرتنا العمل على معالجتها.

### إشكالية البحث:

وضع المشرع السوري ميعاداً قصيراً على قبول دعوى الإلغاء ليتمكن صاحب المصلحة من الطعن بالإلغاء خلال هذه المدة التي لا تسري إلا من اليوم التالي للنشر أو الإعلان فإذا لم يتم الطعن يتحصن القرار. أضاف القضاء وسيلة أخرى لسريان الميعاد ويتحصن القرار بمضي الميعاد وهو العلم اليقيني حيث أنه يبدأ سريان ميعاد الإلغاء ويتحصن القرار بفوات 60 يوماً من اليوم التالي لحصول العلم اليقيني. إن الكثير ممن ليس لهم اطلاع على هذه الوسيلة يقعون في فخ تحصن القرار يعد مضي 60 يوماً من علمهم اليقيني وهم ما يزالون ينتظرون نشرًا أو تبليغاً وعليه، فإن إشكالية بحثنا تتجسد في أنه هل أحسن القضاء الإداري في إضافة هذه الوسيلة وما هو مضمون هذه الوسيلة وما هي نتائجها.

### أهمية البحث:

تستمد وسيلة العلم اليقيني أهميتها من أهمية دعوى الإلغاء التي يرفعها الفرد لحماية حقوقه وحرياته من تعسف واستبداد الإدارة وبالتالي يعدّ من السهل جداً معرفة بدء ميعاد سريان الدعوى وانقضائها.

1- معرفة أسباب بدء سريان ميعاد دعوى الإلغاء القانونية أو القضائية حيث أوجد القضاء الإداري وسيلة العلم اليقيني ورتب عليها نفس النتائج على النشر والإعلان.

2- تحديد مضمون نظرية العلم اليقيني وشروح شروطها بدقة وتعريف المهتمين بالنتائج التي تترتب على العلم بالقرار علماً يقينياً.

4- تعريف المهتمين بأن وسيلة العلم اليقيني تعد وسيلة لبدء ميعاد دعوى الإلغاء وأنها تسهم بالتالي في استقرار المراكز القانونية وضمان حق الأفراد من جهة وتحقيق المصلحة العامة وذلك بوضع حد للمنازعات بين الإدارة والأفراد من خلال غلق باب الطعن في قرارات الإدارة عند انتهاء الميعاد القانوني.

## أهداف البحث:

يوجد عدة أسباب دفعتني إلى دراسة هذا البحث وهي:

- 1- بيان موقف القضاء الإداري السوري من نظرية العلم اليقيني ومدى أخذه بها ومقارنة ذلك في بعض الأحيان بالاتجاه المصري.
- 2- تنبيه الأفراد والعاملين في القضاء الإداري إلى خطورة آثار وسيلة العلم اليقيني حيث يترتب على فوات 60 يوماً من تاريخ العلم اليقيني رد الدعوى شكلاً وبالتالي ضياع حقوق المواطنين.
- 3- تقديم دراسة علمية في هذا الموضوع لرفد المكتبة القانونية السورية بحسبان أن الدراسات في هذا الموضوع قليلة جداً.

## منهج البحث:

يقضي معالجة موضوع العلم اليقيني بحسبانه موضوعاً ذي منشأ قضائي اتبعنا المنهج التحليلي حيث سنتولى دراسة الأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع ونعمل على تحليلها واستخلاص النتائج منها لنعمل على تدعيم نقاط القوة لدى قضائنا الإداري واقتراح معالجة نقاط الضعف أن وجدت في موقف قضائنا.

## مخطط البحث:

وأما ما يخص مخطط البحث، فإنّ معالجته اقتضت تقسيم الموضوع إلى مطلبين:

**المطلب الأول: ماهية العلم اليقيني.**

**المطلب الثاني: موقف الفقه الإداري من نظرية العلم اليقيني**

**المطلب الثالث: دور القضاء الإداري في إثبات العلم اليقيني.**

## المطلب الأول

### ماهية العلم اليقيني

يقضي الأصل أن الإدارة العامة لا يمكن لها أن تحتج بالقرار الإداري على الأفراد إلا بعد إعلانه أو نشره وإعلانه عندما يكون هناك نص خاص يقضي بذلك، إلا أن الاجتهاد القضائي لم يتقيد بذلك فابتدع وسيلة أخرى تستطيع من خلالها الإدارة الاحتجاج بها على الأفراد بعلمهم بالقرار الإداري وهي وسيلة العلم اليقيني بالقرار. يعود الفضل في ابتداع وتكريس نظرية العلم اليقيني إلى اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضى بأن العلم اليقيني يقوم محل النشر أو التبليغ للقرار الإداري، وفي حال ثبوت هذا العلم فإنه ميعاد الطعن بالقرار الإداري عن طريق دعوى الإلغاء يسري من تاريخ تحقق العلم اليقيني. لقد قضى في قراره في 1822 م، أن اعتبر التظلم الإداري يعد بمثابة علم يقيني بالقرار الإداري، وقد جاء هذا الحكم في ظل وجود مرسوم 22 يوليو لسنة 1806 م، والذي حدد المهلة التي تبدأ بها سريان الطعن بالإلغاء بالقرار الإداري، وهي أربعة شهور من تاريخ إعلان السلطة الإدارية القرار الإداري لصاحب الشأن يعد الحكم الصادر من مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1822 نقطة البداية للأخذ بنظرية العلم اليقيني، وبعد ذلك انتقل تطبيق النظرية إلى القضاء الإداري المصري والقضاء الإداري السوري.

تعتبر هذه النظرية إذاً من صنع مجلس الدولة الفرنسي، ومؤداها أن يصل القرار إلى علم الأفراد بطريقة مؤكدة غير عن طريقة الإعلان، حيث قضى بأن العلم اليقيني كوسيلة من وسائل العلم بالقرار الإداري، يقوم مقام النشر والإعلان، وفي حالة ثبوت العلم اليقيني بالقرار ومحتوياته، يبدأ ميعاد الطعن في القرار حتى ولو لم يكن قد تم نشره أو إعلانه لأصحاب الشأن<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O dent (R), waline (M), et verdier (M), Tome I, op. cit., p20

تقتضي دراسة نظرية العلم اليقيني بيان مضمون العلم اليقيني، والبحث في الشروط اللازمة لتحقيق العلم اليقيني على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### مضمون العلم اليقيني

تُعد من أهم المسائل التي يثيرها موضوع العلم اليقيني تحديد مفهومه ومكانته بالنسبة من وسائل العلم المقررة قانوناً والمتمثلة بالنشر والاعلان، إذ يُمكن القول إن المشرع اكتفى لتحديد سريان ميعاد الطعن على القرارات الإدارية بوسيلتين وهما النشر أو الإعلان، إلا أن القضاء ابتدع طريقاً ثالثاً لسريان ميعاد الطعن على القرارات الإدارية وهو العلم اليقيني<sup>2</sup>.

لقد استقر القضاء على الأخذ بالعلم اليقيني، حيث اعتبر وسيلة للعلم بالقرار الإداري تحل محل وسيلتي الإعلان والنشر، إذ إن القانون يفترض علم صاحب الشأن بالقرار الإداري بإحدى الوسيلتين إما النشر أو الإعلان، ولكن إذا ثبت العلم اليقيني هنا يكون القصد قد تحقق وعليه يجب أن يثبت العلم بالقرار الإداري من تاريخ معين حتى يبدأ حساب ميعاد سريان رفع الدعوى لإدارية. وعليه إذا تحقق العلم اليقيني بالقرار الإداري فإنه يغني عم وسيلتي النشر والإعلان<sup>3</sup>.

وبناء على ما تقدم، سوف نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف العلم اليقيني (أولاً)، ومن تحديد محاسن الأخذ بالعلم اليقيني (ثانياً)، وأخيراً نتولى دراسة الأساس القانوني لنظرية العلم اليقيني.

<sup>2</sup> د. رمضان محمد بطيخ، قضاء الإلغاء "ضمان للمساواة وحماية المشروعية"، دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص61.

<sup>3</sup> محمد أنس جعفر، الوسيط في القانون العام "القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص347.



أولاً: تعريف العلم اليقيني:

تُعدّ نظرية العلم اليقيني نظرية قضائية، أي من صنع القضاء فهي لا تستند لأية نصوصٍ قانونيةٍ سواءً في فرنسا أو مصر أو في سورية. فالعلم اليقيني هو اجتهاد من نتاج القضاء الإداري الفرنسي، ويقصد به هو عدم اقتصار علم الأفراد بالقرارات الإدارية على تلك الوسائل المقررة قانوناً؛ فإذا ثبت علم صاحب الشأن بمضمون القرار الإداري ومحتوياته علماً يقينياً شاملاً بما يسمح له أن يحدد مركزه فيه وموقفه منه فإن هذا العلم يحل محل النشر والتبليغ في تحقيق قصد المشرع وغايته. وعليه فإنّ العلم اليقيني يوصف بأنه وسيلة لنفاذ القرارات أيّاً كانت تلك القرارات سواء أكانت صريحةً أو ضمنيةً أو سلبيةً<sup>4</sup>.

استناداً لما تقدّم سننّولى بيان التعرّف الفقهي والقضائي للعلم اليقيني على النحو

التالي:

**1- التعريف الفقهي:** وردت عدّة تعاريف فقهية للعلم اليقيني حيث عرّف العلم اليقيني الدكتور سليمان الطماوي بأنه: أن يصل القرار إلى علم الأفراد بطريقة مؤكدة عن غير طريق الإدارة<sup>5</sup>. وأيضاً عرّفه البعض بأنه العلم بصدر القرار بكل عناصره، بشكل يجعل صاحب الشأن في حالة تجلّه محيطاً بشكل مؤكد بمركزه القانوني بالنسبة للقرار؛ لكي يحدد موقفه منه إما قبولاً، وإما رفضاً وطعناً عليه بالإلغاء<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> محمد فوزي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص86.

<sup>5</sup> سليمان الطماوي، النظري العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص346.

<sup>6</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص 164.

يعرّفه الفقيه الكبير (Rene chapus) بأنه العلم بصدور القرار الذي يدفع إلى سريان مهلة الطعن بالنسبة لأولئك الذين توافر لديهم العلم أيّ هو العلم بواقعة القرارات الذي يحرك مهلة الطعن فيما يخص أولئك الذين توافر لديهم هذا العلم<sup>7</sup>.  
وأيضاً عرّفه الدكتور عبدالله طلبة بأنه ((قرينة قاطعة على علم صاحب الشأن بمحتويات القرار ومؤداه عن طريق الوسائل غير المنصوص عليها في القانون "النشر والإعلان")<sup>8</sup>.

يبدو لنا أن جميع التعاريف تدور حول معنى واحد، حيث تبين أن النظرية من صنع القضاء الإداري، ومؤداه إعطاء الشخص الذي توافر لديه العلم الكافي بالقرار الإداري حق الطعن على هذا القرار حتى ولو لم يعلن إليه أو ينشر.  
يمكننا في هذا المجال الدلو بدورنا إعطاء تعريف للعلم اليقيني مستنديين في ذلك إلى مجمل التعاريف الفقهية، حيث نقول بأن العلم اليقيني " هو وسيلة للعلم بالقرارات الإدارية وذلك عن طريق وجود قرينة قاطعة تدل على علم صاحب الشأن المخاطب بالقرار الإداري بمحتوياته ومؤداه وذلك عن طريق غير النشر والتبليغ.

## 2- التعريف القضائي:

سبق لنا القول إن نظرية العلم اليقيني نظرية ذات أصل قضائي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي<sup>9</sup> وحدد شروطها وإحاطها بضمانات من أجل تحقيق التوازن بين حقوق الأفراد ومصصلحة الإدارة المتمثلة بالمصلحة العامة<sup>10</sup>.

<sup>7</sup>Rene chapus; dorit du contentieux administrative, 7,ed,1997,P.538.

<sup>8</sup> د. عبدالله طلبة، القانون الإداري "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة"، منشورات جامعة دمشق، 2016-2017، ص27.

<sup>9</sup> وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي لن يضع تعريفاً محدداً لهذه النظرية إلا إنه رسم ملامح هذه النظرية واوليها القانونية في العديد من قراراته، وبمقتضى ذلك أكد المجلس علي أنه إذا ثبت عم الشخص المعني بمضمون القرار الإداري، وكان علماً يقينياً بمحتوى القرار الإداري شاملاً كافة عناصره بما يمكنه من معرفة مركزه القانوني وموقف منه، فإنه يحل محل النشر والتبليغ في تحقيق قصد المشرع من وجودها، وعليه فإن الأثر القانوني الذي يتمثل في نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد المخاطبين به اعتباراً من تاريخ ثبوت هذا العلم اليقيني. وذهب مجلس الدولة الفرنسي الى توضيح ان تطبيق العلم اليقيني تجاه عضو بالجمعية التداولية يقصد- في هذا الحكم العمدة الذي حضر وشارك في الجلسة التي تمت خلالها عملية المداولة يعتبر- تطبيقاً صحيحاً لأحكام المادة من قانون 5 ابريل لعام

فقد أخذ القضاء الإداري المصري نظرية العلم اليقيني عن مجلس الدولة الفرنسي وطبقها حتى أصبحت مبدأً قضائياً مستقراً عليه على الرغم عدم النص عليها تشريعياً. إذ عرّفت المحكمة الإدارية العليا المصرية العلم اليقيني بأنه " هو العلم الحقيقي المؤكد ليس فقط بوجود القرار بل بمضمون القرار وكافة عناصره ومحتوياته وأسبابه إذ كانت له أسباب معلنة"<sup>11</sup>. وقد عرّفته محكمة القضاء الاداري في حكم لها" بأنه العلم اليقيني الذي يقوم مقام النشر والإعلان والذي يبدأ من تاريخ ثبوت سريان ميعاد الطعن بالإلغاء ويفترض فيخ ثلاث شروط"<sup>12</sup>.

نستنتج من الأحكام السابقة للقضاء الإداري المصري أنه استقرت أحكامه على أن العلم اليقيني هو وسيلة من وسائل العلم بالقرارات الإدارية شأن في ذلك شأن النشر والإعلان، بحسب أن علم صاحب الشأن يقوم مقام الإعلان أو النشر بهذا الخصوص. أما بالنسبة للقضاء الإداري السوري، فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري على الأخذ بنظرية العلم اليقيني كوسيلة من وسائل التبليغ، ويمكن استنتاج ذلك من حكمها إذ عُدَّ " أن ثبوت العلم اليقيني بالقرار الإداري يصلح منطلقاً لميعاد الطعن فيه بالإلغاء"<sup>13</sup>. ومازال هذا الاجتهاد مستمراً حتى تاريخه. وبناء على ما تقدم، نلاحظ إن القضاء المصري والسوري لم يكن متردداً في تطبيق لنظرية العلم اليقيني.

1884 و التي تنص على وجوب ايداع الطلبات المقدمة بشأن بطلان مداوات المجالس البلدية في مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ الاعلان الحائطي لمداولة على باب مقر العمدية. Charles Debbasch , Contentieux Admanastratif ,dalloz , Paris , 1970 , p 345

Charles Debbasch , Contentieux Admanastratif ,dalloz , Paris , 1970 , p 346.<sup>10</sup>

<sup>11</sup> حكم صادر عن المحكمة الادارية العليا في مصر في الطعن رقم 2785 الصادر بتاريخ 1987/6/17 نقلاً عن خالد عبد الفتاح محمد، دعوى الإلغاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص204.

<sup>12</sup> حكم صادر عن المحكمة الادارية العليا في مصر في الطعن رقم 26115 الصادر بتاريخ 2016/3/22، نقلاً عن زينب علي كامل عبدالحسين، العلم اليقيني في القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة بابل، العراق، 2019، ص13.

<sup>13</sup> قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم 19 لسنة 1966، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1966، ص 140.

ثانياً: محاسن الأخذ بالعلم اليقيني: وكذلك تبرز أهمية هذه الوسيلة في أنها تضمن حقوق الأفراد عبر استقرار المراكز والأوضاع القانونية وعدم بقائها معلقة أو مقيدة مدة طويلة من الزمن، وتبدو هذه الأهمية بشكل خاص في حالة إهمال الإدارة لنشرها لقرارتها الإدارية أو الإعلان عنها، وكذلك في حالة وجود قرارات إدارية لا يمكن نشرها أو تبليغ الأفراد بها؛ لأهمية ما تقدم ذكره لا تعني بأي حال من الأحوال مساواتها بالوسائل الأخرى إذ تختلف وسائل العلم في قوتها القانونية على وفق ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا عندما قضت " أنه لا يجوز التسوية بين وسائل العلم الثلاث ... من حيث قوتها في الاحتجاج بالعلم بالقرار<sup>14</sup> .

وبذلك فإن هذه الوسيلة لعبت دوراً مهماً في الحفاظ على حقوق الأفراد وتوسيع دائرة المشروعية، فوسائل نفاذ القرار الإداري هي ثلاث يتحقق بها العلم بالقرار ويعتد بها في بدء سريان ميعاد الإلغاء، فالقانون يأخذ بوسيلتي النشر والإعلان كوسائل لسريان القرار الإداري بحق الأفراد، ومن حيث الواقع قد تتوافر لصاحب الشأن وسيلة من الوسائل التي تكفل له العلم اليقيني بالقرار الإداري ويتطلب أن يكون علماً شاملاً لجميع عناصر القرار الإداري حتى يتمكن صاحب المصلحة من معرفة حقيقة مركزه القانوني الذي يترتب على هذا القرار .

### ثالثاً: موقف القضاء الإداري المتذبذب من العلم اليقيني:

بدأت نظرية العلم اليقيني بالظهور في القضاء الإداري الفرنسي الذي كرس هذه النظرية ثم ما لبث أن عدا بالعدول من هذه النظرية رويداً وما حتى اقتصر على تطبيقها على حالات ضيقة جداً. لقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في مطلع القرن التاسع عشر بهذه النظرية حيث حدد الحكم الصادر في عام 1822 مهلة الطعن بداية من تاريخ تحقق العلم اليقيني، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيد Fortier أن

<sup>14</sup>د. سليمان الطماوي، النظري العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص509.

العلم اليقيني متحقق لديه بصورة واضحة بمضمون القرار الإداري من يوم تظلمه مما يفيد لبدء سريان مهلة الطعن من تاريخ علمه بمضمون القرار في 12/24/1820 مع أن المادة 11 من مرسوم 22 تموز 1806 تنص على أن نقطة البدء في سريان مهلة الطعن تبدأ من اليوم التالي لتبليغ القرار<sup>15</sup>.

تعتبر هذه القضية إذًا نقطة الانطلاق لتبني وتكرس نظرية العلم اليقيني أمام قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يبحث عن آية قرينة يستشف منها على علم صاحب الشأن بالقرار وذلك كخطاب مسجل من صاحب الشأن إلى الإدارة أو أي مستند أو تصرف من صاحب الشأن تفيد علمه بالقرار ومضمونه بشكل يقين.

في مرحلة تالية، نرى القضاء الفرنسي وفي حكم قضية Croix Exauifier عاد ليتراجع عن الأخذ بهذه النظرية حيث قضى بأن العلم الذي لا يستند إلى النشر أو التبليغ لا يؤدي إلى بدء سريان ميعاد الطعن، بما يعني تجاهل المجلس للأخذ بنظرية العلم اليقيني. وقد يكون في هذا التراجع الواضح مبررات عدّة منها رعاية مصلحة الأفراد، حيث إن مسلك مجلس الدولة الفرنسي يميل إلى التخفيف من الأضرار والتماس الأعذار له وفي هذا الأمر إشارة من القضاء الفرنسي إلى أنه لا يعتد إلا بالتبليغ أو النشر لبدء سريان ميعاد الطعن<sup>16</sup> ولكنه مازال يأخذ في حالات ضيقة جداً التي لا تدع مجالاً للشك مطلقاً أن صاحب الشأن علم بالقرار الإداري. بمعنى آخر إن مجلس الدولة الفرنسي ضيق الحد من نطاق واسع من مدى تطبيق العلم اليقيني.

في مصر، أقر مجلس الدولة العلم اليقيني منذ إنشائه وسوى بينه وبين كل من النشر والإعلان، كوسيلة للعلم بالقرار الإداري، وفي هذا تقول محكمة القضاء الإداري (( مادام القرار المطعون فيه لم ينشر ولم يعلن للمدعي أو يعلم به علماً يقينياً فمن ثم يظل

<sup>15</sup> صفاء محمد السويلمي، العلم اليقيني الإلكتروني في القضاء الإداري الأردني بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الأردن، المجلد 2، العدد 2، 2021، ص 147.

<sup>16</sup> سليمان الطماوي، النظري العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 516.

ميعاد الطعن مفتوحاً ولا يقدر في ذلك تظلم المدعي من قرار لاحق للقرار المطعون فيه،  
فذلك لا ينهض وحده دليلاً مقنعاً على العلم اليقيني بذلك القرار))<sup>17</sup>.

وقد سارت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذات المنهج حيث قضت إلى  
أن "مناط بدء سريان ميعاد رفع الدعوى هو واقعة نشر القرار المطعون فيه أو إعلان  
صاحب الشأن به وليس ثمة ما يمنع ثبوت العلم بدون الإعلان والنشر متى قام الدليل  
القاطع على علم صاحب الشأن بالقرار علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً وبحيث يكون  
شاملاً لجميع محتوياته ويبدأ ميعاد الطعن من تاريخ ثبوت هذا العلم ودون حاجة إلى  
نشر القرار أو إعلانه ويثبت العلم اليقيني من أية واقعة أو قرينة تفيد حصوله دون التقيد  
في ذلك بوسيلة إثبات معينة. وللقضاء الإداري التحقق من قيام أو عدم قيام هذه القرينة  
أو تلك الواقعة وتقدير الأثر الذي يمكن ترتيبه عليها حسبما يتبين للمحكمة من ظروف  
الحال"<sup>18</sup>.

أما في سورية، فقد تراوح الاجتهاد القضائي الإداري ما بين رافض أحياناً للعلم  
اليقيني وما بين مؤيد فالإتجاه العارض الذي نستشفه من موقف القضاء الحالي أنه  
يكرس العلم اليقيني لقد قضت المحكمة الإدارية العليا السورية في الحكم بأن "العلم  
اليقيني بالنسبة للقرارات التي تمس الراتب الشهري للعامل يتحقق أول الشهر الذي يلي  
صدور القرار باعتباره اليوم الذي سيراجع فيه دائرة المحاسبة لدى الجهة المدعى عليها  
من أجل قبض راتبه"<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 960 تاريخ 11-2-1953، نقلاً عن علي حسين محمد العلفي، نظرية الإثبات في دعوى الإلغاء" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2013، ص599.

<sup>18</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن 45/4182 تاريخ 16-4-2002، نقلاً عن خالد عبد الفتاح محمد، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص213.

<sup>19</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية في القرار رقم 457-203/2 لعام 2000، نقلاً عن مصباح المهاني، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا السورية من عام 1959 إلى 2000، ص590.

يبدو أن المحكمة الإدارية العليا السورية تعترف بنظرية العلم اليقيني كوسيلة العلم بالقرار، ويمكن استنتاج ذلك من قرارها رقم 19، لسنة 1966، إذ عدّ "أن ثبوت العلم اليقيني بالقرار الإداري يصلح منطلقاً لميعاد الطعن فيه بالإلغاء"<sup>20</sup>. ما يزال الاجتهاد مستمراً حتى تاريخه.

يمكننا القول بأن القضاء الإداري السوري لا يزال يأخذ بنظرية العلم اليقيني على نهج نظيره المصري ويصر على التمسك بها كوسيلة لتحقيق علم صاحب الشأن بالقرار الإداري وأضاف إلى الوسيطتين اللتين نص عليها القانون، ولكنه تشدد في تطبيق النظرية وذلك من تقيدها بضوابط وشروط منظمة لها، وذلك لضمان مصالح الأفراد وتجعل ذوي الشأن يعملون بالقرار علماً شاملاً لجميع محتوياته والإمام بكل ما يجب معرفته، بحيث لا يسري القرار في مواجعتهم إلا وهم يعلمون بعلم اليقين.

## الفرع الثاني

### شروط تطبيق نظرية العلم اليقيني

نظراً لخطورة الآثار التي تترتب على ثبوت العلم اليقيني، والمتمثلة في نفاذ القرار بحق أصحاب الشأن، وبدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء بحقهم، فقد حرص القضاء الإداري على وضع شروط وضوابط محددة لتطبيق نظرية العلم اليقيني؛ حرصاً منه على التأكد من تحقق العلم وشموله في تاريخ معلوم، ورّتب على تخلف هذه الشروط تخلف العلم اليقيني بما يعنيه ذلك من عدم نفاذ القرار بحق أصحاب الشأن، وبدء سريان ميعاد الطعن بالإلغاء وبقائه مفتوحاً. وسنتناول هذه الشروط كما يلي:

<sup>20</sup> قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 19، لسنة 1966، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لعام 1966.

أولاً: أن يكون العلم بالقرار علماً يقينياً لا ظنياً وثابتاً لا افتراضياً:

ويُقصد بهذا الشرط وجوب ثبوت علم صاحب الشأن بالقرار الإداري بشكل قاطع غير مبني على الشك أو الظن أو الافتراض أو الاحتمال والذي هو من المبادئ القضائية المستقرة بما فيها القضاء الإداري ومن الشواهد على ذلك ما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية من أن (...قضاء هذه المحكمة قد استقر على إمكان قيام العلم الحقيقي مقام الإعلان أو النشر، واشترط لذلك أن يكون علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً)<sup>21</sup>.

فضلاً عما تقدم، يتعين أن يتحقق هذا العلم اليقيني من قبل صاحب الشأن ذاته، لذلك لا يعد علم من هم سواه بالقرار علماً فيه حتى ولو كانوا من أقربائه أو زوجته لأن (...مجرد إعلان إخوة المدعي بهذا القرار وتنفيذ مقتضاه ... لا يقطعان في علم المدعي بمضمون القرار بجميع عناصره ومحتوياته علماً يقينياً. إذ قد لا يطلع الإخوة أخاهم على القرار)<sup>22</sup>. وبالمقابل، إذا ثبت للقضاء الإداري أن علم الزوج أو أحد الأقارب يفيد علم صاحب الشأن بشكل قاطع فإنه يرتب نتائج العلم اليقيني. وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ... (إذا كان من الصحيح أن المطعون ضدها لم يثبت علمها بالقرار المطعون فيه عند صدوره، إلا أن زوجها أرسل خطاباً إلى الجهة المختصة بحوي بيانات ما كان في مكنته الإدلاء بها إلا من خلال زوجته المطعون ضدها باعتبارها صاحبة الصفة في التعامل مع الهيئة المطعون في قرارها)<sup>23</sup>. يبدو لنا من خلال الحكم السابق أنه توصلت المحكمة من تلك القرينة إلى تحقق علم الزوجة بالقرار.

<sup>21</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 879 لسنة 36 جلسة 20-7-1993، نقلاً عن حسني درويش عبدالحמיד، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة في التشريع والفقهاء والقضاء الفرنسي والمصري والكويتي" نفاذ وسريان القرار الإداري، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، 2020، ص51.

<sup>22</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 879 لسنة 36 جلسة 8-2-1985، نقلاً عن محسن حسين حافظ، موقف مجلس الدولة المصري من نظرية العلم اليقيني وشروط تطبيقها، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، ص476.

<sup>23</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 344 لسنة 34 جلسة 9-6-1996، نقلاً عن محمد السناري، نفاذ القرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص92.



وأيضاً أكدت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم لها بأنه " من أجل أن تسري مواعيد التظلم القانونية المحددة، لا بدّ أن يثبت تبليغ المدعي بالقرار محل التظلم تبليغاً حقيقياً أو أن يثبت أنه قد علم به يقينياً بصورة لا تقبل الجدل"<sup>24</sup>.

ونظراً لارتباط هذا الشرط؛ أي ثبوت العلم بالقرار علماً يقينياً حقيقياً بمسألة على جانب كبير من الأهمية وهي ميعاد الطعن بالإلغاء، فقد استقر القضاء الإداري على أن التحقق من قيام هذا الشرط هو أمر تجرّبه المحكمة من تلقاء نفسها بغير حاجة للدفع به لتعلّقه بالنظام العام<sup>25</sup>.

ثانياً: أن يكون العلم بالقرار الإداري شاملاً لجميع عناصره:

تواترت أحكام القضاء الصادرة سواء من المحكمة الإدارية العليا أو من محكمة القضاء الإداري على وجوب توافر هذه الشروط حيث يشترط لتطبيق العلم اليقيني أن يكون علم صاحب الشأن شاملاً لجميع عناصر القرار بما يمكنه من الحكم على مدى مساس هذا القرار بمصلحته ومن ثم تحديد مركزه القانوني وعناصر القرار الإداري كما هي معروفة المحل والسبب والغاية والشكل والاختصاص. ولا يجوز العلم بأجزاء أو فقرات من القرار دون غيرها، وعلى هذا الأساس لا بدّ أن يكون العلم اليقيني بالقرار شاملاً لكل عناصره بطريقة تمكّن صاحب الشأن من معرفة مركزه القانوني المترتب على هذا القرار<sup>26</sup>.

ويقتضي هذا الشرط أيضاً بأنه يجب أن يشتمل العلم اليقيني على علم صاحب الشأن بالغاية الحقيقية للقرار أو الهدف الذي ابتغت الإدارة تحقيقه. أما ركن السبب في

<sup>24</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية بالقرار رقم 22 في الطعن رقم 86 لعام 1985، نقلاً عن مصباح المهائني، مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 589.  
<sup>25</sup> خالد الزبيدي، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الإداري " دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد 1، 2007، ص 154.  
<sup>26</sup> عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 716.

القرار الإداري، فيلاحظ بأن علم صاحب الشأن به لا يعد من مستلزمات هذا الشرط إلا في القرارات الإدارية الواجبة التسبب قانوناً. لأن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها كقاعدة عامة<sup>27</sup>.

تأكيداً على ذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن ((ومن حيث أن النشر والإعلان كواقعة يبدأ منها حساب الميعاد المقرر لرفع دعوى الإلغاء ليس إلا قرينتين على وصول القرار المطعون فيه إلى علم صاحب الشأن وقد استقر القضاء الإداري على أن العلم الشامل لجميع عناصر القرار الإداري يكفي لبدء سريان الطعن بالإلغاء دون الحاجة لنشره أو إعلانه))<sup>28</sup>.

وسارت المحكمة الإدارية العليا السورية على ذات الاتجاه حيث قضت في حكم لها بأنه ((الطاعن الذي تبلغ بالذات وبتاريخ 12-6-1971 رقم رخصة البناء وتاريخها والجهة الإدارية التي أصدرتها وعلم يقينياً بمضمونها منذ التاريخ المذكور فإنه يكون بذلك قد أحاط علماً بجميع محتويات قرار الترخيص موضوع النزاع وإن مثل هذا العلم اليقيني يقوم مقام التبليغ الوارد في المادة/22/ من قانون مجلس الدولة واستقر على ذلك قضاء مجلس الدولة فكان من المتعين على الطاعن أن يقيم دواه خلال المهلة القانونية))<sup>29</sup>.

بدورنا نؤيد ما استقر عليه القضاء الإداري في اشتراط مبدأ شمولية العلم اليقيني، لأن مسألة علم صاحب الشأن بعيوب القرار مسألة غير منضبطة ويمكن أن تفتح مجالاً واسعاً للطعن في القرار الإداري في أي وقت بمعنى عدم انغلاق ميعاد الطعن بالإلغاء على القرار الإداري، الأمر الذي يهدد استقرار المراكز القانونية التي أوجدها القرار باستمرار، ومن ثم تفقد القرارات الإدارية الحصانة المقررة لها.

<sup>27</sup> د. صادق محمد علي الحسيني، دور العلم اليقيني في الإثبات أمام القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 42، العراق، 2019، ص 388.

<sup>28</sup> حكم صادر عن لمحكمة الادارية العليا المصرية في الطعن رقم 445 لسنة 26 ق جلسة 19-5-2018، محسن حسين حافظ، مرجع سابق، ص 478.

<sup>29</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية القرار رقم 70 في الطعن رقم 15 لعام 1976، نقلاً عن مصباح المهاني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا السورية من عام 1959 إلى 2000، ص 588.

نستخلص من كل الأحكام السابقة وغيرها الكثير من أنه لا بدّ من توافر هذا الشرط حتى تبدأ مدة الطعن بالإلغاء في السريان بحيث يجب أن يكون العلم شاملاً لجميع العناصر المتضمنة في هذا القرار بحيث يستطيع أن يحدد صاحب الشأن على مقتضى ذلك طريقة في الطعن فيه، فإذا ثبت أن الشخص علم بالقرار علماً شاملاً من حيث الشكل والموضوع فلا يقبل منه الادعاء بعدم علمه بالقرار.

**ثالثاً: التحقق حصول العلم اليقيني في تاريخ معين:**  
اشتراط القضاء الإداري من أجل بدء سريان القرار في مواجهة المخاطب به أن يكون قد علم بالقرار علماً يقينياً، والعلة في ذلك أن النشر والتبليغ قرينتان على العلم بالقرار الإداري، فإذا ما تحقق هذا العلم انفتح ميعاد الطعن بالإلغاء، فلا يسري القرار في مواجهة صاحب الشأن في الفترة التي لم يتحقق العلم اليقيني لديه بالقرار ومضمونه ومحتواه، وعليه ففي حال عدم ثبوت علم الأفراد بالقرار الإداري خلال فترة زمنية معينة فلا يمكن تطبيق هذه النظرية، وقد يتم إثبات علم الفرد بالقرار الإداري من خلال تاريخ التقدم بتظلم إلى الجهة التي أصدرته<sup>30</sup>.

لقد اشترطت محكمة القضاء الإداري المصري عندما تناولت شروط توافر العلم اليقيني بالقرار هذا الشرط حيث قضت محكمة القضاء الإداري إلى بأنه (( إذا كان قضاء هذه المحكمة قد اعتبر إمكان قيام العلم مقام الإعلان فقد اشترط لذلك أن يكون العلم بفحوى القرار ومشمولاته علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً، وأن يثبت هذا العلم على وجه اليقين في تاريخ معين يصح اعتباره مبدءاً لسريان الميعاد في حق صاحب الشأن

<sup>30</sup> صفاء محمد السويلمي، العلم اليقيني الإلكتروني في القضاء الإداري الأردني بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص151.

وبخصوص ميعاد الستين يوم يبدأ من تاريخ العلم بالقرار الإداري فتجنيد المدعي يفيد علمه اليقيني بقرار التجنيد وتراخيه ورفع الدعوى تكون الدعوى بعد الميعاد))<sup>31</sup>.

كما ذهبت إلى أنه (( مادام المدعي مقراً في صحيفة دعواه أنه فوجئ بتجنيده في يوم 6 من ديسمبر 1990 ولم يرفع دعواه بإلغاء ذلك القرار في بحر ستين يوماً من تاريخ علمه بالقرار بل أقامها في التاسع من سبتمبر أي بعد مرور أكثر من تسعة أشهر على تاريخ العلم اليقيني بالقرار المطعون فيه فمن ثم يكون الدفع بعد قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد في محله متعيناً قبوله))<sup>32</sup>.

أما في سورية، ومن خلال البحث والاطلاع على الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة السوري فإنها لم تشر في الأحكام الصادرة عنها والمتعلقة بشهر القرار الإداري بوسيلة العلم اليقيني، إلى وجوب توفر هذا الشرط وإنما اكتفت أن يكون العلم حقيقياً لا ظنياً ولا افتراضياً، وأن يشمل هذا العلم جميع عناصر القرار الإداري.

