



جامعة الزاوية
إدارة الدراسات العليا والتدريب
كلية القانون
قسم القانون العام

النظريات الاستثنائية على تصرفات الإدارة القانونية

إعداد الطالبة: صفية عبد الله عمر الخدراوي

إشراف الدكتور: هناء علي البشير بلحاج

الدرجة العلمية: أستاذ مساعد

(2025/2024م)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الإجازة العالية الماجستير بتاريخ 2025/09/10م

الموافق 18 ربيع الأول 1447هـ قسم القانون العام كلية القانون جامعة الزاوية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ لَا يُكْفِ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ
رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ
عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا
وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾

صِدْقَ اللَّهِ الْعَظِيمِ

[سورة البقرة الآية: (286)]

الإهداء

الإهداء الأول لهم ومنهم فخري واعتزازي أول من قدر جهودي وراهن على مستواي الدراسي ، إلى الداعم والراعي من القلب المنتظر لهذه اللحظة

أبي وأمي لهم الشكر والإهداء

إلى المحفز والمشجع الوثائق من قدراتي ووصولي لهذه المرحلة الذين شاركوني أدق اللحظات

إخوتي وأخواتي

إلى الداعم والسند المتمم لمسيرة والداي الذي طالما كان سبب في وقوفي رغم التعب والتهاون إلى السند والزميل والصديق

زوجي

لأحدث ما مر عليا في هذه المرحلة المميزة من حياتي

أطفالي محمد ، مزنه ، مهايه

إلى المنقذ والوفي للقريب البعيد الشخص الحقيقي

السيد عبدالمجيد الخضراوي

إلى كل أعضاء هيئة التدريس وموظفي كلية القانون بجامعة الزاوية .

إلى كل الأحبة والأصدقاء وكل من يقدر العلم والتعلم

أهدي هذا العمل

ب.. البامضة

الشكر والتقدير

الشكر دائماً لله سبحانه ونعمالي الذي فضلي ومن عليّ؛ لأكون من طلبه العلم، والوصول لهذه الدرجة العلمية العالية.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتور : هناء البشير بلحاج مشرفة هذه الرسالة على ترحيبها بي لأكون إحدى طالباتها والذي زادني شرفاً بعد أن كنت من طالباتها في مرحلة الليسانس، جزاها الله عني كل خير وبارك الله لها في علمها وعملها ونفع بها كل البلاد.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة ، على تفضلهم وموافقتهم لقبول استلام هذه الرسالة ومناقشتها،

الدكتور / رمضان عون كعضو داخلي

والدكتور منصور الفيتوري حامد عضواً خارجياً.

الشكر الجزيل للدكتورة الخيرة الداعمة منذ بداية طريقي، في مرحلة الماجستير، الدكتورة المحبة فاطمة شيوه .

✍️ .. الباحثة

المقدمة :

تُعد تصرفات الإدارة القانونية هي الأداة الرئيسية في تسيير وإدارة المرافق العامة ابتغاءً منها لتحقيق الصالح العام، حيث تقوم الإدارة في سبيل تسييرها وإدارتها للمرافق العامة، وتحقيق الصالح العام بأعمال مادية وأخرى قانونية. وإن كانت الأعمال المادية تشكّل أداة تنفيذ الإدارة لقراراتها وتصرفاتها القانونية، وهي: كثيرة ومحصورة، ولقد حصرها المُشرّع في القرارات الإدارية والعقود الإدارية.

ونظرًا إلى أنّ القانون الإداري قانون غير مكتوب يعتمد في مصادره على العرف والسوابق القضائية، وما تقدّمه أحكام المحاكم من نظريات ومبادئ تناسب التطور الكبير الذي يصاحب أعمال الإدارة، فقد أخرج مجلس الدولة الفرنسي، ومن بعده مجلس الدولة المصري، والمحكمة العليا الليبية، الكثير من المبادئ والنظريات اللازمة لمواكبة التطور الحديث في أعمال الإدارة لعل منها ما يتعلق بنظريات استثنائية على قواعد ومبادئ القانون الإداري، وأخرى تشمل نظريات على مبادئ وقواعد القضاء الإداري.

وأهم هذه النظريات ما يتعلق بالقرارات الإدارية، وتتمثل في نظرية الغلو، ونظرية أعمال السيادة، ونظرية السيادة، ونظرية الموظف الفعلي، ونظرية الموظف الظاهر، ومنها ما يتعلق بالعقود الإدارية التي تتمثل في نظرية القرارات الإدارية المتصلة ونظرية القرارات المنفصلة وفعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية القرارات القوة القاهرة.

بحيث يكون موضوع البحث قائمًا على تناول هذه النظريات الاستثنائية سواء في مجال القرارات الإدارية، أو العقود الإدارية، ودورها في مساندة الإدارة في تحقيق أهدافها في إدارة وتسيير المرافق العامة بهدف تحقيق الصالح العام. سائلين الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد.

الباحثة

أولاً- أهمية البحث :

إنَّ أهمية البحث تكمن في دراسة النظريات الاستثنائية من حيث أهميتها وكيف ساعدت وسهَّلت للمرفق العام في تحقيق المصلحة العامة لكل الأفراد، وسهلت على الإدارة العديد من الصعوبات في إدارة وتسيير المرفق العام، وكيف أثَّرت على حقوق وحرّيات الأفراد؛ حيث نجد أنَّه من خلال الدراسة والبحث هناك نظريات أعطت حقوقاً للأفراد، وهناك نظريات أعطت حقوقاً للإدارة، وسنتناول ذلك بالتفصيل خلال البحث.