والقضاء الإداري يعتد بالتاريخ الذي تحقق به العلم اليقيني بالقرار الإداري وفحواه وذلك حتى يتم البدء بحساب ميعاد الطعن، وعليه فإذا تمّ العلم بالتاريخ أو رقم القرار دون العلم بفحوى ومضمون القرار وأسبابه فلا يتحقق العلم اليقيني بالقرار الإداري حينها، ويعتبر تلاوة القرار الإداري على المخاطب به بمثابة علماً يقينياً تبدأ من تاريخ تلاوة القرار مدة الطعن بالقرار<sup>33</sup>. وعليه فإنّه من تاريخ تحقق العلم اليقيني بالقرار الإداري يحق للأفراد الطعن بالقرار الإداري وذلك لبدء سريانه في مواجهتهم، وكل محاولة من قبل الإدارة تهدف إلى إرجاع آثار القرار الإداري إلى تاريخ سابق هي عادلة لإعطاء القرار مفعولاً رجعيّاً يكون حينها ذلك غير مشروع.

<sup>31</sup> حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 445 لسنة 26 ق جلسة 16-3-1985، نقلًا عن محمد فوزي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، مرجع سابق، ص 158.

<sup>32</sup> حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري في القضية رقم 53987 لسنة 66 ق د/الأولى والصادر بجلسته 16-1-2016، منشور على شبكة قوانين الشرق.

<sup>33</sup> علي حسين محمد العلفي، نظرية الإثبات في دعوى الإلغاء" دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 602.

هذه الشروط لابد من توافرها مجتمعة وقد تناولتها أحكام مجلس الدولة سواء محكمة القضاء الإداري أو المحكمة الإدارية العليا وبالتالي تخلف شرط من هذه الشروط تخلف العلم اليقيني بالقرار .

## المطلب الثاني

### موقف الفقه الإداري ودور القضاء الإداري في إثبات العلم اليقيني

يلعب الفقه دوراً في التعليق على الأحكام القضائية وتحليلها واستخلاص معايير أو نظريات أو اتخاذ موقف حيالها في جميع المجالات التي اتخذ منها القضاء أحكاماً ولم يخرج الفقه عن دوره فيما يخص الأحكام القضائية التي كرسّت نظرية العلم اليقيني التي انقسم الفقه حيالها ما بين مؤيدٍ ومعارضٍ.

إنّ إثبات تحقق العلم اليقيني وفق الشروط التي بحثها آنفاً، مسألة بالغة الأهمية، لما يترتب عليها من آثار قانونية تتمثل في نفاذ القرار الإداري بحق صاحب الشأن، واحتساب ميعاد الطعن بالإلغاء من التاريخ الذي يثبت فيه عمله اليقيني بالقرار، ومن ثم قبول أو عدم قبول الطعن شكلاً أمام القضاء الإداري. والقاعدة في هذا الصدد، أن على من يدعى وقوع العلم اليقيني إثبات ذلك، لأن هذا الادعاء يأتي خلافاً للأصل في عدم علم أصحاب الشأن بالقرارات التي تصدرها الإدارة . ولما كانت جهة الإدارة هي التي تدعي - في أغلب الأحيان - وقوع العلم؛ فهي التي تتحمل عبء الإثبات، فعليها أن تقيم الدليل على علم المدعي بالقرار الطعون فيه علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً.

## الفرع الأول

### موقف الفقه من نظرية العلم اليقيني

لقد رأى جانب من الفقه أن هذه الوسيلة تحمل في طياتها العديد من المساوئ على الأفراد ولذلك اتخذ حيالها موقفاً معارضاً (أولاً) بينما رأى فريق آخر بأنها تحمل العديد من المزايا لذلك اتخذ منها موقفاً مؤيداً (ثانياً) ولكل فريق فقهية حجة التي سنعرضها تباعاً :

#### أولاً: الاتجاه المعارض لنظرية العلم اليقيني

لم تسلم نظرية العلم اليقيني من الانتقادات الفقهية نظراً لما لها من مخاطر على حقوق الأفراد ولما تتطوي عليه من عيوب، لذلك برزت عدّة آراء فقهية معارضة لنظرية العلم اليقيني مستندة على المخاطر التي تلحق بحقوق الأفراد، ولما لها من مساوئ حسب وجهة نظرهم ومن أبرز الفقهاء الدكتور سليمان الطماوي الذي دعا إلى هجرة هذه النظرية وعدم الاعتماد عليها وتبعه في رأيه غيره من الفقهاء واستندوا في ذلك لعدّة حجج أهمها ما يلي:

1- إن جوهر نظرية العلم اليقيني يتمثل في أن علم صاحب الشأن بالقرار يقوم مقام النشر أو التبليغ، ولما كان هذا العلم يأتي بوسائل الفرد الخاصة وباجتهاده الذاتي، فإنه لا يصدق عليه في كثير من الأحيان وصف العلم الحقيقي، فهو لا يعلم في الغالب بمضمون القرار أو محتواه ولا يحيط بعناصره جميعاً. فالعلم هنا حسب رأيه هو علم ظني أو افتراضي وليس علماً حقيقياً<sup>34</sup> وبالتالي لا يقوم مقام النشر أو التبليغ.

<sup>34</sup> عبد العزيز الجوهري ، هل تختفي نظرية العلم اليقيني من أفق القانون الإداري، مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين

في مصر، العددان 3 - 4، 2008، ص71.

يمكننا الرد على أنصار هذا القول بأن القاضي الإداري عندما يبحث في وسيلة العلم اليقيني التي علم بها الأفراد بالقرار الإداري فهو يتحقق من مدى توفر شروط العلم اليقيني كافة، الأمر الذي يوفر الحماية المطلوبة للأفراد.

2- إن قبول الأخذ بهذه النظرية يعني أن يبقى ميعاد الطعن مفتوحاً مما يؤدي إلى عدم استقرار الأمور الإدارية، إلا أنه في حقيقة الأمر ليس صعباً إثبات تاريخ العلم بالقرار الإداري ذلك أن إقرار صاحب الشأن به أو إقرار المبلغ أو تنفيذ القرار دليل على العلم به<sup>35</sup>.

3- أن نظرية العلم اليقيني بالقرار الإداري لا يتم تطبيقها إلا في حالة عدم قيام الإدارة بنشر القرار أو تبليغه، حيث يتحمل الفرد حينها مسؤولية تقصير الإدارة في القيام بمهامها وواجباتها.

وينتقد الفقه أيضاً هذه النظرية في أنها تقوم على أساس القرائن التي يستنتجها القضاء الإداري من ظروف وقائع الدعوى حسب سلطته التقديرية، حيث ثبت تشدد القضاء في تطبيقها تارةً وتراجعها في تطبيقها تارةً أخرى، نظراً لمرونة النظرية، ويرد المدافعون عن النظرية بأن العلم الحاصل عن طريق الإعلان والنشر هو علم قائم على أساس القرائن والأدلة<sup>36</sup>.

4- أن تطبيق النظرية يؤدي إلى انعدام طرق الحل الودي بين جهة الإدارة مع الأفراد المخاطبين بالقرار الإداري، وذلك لأن التنظيم يُعدّ حجة عليهم بالعلم بالقرار الإداري، ولأن ذلك يؤدي إلى بدء سريان مدة الطعن بالقرار، ويؤدي إلى حرمان الإدارة من أحد أهم صلاحياتها وهي التفاوض مع الأفراد حول القرارات التي أصدرتها<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> مصطفى كمال وصفي، إجراءات القضاء الإداري، الطبعة 2، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1978، ص 229.

<sup>36</sup> محمد السناري، نفاذ القرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 105.

<sup>37</sup> محمد فوزي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، مرجع سابق، ص 59.

ويمكننا أن ننتقد هذا الرأي بالقول بأن التنظيم الإداري لا يؤدي إلى حرمان الفرد من حقه في اللجوء إلى القضاء الإداري لرفع دعوى الإلغاء كون التنظيم بذاته يُعدّ قرينة مؤكدة على علمه بالقرار الذي تنظم منه لجهة الإدارة.

أما الفقه السوري فهناك من يرى<sup>38</sup> أنه يجب هجر نظرية العلم اليقيني كما هجرها القضاء الإداري الفرنسي، وعلل ذلك بأنها لن تكون في مصلحة الأفراد، كما أن الفترة المحددة ستين يوماً للطعن في قرارات الإدارة تعدّ قصيرة من أجل إفساح المجال أمام الأفراد للجوء إلى القضاء، لذلك يجب الابتعاد عن الإجراءات كافة التي تؤدي إلى تقصير هذه المدة القصيرة، كنظرية العلم اليقيني. لذلك يرى أن نظرية العلم اليقيني لن تكون في مصلحة الأفراد وهذا ما دعاه القضاء الإداري الفرنسي إلى هجرها، وهذا ما يجب أن يتبناه قضاؤنا الإداري.

إذا أردنا الدلو بدلونا في هذا الصدد فإننا لا نؤيد ما ذهب إليه الفقه الذين دعوا إلى هجر النظرية والتخلي عنها، إذ نؤيد موقف الفقه الداعم للنظرية وموقف مجلس الدولة السوري والمصري اللذين ما زالوا يطبقان النظرية دون أن يضع معياراً جامداً لوسائل العلم بالقرار ونرى أنه من الأفضل الأخذ بالعلم اليقيني كوسيلة لسريان القرار الإداري بجوار النشر والإعلان خشية من ضياع حقوق الأفراد في مواجهة الإدارة، وتحقيقاً لمصالحهم في الحالات التي تستلزم تطبيق النظرية التي تفادي في استقرار المراكز القانونية.

### ثانياً: الاتجاه المؤيد لنظرية العلم اليقيني

رغم الانتقادات التي وجهت إلى نظرية العلم اليقيني، إلا أن هناك من الفقه من أيّد هذه النظرية لما تتطوي عليه من مزايا، نلخص أبرزها بما يلي:

<sup>38</sup> للمزيد انظر إلى عبد الله طلبة، "القضاء الإداري"، منشورات جامعة دمشق، 2010-2011، ص 238-239.



1- إن نظرية العلم اليقيني تضمن حقوق الأفراد ؛ إذ تعمل على استقرار المراكز والأوضاع القانونية وثباتها، وعدم بقائها معلقة أو مهددة فترة طويلة من الزمن، إن أعمال هذه النظرية يقتضي تحديد تاريخ معين لسريان مدة الطعن بالإلغاء الذي ينقضي بانقضائها، وهذا ما تتضح بشكل خاص عندما تتراخى الإدارة أو تهمل في نشر أو تبليغ قراراتها عمداً أو إهمالاً، وفي حالة بعض القرارات الإدارية التي لا تنتشر ولا تبليغ لأصحاب الشأن كالقرارات الضمنية والسلبية<sup>39</sup>.

2- إن فكرة العلم اليقيني لا تطبق على الأفراد فحسب ، بل على الإدارة أيضاً، وهو ما سلكه مجلس الدولة الفرنسي، الذي طبقها ضمن حدود ضيقة جداً تقتضيها المصلحة العامة. فبالنسبة للإدارة العامة، فقد استقر قضاء المجلس على أن مدة الطعن بالإلغاء في القرار الإداري تبدأ من يوم وصول القرار إلى حوزتها، وأجاز إثبات هذه الواقعة بطرق الإثبات كافة<sup>40</sup>. أما المجالس الإدارية التي خولت قانوناً الاختصاص بإصدار قرارات إدارية كالمجالس البلدية ومجالس المحافظات ومجالس المؤسسات العامة، فقد عدّ مجلس الدولة أعضائها على علم أكيد بالقرارات الصادرة عن مجالسهم، وعلى إمامهم بمضامينها بحكم إسهامهم في مناقشتها وإقرارها، وذلك من تاريخ الجلسة التي تمّ دعوتهم لحضورها أو التي شاركوا فيها فعلاً. ولهذا فإنّ مدة الطعن في هذه القرارات بالإلغاء تسري بالنسبة إليهم من يوم صدور القرار<sup>41</sup>.

وذهب الكثير من الفقه المصري<sup>42</sup> إلى جواز الاعتماد على نظرية العلم اليقيني على نحو ما أخذ به مجلس الدولة المصري، وذلك لما تتسم به من مرونة علاوة على اعتمادها على الواقع الفعلي . ويقول أحد انصار هذا الاتجاه (وهذا العلم القاطع - العلم

<sup>39</sup> مصطفى كمال وصفي، إجراءات القضاء الإداري، مرجع سابق ، ص229.

<sup>40</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ص518

<sup>41</sup> Rene chapus; dorit du contentieux administrative, 7,ed,1997,P.563

<sup>42</sup> للمزيد انظر إلى عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، طبعة 1996، ص527. وأيضاً محمود حلمي، القرار

الإداري، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1985، ص245. وأيضاً محمد فوزي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، مرجع سابق، ص126-127.

اليقيني - أولى أن يؤخذ به من الأخذ بمجرد قرينة على العلم مثل النشر أو الإعلان - بخطاب مسجل يرسل إلى موطن الموجه إليه وقد لا يسلم إليه شخصياً<sup>43</sup>، وكذلك يرى جانب آخر من الفقه أن العلم اليقيني يؤخذ بالحسبان لحساب ميعاد الطعن بالإلغاء للقرار الإداري إذا كان صاحب الشأن على علم بالقرار الإداري ومضمونه وعناصره الأساسية التي تمكّنه من تحديد موقفه إزاءه<sup>44</sup>.

أما الفقه الإداري السوري يرى الدكتور عبد الإله الخاني أن هذه النظرية لها سيئة واحدة تتمثل في أنها تفتح ما أغلق من مواعيد، ومهاجمة ما استقر من قرارات، ولكنها في غير ذلك فهي نافعة جداً، فهي تمد رقابة القضاء بشكل يعيد الحقوق لأصحابها ولا سيما أن القضاء قد دأب على التغلب على النواحي الشكلية بغية الوصول إلى الموضوع، ولهذا فإن وضع النظرية في وضعها الطبيعي المجرد من التحايل على القانون واجب مع ضرورة يقظة القضاء الإداري من أساليب التحايل على القانون<sup>45</sup>.

فإننا نؤيد ما ذهب إليه الفقه من تأييد لنظرة العلم اليقيني نظراً لما لها من دور كبير في حماية الأفراد في مواجهة الإدارة وكما لها دور في حماية طبيعة دعوى الإلغاء وتحقيق المساواة والتوازن بين الأفراد والإدارة، ولتحقيق الاستقرار في الأوضاع القانونية حتى لا يظل القرار الإداري مهدداً بالطعن مدى الحياة بحجة عدم تبليغه أو نشره رغم حصول العلم اليقيني به من قبل صاحب الشأن.

<sup>43</sup> محمود حلمي، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 245.

<sup>44</sup> محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري " التعريف، والمقومات، النفاذ والانقضاء"، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، 2005، ص 406.

<sup>45</sup> للمزيد أنظر إلى عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، القضايا الإدارية، المجلد الثالث، ص 237.

## الفرع الثاني

### دور القضاء الإداري في إثبات العلم اليقيني

يُعدّ الأثبات من المواضيع الهامة جداً إذ لا يمكن للقاضي سواء الإداري أم المدني أم الجنائي الاستغناء عنه، فهو حاجز حقيقي يمنع الاستمرار بالدعوى الكاذبة؛ الأمر الذي دعا الكثير من التشريعات على حماية الإثبات وإحاطته بمجموعة من القواعد. ويعرّف الفقه المصري الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء وبالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثاره<sup>46</sup>. يترتب على إثبات العلم اليقيني قبول الدعوى موضوعاً إذا كانت قد قدمت ضمن الميعاد أو رفضها شكلاً إذا كانت الدعوى قد قدمت خارج الميعاد.

مما تقدّم فإننا سنبحث في الجهة التي يقع عليها عبء الإثبات (أولاً) ومن ثم نتكلم عن وسائل الإثبات (ثانياً).

### أولاً: الجهة التي يقع عليها عبء الإثبات

إن مسألة تبليغ القرارات الادارية تُعدّ مسألة تقديرية تقع على عاتق السلطة الادارية التي عليها واجب التبليغ بقراراتها بشكل صريح. فإذا لم يتمّ التبليغ بشكل صريح فعليها يقع عبء إثبات العلم اليقيني بالقرار الإداري يقع على عاتق الادارة إذ يستطيع إثبات العلم اليقيني بالقرار بجميع طرق الإثبات وقد لا تكون المدة بين صدور القرار الإداري والطعن فيه طويلة فالمدة المحددة للعلم بالقرار علماً يقينياً تخضع لتقدير قاضي الموضوع حسب ظروف كل حالة إضافة إلى الاستدلال باعتبارات وضع القرار موضع التنفيذ وما إذا كان مقتضاه يتفق معه توافر العلم بحكم اللزوم من عدمه، ويمكن إثبات العلم اليقيني بجميع طرق الإثبات<sup>47</sup>. يرى جانب من الفقه المصري أن عبء إثبات العلم

<sup>46</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني للأثبات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 15.

<sup>47</sup> د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص 38.

اليقيني يقع على عاتق الإدارة فهي صاحبة المصلحة في ذلك وللجهة الإدارية إثبات العلم اليقيني بكل طرق الإثبات من قرائن وأدلة ووقائع محددة التي يجب أن تقع فيها القاضي الناظر بالدعوى<sup>48</sup>.

ومن خلال ما تقدم، نجد أن الفقه الإداري استقر على أن عبء الإثبات يقع على عاتق الإدارة وهذا الموقف يندرج في الإطار العام الذي يقضي بضرورة وجود توازن بين الإدارة من حيث صلاحياتها وامتيازات السلطة العامة وبين الشخص العادي في المنازعة الإدارية فالإدارة هي الطرف الأقوى ولذا فإن عبء الإثبات هو يعدّ تطبيقاً للقواعد العامة فهو يقرر في مقابل عدم الزامها بالتبليغ.

من الجدير القول أن الفقه بنى موقفه على ما استقر عليه القضاء الإداري الذي أكد على أن عبء الإثبات يقع على عاتق الإدارة، ويضاف إلى ذلك عليها أن تثبت توافر جميع الشروط الضرورية للأخذ بالعلم اليقيني وفق ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري في أحد أحكامها بالقول (( إذا كانت الحكومة قد دفعت بعدم قبول الدعوتين وأنكر المدعيان علمهما بالقرار المطعون فيه ولم تقدم الحكومة دليلاً على هذا العلم فإن هذا الدفع يكون في غير محله ويتعين رفضه وقبول الدعوتين))<sup>49</sup>. وأيضاً قضت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم لها بأن "عدم تقديم الإدارة ما يثبت تبليغ المدعي بالقرار المطعون فيه ولا علمه اليقيني به ، يجعل دعواه جديرة بالقبول شكلاً"<sup>50</sup>.

يرى القضاء الإداري أن عبء إثبات العلم اليقيني يقع على عاتق الإدارة ويجب أن ينصب هذا الإثبات على جميع الشروط المتعلقة بالعلم اليقيني، إذ يجب على الإدارة

<sup>48</sup> د. ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص457.

<sup>49</sup> حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري المصري في الطعن رقم 9801 لسنة 53 ق الصادر بجلسته 25-12-2010 نقلاً عن محسن حسين حافظ صبرة، موقف مجلس الدولة المصري من نظرية العلم اليقيني وشروط تطبيقها، مرجع سابق، ص470.

<sup>50</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم 238 جلسة 25-4-2004، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 2004.

إثبات علم الشخص المعني بالقرار علماً شاملاً لجميع محتويات القرار الإداري وعليها إثبات ذلك العلم كذلك من تاريخ معين يحسب منه ميعاد الطعن وفي حالة عجز إثبات العلم اليقيني من قبل الإدارة، يرفض القضاء الإداري تطبيق العلم اليقيني<sup>51</sup>.

### ثانياً: وسائل إثبات العلم اليقيني

لم يحدد القضاء الإداري وسيلة معينة بذاتها لإثبات العلم اليقيني، إذ أن أي قرينة يمكن أن يستدل منها القضاء على العلم اليقيني لا يمنعه من الأخذ فيها، إذ أن إثبات العلم اليقيني لدى صاحب الشأن بالقرار الإداري يجعل من الممكن أن يحدد القاضي نقطة لبدء سريان ميعاد الطعن في ذلك القرار وفقاً لمقتضيات ظروف النزاع وطبيعته؛ إذ ينبغي للإدارة أن تستدل في إثبات حصول علم الشخص المعني بالقرار على كل واقعة وقرينة يثبت فيها حصول العلم بالقرار وللقاضي تقدير مدى تحقق هذه الواقعة أو الوسيلة وتقدير مدى كفايتها لتحقيق الغرض المقصود من التبليغ عبر سلطته التقديرية فله أن يأخذ بهذه الوسيلة أو غيرها وله أن لا يأخذ بها<sup>52</sup> ويمكن رد طرق إثبات العلم اليقيني عموماً إلى ثلاث حالات:

**الحالة الأولى: إقرار الطاعن:** يُعدّ إقرار صاحب الشأن بعلمه بالقرار أمراً نادر الوقوع؛ لأنه يؤدي إلى رد دعواه والإقرار في هذا الصدد من أيسر الوسائل لإثبات العلم اليقيني<sup>53</sup>. بالرغم من أن إقرار الطاعن يمثل الوسيلة الواضحة والسهلة لإثبات العلم اليقيني إلا بأنها نادرة الوقوع، ويعدّ السبب في ذلك إلى عدم تصور إقرار الطاعن بالعلم؛ لأنه يعلم بأنه في ذلك يعرض نفسه لخسارة دعواه، وعدم قبولها لفوات المدة إذا انقضت

<sup>51</sup> محمد فوزي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، مرجع سابق، ص192.

<sup>52</sup> زينب علي كمال، عبء إثبات العلم اليقيني، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية

والإنسانية، العدد43، جامعة بابل، العراق، 2019، ص1171.

<sup>53</sup> فيصل عبد الحافظ الشوابكة، نظرية العلم اليقيني في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، بحث منشور في مجلة

دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2013، ص304.

فعالاً، فالمكاتبات التي يجريها الطاعن وبعض السلوكيات هي فقط التي يمكن أن تقوم مقام الإقرار.

أو في حالة توقيع صاحب الشأن على طلب شهادة بمدة خدمته السابقة مما يفيد علمه اليقيني بقرار قبول استقالته، أو بالإشارة إلى القرار ومحتوياته في خطاب موجه إلى الجهة الإدارية لهذا يعدّ اقراراً ضمنياً بالعلم بالقرار<sup>54</sup>.

أو قد يكون من خلال التظلم الذي يقدمه صاحب الشأن، وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه (( ما دام لم يثبت من الأوراق تاريخ علم المدعي بالقرار المطعون فيه فيفترض علمه من تاريخ التظلم))<sup>55</sup>.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا السورية على " علم المدعي بالقرار علماً يقينياً من تاريخ تظلمه من القرار لأكثر من مره الأمر الذي يوجب عليه أن يبادر إلى إقامة دعواه المتعلقة بطلب إلغاء القرار خلال الستين يوماً من تاريخ علمه أو من تاريخ رد الإدارة على تظلمه الأول وإنه بادر إلى إقامة دعواه بعد انقضاء الميعاد القانوني المحدد لإقامتها بموجب المادة/22/ من قانون مجلس الدولة وبذلك تكون الدعوى غير جديرة بالقبول لهذا السبب"<sup>56</sup>.

### الحالة الثانية: تنفيذ القرار الإداري:

استقرت أحكام القضاء الإداري على أن تنفيذ القرار الإداري تنفيذاً جبرياً بحق الطاعن دون سبق نشره أو تبليغه بالقرار يعدّ دليلاً على علمه بالقرار علماً يقينياً كافياً اعتباراً من تاريخ بدء تنفيذ القرار الإداري يعد منطلقاً لبدء سريان ميعاد الطعن

<sup>54</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1720 جلسة 23-3-1963 نقلاً عن ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 467.

<sup>55</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1235 جلسة 15-2-1998، المرجع نفسه، ص 468.

<sup>56</sup> حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري في دمشق بالدعوى أساس 3710 تاريخ 4-10-2016 سجلات مجلس الدولة أطلس القانون، مرجعية أطلس.

بالإلغاء<sup>57</sup>. ومن تطبيقات القضاء الإداري المصري في هذا الشأن، أنه عدّ التنفيذ المادي للقرار بخصم مدة خمسة عشر يوماً من راتب المدعي دليل العلم اليقيني بالقرار، وأن واقعة تجنيد المدعي تفيد علمه على وجه اليقين بقرار تجنيده<sup>58</sup>.

بالذكر بأن تنفيذ القرار لا يعدّ دليلاً على علم صاحب الشأن بالقرار ما لم يستوف شروط العلم اليقيني التي بحثناها آنفاً، لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه ((لا يجوز الاحتجاج بتاريخ القبض على المدعي للقول بسريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء في حقه من هذا التاريخ باعتبار أنه علم فيه حتماً بالقرار المطعون فيه علماً يقينياً، إذ لا دليل في الأوراق على إبلاغه بهذا القرار في تاريخ محدد أو اطلاعه على الأسباب التي دعت لإصداره بما يتحقق معه علمه بمحتوياته ومحتواه علماً يقينياً نافياً للجهالة يمكنه من تحديد موقفه إزاءه من حيث قبوله أو الطعن فيه))<sup>59</sup>.

وقضت المحكمة الإدارية العليا السورية أيضاً في حكم لها " علم المدعية اليقيني بقرار تسوية وضعها المؤشر من الجهاز المركزي للرقابة المالية مفترض بتقاضيتها الأجر المحدد في هذا القرار"<sup>60</sup>.

يبدو لنا إن الغاية من الحكم هو ضمانته وحماية حقوق الأفراد من الإدارة عند استخدام سلطتها في التنفيذ الجبري وهذا مسلك حسن للقضاء الإداري المصري. يمكننا القول بأن مجرد تنفيذ القرار أو اتخاذ أي إجراءات لا تحقق العلم اليقيني، ما لم تتوافر في ذلك العلم شروطه المقبولة قضاء وهي العلم الحقيقي اليقيني لا ظنياً ولا افتراضياً.

<sup>57</sup> هشام حامد الكساسبة، مدى تبني القضاء الإداري الأردني لنظرية العلم اليقيني "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الثاني، جامعة زيتونة الأردنية، 2019، ص169.

<sup>58</sup> حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الطعن رقم 553 جلسة 23-4-1996، محمد السناري، نفاذ القرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص120.

<sup>59</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 288 جلسة 16-4-1995، نقلاً خالد الزبيدي، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص158.

<sup>60</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية في القرار 956 الطعن رقم 3279، 1990، مصباح المهاني، مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص613.

### الحالة الثالثة: مضي مدة زمنية طويلة على صدور القرار:

اختلفت اتجاهات القضاء الإداري فيما يتعلق بمضي مدة زمنية طويلة على صدور القرار فيما أن كان يشكل دليلاً على علم الشخص المعني بالقرار علماً يقينياً أم لا؛ ولم يستقر القضاء على اتجاه واحد بل أنه يعالج كل حالة على حدة في ضوء ما يتراءى له من ظروف الدعوى ووقائعها. وإعمالاً لمبدأ استقرار الأوضاع القانونية، فإنه لا يمكن تغيير الأوضاع الثابتة قانوناً دون الالتزام بشرط المواعيد المقررة للطعن في القرارات الإدارية، وإن خلو التبليغ من بعض العناصر الواجب الانطواء عليها ينتج عنه عدم جواز الاحتجاج بفوات مواعيد الطعن المقررة قانوناً لمخالفة هذا التبليغ للقانون، إلا إن هذا لا يعطي الحق للمدعي في رفع دعواه بعد فوات المواعيد المعقولة، وهو ما يجوز القول معه بأنه في غير الحالات الاستثنائية أو الحالات المقررة بقانون لا يجوز أن تتعدى تلك المدة المعقولة عام واحداً اعتباراً من تاريخ تبليغ المدعي أو من تاريخ علم المدعي اليقيني بصدور ذلك القرار<sup>61</sup>.

ففي مصر، قضيت المحكمة الإدارية العليا على أن... (فوات هذا الوقت الطويل من تاريخ صدور هذا القرار محل الطعن حتى تاريخ إقامة الدعوى مما يرجح علمه "الطاعن "بالقرار ))<sup>62</sup>. قضت المحكمة أيضاً أن طول المدة بين صدور القرار والطعن به بالإلغاء يرجح علم صاحب الشأن بالقرار علماً يقينياً وقد عبرت عن ذلك بالقول... (( استقالة الأمد بين صدور القرار محل الطعن وبين إقامة دعوى الإلغاء هو مما يرجح العلم بالقرار إذ على العامل أن ينشط دائماً إلى معرفة القرارات الصادرة في شأن أقرانه العاملين معه في الجهة التي يعمل بها ومن الميسور عليه دائماً إذا طال

<sup>61</sup> المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ترجمة وتقديم القاضي عمرو عبد الحليم، العدد الأول، 2017، منشور على

<sup>62</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 363 تاريخ 28-3-1974، نقلاً عن زينب علي كامل، عبء إثبات العلم اليقيني، مرجع سابق، ص 1174.



الوقت أن يحدد مركزه بينهم وأن يطعن في ميعاد مناسب خاصة وأن تحديد ميعاد الطعن على القرارات الإدارية بستين يوم من تاريخ العلم بالقرار مرده إلى استقرار المراكز القانونية وعدم زعزعتها وإن الادعاء بعدم العلم رغم استتالة الامد يؤدي الى إهدار مراكز قانونية قد استتبت على مدار السنين))<sup>63</sup>.

وعليه فالقضاء الإداري المصري يذهب في أغلب أحكامه إلى أن طول المدة دليل على حصول العلم اليقيني إلا إن العلم الذي يحصل للشخص المعني عن طريق هذه القرينة هو علم افتراضي وأن شموله بعناصر القرار الإداري وثبوت حدوثه بتاريخ محدد هو أمر غير مؤكد أي إن العلم المفترض الذي يتوافر لمجرد انقضاء مدة طويلة على صدور القرار هو لا يمكن أن يكون علماً يقينياً فهذا الاتجاه يؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى المدعي الذي يفترض أن انقضاء مدة طويلة على صدور القرار دليل بمثابة علمه بالقرار، وهذا يتناقض مع ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا في أن عبء الاثبات يقع على عاتق الإدارة من إثبات العلم اليقيني لدى صاحب المصلحة<sup>64</sup>. إلا أن القضاء الإداري المصري هو قضاء غير مستقر ففي اتجاه مغاير للمحكمة الإدارية العليا ذهبت إلى أن ( القول بتحقق العلم اليقيني لمجرد فوات عدة سنوات فاصلة بين صدور القرار والتظلم منه هو مجرد ظن ولا يفيد شيء لقيامه على احتمال غير ناشئ عن دليل يحمل عليه)<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 3472 لسنة 35 تاريخ 8-9-1997، نقلاً عن

عبد العزيز خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص721.

<sup>64</sup> عبد العزيز خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص723.

<sup>65</sup> حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 168 تاريخ 23-11-1980، نقلاً ماهر أبو

العنينين، ، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، مرجع سابق، ص451.

إلى جانب هذه الوسائل يوجد وسائل أخرى يرى فيها القضاء الإداري قرائن يمكن أن يستدل عبرها على قيام العلم اليقيني، وهذه القرائن كالشهادة وغيرها من القرائن التي يترك الأخذ بها أيضاً لتقدير القاضي الإداري<sup>66</sup>.

### الخاتمة:

على الرغم من اختلاف الموقف الفقهي ما بين مؤيدٍ ومعارضٍ، فقد اتجه القضاء الإداري على الأخذ بنظرية العلم اليقيني وترتيب النتائج القانونية على علم صاحب الشأن من حيث رد الدعوى شكلاً فيما إذا تبين للقضاء مضي أكثر من 60 يوماً على علم صاحب الشأن دون أن يبارد للطعن وإن كنا لمسنا اتجاهاً قضائياً لدى مجلس الدولة الفرنسي نحو هجر نظرية العلم اليقيني لصالح التبليغ، وبعد دراستنا خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نجملها بالآتي:

### أولاً: النتائج:

- 1- تُعدّ نظرية العلم اليقيني نظرية قضائية أي من صنع القضاء الإداري كوسيلة من وسائل العلم بالقرار الإداري إلى صاحب الشأن وتصلح كنقطة لبدء ميعاد الطعن بالإلغاء.
- 2- لم تلقَ نظرية العلم اليقيني قبولاً من جميع الفقهاء حيث انقسم الفقه إلى ما بين مؤيد ومعارض لها وحتى القضاء الإداري اتّجه إلى الحد من تطبيقها أحياناً.
- 3- تُعدّ وسيلة العلم اليقيني وسيلة إضافية إلى جانب النشر والإعلان نظراً لخطورة نتائجها، فقد وضع القضاء الإداري عدّة شروط ليرتب على العلم اليقيني.

<sup>66</sup> د. محمد فوزي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، مرجع سابق، ص 169.

4- تُعدّ قرينة العلم اليقيني قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بجميع طرق الإثبات يلعب القاضي دوراً مهماً في إثباتها استناداً لما تقدمه الإدارة من أدلة وبراهين.

5- يترتب على نظرية العلم اليقيني آثار قانونية تتمثل في نفاذ القرارات الإدارية بحق أصحاب الشأن وبدء سريان ميعاد الطعن بدعوى الإلغاء ورد الدعوى شكلاً إذا قدمت خارج نطاق المدة وهي 60 يوماً من حصول العلم اليقيني.

### ثانياً: التوصيات:

1- نؤكد على تطبيق نظرية العلم اليقيني كوسيلة للعلم بالقرار الإداري حيث يبدأ بها ميعاد الطعن بالإلغاء ولذلك ندعو المشرع السوري للعمل على تنظيمها تشريعاً أسوة بالنشر والإعلان بما يكفل تحديد شروط تطبيق العلم اليقيني بنصوص صريحة وعدم ترك الأمر للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي الإداري.

2- نُوصي القضاء الإداري بالتشدد في التحقق من شروط إثبات العلم اليقيني حتى يترتب النتائج على حصول هذا العلم ولا سيما إذا كان يترتب على العلم رد الدعوى شكلاً.

3- ندعو القضاء الإداري إلى التشدد في إثبات تحقق العلم اليقيني كونه أجاز إثباته بكافة طرق الإثبات.

4- ندعو أخيراً إلى عقد ندوة علمية يتم فيها شرح هذه النظرية من حيث المضمون والشروط وطرق الإثبات ودر القاضي الإداري وأخيراً النتائج التي تترتب عليه.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب العامة والمتخصصة:

- 1- حسني درويش، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة في التشريع والفقه والقضاء الفرنسي والمصري والكويتي"، الكتاب الثالث، الطبعة الأولى، 2020.
- 2- خالد عبد الفتاح محمد، دعوى الإلغاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007.
- 3- رمضان محمد بطيخ، قضاء الإلغاء "ضمان للمساواة وحماية المشروعية"، دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 4- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة 7، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006.
- 5- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 6- عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، القضايا الإدارية، المجلد 3.
- 7- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني للأثبات، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 8- عبد العزيز خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة.
- 9- عبدالعزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- 10- عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري، طبعة 1996.

- 11- عبدالله طلبة، القانون الإداري "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة"، منشورات جامعة دمشق، 2016-2017.
- 12- ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، لبنان، 1996.
- 13- محمد أنس جعفر، الوسيط في القانون العام" القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- 14- محمد السناري، نفاذ القرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- 15- محسن حسين حافظ، موقف مجلس الدولة المصري من نظرية العلم اليقيني وشروط تطبيقها، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر.
- 16- محمد حسين منصور، قانون الاثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.
- 17- محمد فوزي، العلم اليقيني بالقرار الإداري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 18- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري " التعريف، والمقومات، النفاذ والانتضاء"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 19- محمود حلمي، القرار الإداري، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1985.
- 20- مصطفى كمال وصفي، إجراءات القضاء الإداري، الطبعة 2، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، 1978.

ثانياً-الرسائل العلمية:

- 1-زينب علي كامل، العلم اليقيني في القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة بابل، العراق، 2019.
- 2-علي حسين محمد العلفي، نظرية الإثبات في دعوى الإلغاء" دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2013.

ثالثاً: الأبحاث والمجلات:

- 1- خالد الزبيدي، نظرية العلم اليقيني في الفقه والقضاء الإداري ، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، المجلد34، العدد1، 2007.
- 2- زينب علي كمال، عبء إثبات العلم اليقيني، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد43، جامعة بابل، العراق، 2019.
- 3- صادق الحسيني، دور العلم اليقيني في الإثبات أمام القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد12، العدد42، العراق، 2019.
- 4- صفاء محمد السولميين، العلم اليقيني الإلكتروني في القضاء الإداري الأردني بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، الأردن، المجلد2، العدد2، 2021.
- 5- عبد العزيز الجوهري، هل تختفي نظرية العلم اليقيني من أفق القانون الإداري، مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين في مصر، العدد 3 - 2008.

- 6- فيصل عبد الحافظ الشوابكة، نظرية العلم اليقيني في قضاء محكمة العدل العليا الأردنية، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن،، 2013.
- 7- محمد عيسى خربوط، النظام القانوني لنظرية العلم اليقيني في العراق" دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، المجلد 1، العدد 8، جامعة ميسان، العراق، 2022.
- 8- هشام حامد الكساسبة، مدى تبني القضاء الإداري الأردني لنظرية العلم اليقيني "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الثاني، جامعة زيتونة الأردنية، 2019.

#### رابعاً: الأحكام القضائية:

- 1- مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية لعام 1966.
- 2- مصباح المهاني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا السورية من عام 1959 إلى 2000.

#### خامساً: المواقع عبر الأنترنت:

- 1- المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ترجمة وتقديم القاضي عمرو عبد الحليم، العدد الاول، 2017 ، منشور على الموقع الالكتروني:

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

سادساً: المراجع الأجنبية:

1- O dent (R), waline (M), et verdier (M), Tome I, op. cit., p20.

2-Rene chapus; dorit du contentieux administrative, 7,ed,1997.

3- Charles Debbasch , Contentieux Admanastratif ,daloz ,  
Paris , 1970.



# مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية

الباحثة: ندى يونس جبور – كلية الحقوق – جامعة دمشق

## الملخص

ساهم القضاء الإداري ممثلاً بمجالس الدولة في مهمة وضع قواعد القانون الإداري، وصياغة أحكامه ونظرياته وتطويرها بما يكفل التوفيق بين حاجات الإدارة وحقوق الأفراد، وذلك في العديد من الدول، كما أخذ على عاتقه أن يقوم ببسط رقابته على سلطة الإدارة من خلال تكريسه لعدد من المبادئ التي لا يجوز للإدارة الخروج عنها، حيث يعتبر مبدأ التناسب من المواضيع التي أثارت جدلاً قضائياً وفقهياً واسعاً، فهو يعتبر من أهم المزايا الممنوحة للإدارة عند ممارسة سلطتها التقديرية، وإنّ من شأن بسط الرقابة القضائية على هذا العنصر التقديري أن يغلّ يد الإدارة، وبذلك يساهم القضاء بحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم في المجتمع، لذا ذهبت هذه الدراسة إلى بيان مفهوم مبدأ التناسب وعلاقته بأركان القرار الإداري مع بيان تطور الرقابة القضائية، وأخيراً تطبيقات مبدأ التناسب القضائية التي من أبرزها نظرية الخطأ الظاهر، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

**الكلمات المفتاحية:** مبدأ التناسب، الموازنة، عنصر السبب، القرار الإداري.

## **The Principle of Proportionality and its judicial oversight in administrative decisions.**

### **Abstract**

The administrative judiciary represented by state councils has contributed to the task of establishing the rules of administrative law formulating its provision and theories and developing them in a way that ensures reconciliation between the needs of administration and the rights of individuals in many countries, it has also taken upon itself to extend its control over the authority of administration by devoting a number of principles that the administration may not deviate from it, as the principle of proportionality is considered one of the topics that has sparked widespread judicial and jurisprudential controversy. It is considered one of the most important advantages granted to the administration when exercising its discretionary authority. Extending judicial oversight over this discretionary element would tie the hand of the administration, and thus the judiciary contributes to protecting the rights and freedoms of individuals in society. Therefore this study went to explain the concept of the principle of proportionality and its relationship to the pillars of administrative decision, while explaining the development of judicial oversight, and finally the applications of the judicial principle of proportionality, the most prominent of which are the theory of apparent error and the theory of balancing between benefits and harms.

**Keywords:** the principle of proportionality, budget, the cause element, administrative decision.

### المقدمة:

تعد السلطة التقديرية من أهم الوسائل القانونية، التي تتمتع بها الإدارة، ويقرّ القانون لها الحق في اتخاذ قراراتها المعبرة عن مكانتها باعتبارها السلطة التنفيذية في الدولة، والهدف الأساسي للأعمال الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة وليس مجرد ممارسة السلطة، لكن من المحتمل أن تتعسف الإدارة في استعمال سلطتها، وقد يترتب على ذلك ضرر للأفراد أو بمعنى آخر قد يخرج تصرفها عن الهدف الأساسي ألا وهو كما ذكرنا تحقيق الصالح العام، من هنا بدت ضرورة العمل على تنظيم الرقابة المجدية والفعالة وفرضها على أعمال الإدارة خاصة قراراتها الإدارية الصادرة عن سلطتها التقديرية، وذلك لضمان عدم خروجها عن أحكام القانون المنظمة لاختصاصاتها وأعمالها، فالهدف من تطور الرقابة على أعمال الإدارة كان التوسع في نطاق المشروعية والتضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة بقصد كفالة الموازنة بين حماية حقوق الأفراد من ناحية، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها من ناحية أخرى، فهذا التوازن يمثل المشكلة الأساسية في القانون الإداري بحسب أن نقطة التوازن هذه ليست ثابتة بل متحركة دائماً يحركها القاضي الإداري متأثراً بكل العوامل والاعتبارات القانونية والعملية والسياسية وحياة الأفراد<sup>1</sup>.

اتسعت رقابة القاضي الإداري لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع أو ما يعرف بالرقابة على الملاءمة، التي كانت محظورة على القاضي الإداري سابقاً، فبدأت بالرقابة على قرارات الضبط الإداري والقرارات التأديبية لتتوسع وتشمل كل القرارات الإدارية، ويمكن القول أن القاضي الإداري ابتدع رقابة فريدة أوقعها على الوقائع بحسب أهميتها ومدى خطورتها ومدى تناسبها وتبريرها مع القرار الإداري الذي أصدرته وهو ما أطلق

<sup>1</sup> أحمد، عبد المقصود توفيق، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة تطبيقية مقارنة) في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)، ص: 1412.

عليه القاضي الإداري الفرنسي مسمّى "رقابة التناسب"<sup>2</sup>، والمقصود بفكرة التناسب هو إيجاد تناسب بين عنصر السبب (الواقعة) وعنصر المحل (النتيجة) في القرار الإداري، حيث تعدّ رقابة التناسب على القرارات الإدارية من المواضيع المستحدثة، حيث ينبغي على الإدارة عند إصدار قراراتها أن تكون متفقة مع القانون من جهة، ومتناسبة مع الحالة الواقعية من جهة أخرى.

ومن خلال هذا البحث سيتم استعراض مبدأ التناسب في القرارات الإدارية وأساسه القانوني، وعلاقته بأركان القرار الإداري، ومن ثمّ تسليط الضوء على تجارب القضاء المصري والفرنسي.

#### مشكلة الدراسة:

تقوم فكرة التناسب على ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في ممارسة نشاطها الإداري، فقد ابتدعها المشرّع لمواجهة هذه السلطة، حيث تقوم فكرة التناسب على أن يكون هناك توازن بين عنصر السبب وعنصر المحل في القرار الإداري، حيث لا زالت هذه الفكرة أو يمكن القول هذه النظرية تتسم بالغموض في بعض جوانبها، مما يصعب معه تحديد مفهومها ومجالها وتقنياتها، لذلك ومن خلال هذه الدراسة سنحاول الإجابة على العديد من التساؤلات فيما يتعلق بموضوع التناسب في القرارات الإدارية من خلال السعي لفهم مبدأ التناسب والكشف عن عناصره وأساسه القانوني، ومن هنا سنتفرع هذه الدراسة إلى عدة تساؤلات نجيب عليها بشكل تفصيلي:

1. ما المقصود بمبدأ التناسب في القرارات الإدارية؟.
2. ما العلاقة بين التناسب وأركان القرار الإداري؟.
3. كيف ظهرت الرقابة على التناسب في القرارات الإدارية؟.
4. ما التقنيات المتبعة في فرض الرقابة على التناسب في القرارات الإدارية؟.

<sup>2</sup>مصلح، المنتهى غسان، 2022، مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية(دراسة مقارنة)، جامعة قطر، ص: 13.

### هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، ومحاولة فهمه والوقوف على علاقته بأركان القرار الإداري، مع التأكيد على أهميته كمبدأ لا بدّ للمشرع من إظهار أهميته وإعطائه الاهتمام اللازم كونه من المبادئ الهامة ذات الأثر على القرارات الإدارية.

### أهمية الدراسة:

تعد رقابة التناسب من المواضيع المستحدثة فينبغي على الإدارة عند إصدارها لقراراتها أن تكون متفقة مع القانون من جانب أول، ومتناسبة مع الحالة الواقعية من جانب ثان، وألا تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية التي منحها إياها المشرع، ومن هنا تبرز أهمية مبدأ التناسب في تحقيق التوازن بين السبب والنتيجة، أي إيجاد تناسب بين عنصر السبب (الواقعة) وعنصر المحل (النتيجة) في القرار الإداري، والمتمثل في تقدير الواقعة ومدى تبريرها في القرار الذي أصدرته الإدارة.

### منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تفسير وتحليل كل ما يتعلق بمبدأ التناسب ابتداء من مفهومه والرقابة عليه، وانتهاء بالتطبيقات القضائية في الرقابة عليه في مجال القرارات الإدارية.

### هيكلية الدراسة:

تقسم هذه الدراسة إلى مبحثين: الأول منهما يوضح ماهية مبدأ التناسب، ومفهومه، وعلاقته بأركان القرار الإداري بالإضافة إلى الرقابة على هذا المبدأ وتطورها، والثاني يبيّن أوجه الرقابة القضائية على مبدأ التناسب من خلال نظريتي الخطأ الظاهر، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

### المبحث الأول: ماهية مبدأ التناسب في القرارات الإدارية.

لا شك أن رقابة التناسب هي رقابة تنفذ إلى عمق التقدير، إذ تتطلب درجة دقيقة من التناسب بين القرار والحالة التي يطبق عليها، ما يعدم كل سلطة أو حرية للإدارة في التقدير، وذلك ما يشكّل في واقع الأمر جوهر السلطة التقديرية وحرية الملاءمة التي تتمتع بها الإدارة في هذا المجال، والتي يفترض أن يكون لها قدر من الحرية، حيث ارتأى المشرع أن يترك لها هذا القدر من الحرية، بغية المحافظة على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة<sup>3</sup>.

إنّ التناسب يعتبر فكرة أساسية من أفكار القانون الإداري، خاصة أنه يمكن تحليها إلى ثلاث عناصر، وهي القرارات الصادرة من جانب الإدارة، والحالة الواقعية التي ينصبّ عليها فحوى القرار، والغاية المستهدفة من ورائه، الأمر الذي يجعل هذه الفكرة تمتد لتشمل ميادين كثيرة ورئيسة إن لم نقل محورية في القضاء الإداري منها العقوبات التأديبية ومدى تناسبها مع المخالفة المراد إيقاعها، أيضاً قرارات الضبط الإداري، وقرارات نزع الملكية العامة<sup>4</sup>.

لذلك من خلال هذا المبحث سيتم شرح المقصود بمبدأ التناسب وعلاقته بأركان القرار الإداري، بالإضافة إلى تطور الرقابة عليه.

#### أولاً: مفهوم مبدأ التناسب:

التناسب في القانون العام أو في القانون الإداري هو صفة لعلاقة منطقية متسقة تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري أو العمل القانوني العام بحيث يتعين على مصدر القرار الإداري عدم إغفاله أو الخروج عليه نزولاً على دواعي المشروعية<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> عكاشة، حمدي ياسين، 2010، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، ص:

204.

<sup>4</sup> مصلح، المنتهى غسان، مرجع سابق، ص: 9.

<sup>5</sup> أحمد، عبد المقصود توفيق، مرجع سابق، ص: 1415.

عرّف البعض رقابة التناسب أنها امتياز بيد القاضي الإداري ابتكرها ليراقب بموجبها السلطة التقديرية للإدارة بغية الحدّ من هذه السلطة وضبطها بالقدر الممكن ضمن حدود المنطق والمعقول من أجل التوفيق بين المصالح المتناقضة والمحمية قانوناً<sup>6</sup>.

وذهب بعض من الفقه في تعريفهم للتناسب بأنّه: "التناسب بين الإجراء المتخذ مع سبب القرار الإداري، وهو تناسب في أحد جوانب القرار الإداري، وليس جميعها"<sup>7</sup>، وذهب الفقيه الفرنسي هوريو في تعريفه للتناسب بأنّ: "التناسب يعتبر موضوع حيوي وله أهميته الكبرى في القضاء الإداري، فهو يعبر عن السلطة التقديرية، والتي تكمن في سلطة الإدارة بتقدير ملاءمة الإجراءات بأن يتحقق التناسب بين الإجراء وسبب القرار الإداري"<sup>8</sup>، في حين عرّفه VEDEL على أنه: "ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا تفرض على الأفراد أعباء أو أضرار أكثر مما تطلبه المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها"<sup>9</sup>.

ومن خلال استعراض هذه التعاريف حول التناسب نلاحظ أنهم لم يستقروا على تعريف واضح وجامع للتناسب، لكنهم استقروا على أمرين الأول: جميعهم ربطوا بين محل القرار الإداري والسبب أمّا الثاني: فجميعهم اتفقوا على ضرورة وجود توازن بين عنصر السبب والمحل في القرار الإداري.

لذلك ترى الباحثة أنه يمكن اختصار تعريف لمبدأ التناسب بأنه: "تحقيق التوازن بين عنصري القرار الإداري (السبب والمحل) وفقاً لوقائع كل حالة، وذلك في سبيل خلق نوع من التوازن بين المشروعية والسلطة التقديرية للإدارة".

<sup>6</sup> جمال، حنان، 2005، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا رسالة بحثية، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، ص: 55.

<sup>7</sup> الزهيري، محمد فريد سليمان، 1989، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، ص: 27.

<sup>8</sup> الدقوقي، حلمي، 1989، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والشريعة الإسلامية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص: 711.

<sup>9</sup> أبو دان، مايا محمد نزار، 2011، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص: 10.

## ثانياً: علاقة التناسب بأركان القرار الإداري:

من المسلّم به أن القرار الإداري له أركان داخلية وخارجية وبدون شكّ إنّ مبدأ التناسب ليس من شأنه أن يرتبط بأركان القرار الخارجية، كالاختصاص والإجراءات والشكل، حيث إنّ المشرّع قد حسم تلك الأركان، وجعل الإدارة مقيدة بما ورد في نصوص القانون، وإنّما نشأ الاختلاف بين الفقه حول مدى ارتباط مبدأ التناسب بالأركان الداخلية للقرار الإداري وهي السبب، والمحل، والغاية، وهذا ما سنتطرق إليه تباعاً، وعلى النحو الآتي:

### 1\_ التناسب وركن السبب:

عرف الفقيه الفرنسي BONNARD السبب على أنه العنصر الأول للقرار، أي السابقة التي تتقدمه وتثيره، وتكون سبب وجوده<sup>10</sup>.

فالسبب ركن من أركان القرار الإداري، فهو الحالة الواقعية أو القانونية التي تتمّ بعيداً عن الإدارة، فتوحي إليها باتخاذ قراراتها<sup>11</sup>، وعيب السبب يعرّف بأنّه عدم المشروعية الذي يلحق بالقرار الإداري في سببه، بأن يكون غير موجود مادياً، أو قانونياً، أو غير متناسب مع القرار الذي استند إليه<sup>12</sup>.

طالما كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي متردداً حول تكريس حق القضاء الإداري في مراقبة مادية الوقائع، نظراً لما في ذلك من عيوب كإعادة مراقبة الوقائع التي راقبتها مسبقاً الإدارة قبل إصدارها لقرارها، وتهميش مبدأ أساسي تقوم عليه المؤسسات العامة في الدولة، وهو مبدأ الفصل بين السلطات، وهو الأمر الذي جعل القضاء الفرنسي يرفض هذا النوع من الرقابة، حتى بداية العقد الأول من القرن العشرين عندما لبث أن باشر رقابته على هذه الوقائع، واضعاً بذلك حدّاً لمطلق حرية الإدارة، لذلك نجد أن الفقيه الفرنسي

<sup>10</sup>أبو دان، مايا، مرجع سابق، ص: 10.

<sup>11</sup>الجرف، طعيمة، 1961، نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، ص: 126.

<sup>12</sup>عثمان، حسين، 2006، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ص: 13-14.



Pecteau ذهب للقول إذا كان القرن التاسع عشر هو عصر الإطلاق بالنسبة لسلطات الإدارة، فإن القرن العشرين هو عصر تقييدها<sup>13</sup>، وقد تحققت هذه الرقابة في حكم CAMINO الذي تتلخص وقائعه في أنه تمّ وقف الدكتور كامينو عمدة هنداوي بقرار من المدير، ثمّ عزل بمرسوم، وذلك من جهة أنه لم يسهر على وقار موكب جنازة كان يشارك فيه، فقد أخذ عليه أنه أدخل التابوت من ثغرة في الحائط المحيط بالمقبرة ثم أمر بحفر حفرة غير كافية ليبين احتقاره للمتوفي، ومن جهة أخرى لأنه وجه إهانات معينة ضدّ جهة إسعاف خاص، وقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي بناء على طعن المذكور الوقف والعزل لأن السبب الأول غير صحيح من الناحية المادية، والسبب الثاني يستند إلى وقائع لا تكوّن خطأ تأديبي<sup>14</sup>.

أمّا فيما يتعلق بالرقابة على التكيف القانوني للوقائع فقد سلك مجلس الدولة الفرنسي إلى بسط هذا النوع من الرقابة من خلال الحكم الشهير Gomel، والذي تدور وقائعه حول رفض الإدارة منح الترخيص بالبناء لأحدهم في ميدان Beauveau تأسيساً على أنّ هذا الميدان يعدّ أثرياً، ولا بدّ من المحافظة عليه، إلا أن المجلس ألغى ذلك القرار بعدما اتضح له أن ذلك الميدان لا يعدّ أثرياً إعمالاً لنص المادة (118) من القانون الصادر في الثالث عشر من حزيران عام 1911، والتي تعطي للمدير حق رفض التصريح في البناء في الحالات التي يؤدي فيها البناء إلى الإضرار بموقع أثري<sup>15</sup>.

ذهب جانب من الفقه للقول: إنّ رقابة القضاء على عدم التناسب في القرار الإداري هي في حقيقة الأمر رقابة على السبب، تتجسد في صورتها القصوى، والتي تتضمن تحقق القضاء من أهمية الحالة الواقعية وخطورتها، ومدى التناسب بينها وبين النتيجة<sup>16</sup>، ويمكن

<sup>13</sup> بطيخ، منى رمضان، 2014، مسؤولية الإدارة عن أوجه بطلان السبب والغاية في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 66.  
<sup>14</sup> نسيم، عطار، 2014، مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور، ص: 168.

<sup>15</sup> مصلح، المنتهى غسان، مرجع سابق، ص: 48.

<sup>16</sup> أبو دان، مايا محمد، مرجع سابق، ص: 23.

القول أن هذه الرقابة تقسم إلى ثلاث درجات وهي رقابة الوجود المادي للوقائع، ورقابة التكييف القانوني للوقائع، بالإضافة إلى رقابة تقدير أهمية السبب إلى جانب مادية الوقائع وتكييفها القانوني.

## 2- التناسب وركن الغاية:

الغاية أو الهدف من القرارات الإدارية هي الأثر البعيد والنهائي وغير المباشر الذي يستهدفه متخذ القرار الإداري، وأهداف هذا الأخير تدور حول تحقيق المصلحة العامة. وعليه فيكون القرار مشوب بعيب الغاية، أو بعيب الانحراف، أو إساءة استعمال السلطة، إذا هدفت الإدارة بإصدارها القرار تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة، أو خرجت عن مبدأ تخصيص الأهداف<sup>17</sup>.

ذهب اتجاه من الفقه للقول: أنّ التناسب مرتبط بركن الغاية، وأنّ عيب عدم التناسب هو عيب من عيوبه، وأقاموا حجتهم على أساس أنّ السبيل الوحيد للطعن في القرار المشوب بعدم تناسب ظاهر عن طريق إثبات الانحراف باعتباره أنّ الإدارة خرجت عن حدود السلطة التقديرية<sup>18</sup>.

كذلك يعدّ عدم التناسب بين السبب والجزاء المتخذ قد تكون قرينة على الانحراف بالسلطة، وأنّ القرار التأديبي الصادر من الإدارة متى كان غير متناسب بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره دليل على الانحراف بالسلطة، مما يترتب على ذلك ضرورة إلغائه لعدم المشروعية.

<sup>17</sup> الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، طبعة عام 2006، دار الفكر العربي، القاهرة، ص: 365.

<sup>18</sup> الطماوي، سليمان محمد، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الانحراف بالسلطة (دراسة مقارنة)، ص: 382.

### 3- التناسب وركن المحل:

يقصد بركن المحل الأثر القانوني الذي يترتب عليه القرار الإداري مباشرة، على أن يكون هذا الأثر مطابقاً للقانون، وعليه يكون القرار مشوباً بعيب المحل في الأحوال التالية:

- الامتناع العمدي عن تنفيذ القانون.
- الامتناع عن تنفيذ القانون نتيجة الجهل بصدوره أو الجهل بأحكامه.
- الخطأ في تفسير القانون، ويكون ذلك بإعطائه معنى غير الذي قصده المشرع<sup>19</sup>.

وقد اتجه جانب من الفقه للقول: إنَّ عيب عم التناسب مرتبط ارتباطاً وثيقاً بركن المحل، فهو يعدّ من عيوب مخالفة القانون، وقد استند هذا الجانب من الفقه في حججهم إلى أنَّ المشرع قد وضع عدد من الجزاءات وليس جزاءً واحداً، مما يجب على الإدارة أن تختار الجزاء المناسب للمخالفة المرتكبة بصدق<sup>20</sup>.

في النهاية نجد أن رأي الفقهاء قد اختلف فيما يتعلق بالعلاقة بين التناسب وأركان القرار الإداري، ولكل منهم حجته في ذلك، لذلك ومن وجهة نظر الباحثة الشخصية فإنه لا شك بأن التناسب له علاقة بأركان القرار الإداري ككل، وعليه يمكن القول بعدم التناسب في حال كان السبب غير موجود مادياً أو قانونياً وبالتالي يكون التناسب في هذه الحالة مبنياً على عنصر السبب، وكذلك الحال بالنسبة لركني المحل والغاية، فقد يكون عدم التناسب مرتبطاً بإساءة الإدارة في استعمال السلطة أي بعنصر الغاية، أو الخطأ في تفسير القانون أو الامتناع عن تنفيذه أي عنصر المحل، بالتالي لا بدّ من التوسع في رقابة التناسب

<sup>19</sup>نسيمة، عطار، مرجع سابق، ص: 167.

<sup>20</sup>عبد الفتاح، حسن، 1964، التأديب في الوظيفة العامة، القاهرة، المطبعة العالمية، ص: 283-284.

وعدم حصرها بركن معين، خاصة وأنّ القضاء الإداري قضاء إنشائي يبتدع نظريات ومبادئ قانونية، ويوجد الحلول المناسبة التي تتفق مع طبيعة العلاقات التي تنشأ بين الإدارة من جهة والأفراد من جهة أخرى، فكان لا بدّ أن يتبنى نظرية التناسب بشكل أكثر وضوحاً يمكننا من فصله عن عيوب القانون الأخرى، والاعتداد به كعيب مستقل له معايير وشروطه التي يضعها ويقرّها القضاء.

### ثالثاً: تطور الرقابة القضائية على التناسب في القرارات الإدارية:

رفض مجلس الدولة الفرنسي لفترة طويلة في قضائه التقليدي رقابة خطورة الجزاء التأديبي، ومدى تناسبه مع الخطأ المرتكب في مجال الوظيفة العامة، على أساس أن اختيار العقوبة التأديبية هو من إطلاقات السلطة التأديبية التي لا يجوز التعقيب عليها<sup>21</sup>، وقد كان من أوائل أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي مارس فيها المجلس رقابته على السلطة التقديرية للإدارة حكمه في قضية Denizet الصادر عام 1953<sup>22</sup>.

وفي عام 1978 قام مجلس الدولة الفرنسي ورأى أنه قد آن أوان التقدم في طريق تقييد السلطة التقديرية للإدارة في أهم معاقلها وهو مجال التأديب ليبسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية ودرجة جسامة أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام<sup>23</sup> وذلك من خلال حكمه الشهير في قضية ليبون Lebon ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أنّ السيد ليبون رفع دعواه أمام محكمة تولوز الإدارية طالباً بإلغاء القرار الصادر في 1974/7/10 من رئيس أكاديمية تولوز بإحالته إلى المعاش بدون طلب، وإلغاء هذا القرار ومنازاعاً ليس في ماديات الوقائع، وإنما في جسامة الجزاء، وقد استندت

<sup>21</sup> جمال الدين، سامي، 2010، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص: 259.

<sup>22</sup> أحمد، عبد المقصود توفيق، مرجع سابق، ص: 1418.

<sup>23</sup> Andre De laubadere ,Yves gaudement Traite droit administrative. Tome 01, libraire general de droit de jurisprudence, 16 edition, Paris, 1999, p.p. 584-585.

الأكاديمية في إصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعي لأفعال مخلة بالحياة مع تلميذاته في الفصل، والتي ثبتت من وقائع التحقيق معه، ورفضت المحكمة الإدارية طلب إلغاء القرار، وذلك لكفاية السبب الذي قام عليه، وطعن المدعي في هذا الحكم أمام مجلس الدولة، هذا الأخير وضّح في حكمه أن الوقائع التي ارتكبتها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية لتبريره، وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوباً بغلط بيّن، وقد كانت هذه الوقائع كافية لرفض محكمة تولوز الإدارية إلغاء قرار الفصل<sup>24</sup>.

وهذا النصر الذي حققه مجلس الدولة في الحكم السابق تأيّد بحكم لاحق أصدره المجلس في قضية Vinolay في حكمه الصادر في 1978/7/26، وهذا الحكم يعتبر أول تطبيق إيجابي لحكم ليبون، وألغى به مجلس الدولة لأول مرة الجزاء التأديبي الموقع على مدير للخدمات بغرفة الزراعة، وذلك لعدم تناسبه والمخالفة المرتكبة<sup>25</sup>.

وهكذا تعددت تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، لتؤكد المبدأ الذي أرساه حكم ليبون في إقرار حق المجلس في رقابته على التناسب بين الخطأ والجزاء في المجال التأديبي، وهنا ترى الباحثة أن فكرة التوازن بين الخطأ والجزاء نقطة في غاية الأهمية كان لا بدّ من إقرار حق المجلس في الرقابة عليها، وأن هذا التطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد كرس بشكل فعلي فكرة الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء بحيث يمكن اعتبارها نقلة نوعية في موضوع الرقابة.

ونشير في هذا الصدد أيضاً إلى موقف مجلس الدولة المصري فقد مر وهو بصدد إقراره الرقابة على التناسب بمرحلتين الأولى منها والتي أنكر فيها المجلس على نفسه حق رقابة التناسب ما بين الجزاء والمخالفة، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن

<sup>24</sup> حاحة، عبد العالي، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، جامعة محمد خيضر بسكرة، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص: 139.

<sup>25</sup> Voir: Jacqueline Morand-Devil, Cours de droit administrative, Montchretien, 6 edition, Paris.1999, pp:283-284.

للسلطة التأديبية حرية تقدير ما يناسب المخالفة من جزاء تأديبي في حدود النصاب القانوني، أما المرحلة الثانية فقد عدلت فيها المحكمة الإدارية العليا عن قضائها السابق مسبغة رقابتها على تناسب المخالفة مع الجزاء، وتأييد ذلك بحكمها الذي قررت فيه أن: ( ومن حيث أنه في مجال التناسب بين المخالفة التأديبية والجزاء الذي يوقع عنها فقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه لئن كان للسلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقّب عليها في ذلك إلا أن مناط هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي رمى إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال لسلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوباً بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة)<sup>26</sup>.

وهكذا نجد أن مجلس الدولة المصري سار على نهج نظيره الفرنسي وأعطى لنفسه الحق في الرقابة على التناسب بين المخالفة والجزاء، وهنا ترى الباحثة أنه حسناً فعل ذلك حيث أنه كان من اللازم إسباغ الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء وعدم ترك ذلك للسلطة التأديبية.

<sup>26</sup> أحمد، عبد المقصود توفيق، مرجع سابق، ص: 1419.

## المبحث الثاني: أوجه الرقابة القضائية على التناسب في القرارات الإدارية

كان القضاء الإداري يمارس رقابته في حقبة القرن التاسع عشر والقرن العشرين من خلال فحص مشروعية القرارات الإدارية، ومن ثمّ أصبح يمارس رقابة التكيف القانوني للوقائع بغية تحديد فيما إذا كانت تتوافق من رغبة المشرّع وإرادته، ولمّا كان القاضي الإداري يمارس رقابته على التناسب في القرار الإداري من خلال جملة من التقنيات نركز في هذه الدراسة على أبرزها وهي:

### أولاً: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تعدّ هذه النظرية نتاج محاولات مجلس الدولة الفرنسي المستمرة لوضع سقف للسلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، وفي سبيل توضيحنا لهذه النظرية لا بدّ من بيان مفهومها في البداية، ومن ثمّ الحديث عن معيارها وتطبيقاتها القضائية وذلك كالتالي:

### 1- مفهوم نظرية الخطأ الظاهر:

عرّف الفقه عيب الخطأ الظاهر بأنه: "العيب الذي يشوب تكيف الإدارة، وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري، ويبدو بيئاً وجسماً على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، ويكون سبباً لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب."<sup>27</sup>

كما ذهب مفوض الدولة Baudouin في تقريره في قضية Sieus uye إلى القول بأنه لا ينبغي البحث عن معيار الخطأ الظاهر في مدى هذا الخطأ، أو خطورته، بل ولا حتى في كونه حدثاً بارزاً، وإنما أن يجري البحث عن هذا المعيار في إطار درجة عدم الانضباط وعدم الكفاية بالنسبة للعوامل الأخرى التي كانت تحت نظر الإدارة عند إجراء تقديرها<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> نسيمية، عطار، مرجع سابق، ص: 171.  
<sup>28</sup> أحمد، عبد المقصود توفيق، مرجع سابق، ص: 1425.

أما القضاء الإداري وعلى رأسه القضاء الفرنسي فقد عرّف الخطأ الظاهر بأنه: "الخطأ الواضح والجسيم في التقدير القانوني للوقائع، ويخضع لرقابة القاضي خصوصاً عندما تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في الحالات، التي تكون متمتعة فيها بمثل هذه السلطة، فقد تمّ على سبيل المثال وبسبب خطأ ظاهر في التقدير، إبطال تعيين قائد في البحرية التجارية في جهاز التفتيش العام، المشرف على المكتبات الوطنية، لأن هذا القائد الجديد لا يحمل المؤهلات المطلوبة للقيام بمهامه الجديدة على أكمل وجه"<sup>29</sup>.

بعد استعراض العديد من التعاريف تجد الباحثة أن مفهوم الخطأ الظاهر يتمحور حول فكرة الوضوح والجسامة في التقدير أو بمعنى آخر تجاوز الحدود المعقولة في تقدير الوقائع.

## 2\_ معيار نظرية الخطأ الظاهر:

### • المعيار اللغوي:

نظراً لاستقرار كلمة ظاهر في هذه النظرية التي يوصف بها الخطأ في التقدير، والذي يمارس القاضي الإداري رقابته عليه، هذا يعني أن هذا الخطأ قد وصل إلى درجة من الوضوح بشكل كاف لاستجلائه، بحيث تكفي لإقناع القاضي بوجود هذا الخطأ وتزيل الشك لديه، وبشترط بدرجة الوضوح تلك كونها بديهية أو جسيمة، فمتى تحقق في خطأ ما أحد تلك الأوصاف يكون القرار الإداري قد شابه عيب الخطأ الظاهر في التقدير، مما يستتبع إلغاءه من قبل القاضي الإداري<sup>30</sup>.

<sup>29</sup>أبو دان، مايا، مرجع سابق، ص: 70.

<sup>30</sup>بطيخ، منى رمضان، 1994، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة للنشر، ص: 223.



• المعيار الموضوعي:

لم يكن المعيار اللغوي محل إجماع من قبل رجال القانون، وأن هناك حالات باشر مجلس الدولة فيها رقابته على تقدير الإدارة من خلال هذه النظرية دون أن يكون فيها خطأ بين، ذلك أن ما يراقبه المجلس تحت اسم الخطأ البين هو في حقيقة الأمر التقدير الموضوعي المشوب بالخطأ مما يعني أن التلازم بين وصف الخطأ بالوضوح أو الظهور أو بين وصفه بالجسامة، والخطأ الظاهر في التقدير ليس ضرورياً في جميع الأحوال حيث يلجأ مجلس الدولة في كثير من الأحيان إلى إجراء دراسة وفحص لكافة عناصر الموضوع المطروح أساسه ولا يعتمد على مجرد الوقوف على سمة الوضوح أو الجسامة لاكتشاف هذا الخطأ<sup>31</sup>.

وهنا ترى الباحثة أنه لا بد من التوفيق بين المعيار الموضوعي والشخصي، حيث أنه يستحيل الوصول إلى معيار جامد، فالخطأ يشترط فيه أن يكون جسيماً، أي لا تتناسب الإدارة على الخطأ البسيط أو العادي، وكما يشترط في الخطأ أن يكون واضحاً يسهل على القاضي الوقوف عليه واستجلاته من عمل الإدارة، دون الحاجة لبذل جهد.

### 3\_ مجالات تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير:

شقت هذه النظرية طريقها في العديد من المجالات أهمها ما يلي:

▪ في مجال الوظيفة العامة:

أصدر مجلس الدولة الفرنسي عام 1961 في مجال تعادل الوظائف حكم Lagrange، أي أشار إلى مضمون النظرية بشكل صريح ليتجاوز مجرد التلميح إليها، معتبراً على الرغم من إقرار هذا القضاء أن الإدارة تملك إعادة تنظيم الجهاز الإداري، باعتبار أنها الأقدر على إجراء ذلك بما لها من خبرة ودراية في هذا الشأن، رغم ذلك فإن المجلس قد

<sup>31</sup> Bauduin concl sous: affaire uye C.E.b novemper 1970 R. D 1971.p.517.

انتهى في هذا الحكم إلى القول بأن الإدارة، وإن كانت حرة في تقدير قيام التعادل بين الوظائف أو عدم قيامه، إلا أن هذا التقدير يجب ألا يكون مبنياً على عدم تعادل بين أو واضح<sup>32</sup>، وكذلك مجلس الدولة المصري فقد تبني مضمون الخطأ الظاهر في معظم تطبيقاته القضائية، وتوصل إلى ذات النتائج التي توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي، لا بل وقد سبق مجلس الدولة المصري نظيره الفرنسي في تبني هذه النظرية، حيث نجد مضمونها في أحكام القضاء المصري منذ عام 1951<sup>33</sup>، وكمثال على ذلك فقد ذهبت المحكمة في حكم لها عام 1953 إلى القول بأن: "إذا كان من الثابت أن قرار الفصل المتخذ بحق العمدة من لجنة الشيوخ كان قد اتخذ بحقه لمجرد مشاجرة بين العمدة وبين معاون الشرطة، فإنه بذلك يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، لعدم الملائمة الظاهرة فيه بين الخطأ والجزاء الواقع عليه"<sup>34</sup>، وبعدها توالت أحكام القضاء الإداري والتي تبني فيها المجلس نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

#### ▪ في مجال الحريات العامة:

تم تطبيق هذه النظرية على منازعات كثيرة في هذا المجال منها القضايا المتعلقة بالأراضي الزراعية مثل قضية Gesbert حيث استولت الإدارة على قطعة أرض مملوكة للسيد Gesbert في مقابل إعطائه قطعة أخرى، إلا أنه رأى أنها تقل جودة قطع في قرار الاستيلاء، وألغت المحكمة هذا القرار، كما أيد ذلك مجلس الدولة ببحته في مدى تعادل القطعتين محل النزاع<sup>35</sup>.

<sup>32</sup>نسيمة، عطار، مرجع سابق، ص: 174.

<sup>33</sup>بوزيان، نور الدين، 2016-2017، رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجيلالي الياصب -سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص: 160.

<sup>34</sup>الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصر في القضية رقم 1150 لسنة 7 المنظورة بجلسة 1953/11/29 والمشار إليها في: خليفي، محمد، 2015، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة- دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص: 272.

<sup>35</sup>أبو دان، مايا، مرجع سابق، ص: 151.

كما استقرت أحكام القضاء الإداري بمصر على تأكيد ضرورة إخضاع تناسب القرارات التي تصدر من الإدارة في مجال الضبط الإداري إلى رقابة مجلس الدولة المصري، واستناداً إلى ذلك فقد ألغت المحكمة الإدارية العليا المصرية قراراً صدر بمنع منح ترخيص بناء كنيسة لقربها من إحدى دور السينما، وبررت المحكمة قضائها أن المسافة التي تبعد بين دور السينما والموقع المقترح لبناء كنيسة كافية لضمان عدم حدوث احتكاك يهدد الأمن العام<sup>36</sup>.

وهكذا ترى الباحثة أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير كان لها دور وقيمة جوهرية، لا يمكن إنكارها، حيث أضفت هذه الرقابة مفهوماً جديداً يعبر عن الحد الذي تقف عنده الإدارة عند مباشرتها لسلطتها التقديرية، إذ تكون حرة في التقدير دون أن تخطئ خطأ ظاهراً في هذا التقدير، ومن هنا يستمد عيب الخطأ الظاهر أهمية وجوده.

### ثانياً: نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

يرجع الفضل في نشأة هذه النظرية وتطورها لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، وذلك بحكمه الشهير في قضية المدينة الشرقية الجديدة عام 1971، هذا الحكم الذي أثار الكثير من الجدل والخلاف الفقهي، فضلاً عن كونه نقطة تحول هامة في تاريخ الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، وقد ظهرت هذه النظرية أو لما ظهرت في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، لذلك سيتم الحديث عن هذه النظرية من خلال شرح مفهومها ومعياريها بالإضافة إلى مجالات تطبيقها.

<sup>36</sup>الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصري في الطعن رقم 250 لسنة 1ق المنظر جلسة 24 فبراير 1948، <https://www.eastlaws.com> تمت الزيارة بتاريخ 2023/10/26، الساعة 10:00 مساءً.

## 1- مفهوم نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

عرّف بعض الفقه نظرية المنافع والأضرار بأنها: "مقارنة أو موازنة بين النتائج الإيجابية لتدبير إداري معين مع السلبيات التي يخلقها، وبالتالي لا يكون هذا التدبير شرعياً إلا إذا رجحت إيجابيته على سلبه أي إذا كان رصيده إيجابياً"<sup>37</sup>.

إنّ مجلس الدولة الفرنسي يقوم بتطبيق مبدأ التناسب بالموازنة بين المنافع الناتجة عن المشروع المقترح من قبل الإدارة من جانب، ومن جانب آخر المساوئ التي قد تترتب عليه في كافة المجالات المالية والاجتماعية وغيرها من جراء نزع الملكية الخاصة، فإذا رجحت كفة المزايا فلا مجال لإلغاء القرار الصادر بنزع الملكية، بينما من ناحية أخرى يتم إلغاء القرار الإداري الصادر بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة متى رجح القضاء كفة المساوئ والعيوب حتى وإن كانت محتملة<sup>38</sup>.

ويمكن القول بأن الفقه والقضاء الفرنسي قد اتفق على أن مفهوم هذه النظرية يمكن صياغتها على النحو التالي: (أنه لا يمكن اعتبار عملية ما محققة للنفع العام المبرر لنزع الملكية إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق بالأموال الخاصة من وراءها وتكلفتها ومضارها الاجتماعية المحتملة لا تفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تتجمّع عنها)<sup>39</sup>.

ومن وجهة نظر الباحثة فإن ما توصل إليه الفقه والقضاء حول مفهوم النظرية يعتبر كافي للإحاطة بكافة جوانبها.

## 2- معيار نظرية المنافع والأضرار

يقصد بمعيار الموازنة بين المنافع والأضرار الميزان الذي يلجأ إليه القاضي الإداري ليتمكن من إجراء عملياته التزجحية من تقدير منافع ومضار من جراء تصرف الإدارة،

<sup>37</sup> فرحات، فوزت، 2004، القانون الإداري العام، الكتاب الأول، التنظيم الإداري والنشاط الإداري، ص:

174.

<sup>38</sup> بطيخ، منى رمضان، مرجع سابق، ص: 322.

<sup>39</sup> أحمد، عبد المقصود توفيق، مرجع سابق، ص: 1427.

و يدخل في معيار الموازنة جملة من المعايير التي من شأنها أن تؤثر على عملية الموازنة، نتناول هذه المعايير تباعاً على النحو التالي:

• المعيار الاقتصادي:

إذ من المفترض أن تتعلق المنفعة الاقتصادية بتحقيق تنمية في مختلف القطاعات، عبر توفير الرفاهية لمواطنيها، وتحسين ظروفهم المعيشية، لذلك تم الأخذ بعين الاعتبار بالمنفعة الاقتصادية، والاعتداد بها بصفة المنفعة العامة<sup>40</sup>.

وبالفعل ترى الباحثة أن المنفعة الاقتصادية والتنمية المترتبة على تصرف الإدارة تعتبر نقطة هامة من خلالها يمكن الوقوف على مدى ما يحققه القرار الإداري من نتائج إيجابية أو سلبية.

• المعيار المالي:

يجب على القاضي أن يأخذ في الحسبان التكاليف المالية التي ستحملها الإدارة أو الجهة المنفذة للمشروع، وذلك عند أجرائه لعملية الموازنة، والبحث فيما إذا كانت الإدارة بالفعل قادرة على تحمّل تلك التكاليف من عدمه، وفي سبيل التوضيح نضرب المثال الآتي: قد يكون هناك مشروع ما صالح للتنفيذ على مستوى إقليم كبير، وبالتالي تستطيع الجهة المعدّة لهذا المشروع أن تتحمل التكاليف المالية دون أن يلحقها أي إرهاب مالي؛ وفي ذات الوقت قد يكون المشروع ذاته غير صالح للتنفيذ في قرية صغيرة مواردها محدودة، إذ إنّ مثل هذا المشروع قد يلحقها بأعباء مالية تفوق قدرتها<sup>41</sup>.

من النقاط الأساسية التي لا بدّ من دراستها عند أداء أي مشروع أو قرار هو التكاليف المالية التي قد تترتب على هذا المشروع، وبالتالي لا بدّ من الأخذ بعين الاعتبار هذه الناحية عند تقييم أي قرار تتخذه الإدارة، وهذا من وجهة نظر الباحثة أيضاً حيث أن

<sup>40</sup> مصلح، المنتهى غسان، مرجع سابق، ص: 107.

<sup>41</sup> خليفي، محمد، 2015، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص: 305.

التكاليف المالية التي تتحملها الإدارة تعتبر الأساس الذي يمكن من خلاله أن يتضح ما إذا كان قرار الإدارة ناجح أم غير ناجح.

• معيار حق الملكية الخاصة:

يقارن القاضي الإداري طبقاً لهذا المعيار بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الأفراد، أي المنفعة الخاصة، وبين الفوائد التي قد تترتب على المشروع المراد إنجازه، والمنفعة الخاصة هي منفعة أحد الأفراد، كمنفعة المالك المستمدة من استعمال ملكه أو استغلاله أو التصرف فيه، أو منفعة عدد معين من الأفراد، أو فئة، أو جماعة بعينها كمنفعة أو جمعية وهي تقابل المنفعة العامة التي تتشكل من منفعة الجميع أو الأغلبية<sup>42</sup>.

• المعيار الاجتماعي:

يقوم هذا المعيار على أساس مراعاة النتائج التي تسفر عن قرار نزع الملكية للمنفعة العامة من الجانب الاجتماعي والبيئي؛ فالقاضي من خلال هذا المعيار يؤسس قضاءه بعد إجراء موازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن الاستمرار بقرار نزع الملكية والاعتداد بمشروعيتها، وبالتالي من المستحيل إيجاد أحكام تسلك مسلكاً واحداً، بل تتفاوت وفقاً للظروف والملابسات والوقت والإمكانات المادية والتكاليف الاجتماعية<sup>43</sup>.

وهكذا نجد أن عملية الموازنة بين المنافع والأضرار التي تترتب على أي قرار أو مشروع تتخذها الإدارة لا بدّ من مراعاة جميع هذه المعايير التي تؤثر على إمكانية إلغاء أو إبقاء القرار أو المشروع.

ترى الباحثة أن خلال عملية الموازنة لا بد من مراعاة كافة المعايير، حيث ترى أن هذه العناصر كلها متكاملة للوصول إلى الموازنة المطلوبة، وأنه لا يمكن الاعتماد على معيار دون الآخر، فذلك بالتأكيد سيوصل إلى نقص في تقدير الموازنة بين المنافع والأضرار، وبالتالي لا بدّ من الاعتماد عليها كلها في تقدير هذا التوازن.

<sup>42</sup> نسيم، عطار، مرجع سابق، ص: 173.

<sup>43</sup> مصلح، المنتهى غسان، مرجع سابق، ص: 108.

### 3- مجالات تطبيق نظرية المنافع والأضرار

أشرنا مسبقاً إلى أن هذه النظرية ولدت في ظل نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وظهرت العديد من الأحكام القضائية سواء الفرنسية أو المصرية التي تأخذ بنظرية المنافع والأضرار، نذكر منها الحكم الصادر عن القضاء المصري عام 1991 بموجب قضية "عزية خير الله" الذي تبنى فيه القضاء المصري هذه النظرية، وكذلك في عام 1987 فقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر قضاءها بمشروعية القرار القاضي بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وإنشاء مقر لإقامة "قوات أمنية المنيا" بعد تعيين لجنة من الخبراء لمعاينة الموقع الذي صدر من الإدارة قرار به، مستندة أن الإدارة وازنت بين الاعتبارات المختلفة عند اختيارها للموقع موضوع النزاع، فوجدت بأنه أكثر تحقيقاً للنفع العام، والملحق تأييده من قبل لجنة خبراء وزارة العدل<sup>44</sup>.

وقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على القرارات الإدارية المتصلة بالحريات العامة ليحدد مدى الملائمة والتناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار، وأول المبادئ الأساسية في هذا الصدد أرساها مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الشهير بنجامين Benjamin<sup>45</sup>.

بالإضافة إلى ذلك فقد تمّ تطبيق هذه النظرية من قبل مجلس الدولة الفرنسي في قرارات تسريح الموظفين من وظائف خاصة، فطلب التسريح يكون مبني على ارتكاب خطأ ما، فيجب عندئذ البحث في الأفعال المنسوبة إلى الموظف، للتأكد من أنها من الشدة بما يبرّر التسريح، وعند رفض طلب التصريح بإجراء التسريح، تراعي الإدارة المختصة ألا يكون هناك أضرار مجحفة بالمنافع القائمة، فمجلس الدولة يوازن بين المنفعة العامة

<sup>44</sup>الموافي، أحمد، 1992، المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ص: 48-49.

<sup>45</sup> M. long, et Autres, Les grands arrest de la jurisprudence administrative. Dalloz, 12 edition, Paris, 1999, p.298 et suivantes.

المتحققة من رفض طلب التصريح بتسريح العمال مع المنافع محل الاعتبار، بحيث لا يحكم بشرعية قرار الرفض، إذا كانت الأضرار المترتبة عليه جسيمة بالنسبة إلى المنفعة العامة<sup>46</sup>.

وهكذا يمكن القول بأن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار تعتبر تقنية قضائية ابتدعها القاضي الإداري، ليمارس من خلالها رقابة التناسب على القرارات التي تصدر من الإدارة بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

وترى الباحثة أن كل من نظرية الخطأ الظاهر، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار لها أهمية بالغة في مجال ممارسة القاضي الإداري لرقابة التناسب على القرارات الإدارية، ويظهر ذلك من خلال التطبيقات العديدة التي ذكرنا جزءاً منها في كل من القضاء الفرنسي والمصري، كما أنه لا بدّ من إعطاء الاهتمام البالغ لمبدأ التناسب في قرارات الإدارة، للتحقق من كون الإدارة تراعي التوازن بين السبب والنتيجة، وخاصة فيما يتعلق بحقوق وحريات الأفراد.

### الخاتمة:

يظهر من خلال هذه الدراسة أهمية مبدأ التناسب باعتباره من التقنيات أو الوسائل التي يملكها القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الإدارة، حيث أنه أمام تزايد أعمال الإدارة، وبالأخص من خلال ممارستها لسلطتها التقديرية، وجد القاضي نفسه عاجزاً على رقابة هذه الأعمال بالوسائل التقليدية أو العادية، مما دفعه وخاصة القاضي الإداري الفرنسي إلى ابتكار وسائل حديثة تتجلى برقابة التناسب، تضي رقابة فعالة على كل قرارات الإدارة بما في ذلك المتخذة في ظل سلطتها التقديرية، وتجلى ذلك كما ذكرنا بنظرية الخطأ الفادح، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، والتي جاءت لتفعيل رقابة القاضي الإداري، وبالتالي فإن تقدير تناسب العقوبة مع المخالفة الإدارية لم يعدّ حرّاً إلا بشرط

<sup>46</sup> مجلس الدولة الفرنسي 2-7-1976، مشار إليه مايا أبو دان، مرجع سابق، ص: 149.



ضميني وهو ألا يكون مشوباً بعدم تناسب ظاهر، ولم يعد الأمر يقتصر على هذا فقط، بل أصبحت مخالفة هذه النظرية تشكل مخالفة مباشرة للقواعد القانونية.

### النتائج:

1. تقوم الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة بالعديد من الأعمال والقرارات، وذلك من خلال الامتيازات التي تتمتع بها، لكن ذلك قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بحقوق الأفراد وحررياتهم، وهذا ما دفع القضاء إلى بسط رقابته عليها، وذلك حفاظاً على هذه الحقوق والحرريات.
2. توسيع رقابة القضاء على التناسب، حيث يجب على القضاء الإداري أن يتصدى لأعمال الإدارة المخالفة لمبدأ المشروعية، وذلك في سبيل حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وهذا ما جعل من الرقابة على التناسب ضرورة حتمية.
3. ينصرف مفهوم التناسب في القرار الإداري إلى وجود توافق بين أهمية الوقائع (سبب القرار)، والإجراء المتخذ (محل القرار)، فالتناسب هو التوافق بين سبب القرار ومحلّه.
4. تعدد الأحكام القضائية وعدم استقرارها فيما يتعلق بوضع تكييف قانوني للتناسب كان سبباً في اختلاف الفقه حول علاقة التناسب بأركان القرار الإداري.
5. اتسعت رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة لتشمل كل القرارات الإدارية في ظل السلطة التقديرية بعد أن كانت مقتصرة على القرارات التأديبية وقرارات الضبط الإداري.
6. يمارس القضاء الإداري رقابته على التناسب من خلال جملة من التقنيات تتمثل أبرزها بتقنية الخطأ الظاهر، وتقنية الموازنة بين المنافع والأضرار.
7. تجد نظرية الخطأ الظاهر مجالها في القرارات التأديبية بشكل رئيسي، في حين أن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار مجالها الحريات العامة، وخاصة فيما يتعلق بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.

## التوصيات:

توصلت الباحثة من خلال هذه الدراسة إلى جملة من التوصيات وهي:

1. يجب على مختلف الإدارات العامة في الدولة مراعاة الضوابط والمعايير التي استقر عليها القضاء، وجعل مبدأ التناسب كعنصر جوهري في قراراتها حتى تكون هذه القرارات غير مشوبة بالبطلان.
2. إلزام الإدارة بتسيب قراراتها، بحيث يتمكن القضاء من بسط رقابته عليها، إذ يمثل التسيب ضماناً مهمة للأفراد، لأنها تسمح لهم وللقضاء بمراقبة مشروعية القرار.
3. يجب على السلطات الإدارية عند إصدارها لقراراتها وخاصة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة أن تأخذ بعين الاعتبار الآثار الجانبية الناتجة عن تنفيذ تلك القرارات والتي من شأنها أن تطلال الغير، وذلك من خلال إجراء عملية موازنة بين المصالح العامة المراد تحقيقها والمصالح الخاصة المتضررة من جراء اتخاذ ذلك القرار.
4. يجب على السلطات التأديبية أن تستخدم ما تتمتع به من سلطة تقديرية بمنطق ومعقولة.
5. يجب على القضاء تفعيل التقنيات الحديثة في مجال التناسب كنظرية الخطأ الظاهر، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار بشكل أوسع لتشمل كافة القرارات الصادرة عن الإدارة ليضع حداً لسلطتها التقديرية.
6. ضرورة أن يقتصر دور القاضي الإداري على إلغاء القرار التأديبي المخالف لمبدأ التناسب وإرجاع الأمر إلى السلطة التأديبية المختصة لإعادة التقدير مرة أخرى.

المصادر والمراجع:

المراجع باللغة العربية:

أ\_ الكتب العامة:

1. أبو دان، مايا محمد نزار، 2011، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط: 1.
2. الدقوقي، حلمي، 1989، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعضاء الضبط الإداري دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
3. الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط: 2006.
4. الطماوي، سليمان محمد، نظرية التعسف، في استعمال السلطة، الانحراف بالسلطة (دراسة مقارنة).
5. بطيخ، منى رمضان، 2014، مسؤولية الإدارة عن أوجه بطلان السبب والغاية في القرار الإداري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ط: 1.
6. بطيخ، منى رمضان، 1994، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة للنشر.
7. جمال الدين، سامي، 2010، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة العربية، الإسكندرية.
8. عبد الفتاح، حسن، 1964، التأديب في الوظيفة العامة، المطبعة العالمية، القاهرة.

9. عثمان، حسين، 2006، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط: 1.
10. عكاشة، حمدي ياسين، 2010، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، ج: 2.
11. فرحات، فوزت، 2004، القانون الإداري العام، التنظيم الإداري والنشاط الإداري، الكتاب الأول.
12. مصلح، المنتهى غسان، 2022، مبدأ التناسب ورقابة القضاء عليه في القرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، جامعة قطر.

#### ب\_ الأبحاث والمقالات:

1. أحمد، عبد المقصود توفيق، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري (دراسة تطبيقية مقارنة) في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية).
2. الجرف، طعيمة، 1961، نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، العدد: 1.
3. حاحة، عبد العالي، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، جامعة محمد خيضر بسكرة، بحث منشور في مجلة المنتدى العربي، العدد: 5.
4. نسيمية، عطار، 2014، مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور.

ج\_ الرسائل:

1. الزهيري، محمد فريد سليمان، 1989، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه.
2. الموافي، أحمد، 1992، المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة (نظرية الموازنة) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه.
3. بو زيان، نور الدين، 2016-2017، رقابة القاضي الإداري للخطأ الظاهر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجبيلي اليباس سيدي بلعباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
4. جمال، حنان، 2005، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري دراسة مقارنة بين لبنان وفرنسا، رسالة بحثية، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان.
5. خليفي، محمد، 2015، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
6. عبد العال، ثروت، 1999، الرقابة القضائية على ملاتمة القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، أسيوط.

المراجع باللغة الأجنبية:

1. Andre De laubadere, Yves gaudement traite droit administrative. Tome 01, libraire general de droit de jurisprudence,16 edition,Paris,1999.
2. M. long, et autres, les grands arrest de la jurisprudence administrative. Dalloz,12 edition,Paris,1999.
3. Baudauin concl sous: affair uye C.E.b novemper 1970 R. D 1971.
4. Voir: Jacqueline Morand-Devil, Cours de droit administrative, Montchretien,6 edition, Paris.1999.

## التزام الإدارة بموافقة قراراتها للظروف الجديدة

د. طارق محمد علي النحاس

عضو هيئة تدريسية في كلية الحقوق جامعة البعث

### الملخص

الأصل أن مشروعية القرارات الإدارية تقدر وفقاً لوقت توقيعها دون أي اعتبار لما قد يجد من ظروف بعد هذا التاريخ، إلا أنه قد تتغير الظروف القانونية والواقعية التي كانت سائدة وقت صدور القرار فهل يؤثر ذلك على مشروعية القرار؟ وقد ألقى المشرع الفرنسي على عاتق الإدارة التزاماً بأن تكيف اللوائح مع الظروف الجديدة وهو ما يسمى بمبدأ موافقة اللوائح للظروف، كما ألقى المشرع على عاتق الإدارة التزاماً بسحب القرارات غير اللاتحوية والغير منشئة للحقوق والصادرة استناداً للائحة ثبتت عدم مشروعيتها بحكم قضائي إذا طلب ذلك صاحب الشأن وهو ما يسمى بالدفع غير القضائي.

## مقدمة:

الأصل أن مشروعية القرارات الإدارية تقدر وفقاً لوقت توقيعها دون أي اعتبار لما قد يجد من ظروف بعد هذا التاريخ، إلا أن الإدارة لا تكون بمعزل عن هذه الظروف حيث قد تتغير الظروف القانونية والواقعية التي كانت سائدة وقت صدور القرار نتيجة تطور وتنوع متطلبات الحياة فهل يؤثر ذلك على مشروعية القرار؟

## أولاً - طرح الإشكالية:

سنحاول في هذا البحث الإجابة عن التساؤلات التالية:

1- ما هو تأثير تغيير الظروف القانونية والواقعية التي كانت سائدة وقت صدور القرار على مشروعية القرار؟

2- هل القى المشرع على عاتق الإدارة التزاماً بأن تكييف قراراتها مع الظروف الجديدة؟

3- ما المقصود بمبدأ موافقة اللوائح للظروف؟

4- ما هو المقصود بالدفع غير القضائي؟

## ثانياً - أهداف البحث:

يهدف البحث إلى التعرف على أثر تغيير الظروف على مشروعية القرارات الإدارية وهل أوجب المشرع على الإدارة إن تواكب قراراتها لمبدأ المشروعية وما يطرأ عليه من تغيرات قد تؤثر في مشروعية هذه القرارات.



## ثالثاً - أهمية البحث:

ترتبط معظم نقاط البحث بمشاكل كثيراً ما تثار في الواقع العملي، حيث موضوع البحث من المواضيع الفقهية التي أثارت الكثير من المناقشات الرامية الى التوصل إلى وجود التزام عام على عاتق الإدارة بأن تكيف قراراتها مع الظروف الجديدة.

## رابعاً - منهج البحث:

أتبع الباحث المنهج المقارن حيث سيتم طرح البحث ضمن إطار النظام القانوني السائد في فرنسا ومصر وسورية، كما سيتبع الباحث المنهج الاستقرائي الاستنباطي.

## خامساً - خطة البحث:

تم تقسيم البحث وفق المنهج التقليدي اللاتيني إلى مطلبين حيث سنتحدث في المطلب الأول عن توقيت استجلاء شرعية القرار الإداري وأثر تغيير الظروف على الطعن فيها، وفي المطلب الثاني سنتحدث عن التزام الإدارة بموافقة قراراتها لمبدأ الشرعية.

## المطلب الأول- توقيت استجلاء مشروعية القرار الإداري وأثر تغيير الظروف عليه:

يعني مبدأ المشروعية<sup>1</sup> أن أي تصرف صادر عن السلطة التنفيذية يجب أن يكون مستنداً إلى قاعدة عامة موجودة مسبقاً وسابقة على صدوره<sup>2</sup> حيث تقدر مشروعية القرارات الإدارية وقت توقيعها دون أي اعتبار لما قد يجد من ظروف بعد هذا التاريخ، إلا أنه

<sup>1</sup> لم يتفق الفقهاء على اعتبار مبدأ المشروعية مرادفاً لمبدأ الشرعية فهناك فارق حيث مبدأ المشروعية يتعلق بالسلطة التنفيذية وخضوعها للقانون أما مبدأ الشرعية يعني خضوع جميع سلطات الدولة لأحكام القانون وهو أوسع من مبدأ المشروعية الذي يعد جزء من مبدأ الشرعية ونرى أن التعبير عن خضوع الإدارة للقانون يطلق عليه مبدأ المشروعية وهو الأكثر شيوعاً في كتابات الفقهاء وأحكام القضاء للتوسع راجع: د. بسري العصار- قانون القضاء الإداري- دار النهضة العربية - 2011 - ص21-22

<sup>2</sup> د. رأفت فوده - أصول وفلسفة قضاء الإلغاء- دار النهضة العربية - 2011 - ص33

نتيجة تطور وتنوع متطلبات الحياة قد تتغير الظروف القانونية والواقعية التي كانت سائدة وقت صدور القرار فيكون لهذا التغيير تأثير على مشروعية القرار.<sup>3</sup>

سنقسم هذا المطلب إلى فرعيين نتحدث في الفرع الأول عن توقيت استجلاء مشروعية القرار الإداري وفي الفرع الثاني نتحدث عن أثر تغيير الظروف على مشروعية القرار الإداري

### الفرع الأول-توقيت استجلاء مشروعية القرار الإداري:

إن مشروعية القرارات الإدارية تقدر - كأصل عام - وفقاً لوقت توقيعها ولا تتأثر نتيجة لذلك بما يجد بعد إصدارها من ظروف، وقد بات هذا المبدأ من المبادئ العامة، إلا أن المتتبع لأحكام القضاء يلاحظ أنه عند إعماله للمبدأ السابق فرق بين القرارات الفردية واللائحية.<sup>4</sup>

### أولاً - توقيت استجلاء مشروعية القرارات الفردية:

القاعدة أن مشروعية القرار الفردي أنما تقدر في ضوء الظروف والأوضاع القائمة وقت صدورها دون النظر إلى الظروف اللاحقة.

<sup>3</sup> ولا بد من الإشارة إلى أن القضاء والفقهاء أخذ بفكرة تغيير الظروف في نطاق العقد الإداري ورتب على ذلك تأثير على العقد فقد يترتب عليها تعديل العقد أو فسخه وظهرت عدة نظريات تحكم هذا التأثير كنظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير والصعوبات المادية الغير متوقعة.

4 د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغيير الظروف في القرار الإداري والظعن فيه- دار أبو المجد للطباعة - 2011-

ص35 ومابعداها: د. حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - ط2 - بلا دار نشر -

2008-ص78 ومابعداها.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا السورية بأن ((... الانعدام لا يكون إلا لعيب جسيم يلحق بالقرار الإداري فيفقد وجوده القانوني ويجب أن يكون هذا العيب ذاتياً أو موجوداً في القرار منذ صدوره لا أن ينشأ عن حالة مستجدة بعده كتعديل المخطط التنظيمي كما هو الأمر في هذه القضية))<sup>5</sup>، ففي هذا الحكم قررت المحكمة الإدارية العليا السورية أن تقدير مشروعية القرار يكون بتاريخ صدوره إلا أنها أغفلت أثر تغير الظروف اللاحقة على صدوره (تعديل المخطط التنظيمي) على مشروعية القرار.

وقد أورد القضاء على هذه القاعدة استثناءات هي: أ- حالة صدور حكم بالإلغاء حائز لحجية الأمر المقضي به ب - حالة سحب القرارات الفردية المعيبة بأثر رجعي ويترتب على ذلك زوال الأساس القانوني للقرار المسحوب. ج- حالة إصدار المشرع نصوصاً جديدة ذات أثر رجعي فهي عندئذ تسري على الماضي وقد تؤدي إلى بطلان قرار ولو كان وقت إصداره صحيحاً.

ويستخلص من ذلك أن الظروف التالية لإصدار القرار الفردي حتى ولو كانت لصيقة به فإنها غير ذات أثر في شرعيته وبالتالي لا تؤدي إلى إلغائه فيما عدا الحالات المذكورة سابقاً.<sup>6</sup>

### ثانياً - توقيت استجلاء مشروعية القرارات اللائحية:

القاعدة بالنسبة لها - على خلاف القرارات الفردية - أن مشروعية القرارات التنظيمية تقدر ليس فقط في ضوء القواعد التي كانت قائمة وقت صدورها ولكن أيضاً في ضوء

5 حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 258 في الطعن 180 لعام 1998 - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها المحكمة

الإدارية العليا لعام 1998 المبدأ 28 ص77

<sup>6</sup> د. حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - ط2 - المرجع السابق - 79

الظروف الجديدة، ويرجع هذا الاختلاف إلى أن القرارات التنظيمية لا تنشئ إلا مراكز قانونية عامة ولا يتولد في ظلها حقوق مكتسبة لأحد وتستهدف التنظيم بالنسبة للمستقبل ولذا فمن المفروض أن تتوافق وتتعاون مع الظروف الجديدة حتى تساير الأوضاع الجديدة وإلا تصاب بالجمود.<sup>7</sup>

ويرى البعض<sup>8</sup> أنه يتعين في مقام الحكم على مشروعية اللوائح وجوب التفرقة بين الأحكام الموضوعية لتلك القرارات والتي ينبغي أن تقاس مشروعيتها أولاً وأخيراً وفقاً للوضع الواقعي والقانوني المعاصر لقياس المشروعية، والأحكام الإجرائية (الشكل وإجراءات إصدار القرارات اللائحية) والتي يتعين أن يكون المعول عليه كمرجع للرقابة على مشروعيتها هو الوضع الواقعي والقانوني القائم وقت صدور اللائحة.

أي أن تغيير الظروف التالي لصدور القرار التنظيمي يؤثر في مشروعيته ويتعين على الإدارة أن تلغي أو تعدل القرار التنظيمي على ضوء الظروف الجديدة كون هذه اللوائح لا تولد حقوق مكتسبة للأفراد وهو ما سنتناوله في الفرع التالي.

### الفرع الثاني- أثر تغيير الظروف على مشروعية القرار :

إن جميع التصرفات الإدارية يجب أن تتخذ نتيجة لتحقيق ظروف واقعية وقانونية تعد بمثابة سبب لإصدار القرار ومسوغ يدفع رجل الإدارة لاتخاذ القرار وعلى ضوء هذه الظروف تقدر مشروعية القرار لكن قد تتغير هذه الظروف التي بررت إصدار القرار فما أثر هذا التغيير على مشروعية القرار؟

<sup>7</sup> د. ناهد أحمد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية -رسالة دكتوراه - جامعة

عين شمس - 2009 ص50

<sup>8</sup> د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه- المرجع السابق - ص 51

أولاً- ماهية الظروف الواقعية والقانونية ومفهوم تغييرها:<sup>9</sup>

الظروف الواقعية: تمثل هذه الظروف مجموعة الظروف الواقعية التي دفعت مصدر القرار إلى اتخاذ القرار وتحديد محتواه وهي تقوم من القرار مقام السبب الواقعي.

الظروف القانونية: تشمل مختلف القواعد القانونية والمراكز القانونية والشروط الموضوعية التي يرتبط بها القرار بأي وجه من الوجوه.

وإن مفهوم تغير الظروف الواقعية والقانونية هو في الواقع تغير أحد العناصر القانونية المكونة للقرار الإداري أو بمعنى آخر تغير السبب أو الأسباب الموجبة لإصدار القرار. فتغير الظروف الواقعية أو القانونية التي كانت قائمة وقت إصدار القرار وفقاً لهذا المفهوم تعد سبباً من أسباب انقضاء القرارات الإدارية نتيجة أسباب خارجة عن إرادة الإدارة بمعنى أن الإدارة لا تفصح عن إرادتها نحو إنهاء القرار بل إن دورها يأتي في المرتبة الثانية بمعنى أن القرار ينتهي بتغير عمل الإدارة وإن كان تدخلها ضرورة لازمة.<sup>10</sup>

وفي هذا الإطار قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن ((من حق الإدارة مراجعة نفسها في القرارات التي تصدر منها إذا كانت مخالفة للقانون لأن الصالح العام يقتضي تصحيح الأوضاع المخالفة للقانون احتراماً لأوضاعه)).<sup>11</sup>

9 للتوسع: د. ناهد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص16 وما بعدها

10 د. حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - ط2 - المرجع السابق - ص70: د.

ناهد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص24

11 حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/2/5 - المجموعة س10 ص189

ثانياً - أثر تغير الظروف القانونية والواقعية على مشروعية القرار الإداري:

بالنسبة إلى أثر تغيير الظروف في مشروعية القرارات الإدارية نجد أن لتغيير الظروف بعض الآثار على صحة هذه القرارات حيث تكون سلطة الإدارة في تعديل أو إنهاء القرارات اللاتحوية نتيجة تغير الظروف مطلقة على خلاف ذلك تكون سلطة الإدارة بالنسبة للقرارات الفردية مقيدة بضرورة احترام الحقوق والمراكز القانونية التي تتولد عن هذه القرارات.

1 - أثر تغير الظروف القانونية والواقعية بالنسبة للوائح:

لما كانت اللوائح لا تولد حقوق مكتسبة للأفراد حيث تقوم بتنظيم أمور مستقبلية وبالتالي فإن تغيير الظروف القانونية والواقعية التي أدت إلى إصدارها والتي تكون ركن السبب في القرار التنظيمي يوجب على الإدارة أن تعدل هذه اللوائح بما يتفق مع الظروف والمتغيرات الجديدة حيث ألزم المشرع الفرنسي كما سنرى لاحقاً الإدارة بالاستجابة لأي طلب يستهدف إلغاء لائحة غير مشروع سواء كانت كذلك منذ نشأتها أو نتيجة تغيير الظروف.

فالسطة الإدارية في فرنسا ملزمة بموجب التشريع إما تلقائياً أو بناء على طلب الشخص المعني بإلغاء أية لائحة غير مشروعة أو غير ذات موضوع سواء كانت كذلك منذ نشر اللائحة أو نتيجة تغير ظروف القانون أو الواقع بعد نشرها.<sup>12</sup>

أما في مصر: استقرت أحكام القضاء الإداري في مصر على ((أن الطعن في القرارات التنظيمية يجوز بأحد طريقين: 1 - الطريق المباشر أي بطلب إلغائها في الميعاد المقرر

12 راجع ما سيأتي بخصوص أثر تغير الظروف

قانوناً ويكون ذلك بقصد إلغاء القرار كلية ويشترط في الطعن أن يتم في ميعاد الستين يوماً.

2 - الطريق غير المباشر في أي وقت ولو كان ميعاد الطعن فيها قد انقضى وذلك عند الطعن بالإلغاء في القرارات الفردية بتطبيق القرار على الحالات الفردية لا بقصد إلغائه بل بقصد عدم أعمال أحكامه وعدم تطبيقها بالنسبة لصاحب الشأن بطلب عدم الاعتداد بها لمخالفتها للقانون وذلك بإبطال القرار الفردي الصادر في حقه تطبيقاً لها<sup>13</sup>.

وبالتالي عند تحصن اللاتحة الغير مشروعية لفوات ميعاد الطعن فيها يمكن الدفع بعدم مشروعيتها بغية التوصل إلى إلغاء القرار الذي صدر استناداً إليها، وفي هذه الحالة يقضي القاضي الإداري بإلغاء القرار التطبيقي الذي كان محل النزاع الأصلي استناداً إلى عدم مشروعية اللاتحة التي استند إليها إلا إن هذه اللاتحة تظل رغم تقرير عدم مشروعيتها بمنأى عن الإلغاء.

أي أن مجلس الدولة أجاز للأفراد الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية اللاتحية التي تحصنت لمضي المدة وذلك بمناسبة طعن منظور فيه أمام القضاء طالما بقيت اللاتحة قائمة ومستمرة في إنتاج آثارها، ويقوم القاضي عند تقديم هذا الدفع بفحص مشروعية اللاتحة المراد تطبيقها فإذا وجدها غير مشروعة فلا يحكم بإلغائها - لأنها تحصنت بمضي المدة ضد الطعن بالإلغاء - وإنما يمتنع عن تطبيقها وبذلك نكون قد تفادينا

13 حكم محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم 1058/23ق - 1972/12/25 - س27 ص63: محكمة القضاء الإداري

الدعوى رقم 3404/3ق - 1950/12/25 - س5 ص27 والدعوى رقم 2/166ق جلسة 1950/4/18 س4 ص596 والدعوى

رقم 344 /3ق ورقم 4/172 ورقم 2/341 ورقم 2/555 ورقم 5/858 جلسة 1953/12/2 س8 ص165 ورقم 5/1001 -

جلسة 1953/5/31 - س7 ص1378 - مذكور لدى د. حمدي ياسين عكاشة - المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة

- المرجع السابق - ص929-930

تطبيق اللائحة غير المشروعة، وجدوى هذا الدفع هنا نسبية حيث لا يفيد منه سوى من دفع به وفي الحالة التي أثير بصددها فقط،<sup>14</sup>

فحتى ولو لم تختفي اللائحة الغير مشروعة من التظلم القانوني - بمبادرة من الإدارة أو من أصحاب الشأن - لايزال أمام الشخص أن يدفع بعدم مشروعية القرار التنظيمي لدعم الطعن المقدم ضد قرار لاحق مبني على القرار التنظيمي.<sup>15</sup>

والمبدأ المستقر عليه القضاء والفقهاء هو أبدية الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية التنظيمية طالما بقيت هذه القرارات قائمة بيد أنه ليس ثمة ما يمنع قانوناً من أن ترد نصوص خاصة تخرج عن هذا المبدأ وتضع تنظيمياً خاصاً للدفع بعدم مشروعية اللوائح التي انتهى ميعاد الطعن عليها بالإلغاء ويتعين على صاحب الشأن في هذه الحالة أن يتقيد بهذا التنظيم وما قد يتضمنه من مواعيد وإلا تعرض دفعه لعدم القبول.<sup>16</sup>

فقد قرر المشرع الفرنسي بموجب المادة 600-1 من مدونة التعمير عدم إمكانية اثاره الدفع بعدم مشروعية وثيقة التخطيط العمراني من الناحية الشكلية أو لأسباب إجرائية بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ اتخاذ هذه الوثيقة.<sup>17</sup>

## 2- أثر تغير الظروف القانونية والواقعية على القرارات الفردية:

أ- بالنسبة للقرارات الفردية المنشئة للحقوق: القرارات الفردية متى أنشأت حقوقاً مكتسبة فإنه لا يجوز المساس بها لا من قبل الإدارة ولا من قبل الأفراد.

14 د. رأفت فودة - النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء - دار النهضة العربية - 2011 - ص 284

15 Victor HAÏM , Délai , HAÏM (Victor): Délai, janvier 2012 (dernière mise à jour: octobre 2013), Rép. cont. adm. Dalloz , no 39915

16 Olivier GOHIN, Exception d'illégalité, , avril 2005 (dernière mise à jour : mars 2013) , no39 ets

17 Olivier GOHIN, Exception d'illégalité, op.cit , no43



حيث لم يعتد مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري - كأصل عام - بأي أثر لتغيير الظروف الواقعية أو القانونية اللاحق لصدور القرارات الإدارية المولدة للحقوق إلا إذا كانت مدة الطعن بالإلغاء لم تنقضي بعد،<sup>18</sup> وذلك حرصاً منه على استقرار المراكز القانونية التي تولدت عن هذه القرارات وعدم زعزعتها بحسبان أن الحقوق المكتسبة لا يمكن إعادة النظر فيها - ذلك باستثناء حالة تدخل القانون بأثر رجعي أو صدور حكم بإلغاء القرار.<sup>19</sup>

فلا يجوز للإدارة المساس بالقرار المنشئ للحقوق إلا عن طريق اتخاذ قرار مضاد،<sup>20</sup> طبقاً للإجراءات المقررة لمثل هذه القرارات فبمقتضى هذا الإجراء العكسي فقط والمستقل تماماً عن القرار الأول تستطيع الإدارة إنهاء أو تعديل القرارات المنشئة للحقوق إذا توافرت للقرار الجديد شروط إصداره.<sup>21</sup>

ويمكن القول بأن حق الأفراد في الطعن في امتناع الإدارة عن التدخل لمواجهة تغيير ظروف القرارات الفردية التي تولد حقوق يرتبط بوجود نص قانوني صريح يلزم الإدارة بتعديل أو إلغاء القرار على ضوء هذا التغيير، فإذا لم يوجد مثل هذا النص تعرض طعن

---

18 CE 21 janvier 1991, Pain, Lebon p. 692

19 د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغيير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه - المرجع السابق - ص 501  
20 للتوسع بخصوص نظرية القرار المضاد راجع : د. حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - ط 2 - المرجع السابق - ص 545 وما بعدها حيث يعرف القرار المضاد بأنه إجراء إداري يتم بمقتضاه إلغاء أو تعديل قرار سليم بالنسبة للمستقبل.

21 د. ناهد أحمد أحمد فرحات - أثر تغيير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - المرجع السابق -

ذوي الشأن لعدم القبول لعدم توافر القرار السلبي بمفهومه الذي حددته الفقرة الأخيرة من نص م10 من قانون مجلس الدولة المصري.<sup>22</sup>

وبناءً على ما سبق فقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر ذلك في حكمها الذي قضت فيه بأن ((الترخيص بعرض الأفلام هو قرار إداري نظم القانون رقم 430 لعام 1955 شروطه واجراءاته وحدد أسبابه وغاياته وإذا كان قد استقر في القانون الإداري مبادئ عامة ومنها عدم جواز سحب القرار الإداري الصحيح فإن القانون رقم 430 لعام 1955 قد أفرد حكماً خاصاً في المادة التاسعة منه والتي نصت على جواز سحب الترخيص السابق إصداره في أي وقت بقرار مسبب إذا طرأت ظروف جديدة تدعو لذلك، أما وقد تحقق لدى جهة الإدارة مبرر لسحب الترخيص من الفيلم استناداً إلى هذا النص وذلك بعد أن طرأت ظروف تمثلت في موجة السخط العام والاستياء البالغ الذي أحدثه عرض الفيلم سواء في الداخل أو في الخارج وإذا لم يحدد القانون ماهية تلك الظروف أو يكشف عن معيارها فإنه يكون قد ترك ذلك لمطلق تقدير جهة الإدارة وإذا استجابت الجهة الإدارية لنداء الجماهير الذي ظهر عبر الكتب والمقالات التي ظهرت فوق السطح وذلك بسحب الترخيص فإنها بذلك تكون قد تعايشت مع المجتمع واستلهمت ضميره الحي وتواكبت مع المبادئ التي وضعها الدستور إطاراً عاماً للمقومات الأساسية للدولة وبالتالي يكون قرارها صحيحاً ولا مطعن عليه)).<sup>23</sup>

22 د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه- المرجع السابق - ص553

23 حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوى 5068 لعام 37ق في 1983/12/13 - غير منشور، وقد أيدت

المحكمة الإدارية العليا حكم محكمة القضاء الإداري راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن 751 لعام 30ق.عليا جلسة

1984/5/21 - غير منشور - مذكور لدى د. ناهد أحمد أحمد فرجات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية

القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 332-333

فمبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية يعد حجر الزاوية في البنيان القانوني وتم ترجيحه على مبدأ المشروعية لصالح اعتبارات أسمى وهي استقرار الحياة القانونية أي أن استخدام نظرية تغيير الظروف تتحدد بمبدأ عدم المساس بالحقوق المكتسبة.<sup>24</sup>

### ب- فيما يتعلق بالقرارات غير المنشئة للحقوق:

تعد السلطة المختصة ملتزمة بالاستجابة إلى أي طلب يقدم إليها ويتعلق بإلغاء قرار غير لائحي وغير منشئ لحقوق مبني على نفس سبب قرار مماثل قضي بإلغائه ولو بعد انقضاء مدة إقامة الطعن القضائي به، فبدلاً من أن يطعن أصحاب الشأن فيما يترتب على تطبيق لائحة غير مشروعة من تدابير فردية فإنه يمكن إثارة هذا الأمر أمام الإدارة نفسها فيما يعرف بالدفع غير القضائي *l'exception d'illégalité non contentieuse*، أي أنه يقع على عاتق الإدارة التزامٌ بسحب القرارات غير اللائحية والغير منشئة لحقوق الصادرة استناداً إلى لائحة ثبت عدم مشروعيتها بحكم قضائي نهائي على أثر مطالبة صاحب الشأن لها بذلك.<sup>25</sup>

### المطلب الثاني - مدى التزام الإدارة بموافقة قراراتها للظروف الجديدة:

تعد سلطة الإدارة في تعديل أو إنهاء القرارات اللائحية نتيجة تغيير الظروف مطلقة وهو ما يسمى بمبدأ موافقة اللوائح للظروف على خلاف ذلك تكون سلطة الإدارة بالنسبة للقرارات الفردية مقيدة بضرورة احترام الحقوق والمراكز القانونية التي تتولد عن هذه القرارات أما إذا لم يتولد عنها حقوق مكتسبة فيقع على عاتق الإدارة التزام بسحب

<sup>24</sup> د. ناهد أحمد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - المرجع السابق -

<sup>25</sup> د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه - المرجع السابق - ص 508

القرارات غير اللائحية والغير منشئة لحقوق الصادرة استنادا إلى لائحة ثبت عدم مشروعيتها بحكم قضائي نهائي على أثر مطالبة صاحب الشأن لها بذلك وهو ما يسمى بالدفع غير القضائي.

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتحدث في الفرع الأول عن مبدأ موافقة اللوائح للظروف وفي الفرع الثاني سنتحدث عن الدفع غير القضائي.

### الفرع الأول - مبدأ موافقة اللوائح للظروف:

مرت نظرية تغيير الظروف وأثرها على اللوائح بعدة مراحل حيث كانت كل مرحلة مقدمة للمرحلة التالية لها حتى وصلنا إلى مرحلة اتضحت فيها معالم هذه النظرية وضوابطها وأثرها.

فقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية Despujol والصادر في 1930/1/10 مبدأ جديداً أجاز فيه الطعن في القرار اللائحي الذي تحصن بمضي المدة بصورة غير مباشرة من خلال الطلب إلى الجهة الإدارية بتعديل أو إلغاء اللائحة التي أصبحت غير متلائمة مع الظروف الجديدة وفي حال رفضه الصريح أو الضمني لهذا الطلب فيجوز اللجوء إلى قاضي الإلغاء.

أما في حال تغيير الظروف القانونية فهنا يحق لصاحب الشأن وخلال الشهرين التاليين لنشر النظام القانوني الجديد اختصام اللائحة مباشرة، أي أن هذا الحكم ألقى على عاتق الإدارة التزاماً بأن تكيف قراراتها مع المعطيات الجديدة، ولهذا سمي المبدأ الذي أقره هذا الحكم بموافقة اللوائح للظروف. وقد تطلب مجلس الدولة الفرنسي بدايةً لإلزام الإدارة بإجابة طلب ذي الشأن بإلغاء أو تعديل اللائحة أن يكون سبب عدم مشروعيتها راجعاً لتغير الظروف الواقعية أو القانونية فإذا كانت اللائحة غير مشروعة منذ صدورها فلا

إلزام على الإدارة بإلغائها بعد انقضاء مدة الطعن، إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي تطور بعد ذلك حيث ألزم الإدارة بإجابة صاحب الشأن إلى طلبه بإلغاء أو تعديل اللائحة الغير مشروعة ولو كانت منذ توقيعها كذلك<sup>26</sup>.

وقد تم تقنين هذه الاتجاهات القضائية<sup>27</sup> بموجب م 3 من أحكام مرسوم 28 نوفمبر 1983 التي نصت على أن ((تلتزم الجهة المختصة إذا قدم إليها طلب يستهدف إلغاء لائحة غير مشروعة بالاستجابة له سواء كانت هذه اللائحة غير مشروعة من تاريخ توقيعها أو نشأت عدم المشروعية من ظروف قانون أو واقع لاحقة على هذا التاريخ))،<sup>28</sup>

ويلاحظ أن هذه المادة لم تحدد ميعاداً معيناً يمكن تقديم طلب إلغاء اللائحة غير المشروعة خلاله، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أقر مبدأ إمكانية تقديم طلب إلغاء أو تعديل اللائحة الغير مشروعة نتيجة لتغير الظروف اللاحقة على إصداره في كل وقت. وذلك في حكم شركة أليتايا Alitalia الصادر في 1989/2/3 حيث قبل المجلس وبصورة ضمنية الطعن المقدم لإلغاء أو تعديل اللائحة بعد عدة سنوات من النص الجديد

<sup>26</sup> راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 12 مايو 1976 قضية Le boucher et Tarandon المجموعة ص 246

<sup>27</sup> للتوسع بخصوص تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن أثر تغير الظروف على الطعن في اللوائح راجع: د. حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - ط 2 - المرجع السابق - ص 83 وما بعدها: د. ناهد أحمد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 61 وما بعدها: د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه - المرجع السابق - ص 471 وما بعدها

28 نص المادة:

« l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal est tenue d'y différer, soit que ce règlement ait été illégal dès sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date »

الذي غير الحالة القانونية، وتتجلى أهمية هذا الحكم في تقريره بأن النص الصادر عن المجموعة الأوروبية سواء كان لائحة أو توجيه إنما يشكل ظرفاً قانونياً جديداً يجيز المطالبة بتوافق التنظيم الداخلي مع أهداف وتوجيهات المجموعة الأوروبية المشتركة.<sup>29</sup>

هذا الاتجاه جدير بالتأييد فالإدارة عليها بالأصل واجب مواجهة الظروف المتغيرة بما يتناسب مع هذه الظروف كي لا تتسم لوائحها بالجمود وعدم مواكبة التطورات ولأفراد الحق بالطعن بالقرار السلبي بالامتناع عن مواجهة الظروف المتغيرة والزام الإدارة بإجراء هذه الموائمة.

ويثور التساؤل ماذا لو توقفت عدم مشروعية القرار التنظيمي وما أثر ذلك على الطعن به؟

<sup>29</sup> من حيثيات الحكم:

((Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenu d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ; qu'en se fondant sur les dispositions de l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, qui s'inspirent de ce principe, la COMPAGNIE ALITALIA a demandé le 2 août 1985 au Premier ministre d'abroger l'article 1er du décret n° 67-604 du 27 juillet 1967, codifié à l'article 230 de l'annexe II au code général des impôts, et les articles 25 et 26 du décret n° 79-1163 du 29 décembre 1979, codifiés aux articles 236 et 238 de l'annexe II au code général des impôts au motif que leurs dispositions, pour le premier, ne seraient plus, en tout ou partie, compatibles avec les objectifs définis par la sixième directive du conseil des Communautés européennes et, pour les seconds, =seraient contraires à ces objectifs ; que le Premier ministre n'ayant pas répondu à cette demande dans le délai de quatre mois, il en est résulté une décision implicite de rejet, que la COMPAGNIE ALITALIA a contesté pour excès de pouvoir dans le délai du recours contentieux ))

CE, ass., 3 févr. 1989, Cie Alitalia, Lebon 44 ; RFDA 1989. 391, concl. Chahid-Nouräi, notes Beaud et Duboui ; AJDA 1989. 387, note Fouquet

وهو ما أكدته الأحكام اللاحقة ومنها:

CE, ass., 8 févr. 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a., req. no 287110 , Lebon 55 concl. Guyomar ; RFDA 2007. 384 ; RTD eur. 2007. 378, concl. et note Cassia

أجاب على هذا التساؤل حكم حديث لمجلس الدولة الفرنسي انتهى فيه إلى أنه إذا كانت السلطة المختصة ملزمة بالاستجابة لطلب إلغاء لائحة غير مشروعة إلا أنه لا يطلب منها تلبية هذا الطلب إذا توقفت عدم مشروعية اللائحة (أي إذا أصبحت مشروعة) نظراً لحدوث تغيير في الظروف التي كانت في التاريخ الذي صدرت فيه.<sup>30</sup>

وقد صدر تعديل تشريعي جديد بموجب القانون رقم 1787-2007 الصادر في 20 ديسمبر 2007 الذي أضاف بموجب مادته الأولى إلى القانون رقم 321-2000 المتعلق بحقوق المواطنين وعلاقاتهم بالحكومة المادة 16-1 من هذا القانون الأخير والتي تنص على ما يلي ((السلطة الإدارية ملزمة إما تلقائياً أو بناء على طلب الشخص المعني بإلغاء أية لائحة غير مشروعة أو غير ذات موضوع سواء كانت كذلك منذ نشر اللائحة أو نتيجة تغيير ظروف القانون أو الواقع بعد نشرها)).<sup>31</sup>

أي أن المشرع وضع التزاماً على عاتق الإدارة بأن توائم اللوائح مع الظروف الجديدة ولو من تلقاء ذاتها وبغض النظر عن تاريخ عدم مشروعية اللائحة.

30 CE 10-10-2013, Fédération française de gymnastique, n° 359219 , AJDA 2013 p. 1999

من حيثيات الحكم:

((1.Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ; que, toutefois, cette autorité ne saurait être tenue d'accueillir une telle demande dans le cas où l'illégalité du règlement a cessé, en raison d'un changement de circonstances, à la date à laquelle elle se prononce ))

31 تنص هذه المادة على:

« L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date »

ولكن هل يشترط في تغير الظروف التي استوجبت إصدار اللائحة أن تكون على درجة كبيرة من الأهمية بحيث يؤدي ذلك إلى أن تفتقر اللائحة لسند مشروعيتها؟

هنا يجب التفرقة بين الأوضاع الإدارية وبين الأمور الاقتصادية ففي الأولى لم يتطلب مجلس الدولة الفرنسي في تغير الظروف أن يكون على درجة كبيرة من الأهمية وهو قضاء جدير بالتأييد لأنه من الصعوبة بمكان تقدير ما إذا كان التغير ذو أهمية مما يستتبع تدخل الإدارة لإلغاء أو تعديل اللائحة أو يسيراً مما تنتفي معه حكمة أعمال هذا القضاء علاوة على أن محاولة إيجاد معيار للتفرقة بين التغير الجسيم واليسير يزوج بنا إلى محاولات فقهية لا طائل منها ونصل في نهاية الأمر إلى تقرير أنها تعد مسألة موضوعية تقدر وفقاً لكل حالة على حدة، أما في مجال الأمور الاقتصادية نؤيد مجلس الدولة الفرنسي،<sup>32</sup> في تطلبه أن يكون تغير الظروف قد أحدث انقلاباً في الأوضاع القائمة ومن شأنها أن تجرد اللائحة من أساسها القانوني وذلك لضمان استقرار الأوضاع الاقتصادية.<sup>33</sup>

أما في مصر وسورية: فإنه يمكن القول بأن تطبيقات مجلس الدولة لفكرة تغير الظروف في مجال الطعن بالقرارات الإدارية اللائحية قليلة وهو أمر قد يرجع إلى عدم توافر هذا النوع من المنازعة أمام مجلس الدولة المصري والسوري أو إلى عدم إرساء هذا القضاء لفكرة تغير الظروف بشكل واضح بالنسبة للقرارات اللائحية على الرغم من أن مجلس

32 CE 10 Janv 1964 , Ministre de l'agriculture C.Simonnet , REC 19

33 د. حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - ط2 - المرجع السابق - ص95 ومابعداها: د. ناهد أحمد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - المرجع السابق



الدولة المصري اعتبر القرارات اللائحية من القرارات المستمرة وبالتالي يمكن للإدارة إلغائها أو تعديلها دون التقيد بوقت معين.<sup>34</sup>

ويمكن التوصل إلى نتيجة مفادها أنه عندما تصبح اللائحة غير مشروعة نتيجة لتغيير الظروف يفتح ميعاد الطعن لذوي المصلحة للطعن القضائي ووسيلتهم في ذلك الطعن بقرار الإدارة السلبي بالامتناع عن تعديل أو إلغاء اللائحة الغير مشروعة.

### الفرع الثاني- الدفع غير القضائي:

المبدأ المستقر بالنسبة للقرارات الفردية التي لا تولد حقوق أنه يجوز للإدارة سحبها دائماً وفي أي وقت وذلك مراعاة لتغيير الظروف القانونية والواقعية المحيطة وقد قرر المشرع الفرنسي بموجب م 2 من مرسوم 28 نوفمبر 1983 أنه في حالة صدور حكم نهائي بإلغاء القرار غير اللائحي تأسيساً على ما انتهى إليه القضاء من عدم مشروعية اللائحة التي تشكل أساساً لهذا القرار فإن السلطة المختصة تلتزم بالاستجابة لكل طلب يستهدف سحب القرارات غير اللائحية والغير منشئة لحقوق أيأ كان تاريخ صدورها.

وبناءً على ذلك فإنه وعلى الرغم من انقضاء مدة إقامة الطعن القضائي تعد السلطة المختصة ملتزمة بالاستجابة إلى أي طلب يقدم إليها ويتعلق بإلغاء قرار غير لائحي وغير منشئ لحقوق مبني على نفس سبب قرار مماثل قضى بإلغائه، فبدلاً من أن يطعن أصحاب الشأن فيما يترتب على تطبيق لائحة غير مشروعة من تدابير فردية فإنه يمكن إثارة هذا الأمر أمام الإدارة نفسها فيما يعرف بالدفع غير القضائي *l'exception d'illégalité non contentieuse*، أي أنه يقع على عاتق الإدارة التزامٌ بسحب

34 د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه- المرجع السابق - ص 539: د.

ناهد أحمد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - المرجع السابق - ص 316

القرارات غير اللائحية والغير منشئة لحقوق الصادرة استنادا إلى لائحة ثبت عدم مشروعيتها بحكم قضائي نهائي على أثر مطالبة صاحب الشأن لها بذلك.<sup>35</sup>

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي لإلزام الإدارة بإلغاء القرار الغير تنظيمي والغير منشئ للحقوق أن تكون عدم مشروعيته ناتجة عن تغير الظروف القانونية أو الواقعية الناتجة بعد صدوره، أما إذا كان غير مشروع من قبل فلا إلزام عليها بذلك وهو ما يستنتج من حكمه في قضية Le Verts.<sup>36</sup>

في مصر وسورية: فإنه من المسلم به أن القرار الإداري الفردي الذي لا يولد حقاً يمكن إلغاؤه كما يمكن سحبه فيقوم صاحب المصلحة بالطلب من الإدارة أن تسحب هذا القرار بسبب تغيير الظروف اللاحقة على صدوره فإذا لم تستجب جاز له أن يطعن على القرار السلبي بالامتناع عن سحبه بعد أن زالت مبررات إصداره.

وقد أظهرت بعض التطبيقات القضائية تبني مجلس الدولة المصري فكرة تغيير الظروف وما يترتب عليها من أثر على الطعن بالقرارات الفردية التي لا تولد حقوقاً ويظهر ذلك جلياً في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الذي جاء فيه أنه ((إذا كان الثابت أن دعوى المدعي بحسب مفهومها تنصب على إلغاء القرار الضمني برفض سحب المرسوم

35 د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغير الظروف في القرار الإداري والطعن فيه- المرجع السابق - ص 508  
36 CE, sect., 30 nov. 1990, Assoc. Les Verts, req. no 103889 , Lebon 339 ; ; AJDA 1991, p. 155, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; RFDA 1991, p. 571, concl. M. Pochard

من حيثيات الحكم:

(( Considérant qu'il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicition ))  
Voir aussi: CE 22 mars 1999, SA Dramont Aménagement, req. no 197589 ,Lebon 76 ;  
CE 26 mars 2001, Association pour la gratuité de l'autoroute A8, Lebon tables p. 824

الصادر بنزع الملكية بعد أن زالت مبرراته فإن مثل هذا الطلب لا يتضمن الطعن على المرسوم الصادر بنزع الملكية عام 1947 بل هو مصوّب إلى القرار الضمني بامتناع الحكومة عن سحب هذا المرسوم لأسباب لاحقة والعبرة بتصوير المدعي لدعواه وطالما هو لا يطلب إلغاء المرسوم ذاته ولكنه يبني طعنه على امتناع الإدارة عن سحبه بعد أن زالت مبررات إصداره فإن الدفع بعدم قبول الدعوى يكون في غير محله متعيناً رفضه)).<sup>37</sup>

وقد ذهب مجلس الدولة السوري في هذا الصدد إلى أن كل قرار فردي مستند إلى قرار تنظيمي حكم بإلغائه قضائياً يعد فاقد الوجود القانوني لأنه مبني على أساس معدوم، وحيث أن القرار المعدوم لا يتحصن بفوات ميعاد الطعن فيه وكذلك ما يتخذ من قرارات فردية بالاستناد إليه.<sup>38</sup>

---

37 حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1955/2/10 - القضية رقم 975 لعام 7ق - المجموعة 9 ص 286  
38 المحكمة الإدارية العليا السورية القرار 106 في الطعن 68 لعام 1970 - مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام 1970 - ص 108 - مذكور لدى - مصباح نوري المهاني - مبادئ القضاء الإداري - الجزء الثالث - المرجع السابق -

## الخاتمة:

بعد إن استعراضنا جوانب البحث توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات نجملها بالتالي:

### أولاً-النتائج:

1. إن تغيير الظروف القانونية والواقعية قد تؤدي إلى جعل القرارات التنظيمية أو الفردية في حالات محددة غير ملائمة للظروف الجديدة وهذا يلقي على الإدارة التزاماً بالتدخل لمواءمة قراراتها مع الظروف الجديدة.
2. لا يقتصر أثر نظرية تغيير الظروف على تجديد ميعاد الطعن بالإلغاء وإنما ترتب آثار على مشروعية اللائحة وقد جعلها غير مشروعة.
3. تغيير الظروف من شأنه أن يضع حداً لمشروعية اللائحة ومفعولها بالنسبة للمستقبل.
4. وضع المشرع التزاماً على عاتق الإدارة بأن توائم اللوائح مع الظروف الجديدة ولو من تلقاء ذاتها وبغض النظر عن تاريخ عدم مشروعية اللائحة أي سواء كانت غير مشروعة منذ صدورها أو إذا أصبحت كذلك نتيجة تغيير الظروف.
5. في مصر سورية للأفراد الطعن في قرار الإدارة السلبي بالامتناع عن إلغاء اللائحة أو تعديلها نتيجة تغيير الظروف.
6. وضع المشرع التزاماً على عاتق الإدارة التزاماً بسحب القرارات غير اللائحية والغير منشئة لحقوق الصادرة استناداً إلى لائحة ثبت عدم مشروعيتها بحكم قضائي نهائي على أثر مطالبة صاحب الشأن لها بذلك.
7. ليس لنظرية تغيير الظروف أي أثر بالنسبة للقرارات الفردية التي تولد حقوق.

التوصيات:

1. نناشد المشرع السوري والمصري أن يتدخل وينص على إلزام الإدارة بأن توائم اللوائح مع الظروف الجديدة.
2. نناشد المشرع السوري والمصري أن يقر التزام على عاتق الإدارة بالاستجابة لطلب الأفراد بسحب القرارات غير اللائحة والغير منشئة لحقوق الصادرة استنادا إلى لائحة ثبت عدم مشروعيتها بحكم قضائي نهائي ومن شأن ذلك تخفيف العبء على القضاء.
3. نناشد القضاء بأن يعتبر امتناع الإدارة عن مواثمة قراراتها للظروف الجديدة قرار اداري سلبي وأن يقبل الطعن ضد هذا القرار.

المراجع:

1. د. حسني درويش عبد الحميد - نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء - الطبعة الثانية - بلا دار نشر - 2008.
2. د. حمدي ياسين عكاشة - المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة - منشأة المعارف بالإسكندرية - بلا تاريخ نشر.
3. د. رأفت فودة - النظام القانوني للميعاد في دعوى الإلغاء- دار النهضة العربية - 2011 -
4. د. رأفت فوده - أصول وفلسفة قضاء الإلغاء- دار النهضة العربية - 2011
5. د. محمود حمدي عباس عطية - أثر تغير الظروف في القرار الإداري والظعن فيه- دار أبو المجد للطباعة - عام 2011.
6. د. ناهد أحمد أحمد فرحات - أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعية القرارات الإدارية - دكتوراة - جامعة عين شمس - 2009
7. د. يسري العصار - قانون القضاء الإداري- دار النهضة العربية - 2011
8. GOHIN(Olivier) : Exception d'illégalité, avril 2005 (dernière mise à jour : mars 2013)
9. HAÏM (Victor): Délai, janvier 2012 (dernière mise à jour: octobre 2013), Rép. cont. adm.Dalloz

# موقف القضاة الإداريين والدستوري من أعمال السيادة وسبل الحد من آثارها

د. طارق محمد علي النحاس

عضو هيئة تدريسية في كلية الحقوق جامعة البعث

## المخلص

القاعدة أن كافة التصرفات والأعمال الصادرة عن الإدارة يجب أن تخضع لرقابة القضاء للتأكد من مطابقتها لمبدأ المشروعية ولكن ولظروف تاريخية خاصة بفرنسا نشأت نظرية أعمال السيادة التي تقوم على إعفاء طائفة من أعمال السلطة التنفيذية - والتي يرى القاضي الا يتصدى لها وان يتركها لمطلق تقدير الإدارة - من الرقابة القضائية، وكانت هذه النظرية بمثابة المقابل الذي قدمه مجلس الدولة للإدارة من أجل أن تترك له الحرية في ممارسة رقابته على باقي أعمال السلطة التنفيذية، وتمثل هذه النظرية استثناء وخروجاً على مبدأ المشروعية الذي يستوجب خضوع جميع الاعمال الصادرة عن الادارة للقانون ولرقابة القضاء لذلك عمل القضاء في أحكامه الحديثة على التقليل من نطاق هذه النظرية بشكل كبير حيث عد بعض الأعمال التي كانت تعد من قبل عمل سيادة أعمال إدارية عادية وأخضعها لرقابته، كما أنه ظهرت احكام عديدة تبيح التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذه الأعمال أي أقتصر عدم خضوع اعمال السيادة على الإلغاء فلا يجوز إلغائها وهو ما ساهم ذلك من الحد من نتائج وآثار هذه النظرية.

## مقدمة:

لا يوجد تعريف محدد لأعمال السيادة ولكن هذه التسمية تطلق على طائفة من أعمال السلطة التنفيذية والتي يرى القاضي الا يتصدى لها وان يتركها لمطلق تقديرها<sup>1</sup> فهذه الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية لا تخضع لرقابة القضاء لا إلغاء ولا تعويضاً وقد كانت هناك جهود للحد من نطاق هذه الأعمال لإخضاعها للرقابة القضائية من خلال إخراج بعض الأعمال من نطاق هذه النظرية ومن خلال استخدام نظرية القرارات القابلة للانفصال لمد رقابة القضاء إلى بعض الأعمال المترتبة على عمل السيادة والمنفصلة عنه، كما ظهر اتجاه يطالب بقصر حصانة هذه الأعمال على قضاء الإلغاء مع إمكانية التعويض عنها.

## أولاً - طرح الإشكالية:

تمثل نظرية أعمال السيادة استثناء وخروجاً على مبدأ المشروعية الذي يستوجب خضوع جميع الاعمال الصادرة عن الادارة للقانون ولرقابة القضاء. لذلك عد بعض الفقهاء هذه النظرية سببة على جبين مبدأ المشروعية ودعا إلى وجوب التخلي عنها أو بالحد الأدنى التقليل من آثارها.

## ثانياً - أهداف البحث:

يهدف البحث إلى التعرف على موقف القضاء الإداري والدستوري من نظرية أعمال السيادة وتسليط الضوء على المحاولات المبذولة للتقليل من نطاق هذه النظرية وآثارها.

<sup>1</sup> د. عبد الفتاح حسن - القضاء الإداري - الجزء الأول - قضاء الإلغاء - 1978 - مكتبة الجلاء الحديثة -



### ثالثاً - أهمية البحث:

ترتبط معظم نقاط البحث بمشاكل كثيراً ما تثار في الواقع العملي، حيث موضوع البحث من المواضيع الفقهية التي أثارت الكثير من المناقشات الرامية إلى الحد من نطاق أعمال السيادة وما يترتب عليه من آثار وهو عدم خضوعها لرقابة القضاء.

### رابعاً - منهج البحث:

أتبع الباحث المنهج المقارن حيث سيتم طرح البحث ضمن إطار النظام القانوني السائد في فرنسا ومصر وسورية، كما سيتبع الباحث المنهج الاستقرائي الاستنباطي.

### خامساً - خطة البحث:

تم تقسيم البحث وفق المنهج التقليدي اللاتيني إلى مطلبين حيث سنتحدث في المطلب الأول عن مفهوم نظرية أعمال السيادة وموقف القضاء الإداري والدستوري منها، وفي المطلب الثاني سنتحدث عن سبل الحد من آثارها.

### المطلب الأول- نشأة نظرية أعمال السيادة وموقف القضاء الإداري والدستوري منها:

من المعلوم أن أعمال السيادة هي طائفة من الأعمال التي تباشرها سلطة الحكم في الدول من أجل الحفاظ على كيان الدولة من أرض وشعب وسلطة بمواجهة أخطار خارجية أو داخلية عامة، بما في ذلك تنظيم سلطات الدولة وتحديد نظام الحكم، والعلاقة بين السلطات<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> د. محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الأول، العدد الثاني، 2006، ص 136

فأعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية والتي يرى القاضي الا يتصدى لها وان يتركها لمطلق تقديرها والحكمة من استبعاد أعمال السيادة من الولاية القضائية كما تقول محكمة القضاء الإداري المصرية (( أن هذه الأعمال تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة المختصة سلطة سياسية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وأمنه وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الشأن لأن النظر فيها أو التعقيب عليها يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء في إطار دوره المرسوم دستورياً هدياً بمبدأ الفصل بين السلطات))<sup>3</sup>

#### الفرع الأول - نشأة نظرية أعمال السيادة<sup>4</sup>:

نظرية أعمال السيادة نظرية قضائية أبتدعها مجلس الدول الفرنسي لظروف تاريخية خاصة بفرنسا وبالتالي أما في مصر وسوية فقد نص المشرع المصري والسوري على نظرية اعمال السيادة ضمن النصوص التشريعية وكرسها تشريعياً.

#### أولاً - نشأة نظرية أعمال السيادة في فرنسا:

ارتبطت هذه النظرية بالظروف التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي في بداية عهده وتعاقب أنظمة سياسية متباينة على الحكم مما دفع مجلس الدولة إلى ابتكار هذه النظرية لأسباب عملية بحتة تنبع من رغبته في حماية وجوده في ظل التغيرات السياسية التي عرفتتها فرنسا.

<sup>3</sup> محكمة القضاء الإداري المصرية الدعوى رقم 4853 لسنة 61ق - جلسة 2007/5/8 - أهم المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري - الدائرة الأولى - دائرة الحقوق والحريات - خلال الأعوام من 2005 حتى 2007 - هيئة قضايا الدولة المكتب الفني - 2008 - ص 59-60  
<sup>4</sup> للتوسع راجع: ضياء الدين الأشقر- اتجاهات القضاء الإداري في الرقابة على أعمال السيادة- ماجستير - جامعة دمشق - 2019 -ص36 وما بعدها

وترجع البداية الى ان مجلس الدولة قد أنشئ في عهد نابليون بونابرت عام 1799 وكان في البداية جهازا استشاريا لرئيس الدولة يقوم بإعداد مشروعات القوانين واللوائح كما يقوم بإعداد مشروعات الأحكام في المنازعات التي تكون الادارة طرفا فيها. وكانت جميع قراراته معلقة على تصديق رئيس الدولة الذي كان يوليه ثقة كبيرة. وحينما إنهار نظام نابليون بونابرت وعادت الملكية من جديد في عام 1814 خشي مجلس الدولة الذي ارتبط بعهد نابليون من تقوم بإلغائه فدفعه ذلك إلى اتباع سياسة مرنة لكي لا يثير حساسية الحكومة من ناحيته وكان من نتاج هذه السياسة أنه تنازل بمحض اختياره عن اختصاصه في الرقابة على بعض الاعمال التي تصدرها الحكومة في مجال علاقة الدولة بالدول الاخرى وفي مجال العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، باعتبار أن هذه الاعمال تعتبر من أعمال الحكومة التي تخرج عن اختصاص القضاء. وبذلك نشأت نظرية أعمال السيادة التي تقوم على إعفاء طائفة من أعمال السلطة التنفيذية من الرقابة القضائية. وكان هذا بمثابة المقابل الذي قدمه مجلس الدولة من أجل أن تترك له الحرية في ممارسة رقابته على باقي أعمال السلطة التنفيذية وهكذا نجح مجلس الدولة في اكتساب ثقة الحكومة التي منحتة عام 1872 سلطة القضاء المفوض. وبالرغم من هذا التحول في مركز المجلس فقد أبقى على نظرية اعمال الحكومة وإن كان يلاحظ أن المجلس نادرا ما يذكر صراحة أن العمل أو الاجراء الذي قضي بعدم اختصاصه بنظره من اعمال السيادة وإنما يكتفي بالقول بأن هذا العمل لا يدخل بحكم طبيعته في اختصاصه كما يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قيد إلى حد بعيد من نطاق نظرية اعمال السيادة ومن اثارها. وقد ساعده على ذلك أن المشرع الفرنسي لم يتدخل في هذا المجال بأي نص تشريعي ولك يقيد القضاء بأي قيد من القيود<sup>5</sup>

<sup>5</sup> د.يسرى العصار - قانون القضاء الإداري - دار النهضة العربية - 2011 - ص 93 - 94

## ثانياً - نشأة نظرية أعمال السيادة في مصر وسورية:

1- في مصر: هذه النظرية ذات أساس تشريعي يرجع إلى بداية التنظيم القضائي الحديث، حيث استقرت تلك القاعدة في التشريعات المتعاقبة المنظمة للقضاء حتى انتهت إلى المادة 17 من قانون السلطة القضائية الحالي الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972، ولما انشئ مجلس الدولة بمقتضى القانون رقم 112 لسنة 1946 حظر في مادته السادسة على محكمة القضاء الإداري النظر في أعمال السيادة، واستقر هذا الحكم في التشريعات التالية المعدلة لنظام مجلس الدولة حتى انتهى إلى المادة 11 من قانونه الحالي الصادر بالقانون رقم 47 لسنة 1972

ونحن نؤيد الرأي الذي يرى ضرورة إلغاء النصوص القانونية التي تحصن أعمال السيادة من رقابة القضاء وترك الأمر برمته للقضاء الإداري الذي يملك من خلال أدواته الفنية- توسيع نطاق فكرة السلطة التقديرية للإدارة في خصوص هذه الاعمال وكذلك وضع تفسير وتحديد معين لفكرة المصلحة والصفة المتطلبية للطعن في مثل هذه القرارات -ومن خلال هذه الأدوات الفنية سوف نصل إلى النتيجة التي نصل إليها بالنص على عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر أعمال السيادة.<sup>6</sup>

## 2- في سورية:

كانت أعمال السيادة مكرسة تشريعياً بنص م 12 من قانون مجلس الدولة رقم 55 لعام 1959 والتي تنص على (( لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري بالنظر بالطلبات المتعلقة بأعمال السيادة )) وعندما صدر القانون رقم 32 لعام 2019 لم ينص المشرع على هذه النظرية في قانون مجلس الدولة الجديد وكان هذا بعد أن اعترض رئيس

6 د. محمد ماهر أبو العينين - تطور قضاء الإلغاء - الجزء 1 - المرجع السابق - ص 89

الجمهورية العربية السورية على قانون مجلس الدولة الذي أقره مجلس الشعب أمام المحكمة الدستورية العليا برقم /2/ بتاريخ 2019/10/28 وانتهت المحكمة إلى عدم دستورية المواد المعترض عليها وهو ما سنناقشه لاحقاً.

وقد نصت م 26 من قانون السلطة القضائية رقم 98 لعام 1961 على انه ((ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة))

وبالتالي يكون كل من المشرع المصري والسوري نص على نظرية اعمال السيادة ضمن النصوص التشريعية وتعد هذه السياسة التشريعية خاطئة تؤدي الى تقيد القاضي الملزم بعدم التعرض لأعمال السيادة بأيّة صورة من الصور ومع ذلك بقيت ثغرة مردها عدم تحديد المشرع معيار لأعمال السيادة أو قائمة تضم هذه الأعمال الأمر الذي يجعل من القضاء السلطة المختصة في تقدير ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعد منها <sup>7</sup>

ولابد من الإشارة إلى أن معظم الآراء التي حاولت تبرير نظرية اعمال السيادة من الناحية القانونية لم تنجح في ذلك وفي اعتقادنا أن هذه النظرية غير قابلة للتبرير من الناحية القانونية فمن الصعب أن نعثر لها على سند من القانون لأنها تتضمن خروجاً صريحاً واعتداء صارخاً على القانون بل تجاهلاً تاماً له وفي الواقع فإن هذه النظرية تعد نتيجة للصراع بين السياسة والقانون واستثناءً حقيقي على مبدأ المشروعية <sup>8</sup>

<sup>7</sup> د. رأفت فودة – أصول وفلسفة قضاء الالغاء – دار النهضة العربية - 2011- ص 339

<sup>8</sup> د. عبد الله طلبة – مبادئ القانون الاداري - ج 2 ط4 – جامعة دمشق – 2000/1999 – ص 249-250

الفرع الثاني - موقف القضاء الإداري والدستوري من نظرية أعمال السيادة:

أولاً - موقف القضاء الدستوري:

1- في مصر:

جرى القضاء الدستوري، لاسيما في الدول الآخذة بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين على استبعاد الأعمال السياسية من نطاق ولايته وخروجها بالتالي من مجال رقابته على دستورية التشريع، (ومن ذلك ما أشرت إليه المحكمة الدستورية في مصر في قرارها الصادر بتاريخ 1993/6/19 في القضية رقم 10 لسنة 14 ق).

فإذ كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح تجد أساسا لها، كأصل عام، في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه، إلا أنه يرد على هذا الأصل، وفقا لما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا، استبعاد الأعمال السياسية "من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال السياسية "هي بطبيعة العمل ذاته لا بالأوصاف التي قد يخلعها المشرع عليه...

فاستبعاد الأعمال السياسية "من ولاية القضاء الإداري والدستوري إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضى، بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها في الداخل أو الخارج، النأي بها عن نطاق الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا.

<sup>9</sup> د. مقفي بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن أعمال القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية، جامعة ابن خلدون. تيارات، الجزائر، 2012-2013، ص5

فقد قضت المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية المصرية بأن تحصين أعمال السيادة من رقابة جميع جهات القضاء العادي والاداري والدستوري لا يخالف الدستور ولا يحتاج الى نص قانوني يقره حيث ذهبت الى:

((ومن حيث أن حكمة استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء أنها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تحويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقا تحقيقا لصالح الوطن وأمنه وسلامته دون تحويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد لأن ذلك يقتضي توافر معلومات وعناصر وموازين تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء وذلك فضلا عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علنا في ساحات القضاء. ولما كانت هذه الاعتبارات التي اقتضت استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري قائمة في شأن القضاء الدستوري ومن ثم يتعين استبعاد النظر في هذه الأعمال من ولاية المحكمة العليا دون حاجة إلى نص يقضى بذلك. فهي قاعدة استقرت في النظم القضائية في الدول المتحضرة وغدت أصلا من الأصول القضائية الثابتة))<sup>10</sup>

أن النصوص القانونية المتعلقة بأعمال السيادة غير دستورية لمخالفتها نصوص الدستور ولكن المحكمة الدستورية العليا قضت بدستورية نص المادة (17) من قانون السلطة القضائية التي استثنت أعمال السيادة من الخضوع للرقابة القضائية.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> حكم المحكمة العليا بتاريخ 5-2-1977 في القضية رقم 22 للسنة القضائية 6 عليا (دستورية) - المبادئ التي ارستها المحكمة العليا - الجزء 2 ص 32

11 حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 39 لعام 17 ق.د. جلسة 6/6/1998

وقد أيد البعض<sup>12</sup> اتجاه المحكمة الدستورية في استبعاد أعمال السيادة من نطاق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح معللاً رأيه أن أعمال السيادة هي أعمال حكومية لا أعمال إدارية لذلك فإن عدم امتداد الرقابة الدستورية هو محق إذا أن الدستور قد حدد عدم جواز تحصين الأعمال الإدارية فقط دون العمل الحكومي.

بالمقابل انتقد بعض فقهاء<sup>13</sup> مسلك المحكمة العليا (الدستورية) التي قضت بأن تحصين أعمال السيادة من رقابة جميع جهات القضاء العادي والإداري والدستوري لا يخالف الدستور ولا يحتاج الى نص قانوني يقره،<sup>14</sup> حيث أن ذلك يعني أنّ المحكمة الدستورية العليا توافق على إمكانية مخالفة الإدارة لنصوص الدستور عن طريق أعمال السيادة فهل تملك المحكمة ذلك؟؟<sup>15</sup>

ونحن نؤيد ما ذهب إليه البعض<sup>16</sup> ونناشد المحكمة الدستورية العليا المصرية استبعاد تطبيق نظرية أعمال السيادة من نطاق الرقابة الدستورية حيث أن تطبيق هذه النظرية يتنافى مع المهمة التي تتولاها المحكمة الدستورية والتي تتمثل في ضمان احترام السلطتين التشريعية والتنفيذية لأحكام الدستور ومبادئه وإرساء دعائمه، كما نناشدها

<sup>12</sup> ضياء الدين الأشقر- اتجاهات القضاء الإداري في الرقابة على أعمال السيادة- مرجع سابق- ص120

<sup>13</sup> د يسرى العصار - نظرية أعمال السيادة في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والكويت - مقال - مجلة اتحاد الجامعات العربية - ع12- 2000- ص 15: د. رأفت فودة - اصول وفلسفة قضاء الإلغاء - المرجع السابق - ص

346

<sup>14</sup> راجع حكم المحكمة العليا بتاريخ 5-2-1977 في القضية رقم 22 للعام القضائية 6 عليا (دستورية) - المبادئ التي

ارستها المحكمة العليا - الجزء 2 ص 32

<sup>15</sup> د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - المرجع السابق - هامش ص 195

<sup>16</sup> د يسرى العصار - نظرية أعمال السيادة في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر والكويت - المرجع السابق - ص



العدول عن قضائها المؤيد لدستورية النصوص القانونية الآخذة بفكرة أعمال السيادة، وإخضاع الأعمال اللاتحفية التي تعد من أعمال السيادة للرقابة من جانبها إذ كيف يمكن إعطاء السلطات الإدارية عند قيامها بعمل من أعمال السيادة حصانة قضائية رفضت المحكمة الدستورية العليا إعطاؤها للمشرع نفسه.

وبالتالي فإنه إذا تم تطبيق النص الدستوري (م192 من دستور 2014) المنضم لاختصاصات المحكمة الدستورية العليا تطبيقاً سليماً لما أصبح لأعمال السيادة وجود في النظام القانوني المصري، فكثير من أعمال السيادة على شكل لوائح والنصوص المحصنة لهذه الأعمال مقصورة فقط على القضاء العادي والإداري دون القضاء الدستوري.

## 2- في سورية:

بتاريخ 2019/10/28 ورد إلى المحكمة الدستورية العليا كتاب السيد رئيس الجمهورية العربية السورية رقم 48/و.ق المتضمن الاعتراض على قانون مجلس الدولة الذي أقره مجلس الشعب في جلسته المنعقدة يوم الخميس الواقع في 2019/9/19 والمحال إلى السيد رئيس الجمهورية بموجب كتاب السيد رئيس مجلس الشعب رقم 51/ص.د تاريخ 2019/9/30 مرفق به مذكرة تبريرية محالة برقم 1102 تاريخ 2019/9/30 وقد تم تسجيل الاعتراض لدى المحكمة الدستورية العليا برقم 2/ بتاريخ 2019/10/28 واجتمعت هيئة المحكمة لدراسة الاعتراض والبت فيه وتبين لها ما يلي:

أن المادة 12/ والتي نصت في الفقرة 1/ منها على ما يلي:

(1- لا تقبل الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة).

ذلك أن هذا النص يخفي في حقيقته تحصينا للقرار الإداري، وقد حظر الدستور في المادة 51 منه النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء.

وجاء في حيثيات هذا القرار بخصوص هذه الجزئية:

((.....)) ولم يجز الدستور بنص واضح تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء وفق ما نصت عليه الفقرة 4/ من المادة 51 التي تنص على أنه: (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء).

وكان المشرع قد نص في المادة 12/ من قانون مجلس الدولة النافذ رقم 55 لعام 1959 على انه (لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة)، أي أن المشرع في القانون النافذ لم يغلق باب الادعاء بمواجهة أي عمل من أعمال الإدارة، وإنما ترك لنفسه القول بعدم الاختصاص في حال تبين له أن العمل أو القرار المدعى ضده من أعمال السيادة، وقد خالف المشرع في القانون المعترض عليه هذا النهج عندما أقر النص المعترض عليه خلافا للدستور، واستنادا لما تقدم فإن الفقرة 1/ من المادة 12/ من قانون مجلس الدولة المعترض عليه لا تتفق وأحكام الدستور.))

ونحن نؤيد هذا الاتجاه للمحكمة الدستورية في سورية حيث أن هذا الاتجاه قد أصبح المبدأ الأساس المعمول به في الدول المتحضرة، والتي تسعى إلى تكريس مبدأ سيادة القانون.

## ثانياً - موقف القضاء الإداري:

أخفقت المحاولات الفقهية في التوصل لمعيار أعمال السيادة<sup>17</sup> فأمام غياب المعيار المحدد والواضح لتمييز أعمال السيادة لا توجد طريقة سوى تعداد الأعمال اعتبارها القضاء أعمال سيادة وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء<sup>18</sup> وبالتالي فإن معيار التفرقة بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية متروك للقضاء يكيه وفقاً للظروف الأمر الذي أضفى على أعمال السيادة بعضاً من المرونة حيث أن هذه القائمة المستخلصة من أحكام القضاء ليست قائمة ثابتة جامدة وإنما تطول أو تقصر حسب اتجاهات القضاء والظروف المحيطة بالدولة .

**1- في مصر:** ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أنه (( جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم تعد من أعمال السيادة تميزاً لها عن الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة إدارة تخضع للرقابة القضائية وأن معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية وأعمال السيادة مرده إلى القضاء الذي ترك له المشرع سلطة تقرير الوصف القانوني للعمل المعروض عليه وما إذا كان عملاً إدارياً يختص بنظره أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه))<sup>19</sup>

<sup>17</sup> للتوسع في هذه المعايير راجع :

د. محمد عبد الحافظ هريدي - أعمال السيادة - مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - 1952- ص 51 وما بعدها ص 123 وما بعدها

د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة - مكتبة القاهرة الحديثة - ص 322 وما بعدها

<sup>28</sup> - د. ماجد راغب الحلو - القرارات الإدارية - دار الجامعة الجديدة - 2009 - ص 24 ومن الأحكام

القضائية راجع : المحكمة الإدارية العليا المصرية - الطعن 10/807 ق - 10/12/1966 س 12 ص 36 مذكور د.جمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - الجزء 1 - ص 171 وحكم المحكمة الدستورية العليا القضائية

رقم 48 لسنة 4 ق بجلسة 1984/1/21 مجموعة أحكام المحكمة - ج 3 ص 22

<sup>19</sup> محكمة القضاء الإداري المصرية الدعوى رقم 4853 لسنة 61 ق - جلسة 2007/5/8 - أهم المبادئ التي

قررتها محكمة القضاء الإداري - الدائرة الأولى - دائرة الحقوق والحريات - خلال الأعوام من 2005 حتى

2007 - هيئة قضايا الدولة المكتب الفني - 2008 - ص 59-60

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث قضت بأن (( نظرية أعمال السيادة وإن نشأت قضائية في فرنسا وقننها المشرع المصري في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة إلا أن مضمونها يظل دائماً بيد القضاء يحدده في ضوء البنية الدستورية التي تنظم سلطات الحكم في الدولة ومن ثم فهي ليست نظرية جامدة المضامين وإنما تتسم بالمرونة بحسبان أن مساحة أعمال السيادة تتناسب عكسياً مع مساحة الحرية والديمقراطية فينتسح نطاقها في النظم الديكتاتورية ويضيق كلما ارتقت الدولة مدارج الديمقراطية ))<sup>20</sup>

وهنا نذكر بالحكم الشهير للقضاء الإداري في مصر بإلغاء اتفاقية مصر والسعودية بشأن جزيرتي صنافير وتيران في عام 2016،<sup>21</sup> والذي ما لبث أن تم إلغاؤه من قبل المحكمة الدستورية العليا تأسيساً على القول بأن المسألة تعد من أعمال السيادة.

2- في سورية: ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية إلى (( أن ما يسمى بأعمال السيادة التي عرفها علم القانون وليدة الاجتهاد الإداري في فرنسا ونصت عليها م12 من قانون مجلس الدولة رقم55 لسنة 1959 إنما يقصد بها تلك الاعمال والتصرفات الصادرة عن السلطات العليا في الدولة والتي يرتئي القضاء الإداري ذاته أنها يجب أن تبقى بمنأى عن الرقابة القضائية بسبب عدم الملاءمة أو مصلحة عليا للدولة يراها هذا فضلا عن طائفة أعمال السيادة المعترف لها بهذه الصفة هي في تقلص مستمر في مفهوم الاجتهاد والفقهاء الإداريين فهي لا تشمل سوى الأعمال السياسية الهامة كحالات الحرب والعلاقات الخارجية وممارسة رئيس الدولة لبعض مهامه الدستورية وكبعض علاقات

<sup>20</sup> الطعن رقم 13846 لسنة 59 ق.ع - الدائرة الحادية عشر (موضوع) - تاريخ 2013/4/21 - مشار إليه لدى د. منى رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة لمفهوم وذاتية القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري - المرجع السابق - ص148-149

<sup>21</sup> راجع حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق جلسة 2016 /6/21 وقد تم تصديق هذا الحكم من المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 74236 لسنة 62 ق

الحكومة بالسلطة التشريعية))<sup>22</sup> وذهبت أيضاً إلى (( أن أعمال السيادة التي تخرج عن اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري طبقاً للمادة 12 من قانون مجلس الدولة حددها الاجتهاد الاداري وحصرها في أمور معينة خارجة عن استيعاب النصوص القانونية النافذة كعلاقة الحكومة بالبرلمان وتقديم مشروعات القوانين وإعلان الحرب وقبول الهدنة... الخ أما تلك التي تنظمها قوانين واجراءات محددة تبقى بعيدة كل البعد عن مفهوم أعمال السيادة))<sup>23</sup>

ويثور التساؤل: ما مدى تطبيق القضاء الإداري الذي سوف يكون لنظرية أعمال السيادة مع إلغاء القيد التشريعي الذي كان مفروضاً عليه؟

وتبقى الإجابة على هذا التساؤل رهناً بتطبيقات المجلس وأحكامه وما يمكن أن ينتهجه في هذا المجال، ومن هنا فإنه ثمة تساؤل آخر يثور في هذا السياق: فما هو الحل القانوني في حال امتنع القضاء الإداري عن ممارسة رقابته في تلك القرارات؟

نحن نعتقد أن هذه المسألة غاية في الأهمية والخطورة، لأننا عندئذ سوف نكون بصدد إنكار للعدالة من جهة، ومخالفة لحكم الدستور نفسه الذي حظر تحصين أي قرار أو عمل من أعمال الإدارة من رقابة القضاء من جهة أخرى، ومن هنا فإننا نعتقد أنه سوف يكون من الصعب على القضاء الإداري الإحجام عن بسط رقابته في ضوء الحكم الدستوري الصادر.

في النهاية يبقى القضاء صاحب الكلمة الأولى الأخير في التمييز بين أعمال السيادة التي لا يختص بها والأعمال الإدارية التي ينظر بها.

<sup>22</sup> حكم المحكمة الإدارية العليا السورية القرار رقم 248 في الطعن 54 لعام 1974 - مجموعة المبادئ لعام 1974 المبدأ 116 ص 297 - مذکور لدى مصباح نوري المهائني - مبادئ القضاء الإداري - ج 2 - مؤسسة النوري - 2004 - ص 150

<sup>23</sup> قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 180 في الطعن 135 لعام 1983 - سجلات المحكمة لعام 1983 - ج 2 - مذکور لدى مصباح نوري المهائني - مبادئ القضاء الإداري - ج 1 - المرجع السابق - ص 348

## المطلب الثاني- السبل التي أوجدها القضاء للحد من آثار تطبيق نظرية أعمال السيادة:

حاول القضاء على مدى حقبة من الزمن التقليل ما أمكن من نطاق أعمال السيادة فأخرج عدد كبير من أعمال الإدارة التي كانت تعتبر من أعمال السيادة من نطاق هذه النظرية وأخضعها لرقابته، كما ابتدع القضاء نظرية القرارات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة ليراقب هذه الأعمال، وأخير وجد القضاء أن يقتصر تحصين هذه الأعمال من الإلغاء دون التعويض حيث قرر القضاء التعويض عن بعض أعمال السيادة وهذا ما سنتناوله بالبحث في هذا المطلب.

### الفرع الأول - مظاهر تقليص القائمة القضائية لأعمال السيادة:

سوف نعرض لبعض الاعمال التي تتضمنها هذه القائمة واتجاه القضاء إلى التضييق من نطاق هذه الاعمال:

#### أولاً - أعمال السيادة في المجال الداخلي:

من الأعمال المتعلقة بالعلاقات بين السلطة التنفيذية وغيرها من السلطات العامة الدستورية قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين لانتخاب مجلس الشعب والشورى والذي يعد من أعمال السيادة،<sup>24</sup> وقد انتهت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث

24 المحكمة الإدارية العليا الطعن 1939 لعام 30ق جلسة 1987/12/12 س33 ص22 والطعن رقم 2184 لعام 30ق

جلسة 1991/1/5 مذکور لدى د. محمد ماهر أبو العينين تطور قضاء الإلغاء - الجزء 1 ص 87 في حين اعتبرت المحكمة

لها إلى أن قرارات دعوة الناخبين للانتخابات البرلمانية لم تعد طبقاً لأحكام دستور 2012 من أعمال السيادة،<sup>25</sup>

قرار إعلان حالة الطوارئ في مصر وسورية يعد من أعمال السيادة دون ما يتخذ من تدابير تطبيقاً له،<sup>26</sup> أما في فرنسا فقد أصبح مرسوم إعلان حالة الطوارئ من الأعمال الإدارية.<sup>27</sup>

---

الإدارية العليا قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين لانتخاب اعضاء المجالس الشعبية لا يعدو أن يكون قرار اداري (الطعن رقم 163 لعام 39ق جلسة 1994/1/16 س39 ح1 ص 669 وما بعدها)

25 الطعن رقم 13836 لعام 59 ق.ع الدائرة الحادية عشر (موضوع) - تاريخ 2013/4/21 مشار إليه لدى -د. منى رمضان محمد بطيخ - الاتجاهات المتطورة لمفهوم وذاتية القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري - المرجع السابق - ص148-149

26 حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن 830 /20ق 1979/12/29 مجموعة 15 عام ص38، والطعن 1438 لعام 31ق31 جلسة 1987/3/6 س33 ص31 وطعن 1439 لعام 31ق31 جلسة 1989/6/25 مذكور لدى د. محمد ماهر أبو العينين تطور قضاء الإلغاء - الجزء 1 ص 187 وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى اعلان حالة الطوارئ ومدّها خارج ولاية المحكمة(راجع المحكمة الدستورية العليا القضية رقم295 لعام 24ق.د.بجلسة 2010/4/11 )

وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية إلى أن (( الأوامر والإجراءات الصادرة بالإستناد إلى قانون الطوارئ لاتعد من أعمال السيادة لأن المعتبر من أعمال السيادة هو مرسوم إعلان حالة الطوارئ ذاته أما الأوامر العسكرية والإجراءات الصادرة عن السلطة القائمة على تنفيذ حالة الطوارئ فإنها تعد من قبيل الأوامر والأعمال التي ينظر فيها القضاء المختص )) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 29 في الطعن 61 لعام 1971 - جلسة 1971/4/5 مجموعة المبادئ لعام 1971 المبدأ 112 ص252

27 C.E 23 octobre,1953 HUCKEL,Rec.P442 ; CE, ord. réf., 14 nov. 2005, M. Rolin, req. n° 286835, AJDA 2005. 2148

كما يدخل ضمن نطاق هذه المجموعة الأعمال الصادرة عن رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء في علاقاتهم المتبادلة كقرار رئيس الجمهورية بتشكيل الحكومة،<sup>28</sup> مرسوم تعديل التشكيلة الوزارية بناء على اقتراح الوزير الأول<sup>29</sup> قرار تعيين الوزراء والمحافظين،<sup>30</sup> إقالة الوزراء والمحافظين.<sup>31</sup>

ثانياً - أعمال السيادة ذات الصلة بالمسائل الدولية: تشمل هذه المجموعة الأعمال المتعلقة بسير المرفق الدبلوماسي بشكل عام ومثل هذه الأعمال لاتزال حتى الآن المجال المفضل لنظرية أعمال السيادة.

وتشمل هذه الأعمال كل ما تقوم به الدولة استعمالاً لسيادتها في المجال الدولي أو بصورة عامة، أي عمل بشأن ممارسة المهام الدبلوماسية ذاتها.<sup>32</sup>

كما تشمل كل ما يتعلق بإتمام المعاهدات الدولية منها المفاوضات التمهيدية،<sup>33</sup> الأعمال المتعلقة بالتفاوض على وضع أو تنفيذ الاتفاقات الدولية،<sup>34</sup> والقرارات المتعلقة بتنفيذ

---

28 C.E,16 sept 2005 ,Hoffer , A.J.D.A.2005 P1757

محكمة القضاء الإداري الدعوى 4853 لعام 61 ق جلسة 2007/5/8 - المبادئ الهامة في احكام محكمة القضاء الإداري -

الدائرة الأولى -دائرة الحقوق والحريات 2005-2007 المكتب الفني لقضايا الدولة طبعة 2008 ص59-60  
29 C.E,29dec 1999 ,Lemair , Rec p577

30 محكمة القضاء الإداري دعوى 39323 لعام 60 ق جلسة 2007/2/27 2005 المبادئ الهامة في احكام محكمة القضاء

الإداري - الدائرة الأولى -دائرة الحقوق والحريات 2005-2007 مرجع سابق ص-57

31 محكمة القضاء الإداري دعوى 4853 لعام 61 ق جلسة 2007/5/8 المبادئ الهامة في احكام محكمة القضاء الإداري -

الدائرة الأولى -دائرة الحقوق والحريات 2005-2007 مرجع سابق ص-59

32 CE 4 mars. 1970, Desdame, Rec. CE, p.152

33 C.E.Section13 juillet 1979 ,Caparex ,R. p319 A.j.d.a.1980 P371, CONCL A.Bacquet.

34 C.E.5fév 1926,Dame Caraco,REC.p 125 ;D.1927.3.1,Note Devaux



المعاهدة مادامت هذه القرارات تثير مسائل تتعلق بالقانون الدولي أو لا يمكن فصلها عن العلاقات الدولية من ذلك مبدأ إمكانية تصدير الغاز الزائد لإسرائيل إعمالاً لاتفاقية السلام يعد من أعمال السيادة،<sup>35</sup> ويجب الملاحظة أن القرارات التي تصدرها الجهات الإدارية في الدولة تنفيذاً للمعاهدات والتي تمس رعايا هذه الدولة تخضع للرقابة القضائية،<sup>36</sup>

أما في خصوص تفسير المعاهدة كانت تعد من أعمال السيادة حيث لا يقبل الطعن في التفسير الوزاري للمعاهدات الدولية،<sup>37</sup> إلا أنه وابتداءً من عام 1990 استقر مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ اختصاص القاضي بتفسير المعاهدات الدولية وانتهى الالتزام بإحالة مسألة التفسير إلى الحكومة وإيقاف الفصل في الدعوى لحين وروده والتقييد به حال وجوده،<sup>38</sup>

---

وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة المصري حيث اعتبر قرار رئيس الجمهورية بعقد اتفاقية السلام بكامب ديفيد من أعمال السيادة (الدعوى 187 لعام 33 جلسة 1/5/1979) مذكور لدى د. محمد ماهر أبو العينين تطور قضاء الإلغاء - الجزء 1 - ص 82 أيضاً اتفاقية الدفاع المشترك بين الدول العربية تعد من أعمال السيادة (راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 48 لعام 4 ق بجلسة 21/1/1984 مجموعة احكام المحكمة ج 3 ص 22

35 المحكمة الإدارية العليا الدائرة الأولى حكما في الطعنين 6013 و 5546 لعام 55 ق بجلسة 27/2/2010 غير منشور

36 المحكمة الإدارية العليا الطعنان رقما 143، 1640 لعام 40 ق بجلسة 3 ديسمبر 1994 غير منشور

C.E.14 Janvier 1987 ,Soc.Delmas-Vieljeux,A.J.1987,p359, observation x préto 33

في مصر اعتبرت محكمة القضاء الإداري النزاع في تفسير المعاهدات وتطبيقها من أعمال السيادة راجع حكم محكمة القضاء الإداري جلسة 26/5/1949 ص 3 ص 851 مذكور لدى د.حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - الجزء 1 ص

كما تشمل هذه المجموعة تصرفات ممثلي البلاد في الخارج في نطاق مهمتهم الدبلوماسية لا سيما ما يتعلق منها بحماية رعايا الدولة المتواجدين في بلادٍ أجنبية كلما كان لهذه الحماية صفة الدولية إذا كانت تؤدي وفق أحكام القانون الدولي إلى تدخل الحكومة أو أحد ممثليها في مواجهة الدولة الأجنبية بهدف حماية رعاياها أو أموالهم ومصالحهم يستوي في ذلك الامتناع عن هذا التدخل أو ممارسته بصورة غير كافية،<sup>39</sup> ومنها رفض التدخل لإجراء المفاوضات مع إحدى الدول للتوصل إلى تنفيذ قرار قضائي.<sup>40</sup>

ويلاحظ أن مجمل الأعمال المتعلقة بالخدمة القنصلية خرجت من القائمة،<sup>41</sup> حيث أن مجلس الدولة الفرنسي فرض رقابته على رفض منح الحماية القنصلية،<sup>42</sup> ورفض إصدار جواز مرور laissez-passer.<sup>43</sup>

ويدخل في فئة الأعمال الدولية أعمال الحماية الدبلوماسية والقنصلية كالقرار الذي يخطئ في نوعية الحماية<sup>44</sup> التدابير التي تعد غير كافية للحماية الدبلوماسية.<sup>45</sup>

راجع بهذا الخصوص د. محمد فؤاد عبد الباسط - اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية - دار الجامعة

الجديدة - 2007 - ص 255

39 T.C.2Déc1991 ,Coface ,A.J.1992,p617,note G.Teboul, Conclusion R.Abraham

راجع د. مصباح عرابي - المرجع السابق - ص 99 ومابعداها

40 C:E.28 mars 1993 ,Robin, J.C.P1993 IV p212

41 CE 30 juin 1999, Guichard, req. no 191232, Rec. CE, p. 218

42 CE, sect., 29 janv. 1993, Bouilliez, req. no 111946 , RFD adm. 1993. 794, concl. Scanvic, note Ruzié, AJDA 1993. 364, note G. Burdeau , Petites affiches 17 mai 1993, no 59, note Célérier

43 CE 6 avr. 2001, Guler, req. no 213061 , Rec. CE, tables, p. 985 et 1000

44 C.e 12 mai 1911 ,Olszenski,Rec p551

45 CE 22 avr. 1953, Delle Buttner, Rec. CE, p. 184 ; CE 2 mars 1966, Vve Cramencel, Rec. CE, p. 157, RGDI publ. 1966. 791, note C. Rousseau

وبالنسبة لمراسيم تسليم المجرمين أصبحت ابتداء من 1937 تعد أعمال تقبل الطعن بالإلغاء<sup>46</sup> وفي سورية تعد قرارات لجنة تسليم المجرمين قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء.<sup>47</sup>

وبخصوص الأعمال المتعلقة بالحرب فليس كل عمل يتم بمناسبة الحرب يعد من أعمال السيادة وإنما يعد منها فقط ما يتعلق بسير العمليات العسكرية أو كنتيجة مباشرة لأحداث الحرب أي كل عمل أو قرار يتصل اتصالاً مباشراً وضرورياً بعملية من العمليات الحربية بالمعنى الضيق سواء تم على أرض الوطن أم خارجه،<sup>48</sup> وقد أخرج مجلس الدولة الفرنسي التصرفات المتعلقة بممارسة حق الاستيلاء البحري والغنائم البحرية من دائرة أعمال السيادة،<sup>49</sup> وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي الاجراءات التي تتخذ ضد الأجانب في وقت الحرب من أعمال السيادة فترة من الزمن،<sup>50</sup> الا أنها أصبحت اليوم تخضع لرقابة القضاء الإداري،<sup>51</sup> وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن قرار قائد

46 C.E. 28 mai 1937. Decref, sirey 1937,3,73, note Laroque  
C.E. Ass.30mai 1952. Kirkwood RD publ. 1952. 781, note Waline, concl. Letourneur,  
sirey1953,3,33, note Bouzat

47 رأي قسم الفتوى والتشريع رقم 85 لعام 2006 القضية 243/ف/2006 تاريخ 2006/2/28 - مذكور لدى أهم الأراء

الصادرة في قسم الفتوى والتشريع خلال الأعوام من 2005 وحتى 2010 - ج2 - بلا دار نشر - بلا تاريخ نشر - ص 537

وما بعدها

48 د،مصطفى أبو زيد فهمي - قضاء الإلغاء - 2005- ص359 وراجع أيضاً حكم محكمة بنها الابتدائية الصادر في

1959/2/28 مذكور لدى د.حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - الجزء 1 - ص 182

49 C.E 11Jan 1949 , Comp belge ,R.D.P 1948 p 93

مذكور لدى د.رأفت فودة - أصول وفلسفة قضاء الإلغاء - المرجع السابق - ص 328

50 C.E 4Jan 1918 , De Graty ,R.D.P 1918 p 217 note Jeze

51 C.E 21Oct 1936 , Gilof , Rec ,P 898; C.E 2Oct 1949 , Persager , Rec ,P 431

الجيش الثالث الميداني باستمرار استيلاء وحدات الجيش على أرض النزاع هو قرار اداري ولا يعد من أعمال الحرب لأنه لم يصدر كنتيجة مباشرة للعمليات الحربية.<sup>52</sup>

### الفرع الثاني - تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال على أعمال السيادة:

ومن مظاهر التقليل من نطاق نظرية أعمال السيادة أيضاً اللجوء إلى نظرية القرارات المنفصلة حيث أن أعمال السيادة باعتبارها أعمال مركبة لا تتحصن كلها من الرقابة القضائية، وإنما يستثنى منها القرارات التي يمكن فصلها والطعن فيها على استقلال تطبيقاً لنظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي تساعد على الحد من اتساع نظرية أعمال السيادة.

ويصبح العمل قابلاً للفصل عندما يترك القانون الدولي للدولة هامش من الحرية والاستقلال الذاتي في المبادرة للتنفيذ واختيار الوسائل.<sup>53</sup>

وتطبيقاً لنظرية القرارات القابلة للانفصال: فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مرسوم تكليف أحد النواب بمهمة لدى إحدى الإدارات أو لصالحها هو قرار منفصل عن علاقة السلطتين التشريعية والتنفيذية.<sup>54</sup>

52 المحكمة الإدارية العليا الطعن 1942 لعام 27 ق جلسة 1981/12/25 س 28 ص 317 - مذكور لدى د. محمد ماهر

أبو العينين - المفصل في شرح اختصاص مجلس الدولة - المرجع السابق - ص 447

53 MASSOT, concl. sur CE 19 févr. 1988, Sté Robotel, D. 1988. 365 ; V. égal., ODENT, concl. sur T. confl. 2 févr. 1950, Radiodiffusion française c/ Sté Radio-Andorre, préc. supra, n° 10, estimant qu'il y a acte détachable « dès l'instant que les autorités françaises jouissent d'une certaine indépendance dans le choix des procédés par lesquels elles exécutent leurs obligations internationales, qu'elles ont l'initiative des moyens grâce auxquels elles se conforment aux dites obligations »

54 C.E 25 sept 1998, Mégret , AJDA 1999, p. 240, note F. Lemaire, et p. 409, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; RFD adm. 1999, p. 345, note L. Baghestani-Perrey ; D. 1998, IR p. 238

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية على العلاقات الدولية ومن ذلك: القرار القاضي بمنح الإذن ببناء قنصلية جمهورية الفيتنام الشعبية في باريس،<sup>55</sup> والإذن الصادر عن السلطات الفرنسية والقاضي بالسماح لمحطة إذاعية أجنبية بوضع الجهاز الخاص ببث برامجها الإذاعية في الإقليم الفرنسي،<sup>56</sup> كما أن مجلس الدولة المصري قد طبق أيضاً هذه النظرية حيث قرر أن القرار الذي يرخص ببيع الغاز لإسرائيل هو عمل قابل للانفصال عن مبدأ إمكانية تصدير الغاز الزائد لإسرائيل إعمالاً لاتفاقية السلام الذي يعد من أعمال السيادة.<sup>57</sup>

**الفرع الثالث- قبول دعوى التعويض عن أعمال السيادة:** قصر مجلس الدولة الفرنسي عدم اختصاصه بنظر أعمال السيادة على قضاء الإلغاء فقط وسمح برفع دعوى التعويض للمضروور من عمل السيادة.

حيث اعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية إثارة مسؤولية الدولة وقبول دعاوى التعويض التي ترفع عن الأضرار التي تسببها طائفة من هذه الأعمال وهي الأضرار التي تسببها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية للأفراد وذلك على أساس مبدأ المساواة أمام

55 C.E 22Déc1978,Vo thanh Vghia , A.J.D.A1979 no 4 p 36 conclusion Genevois  
56 C.E.Sect.17 dec 1982 ,Sos.Radio Monte-carlo ,Rec.418; A.J.D.A,1983,170,chr.  
Lasserre et Delarue

57 حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الدائرة الأولى - موضوع - الطعن رقم 5546 و 6013 لعام 55 القضائية عليا

- الطعن رقم 7975 لعام 55 ق.عليا - جلسة 27 /2/ 2010 - غير منشور

من حيثيات الحكم ((أن أعمال السيادة استثناء يمثل خروجاً على مبدأ المشروعية ويخضع لقاعدة التفسير الضيق وعدم القياس ، وبالتالي فإن القائمة القضائية لما يعد من قبيل هذه الأعمال يسير في اتجاه مضاد لاتساع دائرة الحقوق والحريات العامة ، ومن جانب آخر فإن شمول عملية مركبة تقوم بها السلطة التنفيذية لعمل من أعمال السيادة لا يسوغ حصانة على ما قد يتصل بها

من أعمال هي بطبيعتها من قبيل القرارات الإدارية التي تظل خاضعة لرقابة قاضي المشروعية))

الأعباء العامة وذلك شريطة أن لا يكون في الاتفاقية نفسها أو القانون الذي أذن بالتصديق عليها ما يمكن تفسيره على أنه استبعاد لأي تعويض، من ناحية أخرى وفيما يخص الأضرار التي يطلب التعويض عنها يجب أن تكون هذه الأضرار على درجة كافية من الخطورة ولها الطابع الخاص،<sup>58</sup> كما إن الدولة يمكن أن تعوض استنادا إلى خرق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة الضرر الناجم عن عدم التمكن من تنفيذ حكم قضائي بسبب الحصانة من التنفيذ التي تتمتع بها الدول.<sup>59</sup>

وبالتالي فإذا كانت الدولة تسأل عن الأضرار الناجمة عن المعاهدات الدولية على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة مادامت تسأل عن الضرر الذي ينتج عن القانون نفسه،<sup>60</sup> فإنه يجب من باب أولى أن تسأل عن الأعمال الحكومية التي لا يفترض أن تتمتع بحصانة أقوى من تلك التي للقانون والمعاهدات، على أن إمكانية التعويض عن عمل السيادة إذا كانت ممكنة التحقق في فرنسا حيث لا يوجد سند تشريعي لأعمال السيادة فإنها غير متصورة في مصر وسورية وذلك لوجود نصوص تشريعية تمنع القضاء صراحة من التعرض لأعمال السيادة فلا بد إزاء هذه المشكلة من إلغاء هذه النصوص التشريعية،<sup>61</sup> أو على الأقل تعديلها بحيث تتضمن منع القضاء من إلغاء أعمال السيادة فقط وبالتالي السماح بتعويض الأضرار الناتجة عنه .

58 CE, ass., 30 mars 1966, Cie générale d'énergie radio-électrique, Rec. CE, p. 257, RD publ. 1966. 774, concl. Bernard, note Waline, GAJA no 85, 15e éd., 2005, Sirey

59 CE, sect., 14 oct. 2011, Mme Saleh et a., req. no 329788 , AJDA 2011. 1980, obs. S. B

60 CE, ass., 14 janv. 1938, Sté des produits laitiers La Fleurette, Rec. CE, p. 25 , RD publ. 1938. 87, concl. Roujou, note Jèze

61 د. جابر جاد نصار - مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض) - المرجع السابق - ص 166-167

فلا بد من فتح باب التعويض عن الأضرار الناتجة عن أعمال السيادة ويجد التعويض أساسه القانوني في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة الذي يحتم أن يتم تعويض المضرور عن الأضرار التي تصيبه من جراء أعمال السيادة مما يخفف من وطأة هذه النظرية.<sup>62</sup>

ونؤيد الاتجاه الفقهي والقضائي الذي يذهب الى حصر حصانة عمل السيادة ضد الإلغاء فقط والسماح للمتضررين من هذا العمل بالمطالبة بالتعويض عند حدوث ضرر خاص وجسيم وذلك على أساس المخاطر ومبدأ المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء العامة فالي يهم الأفراد هو الحصول على تعويض عادل عن الأضرار الناتج عن عمل السيادة دون إلغاء هذا العمل.

وإلى أن تتم هذه الأمنيات فإن الأمل معقود على القضاء الإداري حامي الحقوق والحريات الذي يقع عليه تقليص هذه النظرية أكبر قدر ممكن.

<sup>62</sup> ضياء الدين الأشقر- اتجاهات القضاء الإداري في الرقابة على أعمال السيادة- ماجستير - مرجع سابق -

## الخاتمة:

بعد إن استعراضنا جوانب البحث توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات نجملها بالتالي:

### أولاً-النتائج:

1 -تقوم نظرية أعمال السيادة على إعفاء طائفة من أعمال السلطة التنفيذية - والتي يرى القاضي الا يتصدى لها وان يتركها لمطلق تقدير الإدارة - من الرقابة القضائية، وتمثل هذه النظرية استثناء وخروجاً على مبدأ المشروعية الذي يستوجب خضوع جميع الاعمال الصادرة عن الادارة للقانون ولرقابة القضاء.

لذلك عمل القضاء في أحكامه الحديثة على التقليل من نطاق هذه النظرية بشكل كبير حيث عد بعض الأعمال التي كانت تعد من قبل عمل سيادة أعمال إدارية عادية وأخضعها لرقابته، كما أنه ظهرت احكام عديدة تبيح التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذه الأعمال أي أقتصر عدم خضوع اعمال السيادة على الإلغاء فلا يجوز إلغائها وهو ما ساهم ذلك من الحد من نتائج وآثار هذه النظرية.

2- حاول القضاء في أحكامه الحديثة التقليل من نطاق هذه النظرية بشكل كبير حيث عد بعض الأعمال التي كانت تعد من قبل عمل سيادة أعمال إدارية عادية وأخضعها لرقابته.

3- ظهرت احكام عديدة تبيح التعويض عن الأضرار الناتجة عن هذه الأعمال أي أقتصر عدم خضوع اعمال السيادة على الإلغاء فلا يجوز إلغائها وهو ما ساهم ذلك من الحد من نتائج وآثار هذه النظرية.



التوصيات:

- 1- نوصي مجلس الدولة السوري بتقليص نطاق أعمال السيادة واخضاعها لرقابته لإلغاء القيد التشريعي الذي كان مفروضاً عليه.
- 2- التوسع في تطبيق نظرية القرارات المنفصلة عن أعمال السيادة باعتبارها أعمال مركبة لا تتحصن كلها من الرقابة القضائية، الأمر الذي يساعد على الحد من اتساع نظرية أعمال السيادة.
- 3- نهيب بالمشروع السوري تكريس نظرية التعويض عن أعمال السيادة على أساس المخاطر والمسؤولية دون خطأ تشريعياً.
- 3- نهيب بمجلس الدولة السوري بقصر حصانة عمل السيادة ضد الإلغاء فقط والسماح للمتضررين من هذا العمل بالمطالبة بالتعويض عند حدوث ضرر خاص وجسيم وذلك على أساس المخاطر ومبدأ المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء العامة ولا سيما بعد أن الغي القيد التشريعي الذي كان مفروضاً عليه.

المراجع:

1. د. جابر جاد نصار - مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية (قضاء التعويض) - دار النهضة العربية - 2007.
2. د. سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - الطبعة الأولى - منشأة المعارف 2004.
3. د. طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة - مكتبة القاهرة الحديثة
4. د. ماجد راغب الحلو - القرارات الإدارية - دار الجامعة الجديدة - 2009
5. د. محمد فؤاد عبد الباسط - اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية - دار الجامعة الجديدة - 2007
6. د. محمد ماهر أبو العينين - تطور قضاء الإلغاء - الجزء 1 - دار ابو المجد للطباعة - 2009
7. د. مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن أعمال القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية، جامعة ابن خلدون، تيارات، الجزائر، 2012-2013،

8. د.حمدي ياسين عكاشة - موسوعة القرار الإداري - الجزء 1 - بلا دار  
نشر-2010.

9. د.رأفت فودة - أصول وفلسفة قضاء الالغاء - دار النهضة العربية -  
2011

10.د.عبد الفتاح حسن - القضاء الاداري - الجزء الأول - قضاء الإلغاء  
-1978 - مكتبة الجلاء الحديثة

11.د.عبد الله طلبة - مبادئ القانون الاداري -ج2 ط4 - جامعة دمشق -  
2000/1999

12.د.محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة  
دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الأول، العدد الثاني،  
2006، ص136

13.د.مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري ومجلس الدولة (قضاء  
الإلغاء) - الطبعة 12 - بلا دار نشر - 2006.

14.د.يسرى العصار - قانون القضاء الإداري - دار النهضة العربية -  
2011

15. د. يسرى العصار - نظرية أعمال السيادة في قضاء المحكمة الدستورية

العليا في مصر والكويت - مقال - مجلة اتحاد الجامعات العربية -

ع12 - 2000-

16. ضياء الدين الأشقر - اتجاهات القضاء الإداري في الرقابة على أعمال

السيادة - ماجستير - جامعة دمشق - 2019

17. محمد عبد الحافظ هريدي - أعمال السيادة - مطبعة لجنة التأليف

والترجمة والنشر - 1952-

18. مصباح نوري المهائني - مبادئ القضاء الإداري - ج1+ج2 -

مؤسسة النوري - 2004

# الوسائل الودية بديلاً عن التحكيم في تسوية

## المنازعات التجارية

الباحثة: راما وليد حسن

كلية الحقوق - جامعة دمشق

### الملخص

على الرغم من تميز أسلوب التحكيم في حل المنازعات العقدية بصفة عامة بالعديد من المميزات، منها السرية، وسرعة حل النزاع، وحرية الأطراف المتنازعة في اختيار المحكمة التي يعهد إليها بحسم النزاع، إلا أنه في مجال تسوية المنازعات في العقود التجارية حدث تراجع لبعض هذه المميزات، وخاصة تلك المتعلقة بسرعة الحل والاقتصاد في التكلفة. حيث يشهد الواقع العملي ارتفاع نفقات التحكيم بشكل مخيف، كما أن هذا النظام لا يتسم بالسرعة التي تتفق مع المفهوم المستقر في الأذهان.

لذلك قد يلجأ طرفا النزاع رغبة منهما في حل ودي لهذا النزاع إلى عدة وسائل بديلة، كالتفاوض المباشر أو الوساطة أو التوفيق أو المصالحة أو المحاكم المصغرة. وكذلك فالتحكيم لا يبدأ عادة إلا بعد تفاقم النزاع بين أطرافه، واتخاذهم مواقف لا تتسم بالود، مما يضيف عليه بعض خصائص التسوية القضائية، من حيث طول الإجراءات، والتركيز على الجانب القانوني، دون عناية كافية بالنزاع ذاته، الأمر الذي دفع بعض أطراف النزاع إلى محاولة التحرر قدر الإمكان من عملية التحكيم.

وتتميز هذه الوسائل البديلة بمجموعة من المميزات منها ما يرتبط بماهيتها كخضوعها لمبدأ الحرية التعاقدية وقلة الشكليات وتجاوز مبدأ المواجهة، إضافة إلى ميزات أخرى إجرائية وهي السرعة في حل المنازعات وقلة التكاليف وسرية الإجراءات. إلا أن هذه الوسائل الودية قد واجهت مجموعة من الانتقادات.

**كلمات مفتاحية:** المنازعات التجارية، التحكيم، التفاوض المباشر، الوساطة، التوفيق.

### **Abstract**

Although the arbitration method in resolving contractual disputes in general is characterized by many advantages, including confidentiality, speed of resolving the dispute, and the freedom of the disputing parties to choose the court entrusted with resolving the dispute. While in the field of dispute settlement in commercial contracts, some of these advantages have declined. Especially those related to speed of solution and economy of cost. The practical reality is witnessing a frightening increase in arbitration expenses, and this system is not characterized by the speed that is consistent with the concept settled in people's minds.

Therefore, the two parties to the conflict, in their desire to resolve this dispute amicably, may resort to several alternative means, such as direct negotiation, mediation, conciliation, reconciliation, or mini-courts.

Likewise, arbitration does not usually begin until the dispute between its parties has escalated and they have taken unfriendly positions, which gives it some of the characteristics of a judicial settlement, in terms of the length of the procedures and the focus on the legal aspect, without sufficient attention to the dispute itself, which has prompted some parties to the dispute to try Be as free as possible from the arbitration process.

These alternative means are characterized by a number of advantages, including those related to their nature, such as their submission to the principle of contractual freedom, lack of formalities, and bypassing the principle of confrontation, in addition to other procedural advantages, namely speed in resolving disputes, low costs, and confidentiality of procedures. However, these friendly methods have faced a number of criticisms

**Keywords:** Commercial disputes, arbitration, direct negotiation, mediation, conciliation.

### مقدمة:

لقد اقتضت طبيعة المنازعات التي قد تثيرها التجارة الدولية البحث عن وسائل تكفل الحفاظ على استمرارية العلاقات بين أطرافها، والبعد عن إطالة أمد النزاع، وفي ظل تعقيد الإجراءات أمام المحاكم وارتفاع تكاليف التحكيم، كل ذلك دعا إلى التفكير في الوسائل الودية كبديل عن التحكيم في تسوية المنازعات التجارية، كالتفاوض والتوفيق والوساطة.

وقد كانت هذه الوسائل الودية الأقدم ظهوراً، فقد ظهرت منذ بداية العلاقات التجارية حيث كان أطراف النزاع يتفاوضون في الأمور التي يختلفون عليها، فإن لم يتوصل أي منهما إلى حل يرضي الطرفين، يتدخل طرف ثالث محايد يوفق بين وجهات النظر. فهذه الوسائل الودية قد تكون نظماً مباشرة كالتفاوض والصلح، حيث يلتقي الخصوم وجهاً لوجه، يتدارسون أسباب شقاقهم كي يصلوا إلى كلمة سواء بينهم، وقد تكون هذه الوسائل الودية نظماً غير مباشرة كالتوفيق والوساطة، يتخذ فيها أطراف النزاع طرفاً آخر يأخذ بيدهم إلى إبرام اتفاق تسوية.

وقد أضحت لهذه الوسائل الودية أهمية كبيرة مع ازدياد العلاقات التجارية وتعقدتها، فقد اهتمت بها منظمة التجارة العالمية، حيث أصبحت ضرورة لا بد منها في ظل السرعة التي تقتضيها العلاقات التجارية.

وإذا كان لهذه الوسائل الودية بعض العيوب إلا أن مميزاتها جعلت أطراف النزاع يسعون إلى حل هذا النزاع بإحدى هذه الوسائل مختصرين على أنفسهم طريقاً طويلاً أمام القضاء ونفقات مرهقة أمام التحكيم.

### إشكالية البحث:

يمكن طرح إشكالية هذا البحث من خلال السؤال الآتي: ما هو دور الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية؟ هل تمكنت من الناحية العملية وفي كثير من الأحيان من

الحلول محل القضاء والتحكيم في تسوية هذه المنازعات، أم أنها ستبقى رديفةً ومكملةً لهما ولا بد من اللجوء إلى القضاء أو التحكيم اللذان يتمتعان بطابع الإلزام من أجل صيانة حقوق أطراف العلاقة التجارية؟

### أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في تبيان إمكانية الوصول إلى أفضل الطرق لحل المنازعات التجارية وبأسرع وقت ممكن وفق ما تستلزمه العلاقات التجارية، كذلك في توضيح مدى إمكانية اللجوء إلى هذه الوسائل الودية في مختلف ظروف العلاقات التجارية.

### أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف، أهمها:

- تحديد أهم أنواع الوسائل الودية بديلاً عن التحكيم لحل المنازعات التجارية.
- التفريق بين كل من التفاوض المباشر والوساطة والتوفيق وتمييزها عن التحكيم.
- تحديد مميزات وعيوب كل من الوسائل الودية لتسوية المنازعات التجارية.

### حدود البحث:

يلقي هذا البحث ضوءاً على أهم الوسائل الودية لتسوية المنازعات التجارية وهي: التفاوض المباشر والوساطة، والتوفيق، إضافة إلى مميزات وعيوب كل منها وتمييزها عن التحكيم. علماً أنه هناك وسائل أخرى كالصلح والمحاكم المصغرة لن يتم التطرق إليها إلا حيث يقتضي ذلك.

### منهج البحث:

للوصول إلى الأهداف المرجوة من هذا البحث، تم اتباع المنهج التحليلي، من خلال تحليل النقاط الواردة في كل جزئية من جزئيات البحث بدءاً من أنواع الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية، ثم الانتقال لتقييم هذه الوسائل.



### خطة البحث:

المبحث الأول: أنواع الوسائل الودية لتسوية المنازعات التجارية:

المبحث الثاني: تقييم الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية:

### المبحث الأول

#### أنواع الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية

الوسائل البديلة لتسوية المنازعات هي وسائل ودية، يلجأ إليها طرفا النزاع رغبة منهما في حل ودي للنزاع القائم بينهما، دون اللجوء إلى حل ملزم يفرض على أي منهما، لذلك تنوعت هذه الوسائل وتعددت بما يتناسب مع طبيعة المتنازعين وطبيعة النزاع، ومن الوسائل الودية الأكثر استخداماً لتسوية النزاع في العقود التجارية هي: التفاوض المباشر، والوساطة، والتوفيق.

ويتم تسوية المنازعات التجارية من خلال التفاوض المباشر بين طرفي العلاقة دون تدخل طرف آخر، وهذا ما سنبحثه في المطلب الأول، بينما قد تحتاج تسوية النزاع إلى تدخل طرف ثالث كما في الوساطة والتوفيق، وهذا سيكون موضوع المطلب الثاني.

### المطلب الأول

#### التفاوض المباشر

يعد التفاوض المباشر من أقدم أنواع الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، لكنه يحتاج إلى مهارات وميزات خاصة في الشخص القائم على عملية التفاوض. سنتناول دراسة التفاوض المباشر من خلال دراسة تعريفه أولاً، ثم كيفية اللجوء إليه ثانياً، ثم شروط اللجوء إليه ثالثاً، وأخيراً تقييمنا للتفاوض المباشر كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات.

### أولاً: تعريف التفاوض المباشر:

يعد التفاوض المباشر بين طرفي العقد أول طرق التسوية الودية التي يمكن اتباعها لحل المنازعات الناشئة عنه، إذا قرر طرفا المنازعة تسويتها تسوية داخلية بطريقة مباشرة<sup>(1)</sup>؛ إذ يجلس الطرفان معاً على طاولة واحدة، ويتفاوضان على حل المنازعة القائمة بينهما ودياً دون الاستعانة بطرف ثالث.

عرّف بعض الفقه عملية التفاوض المباشر بأنها: "عملية يحاول فيها طرفاً أو أطراف النزاع التوصل إلى اتفاق لتسوية خلافاتهم، وعندما يتم التوصل إلى اتفاق تكون جميع الأطراف المعنية على استعداد لقبوله والالتزام به"<sup>(2)</sup>.

ونرى أنه يمكن تعريف التفاوض المباشر بأنه "عملية حوار بين أطراف النزاع في محاولة لتقريب وجهات النظر بينهم حول أساس الخلاف، حتى يتمكنوا من وضع حل توافقي بأنفسهم دون تدخل طرف ثالث".

يعتمد الطرفان في عملية التفاوض على أن العلاقة بينهما مازالت ودية، ويستخدم كل منهما قدرته على التفاوض، وعلمه بتفاصيل العقد لكي يعرض عدة مقترحات قابلة للنقاش بهدف حل المنازعة. لذلك تعد عملية التفاوض المباشر أبسط طريقة لحل المنازعات الناشئة عن العقد وأقلها تكلفة.

---

(1) شرف الدين، أحمد، 2005- تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية (نماذج عقد الفيديك)، بدون ناشر، ص 63.

(2) بدران، محمد محمد، 2001- عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 295.

### ثانياً: كيفية اللجوء للتفاوض المباشر:

غالباً ما يرد شرط التفاوض لتسوية المنازعات ودياً قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بشأنها بشكل صريح في العقد، ومع ذلك قد يرد هذا الشرط ضمناً في العقد، كأن ينص أحد بنود العقد على تعهد الطرفين بحسم كل نزاع ينشأ عن العقد أو يرتبط به عن طريق التحكيم إن لم تقلح المفاوضات في حسمه.<sup>(3)</sup>

وقد يتفق الطرفان على تحديد فترة زمنية يلتزمان خلالها بالتفاوض لإيجاد حل للمنازعة، بحيث لا يجوز اللجوء قبل انقضائها إلى وسائل أخرى لتسوية هذه المنازعة،<sup>(4)</sup> كأن ينص بند في العقد على أن تحال إلى التحكيم كل المنازعات المتعلقة بتفسير هذا العقد أو تنفيذه إذا لم يتوصل الطرفان إلى تسويتها خلال مدة معينة.<sup>(5)</sup>

### ثالثاً: شروط اللجوء للتفاوض المباشر:

يجب البدء في عملية التفاوض المباشر في مرحلة مبكرة عند نشوء المنازعة بين طرفي العقد. ويتعين أن يكون مفاوضو كل من الطرفين على درجة عالية من المهارة في فن التفاوض. فالتفاوض مهارة لا تتوفر إلا لدى القليل من الأشخاص، ومن الضروري صقل هذه المهارة بالتدريب والتمرين عليها من أجل تحقيق النجاح والوصول إلى حل توافقي يرضي طرفي المنازعة.

كما ينبغي أن يتوافر لديهم إلمام شامل بموضوع المنازعة، حيث يرى جانب من الفقه أنه من المستحسن عند إجراء عملية التفاوض مشاركة المديرين التنفيذيين لدى كل من

---

(3) حمود، عبد العزيز المرسي، 2005- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، بدون ناشر، ص51.

(4) شرف الدين، أحمد، مرجع سابق، ص 64.

(5) حمود، عبد العزيز المرسي، ص51.

طرفي المنازعة في مناقشة الاقتراحات المطروحة للتسوية، على اعتبار أن موقعهم القيادي يجعلهم أكثر الأشخاص علماً بمختلف جوانب المنازعة وأسبابها الحقيقية،<sup>(6)</sup> مما يساهم بشكل كبير في الوصول إلى التسوية الأكثر موضوعية وقبولاً لدى الطرفين. وعلى الرغم من مميزات طريقة التفاوض المباشر في حل منازعات العقود التجارية، إلا أنه لا يمكن الاعتماد على هذه الطريقة بشكل دائم. ويكمن السبب وراء ذلك في افتقاد الثقة في فرص نجاح التفاوض، والخوف من قدرة الطرف الآخر أن يكون مفاوضاً محترفاً مما يمنحه مكاسب أكثر، وإن كان المهارة التفاوضية تعتبر ميزة، فإنها تولد القلق عند توافرها في الطرف الآخر، لذلك هنالك حاجة لزيادة الثقة في القدرة على التفاوض لتقليل المخاوف، وخلق مناخ من الثقة بين أطراف المنازعة، وغالباً فإن المواجهة المباشرة بين طرفي النزاع لا تعطي نتائج إيجابية، لذلك يلجأ طرفي النزاع إلى طرف ثالث صاحب خبرة وكفاءة، يتدخل بإيجابية لحل النزاع.

### المطلب الثاني

#### الوسائل الودية التي تقتضي تدخل شخص ثالث لحل المنازعات التجارية

هناك وسائل أخرى تختلف عن التفاوض المباشر بين طرفي المنازعة بضرورة تدخل شخص ثالث أجنبي عن العلاقة التجارية من أجل التوسط لدى الطرفين في حل النزاع، وهذه الوسائل هي الوساطة، والتوفيق.

#### أولاً: الوساطة:

تعد الوساطة الأصل التاريخي للوسائل البديلة لتسوية المنازعات، ومنها اشتُقت الأنواع الأخرى بما يتناسب مع ظروف العمل ومكانه وزمانه. سنبحث أولاً في تعريف

(6) Brian Totterdill, 2006- **FIDIC use's guide a practical guide to the 1999 Red**

**Book**, Thomas Telford Publishing., p247.

الوساطة، ثم ميزاتها ثانياً، ثم أنواع الوساطة ثالثاً، وأخيراً تقييمنا للوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات.

### 1. تعريف الوساطة:

تعد الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة، فهي المحرك والسبيل الأول لجهة إيجاد حل توافقي بين المتنازعين وتقع في قلب الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.<sup>(7)</sup> فهي الوسيلة الأكثر شيوعاً في حسم المنازعات التجارية<sup>(8)</sup>.

وقد عرف بعض الفقه الإنكليزي الوساطة بأنها: "وسيلة للتفاعل بهدف الوصول إلى اتفاق"<sup>(9)</sup>، ومن هذا التعريف نجد أن الفقه الإنكليزي نظر إلى الوساطة بمفهومها الواسع الذي يشمل الوساطة والتوفيق معاً، وذلك من خلال كلمة تفاعل (Interaction)<sup>(10)</sup>، والتي تحمل معنى التدخل الإيجابي بكافة صورته، بدءاً من التقارب في وجهات النظر، وصولاً إلى اقتراح الحل الأنسب للنزاع<sup>(11)</sup>.

ومن خلال ما سبق، يمكن تعريف الوساطة بأنها: "تدخل شخص ثالث لتسوية النزاع القابل للصلح، وذلك عن طريق السعي الحثيث لتلاقي الإرادات المتعارضة، دون اقتراح حل متكامل للنزاع بعيداً عن اقتراحات الطرفين".

(7) Alan Redfern & Martin Hunter, 1999– **law and practice of international commercial arbitration**, London, Sweet & Maxweel, p 8.

(8) Paul Neman, 1999– **Alternative Dispute Resolution**, london ,p9.

(9) Jean Timsit,2003– **An of Arbitrators**, Thomson sweet & Maxweel, 2003, p159.

(10) Jane Jenkins, – Simon Stebbings,2006– **International Construction Arbitration Law**, Kluwer Law International, The Netherlands, p131.

(11) الحريري، محمد فؤاد، 2012– **آليات تسوية المنازعات في عقود الفيدك النموذجية**، دار النهضة العربية، مصر، ص197.

## 2. مميزات الوساطة:

تأخذ الوساطة حيزاً واسعاً في حسم مختلف أنواع النزاعات، وباتت تبدو وكأنها الوجه أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة الحديثة والفعالة، وتدل الإحصائيات على أن (80%) من قضايا الوساطة تنتهي بنجاح التسوية<sup>(12)</sup>، وذلك لما تتميز به الوساطة من حيث كون القرار الصادر عنها هو من صنع طرفي النزاع ذاتهم، حيث يقتصر دور الوسيط على تشجيع الأطراف على التسوية، والمساعدة في تحديد ماهية وأسباب النزاع، وتحري الخيارات، وإزالة العقبات التي تحول دون التسوية الودية، ويبقى على أطراف النزاع أن يتفقوا، وأن يوافقوا على التسوية من ذاتهم، وأن يصنعوا قرارهم بأنفسهم<sup>(13)</sup>. فالوسيط لا يملك سلطة إصدار قرار نهائي وملزم، بل إن سلطته مجرد سلطة أدبية، تتجسد في حث المتنازعين على قبول اقتراحاته وتوصياته، والتي تشكل سبيلاً لحل النزاع القائم،<sup>(14)</sup> ومن هنا تظهر أهمية الوسيط وشخصيته التي يتوقف عليها نجاح الوساطة أو فشلها.

---

(12) الأحدث، عبد الحميد، 1998- موسوعة التحكيم في التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر، ص25.

(13) أبريان، علاء، 2008- الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص65.

(14) المنذر، هادي، 2004- الحلول البديلة للنزاعات القضائية، دار شمالي، الطبعة الأولى، بيروت، ص50.

فالوساطة طريقة سهلة ومجدية في حل النزاعات، تقوم أساساً على المفاوضات بين المتنازعين التي يديرها طرف ثالث. كذلك هي وسيلة اختيارية لا يوجد فيها أي مخاطرة؛ حيث يمكن لأي طرف من الأطراف الانسحاب منها في أي وقت يشاء<sup>(15)</sup>.

### 3. أنواع الوساطة:

تتخذ الوساطة أنواعاً عديدة، وتختلف هذه الأنواع باختلاف الدور الذي يقوم به الوسيط من حيث الصلاحيات والمهام الموكلة له، والتي تتباين عموماً بحسب النظام القانوني السائد، ويمكن أن نميز أربعة أنواع للوساطة وهي:

#### أ - الوساطة البسيطة:

والتي تترافق مع النزاعات البسيطة، وتتمثل بوجود شخص ثالث يسعى جهده للتقريب بين وجهات النظر المتباينة للفريقين المتنازعين،<sup>(16)</sup> حيث يمكن أن يكون هذا الطرف الثالث شخصاً أو أشخاصاً طبيعيين، أو شخصاً معنوياً متخصصاً في تسوية المنازعات بالوسائل الودية. والوساطة البسيطة تمثل المفهوم الضيق للوساطة، حيث أن مجرد ذكر كلمة الوساطة بدون أي صفة تميزها (كالتحكيمية أو القضائية أو الاستشارية .... إلخ) يُراد بها الوساطة بمفهومها الضيق، أي الوساطة البسيطة.

(15) ناجي، أحمد أنور، 2014- مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء،

مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، منشور على موقع المجلة:

<http://www.droitentreprise.com>

(16) الخالدي، إيناس خلف، 2016- التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، دار الثقافة للطباعة والنشر،

عمان، ص60.

ب- الوساطة الاستشارية:

وهي الوساطة التي تنتج عن استشارة، أي عندما يحصل النزاع ويرغب الطرفان في التسوية الودية لهذا النزاع، يلجأ إلى خبير أو محامٍ للحصول على استشارة فنية أو قانونية تكون أساساً لحل النزاع بينهما، ومن ثم يطلبان من الاستشاري التدخل كوسيط لوضع الاتفاق موضع التنفيذ، ورسم خطوطه الدقيقة.<sup>(17)</sup>

ج- الوساطة القضائية:

وهي نظام قضائي معمول به في الدول الأنكلوسكسونية، وهذا النظام على درجة عالية من الفاعلية في الدول المذكورة، حيث يقوم بالوساطة القضائية قاضٍ بإيعاز من وزارة العدل، ويتم تعيينه وفق الشروط التي حددها القانون، وتتم الوساطة القضائية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها قانوناً أيضاً.<sup>(18)</sup>

د- الوساطة التحكيمية:

وهي الوساطة التي تتحول إلى تحكيم في حال فشل الوسيط في التوصل إلى تسوية ودية عن طريق الوساطة<sup>(19)</sup>. وذلك عندما يتم الاتفاق بنص عقد الأساس أو في اتفاق لاحق على أنه في حالة نشوب نزاع بين طرفي العقد يتم عرض هذا النزاع على الوسيط المسمى في العقد أو في الاتفاق اللاحق حسب الحال. وفي حال فشل الوساطة في التوصل إلى حل يرضي الطرفين، يتحول الوسيط إلى محكم بصلاحيات كاملة.<sup>(20)</sup>

(17) المرجع السابق، ص 60.

(18) تقيمت، كريم، ما لا تعرفونه عن الوساطة القضائية، بحث منشور على الرابط التالي:

<http://www.djazairress.com/akhbarelyoum/107887> آخر زيارة 2024/1/24.

(19) منصور، محمد حسين، 2009- العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 477.

(20) الخالدي، إيناس خلف، مرجع سابق، ص 61.



هذا النظام يطلق عليه في الولايات المتحدة (MED/ARB)<sup>(21)</sup>. وللجوء إلى هذا الأسلوب يطمئن المتنازعين بتحقيق تسوية أكيدة لنزاعهم سواء بحل ودي أو بقرار تحكيمي، وقد استُخدمت هذه الوسيلة في الولايات المتحدة الأمريكية اعتباراً من عام 1970 في النزاعات التجارية ونزاعات العمل أيضاً، وقد عُرف هذا الأسلوب في قانون هونغ كونغ للتحكيم منذ عام 1990.<sup>(22)</sup>

#### 4. تقييمنا للوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات:

تتميز الوساطة عن التحكيم والقضاء؛ إذ إنها غير مرتبطة بأصول محاكمات وشكليات طويلة ومعقدة، بل إنها وسيلة سهلة ومرنة تهدف للوصول إلى نتائج ودية ومنصفة للنزاع ترضي الفريقين. ومن ميزات الوساطة أنها قليلة التكاليف لا تستغرق وقتاً طويلاً، فأطول وساطة تستمر من شهر إلى ستة أشهر، بينما الدعوى أمام القضاء تبقى سنوات طويلة.<sup>(23)</sup>

أما عيوب الوساطة البسيطة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات فهي على النحو الآتي:

أ. عدم التزام طرفي المنازعة بتنفيذ آراء الوسيط. ويرجع ذلك إلى أن كل من طرفي المنازعة لا يستشعر إلزامية هذه الآراء؛ استناداً إلى كون الوسيط باعتباره مجرد طرف محايد يقرب وجهات النظر المتعارضة. ولذلك يعتمد نجاح الوساطة على

(21) Mediation – Arbitration

(22) EL-HAKIM,1997- "Les modes alternatifs de reglement des conflits dans les droit des contrats" R.I.D.C, No2, p353 مذكور لدى أبريان، علاء، مرجع سابق، ص67

(23) الأحذب، عبد الحميد، مرجع سابق، ص25.

- المهارات التي يتمتع بها شخص الوسيط؛ إذ يقوم إلى حد كبير بدور المفاوض مع كل من الطرفين للتوصل إلى حل. (24)
- ب. ليس للوسيط أي سلطة في مواجهة طرفي المنازعة، فهو يسعى فقط لتقريب وجهات النظر، دون اقتراح الحلول. (25)
- ج. إن ما يصل إليه الوسيط ليس له أي قيمة ما لم يقبله الأطراف، ولا يعد قراراً أو حكماً، ولا تكون له حجية الأمر المقضي به ولا القوة التنفيذية، وإنما يقوم الأطراف بتنفيذه على أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد. (26)

### ثانياً: التوفيق

التوفيق هو صورة متطورة عن الوساطة، لذلك سوف ندرس في هذا المطلب تعريف التوفيق أولاً، ثم بعد ذلك سوف ندرس ثانياً مزايا التوفيق.

#### 1. تعريف التوفيق:

اختلف الفقه حول تعريف مفهوم التوفيق، وكان أساس الخلاف هو الخلط والتمييز بين مفهومي الوساطة والتوفيق. حيث رأى البعض أن التوفيق هو نوع آخر من الوسائل البديلة لحسم النزاعات التجارية، يتم بوساطة شخص ثالث حيادي ونزيه، يحاول أن يقرب وجهات نظر أطراف النزاع، ويقترح اتفاقاً صليحاً بينهم. يطلق على هذا الشخص اسم

(24) بدران، محمد محمد، مرجع سابق، ص300.

(25) وهذا حال الوساطة بمفهومها الضيق، دون الأخذ بالمفهوم الواسع والشامل لها

(26) سلامة، أحمد عبد الكريم، 2004- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة

العربية، القاهرة، ص58.

الموقَّع، وتكون قراراته غير ملزمة، ولا يمكن تنفيذها جبراً. ففي واقع الأمر، إن الموقَّع يقدم اقتراحات لأطراف النزاع في نهاية عمله.<sup>(27)</sup>

وكانت وجهة نظر البعض أن التوفيق في تسوية المنازعات هو في حقيقته وساطة، وهو عملية مرنة يقوم بها طرف ثالث محايد، ومدرب جيداً، يقوم بتسيير التفاوض بين طرفي النزاع على وجه معين. وقد لا تكون هذه التسوية في كثير من الأحيان استجابة لقواعد قانونية أو مبادئ قضائية مستقرة.<sup>(28)</sup>

ويذهب بعض الفقه إلى تعريف التوفيق بأنه محاولة الوساطة في إجراء تسوية ودية عن طريق شخص يُعرف بالموقَّع، والذي يدرس المنازعة<sup>(29)</sup>، ثم يقدم مقترحات وسط للتقريب بين الأطراف، وليس قرارات ملزمة.<sup>(30)</sup>

ونرى أنه يمكن تعريف التوفيق بأنه "تدخل إيجابي من طرف ثالث محايد ومستقل، لتسوية النزاع، يصدر قراره الذي هو عبارة عن اقتراح غير ملزم، يتصدى فيه لجوهر النزاع في المرحلة الأولى، قبل محاولة التقريب في وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة في مرحلة لاحقة."

(27) أبريان، علاء، مرجع سابق، ص 69.

(28) نصار، جابر جاد، 2003- التوفيق في بعض نزاعات الدولة دراسة مقارنة، بحث منشور في

مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الثالث والسبعون، ص 148.

(29) B. Oppetit, Arbitrage, 1984- Mediation et conciliation Rev. arb. No1. P56

مشار إليه لدى علاء أبريان، مرجع سابق، ص 69.

(30) منصور، محمد حسين، 2009- العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 477.

## 2. مزايا التوفيق:

- مما سبق نجد أن التوفيق يتميز بمزايا متعددة وهامة، وذلك لأسباب متعددة، يمكن استنتاجها من تعريف التوفيق وتمييزه عن الوساطة، وهذه الأسباب هي:
- أ- يقدم التوفيق لطرفي المنازعة، رأياً من طرف محايد وموضوعي ومستقل، يساعدهما للوصول إلى حل مرضٍ للنزاع الفني أو حتى القانوني القائم بينهما.
- ب- يضع التوفيق بين يدي الطرفين حلاً موضوعياً لجوهر النزاع، قائماً على رأي خبير أو خبراء فنيين وقانونيين، يستند على أسس موضوعية، هي غالباً ذات الأسس التي سوف يستند إليها التحكيم في المرحلة المقبلة.
- ج- هذا بالإضافة إلى المزايا المشتركة مع بقية أنواع الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، مثل قلة التكاليف والسرعة في البت بالنزاع والمحافظة على الجو الودي بين المتعاقدين.... إلخ، والتي سوف ندرسها بالتفصيل لاحقاً.

### المبحث الثاني

#### تقييم الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية

من خلال بيان الوسائل الودية لتسوية المنازعات التجارية وأنواعها، ودورها الكبير من الناحية العملية لحسم النزاع التجاري رغم عدم تمتعها بالإلزام، فإن عدم تمتعها هذا يمكن اعتباره ميزة لا عيباً في مثل هذه الوسائل لأنها تمنح كل طرف من أطراف النزاع شعوراً بأنه يقوم بالتنفيذ بدون ضغط أو إكراه من الطرف الآخر وكنا في المبحث السابق قد قيمنا كل وسيلة من وسائل تسوية المنازعات على حدة، في هذا المبحث سوف ندرس تقييم أسلوب الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية من خلال بيان ميزاتها وعيوبها وذلك بالمطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ميزات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

المطلب الثاني: عيوب الوسائل البديلة لتسوية المنازعات.

## المطلب الأول

### مميزات الوسائل الودية لتسوية المنازعات التجارية

تلعب الوسائل البديلة بأنواعها دوراً كبيراً في مجال التجارة الدولية، لما تتمتع بها من مميزات تتناسب مع طبيعة العمل في التجارة الدولية، من حيث اختلاف الأنظمة القانونية الدولية، وتنفيذ الحكم الأجنبي، إلى السرعة المعاملات والسرية التجارية... إلخ؛ مما عزز دورها الكبير في خلق تسوية ودية ينفذها أطراف العقد بإرادتهم الحرة.

يمكن تقسيم مميزات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات إلى مميزات متصلة بطبيعة هذه الوسائل البديلة (أولاً)، ومميزات ناتجة عن استخدامها (ثانياً)

#### أولاً: مميزات متصلة بطبيعة الوسائل البديلة:

مميزات الوسائل البديلة المتصلة بطبيعتها هي المميزات المرتبطة بماهية هذه الوسائل من حيث كونها وسائل تهدف لتسوية ودية للنزاع قائمة على أساس رضا الأطراف، وهذه المميزات هي:

#### 1. خضوعها لمبدأ الحرية التعاقدية:

يؤسس النظام القانوني المقارن نظرية العقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ يحكم العقد في جميع مراحلها، سواء في مرحلة إنشائه أو في مرحلة تنفيذه.

ويتخذ مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة إنشاء العقد ثلاثة أشكال:

أ- مبدأ الرضائية في العقود: ويعني ذلك وجود الرضا وهو شرط ضروري وكاف لإنشاء العقد بكافة بنوده.

ب- مبدأ حرية التعاقد: ويعني ذلك أن المتعاقد حر فيما يرتب على نفسه من التزامات متى شاء ومع من يشاء وهذه الحرية لا تسقط بمرور الزمن.

ج- مبدأ الحرية التعاقدية: ويعني حرية المتعاقدين في أن يدرجا في العقد ما يشاءان من شروط وبنود وشريطة عدم مخالفتها للآداب العامة والنظام العام، وهذه الحرية تشمل مضمون العقد.<sup>(31)</sup>

## 2. قلة الشكليات:

من خصائص الوسائل البديلة لتسوية المنازعات قلة الشكليات والإجراءات المطلوبة والمعقدة كما هو الحال في القضاء العادي والتحكيم، حيث إن إجراءات هذه الوسائل مبسطة ومرنة وطوعية وتوافقية على اعتبار أنها معدة أصلاً لفتح الباب أمام المتنازعين للسعي وبحسن نية إلى تحقيق حلول ملائمة وفعالة لجهة حل النزاع ودياً، وحفظ مصالحهم واستمرار نشاطهم.<sup>(32)</sup>

فالإطار غير الرسمي لهذه الوسائل وقلة الشكليات يشكل الميزة الأساسية التي تتمتع بها مقارنة مع التحكيم والقضاء. فعلى مستوى الوساطة وغيرها من الوسائل البديلة، يكون المبدأ هو استبعاد أي شرط شكلي، فمجرد اللجوء إلى هذه الوسائل يحقق مكاسب لكلا المتنازعين؛ لأنه في النهاية لا يوجد طرف محكوم له وطرف محكوم عليه.

والحل الذي تقدمه هذه الوسائل ليس مفروضاً على طرفيه بقوة القضاء أو الهيئة التحكيمية، فهذه الوسائل لا تخضع لتطبيق الإجراءات القانونية والقواعد التشريعية الأخرى، مما يعزز دور وفاعلية هذه الوسائل في حسم النزاعات، فالحل الودي الذي يقترحه الشخص الثالث سواء كان وسيطاً أم موقفاً يشكل مخرجاً مقبولاً أكثر من الحل المفروض بقوة القضاء التقليدي أو التحكيم.

(31) أبريان، علاء، مرجع سابق، ص 91-92.

(32) أبريان، علاء، مرجع سابق، ص 95.

### 3. تجاوز مبدأ المواجهة:

يترتب على اللجوء للتسوية الودية كخطوة إلزامية قبل اللجوء إلى التحكيم، تجنب إلقاء أي لوم محتمل على الطرف الذي يتخذ المبادرة نحو السعي للتسوية الودية للنزاع عوضاً عن اللجوء إلى استخدام أسلوب أكثر معاداة.<sup>(33)</sup>

لا تقتصر كافة الوسائل البديلة لحل المنازعات العمل بمبدأ المواجهة، كما هو الحال في التحكيم والقضاء التقليدي، فالمحكّمون والقضاة ملتزمون باحترام مبدأ المواجهة وحقوق الأطراف في الدفاع، ويعد هذا المبدأ أساس الدعوى القضائية أو التحكيمية.<sup>(34)</sup>

لا يعمل في الوسائل البديلة بمبدأ المواجهة، لأنه لا يتوجب على الوسيط أو أي شخص ثالث يكلف بحل النزاع أن يدعو الطرفين المتنازعين للاجتماع، وليس له إحاطة أحد المتنازعين علماً بما سمعه واستلمه من الآخر دون موافقة هذا الأخير، كما أنه لا يفترض أن يكون اجتماع الوسيط أو من يحل محله مواجهةً بأحد الأطراف أو حتى بالطرفين المتنازعين، بل قد تتم الاتصالات والاجتماعات بوساطة الهاتف أو الفيديو أو بالتواصل عبر الأقمار الصناعية، وتتم هذه الوسائل حتى عند تعدد الأطراف، وهذا الأمر متعذر في التحكيم بالنسبة للطرف الذي لم ينضمّ إلى اتفاقية التحكيم.

إضافة إلى ما تقدم فإن هذه الوسائل تقوم على التراضي، بينما التحكيم يبدأ بالتراضي ولكن بعد توقيع اتفاق التحكيم لا يعود للتراضي دور في حل النزاع، حيث يأخذ التحكيم مجراه وفقاً لإجراءات إلزامية محددة، بينما لا وجود لمثل هذه الإجراءات الإلزامية في الوسائل الودية لحل النزاعات.

(33) الحبشي، مصطفى عبد المحسن، 2008- التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية (دراسة

مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، ص 499.

(34) الأحذب، عبد الحميد، مرجع سابق، ص 49.

وطالما أن هذه الوسائل طوعية واختيارية، فهي تنتهي في أي وقت سواء من قبل الوسيط أو من قبل أي طرف ثالث يحل محله، أو حتى من قبل المتنازعين أنفسهم، وإذا حددت لها مدة زمنية، فإنها تنتهي بانتهاء هذه المدة ما لم يتفق على تمديدتها، فقلة الشكليات ومرونة إجراءات الوسائل البديلة في تحديد المهل والمكان، وعدم ارتباطها إجمالاً بشكليات المحكمة وأصول الترافع أمام المحاكم،<sup>(35)</sup> يعزز من مكانة وفاعلية هذه الوسائل، فقد أصبحت عوامل أساسية في تأثيرها على حل النزاعات وإيجاد حلول ذات طبيعة توافقية وودية، مما يجعل منها بدائل إضافية مناسبة في سبيل الوصول إلى نتائج إيجابية بالنسبة للمتنازعين، وهذا الأمر أدى إلى تفوق هذه الحلول على الوسائل الأساسية التقليدية.

### ثانياً: ميزات ناتجة عن استخدام الوسائل البديلة:

مميزات الوسائل البديلة الناتجة عن استخدامها هي الميزات في الإجراءات، والتي تظهر عند الأخذ بإحدى هذه الوسائل. وهي:

#### 1. السرعة في حل المنازعات:

لا شك أن العدالة البطيئة هي إنكار للعدالة، وحيث إن السرعة تعد من دعائم العمل التجاري، لا بل من المقومات الأساسية سواء من حيث التعامل أو من حيث حل النزاعات؛ وذلك لأن التأخير في حسم النزاعات يُذهب بحقوق المتنازعين أدارج الرياح ويفوت عليهم فرصاً قد لا تُعوّض في التعامل، لا سيما إذا تم حسم منازعاتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه المتغيرات الاقتصادية وتتخفض فيه القوة الشرائية للنقود. فالتعامل التجاري قائم على الأسعار، والأسعار تتغير من لحظة إلى أخرى في ظل الظروف

(35) المنذر، هادي، مرجع سابق. ص 21.



الراهنة، وما كان يرمي إليه التاجر أو الشركة من ربح قد ينقلب إلى خسارة بعد تقلب الأسعار، لاسيما إذا ما تعلق الأمر بالعملات.<sup>(36)</sup>

فالوقت لدى رجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبرى بمثابة المال، وعليه لا بد من إيجاد حلول فعالة وسريعة بغية حل نزاعاتهم، وخصوصاً بعد انتشار ثقافة العولمة وانفتاح الأسواق العالمية على بعضها بشتى المجالات، وخصوصاً أعمال التجارة، وأعمال البناء والتشييد الضخمة التي تحتاج إلى خبرات ومعدات ومواد عابرة للحدود.

وإزاء هذا التطور الكبير في عالم التجارة وتبادل الخبرات والمواد على المستوى الدولي، بدأ البحث لإيجاد حلول سريعة وأكثر فاعلية تواكب التطور الحاصل في ظل المتغيرات والتطورات، فجاءت هذه الوسائل لتحل محل القضاء التقليدي. فالكثير من بلدان العالم يتأخر فيها حسم النزاعات أمام القضاء، ويتكبد المتقاضون نتيجة لذلك نفقات باهظة كلما امتد أمد النزاع، وهذا هو حال التحكيم أيضاً الذي أصبح مقروناً ببطء حسم النزاع، بسبب إجراءاته الإلزامية في مرحلتي صدور وتنفيذ الحكم التحكيمي، فجاءت هذه الحلول البديلة مواكبة وموازية لعجلة التطور الحاصل في التعامل التجاري، لتقدم نموذجاً آخر لحسم المنازعات، وبديلاً أكثر جدوى في إيجاد صيغة توافقية وحلول عملية بغية إنهاء النزاع الحاصل في أسرع وقت، فأطول وساطة لا تستغرق أكثر من ستة أشهر<sup>(37)</sup>.

ويعزى ذلك لمرونة وبساطة هذه الوسائل، وغياب الشكليات فيها، على عكس ما نراه في القضاء والتحكيم؛ ولذلك هذه الوسائل مفضلة لاسيما في العقود ذات الأجل الطويل، كما هو الحال في عقود الأشغال الدولية والتي يستمر تنفيذ العقد فيها لمدة طويلة، ولذا أطلق

(36) أبريان، علاء، مرجع سابق، ص 97.

(37) الأحذب، عبد الحميد، مرجع سابق، ص 25.

البعض على هذه الوسائل بأنها عدالة غب الطلب.<sup>(38)</sup> وهذا يعني عند الطلب أو بعد الطلب.

## 2. قلة التكاليف في حل المنازعات:

من الانتقادات التي وجهت إلى التحكيم في الآونة الأخيرة، الكلفة الباهظة التي يتطلبها من حيث النفقات الإدارية وأتعاب المحكمين، الذين بدؤوا يتقاضون أتعاباً خيالية ومرتفعة نتيجة القيام بعملهم في حسم النزاع، وعليه عُرف التحكيم بقضاء الأغنياء<sup>(39)</sup>، في حين أن الميزة الأساسية التي تتمتع بها هذه الوسائل البديلة - إضافة إلى مرونتها وقلة الشكليات فيها- هو قلة تكاليفها مقارنة مع الوسائل التقليدية الأخرى.

وعلى سبيل المثال، تبدأ الرسوم الإدارية والتحكيمية في غرفة التجارة الدولية (ICC) من 2500 دولار أمريكي، وتعتمد أتعاب المحكمين على مقدار النزاع، وفي بعض الحالات الاستثنائية قد لا تلتزم غرفة التجارة الدولية بالأرقام المنشورة، وذلك حسب التعقيد في القضايا موضوع النزاع، وأيضاً بحسب مدة الإجراءات أو مقدار الوقت الذي استهلكه المحكمون<sup>(40)</sup>، مما يضيف على هذه الرسوم صفة التوجيه أكثر من الإلزام.

وتبدأ هذه الرسوم كما أشرنا سابقاً من 2500 دولار أمريكي لكل محكم للقضايا التي تبلغ قيمتها 50.000 دولار أمريكي وما دون، أما القضايا التي يكون فيها النزاع بشأن أموال أكثر فتتفاوت الرسوم وفقاً لذلك، فمثلاً في القضايا التي تصل قيمتها إلى 5 مليون دولار أمريكي تتراوح الرسوم ما بين 750.32 دولار أمريكي إلى 600.114 دولار

(38) الخالدي، إيناس خلف، مرجع سابق، ص 83

(39) المرجع السابق، ص 91.

(40) PeterTurner, 2003- "Resolution of International Disputes through Arbitration or ADR" Lawyers for the New Millennium. The Syrian bar association, Damascus, p.30.

أمريكي.<sup>(41)</sup> في حين نرى أن الرسوم الإدارية وأتعاب الوسيط والطرف الثالث الذي يقوم بمهمة حل النزاع تبدأ من 1500 دولار أمريكي وتزداد هذه التكاليف حسب القضايا موضوع النزاع ومدى الإجراءات ومقدار الوقت المستغرق في حسم النزاع بحيث لا يتجاوز مبلغ 10.000 دولار أمريكي.<sup>(42)</sup>

فهناك فرق واضح وكبير من حيث قلة التكاليف بين الوسائل الودية بأنواعها المختلفة، وبين الوسائل التقليدية الأخرى سواء كانت القضاء أو التحكيم، وهذا العامل وغيره شجّع المتنازعين على اللجوء للوسائل الودية لحل المنازعات.

### 3. سرية إجراءات الوسائل الودية:

من أهم الخصائص المميزة للقضاء ما يعرف بمبدأ علنية الجلسات، التي تعد من الضمانات الأساسية للتقاضي، وهذه الميزة التي يتميز بها القضاء التقليدي تعد أحد أسباب عزوف الأفراد والشركات التجارية التي تحرص على سمعتها عن اللجوء إلى القضاء العادي، واختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الدولية، وسبب ذلك هو ما يتميز به التحكيم من سرية في الإجراءات، فعلى خلاف القضاء الذي تعد العلانية أحد خصائصه المميزة، تعد السرية ميزة خاصة ينفرد بها قضاء التحكيم عن القضاء العادي. فمبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وتفرّد غالبية أنظمة التحكيم الدولية نصوصاً خاصة تنص على هذه السرية وتحض عليها.<sup>(43)</sup>

(41) Ibid, p31.

(42) المادة الرابعة من قواعد الحلول البديلة لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2001، على

موقع غرفة التجارة الدولية. [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org) آخر زيارة 2024/1/24.

(43) على سبيل المثال: -

إن السرية التي تحيط بنظام التحكيم قد تعرضت في الآونة الأخيرة لبعض الانتهاكات، واعتبر البعض أنها لم تعد من الركائز والمبادئ الأساسية لهذا النظام. وقد بدأ يصنف عدم الالتزام بالسرية من أهم العيوب المستجدة في نظام التحكيم؛ كون النزاع سيتم عرضه على طرف ثالث غير أطراف النزاع، مما يضطر الأطراف إلى بيان أسباب وتفاصيل هذا النزاع الحاصل بينهما.

أما الالتزام بمبدأ السرية في الواقع يعد أهم الركائز الأساسية في نظام الوسائل الودية لحل المنازعات<sup>(44)</sup>. فالمعاملون على صعيد التجارة وخصوصاً الدولية منها يرحبون بعدم معرفة النزاعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظراً لما تؤدي إليه هذه المعرفة من مساس بالمراكز المالية والاقتصادية لهؤلاء المتعاملين، فمبدأ العلانية الذي يحيط بالقضاء العادي والذي يشكل ضمانات من ضمانات العدالة، قد ينقلب سلباً عليهم؛ إذ من شأنه إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سراً مكتوماً، وكم من تاجر أو مستثمر أو شركة عالمية يفضلون خسارة دعواهم على كشف أسرار تجارتهم أو صناعاتهم التي تمثل في نظرهم قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضلون من أجله في الدعوى القضائية أو التحكيمية؛ وذلك لأن موضوع المنازعة التحكيمية أو القضائية والإعلان عنه ونشره قد يؤدي إلى فشل المشروع التجاري برمته، مما يستتبع أضراراً كبيرة لا يمكن تداركها.

- المادة 26 فقرة 7 من نظام غرفة التجارة الدولية.

- المادة 34 من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم.

- المواد من 73 إلى 76 من نظام المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (WIPO).

(44) H.Brown & A.Marriott, 1993-"**ADR Principles and practice**", Swear

&Maxwell,ed London, p.30.

مشار إليه لدى: الخالدي، إيناس خلف، مرجع سابق، ص91.

وإذا كان يمكن الوصول إلى قدر كبير من السرية في التحكيم العادي غير المؤسساتي، الذي يتسم بشكل عام بقلة الإجراءات، فإن السرية لا تتوفر بشكل كبير في التحكيم الذي تتولاه مؤسسات وهيئات تحكيمية دولية؛<sup>(45)</sup> نظراً للإجراءات الإلزامية المتصلة بالدعوى التحكيمية، وأدلة الإثبات القانونية التي على أساسها سيبنى القرار النهائي الملزم.

في حين أن السرية المطلقة تحيط بكافة جوانب وإجراءات الوسائل الودية، حيث إن الشخص الثالث الذي يقوم بمهمة حل النزاع سواء كان وسيطاً أم خبيراً أم له أي صفة أخرى يُحظر عليه أخذ محاضر جلسات الوساطة مهما كان نوعها وأينما وجدت،<sup>(46)</sup> وعليه أن يلتزم بالسرية المطلقة وألا يفشي المعلومات التي حصل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلا بموافقة طرفي المنازعة.

ويسبب هذه الميزات الكثيرة للوسائل الودية، وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قواعد للوساطة والتوفيق والخبرة الفنية والمحاكم المصغرة ومجلس مراجعة المرافعات، وبدأ العمل بها منذ عام 1990 تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة، وأنشئ المركز كفرع من فروع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من الوسائل البديلة الأخرى لحسم منازعات التجارة والاستثمار.<sup>(47)</sup>

(45) الخالدي، إيناس خلف، مرجع سابق، ص93.

(46) المادة السابعة من قواعد الحلول البديلة لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2001، على

الموقع: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

(47) إسماعيل، محمد عبد المجيد، 2003- عقود الإنشاءات الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، ص628.

ورغم الميزات الهامة والمتعددة للوسائل الودية لتسوية المنازعات إلا أنها تتصف ببعض العيوب التي ينبغي تفاديها، ومحاولة إيجاد الحلول لها لكي لا تؤثر على تطبيق هذه الوسائل في مجال تسوية المنازعات التجارية

## المطلب الثاني

### عيوب استخدام الوسائل الودية في تسوية المنازعات التجارية

يلقى نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات هجوماً يبلغ حد العنف أحياناً وخاصة في الدول النامية، فيرى البعض أن الوسائل الودية بمفهومها التقليدي وإن كانت أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاث، فالقضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، وإلا سادت الفوضى وضاعت حقوق الضعفاء.<sup>(48)</sup>

يرى البعض أن نظام الوسائل البديلة، وإن كان ضرورة ملحة في عصر التجارة الدولية، فهو شر لا بد منه، لذلك يجب أن يظل له طابع الاستثناء، فكل القواعد والأحكام التي يكرسها نظام الوسائل البديلة هي من صنع الدول المتقدمة، بل أسهمت في تكوين أدبياتها الشركات متعددة الجنسيات، ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية، فنظام الوسائل البديلة هو آلية من آليات النظام العالمي الجديد يستخدمها لضمان وزعامة دول الشمال المتقدم، وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف،<sup>(49)</sup> فالمقصود بهذا النظام هو منع القضاء الوطني من النظر في المنازعات ذات الطابع

(48) ناجي، أحمد أنور، مرجع سابق.

(49) المرجع السابق.

الدولي، فهو بمثابة طوق النجاة الذي يمكن الشركات الدولية من بسط سيطرتها، وتحسين نفسها ضد نزاعات القاضي الوطني، وتشدّد القوانين في دول العالم الثالث. إضافة إلى ذلك يرى هذا الاتجاه أن عدالة التهيئة التي تحبذ الحوار بناء على الوساطة ليست فكرة مقبولة دائماً، وتعطي انطباعاً بأن الوسائل البديلة لتسوية النزاعات تساهم في خلق نوعين من العدالة: هما العدالة المنتقصة والعدالة التقليدية. لذلك فإن هذه الوسائل لم تأخذ بعد مكانتها المرجوة، بل إنها لا تزال في ظل النظام القانوني اللاتيني وسائل نظرية لم تساهم بشكل فاعل في تسوية منازعات التجارة الدولية.<sup>(50)</sup>

ويرى آخرون أن أسلوب التفاوض المباشر ذريعة للمماطلة في حل النزاع لتحقيق مصالح ومآرب شخصية، فالمفاوضات تعتمد على قدرة كل من الطرفين على إدارة العملية التفاوضية، وعلى حاجة أو رغبة أحد الطرفين في استمرار العقد، مما يدفعه لتقديم تنازلات غير محققة، يدعم ذلك عدم حاجة طرفي التفاوض المباشر إلى تسبيب قرارهما النهائي.

ونرى أن النظرة الموضوعية لهذا الرأي تكشف عن مبالغة في نقد الوسائل البديلة؛ وذلك لأن بطء وتعقيد إجراءات التقاضي، وتعدد درجاته في الدول النامية، وبالتالي ضياع فرص الاستثمار الأمثل للأموال موضوع النزاع، أدى ذلك لإصرار شركات الاستثمار الدولية على استبعاد خيار اللجوء للقضاء الوطني، والتمسك بخيار حل النزاعات خارج حدود البلدان النامية وفق الاتفاقيات الدولية ذات الصلة. وبسبب الميزات الكثيرة والمهمة لنظام الوسائل الودية التي ذكرناها سابقاً، فقد تفوقت على نظام التحكيم الوطني وحتى

---

(50) موسى، محمد إبراهيم، 2005- التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية

منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 11.

الدولي. وبالتالي فإن تنظيم الوسائل الودية في حل النزاعات على المستوى الوطني والحضّ عليها يسهم بشكل إيجابي بتشجيع الاستثمار، ويحل جزءاً كبيراً من المشاكل الناتجة عن العدد الهائل من الدعاوى التي تحال إلى القضاء.

### خاتمة:

يعكس الاعتماد على الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية التنامي السريع لقطاع الأعمال، والذي يفرض على الشركات البحث عن سبل جديدة وفاعلة للتعامل مع المشاكل المتعلقة بالتجارة والاستثمار. وعندما تقوم الأطراف بتحويل النزاعات التجارية إلى الوسائل الودية، يمكن تجاوز بعض المشاكل التي تتعلق بالمرونة التشريعية والقضائية الداخلية في كثير من البلدان.

ومع ذلك قد لا تكون هذه الوسائل بديلاً دائماً للقضاء، بل هي إضافة له وفرصة لتحسين عملية فض المنازعات، وهناك حاجة أيضاً لضمان وجود قوانين وإجراءات فعالة للتأكد من أن الوسائل الودية تستخدم بشكل صحيح وفعال، وأنها لا تحرم أحداً من العدالة أو حقوقه المشروعة.

بشكل عام، يتم تبني الوسائل الودية لفض المنازعات التجارية بهدف تسهيل عملية فض النزاعات وتوفير بديل أسرع وأقل تكلفة من القضاء التقليدي.



وقد توصلنا في نهاية هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والمقترحات وفق الآتي:

### أولاً: النتائج:

1- الوسائل الودية البديلة لحل المنازعات التجارية قد تكون من خلال التفاوض بين طرفي العقد دون حاجة إلى تدخل طرف ثالث وبالتالي تعد تطبيقاً لقاعدة الحرية التعاقدية، وقد تكون بتدخل طرف ثالث لتقريب وجهات النظر.

2- تتشابه الوساطة مع التوفيق من ناحية تقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين، حتى أن بعض الفقه أصبح يعدهما شيئاً واحداً، وقد اعتبر البعض أن التوفيق هو أحد أنواع الوساطة، إلا أنه في الواقع يختلف التوفيق عن الوساطة في أنه يصلح للمنازعات التجارية الأكثر تعقيداً والتي قد لا تبدو الوساطة مجدية في حل هذه المنازعات.

3- إن الوسائل الودية تختصر كثيراً من الإجراءات طويلة الأمد أمام القضاء العادي، كما أنها تختصر الكثير من النفقات أمام التحكيم.

4- يرى البعض أن الوسائل الودية وحدها غير كافية لتحقيق العدالة عند حصول منازعة ما، فلا بد من توافر عنصر الإلزام لتحقيق العدالة، وهذا لا يتوافر إلا من خلال اللجوء إلى القضاء.

5- وأخيراً، فإن الأخذ بالوسائل الودية لتسوية المنازعات لا يلغي دور القضاء، فمن حق أي طرف عند تعرض حقوقه للانتهاك أن يلجأ إلى القضاء لإنصافه واستعادة حقوقه، إلا أنه بما أن المعاملات التجارية قائمة على مبدأ حسن النية الذي يعد مبدأً أساسياً في تنفيذ العقود، فلا ينبغي على الأطراف التسرع في اللجوء إلى القضاء قبل استفاد كل الوسائل الودية لحل الخلافات الناشئة بينهم.

**ثانياً: المقترحات:**

- 1- باعتبار أن العلاقات التجارية تقوم على السرعة في إنجاز المعاملات، ويقتضي ذلك السرعة في حل المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات، لابد من اعتماد الوسائل الودية في سبيل التوصل إلى أسرع طريق لحل هذا النزاع.
- 2- على الرغم من أن هذه الوسائل تستخدم بشكل متزايد في جميع أنحاء العالم، إلا أنها لا تزال بحاجة إلى التطوير المستمر والأبحاث المكثفة لضمان فاعليتها كبديل يمكن الاعتماد عليه لفض المنازعات بشكل ناجح في المستقبل.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

- 1- آبريان، علاء، 2008- الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 2- إسماعيل، محمد عبد المجيد، 2003- عقود الإنشاءات الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 3- الأحذب، عبد الحميد، 1998- موسوعة التحكيم في التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر.
- 4- الحبشي، مصطفى عبد المحسن، 2008- التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر.
- 5- الحريري، محمد فؤاد، 2012- آليات تسوية المنازعات في عقود الفيدك النموذجية، دار النهضة العربية، مصر.
- 6- الخالدي، إيناس خلف، 2016- التحكيم والوسائل البديلة لحل المنازعات، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان.
- 7- المنذر، هادي، 2004- الحلول البديلة للنزاعات القضائية، دار شمالي، الطبعة الأولى، بيروت.
- 8- شرف الدين، أحمد، 2005- تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية (نماذج عقد الفيدك)، بدون ناشر.

- 9- بدران، محمد محمد، 2001- عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 10- حمود، عبد العزيز المرسي، 2005- الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، بدون ناشر.
- 11- سلامة، أحمد عبد الكريم، 2004- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 12- منصور، محمد حسين، 2009- العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 13- موسى، محمد إبراهيم، 2005- التوفيق التجاري الدولي وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

ج- الأبحاث الالكترونية ومواقع الإنترنت:

- 1- تقيمت، كريم، ما لا تعرفونه عن الوساطة القضائية، بحث منشور على الرابط التالي: <http://www.djazairss.com/akhbarelyoum/107887>
- 2- ناجي، أحمد أنور، 2014- مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، منشور على موقع المجلة:

<http://www.droitentreprise.com>

د- القوانين واللوائح:

- 1- قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، 2001.
- 2- لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم التجاري لمركز أبوظبي لعام 1993. متوفرة على الرابط التالي:  
[www.adccac.ae/Arabic/CharterAndRegulations/Documents/regulationsa\\_new.pdf](http://www.adccac.ae/Arabic/CharterAndRegulations/Documents/regulationsa_new.pdf)
- 3- قواعد الحلول البديلة لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2001، على موقع غرفة التجارة الدولية. [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)
- 4- نظام غرفة التجارة الدولية.
- 5- نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم.
- 6- نظام المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (WIPO).

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Alan Redfern & Martin Hunter, 1999- **law and practice of international commercial arbitration**, London, Sweet & Maxweel.
- 2- Brian Totterdill, 2006- **FIDIC use's guide a practical guide to the 1999 Red Book**, Thomas Telford Publishing.
- 3- H.Brown & A.Marriott, 1993- "**ADR Principles and practice**", Swear &Maxwell,ed London.
- 4- Jane Jenkins, – Simon Stebbings,2006- **International Construction Arbitration Law**, Kluwer Law International, The Netherlands.
- 5- Paul Neman, 1999- **Alternative Dispute Resolution**, London.
- 6- PeterTurner, 2003- "**Resolution of International Disputes through Arbitartion or ADR**" Lawyers for the New Millennium. The Syrian bar association, Damascus.