ثانياً- إشكالية البحث :

تكمن إشكالية هذا البحث فيما هل إذا كانت هذه النظريات الاستثنائية الواردة على المبادئ المستقرة في القانون الإداري والقضاء الإداري، لازالت تواكب المشاكل والصعوبات التي تواجه الإدارة عند ممارستها لأعمالها القانونية...؟

• وهل استطاعت هذه النظريات وضع حل للتطور والتقدم الذي يواكب الحياة العملية، وتعدد وكثرة الحقوق والحرّيات بما يتوافق مع المصلحة العامة للشعب؟

• وما مدى تأثير هذه النظريات الاستثنائية في حقوق وحرّيات الأفراد المتعاملين مع الإدارة، سواء في شأن القرارات الإدارية أو العقود الإدارية ومدى مساهمة هذه النظريات في حماية حقوق الأفراد؟

ثالثاً- أهداف البحث :

أ) بيان جوهر ما تتضمنه هذه النظريات من خلال الدراسات الفقهية لها والانتقادات الموجهة إليها.

ب) الوقوف على مدى تأثير هذه النظريات على تصرفات الإدارة القانونية، وتأثيرها على الصالح العام من عدمه.

- ج) أثر هذه النظريات على حقوق وحرّيات المتعاملين مع جهة الإدارة، سواء بشأن القرارات الإدارية أو العقود الإدارية.
- د) وضع المقترحات اللازمة للحد من التأثيرات السلبية لهذه النظريات سواء على الصالح العام أو على حقوق وحرّيات الأفراد.

رابعاً- الدراسات السابقة :

- 1- أ. سالم محمد بركة- بعنوان : التوازن المالي للعقد الإداري، وأثره في تنفيذ العقد واستمراره، حيث تناول فكرة العقد الإداري، وإعادة التوازن المالي، وتطرّق فيه للبحث في نظرية الظروف الطارئة، وتأثيرها في إعادة اختلال التوازن المالي للعقد، بالإضافة إلى نظرية فعل الأمير كإحدى النظريات الاستثنائية على تصرفات الإدارة القانونية ولم يتطرق لباقي النظريات التي سنتعرض لها تفصيلاً في هذه الرسالة.
- 2- أ. عوض عبد الكريم محمد- بعنوان : نظرية أعمال السيادة في القانون الليبي حيث تناول نظرية الظروف الاستثنائية، التي صدرت سنة 2007م في بنغازي بأكاديمية الدراسات العليا، التي تناولت نظرية أعمال السيادة ولم تتطرق بالحديث عن باقي النظريات .
- 3- د. محمد محي الدين إبراهيم- بعنوان : نظرية الظروف الطارئة بيّن القانون المدني والفقّه الإسلامي، (بلا تخ) حيث تناول نظرية الظروف الطارئة، ومقارنتها بنظرية القوة القاهرة، أمّا باقي النظريات التي لم يُشير إليها سوف نتعرض لها بشيء من التفصيل في هذه الرسالة.
- 4- شوقي محمد صلاح : أطروحة دكتوراه بعنوان "نظرية الظاهر في القانون المدني" التي صدرت سنة (2002) في مصر، دار الفكر العربي ، الذي تناول فيها نظرية الظاهر ومعناها ولم يتطرق لباقي النظريات موضوع البحث والتي سنتناولها لاحقاً.

5- أ. ناصر محمد العربي : بعنوان "إساءة استعمال السلطة بين المسؤولية التأديبية"، والمسؤولية الجنائية، التي صدرت في سنة 2015م، في ليبيا الذي تناول الحديث عن الموظف الفعلي والموظف الطاهر، ولم يتطرق للإشارة عن باقي النظريات التي سيتناولها الباحث خلال البحث.

بالإضافة إلى وجود دراسات مقتضبة في بعض الكتب، والمؤلفات العلمية ضمن مفردات المادة العلمية للقانون الإداري دون تأصيل لهذه النظريات، وتأثيرها على تصرفات الإدارة القانونية الأمر الذي سوف نعالجه تفصيلاً في هذه الرسالة.

خامساً- صعوبات البحث :

واجهت الباحثة بعض الصعوبات أثناء كتابتها لهذا البحث ، وقد تكون ذاتها لدى كل باحث، من حيث قلة توفر المراجع لبعض من النظريات التي تناولتها في هذا البحث خاصة نظرية الموظف الطاهر ونظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري، مع الظروف الاستثنائية المفاجئة التي مرت بها البلاد خلال مرحلة كتابة الباحثة.

سادساً- منهج البحث :

- اتبعت الباحثة في هذا البحث المنهج الوصفي ، القانوني، في بيان موقف المشرع، وأحكام المحاكم القضائية في عدة دول.
- المنهج المقارن من حيث دراسة النظريات من خلال عرض أحكام وقوانين كلاً من التشريع والقضاء الليبي، والمصري ، والفرنسي، بالإضافة للتشريع الجزائري وغيرهم، وكذلك عرض العديد من الآراء الفقيه المتعلقة بكل نظرية.

خطة البحث :

الفصل الأول

النظريات الاستثنائية المتعلقة بالقرارات الإدارية

المبحث الأول: نظرية أعمال السيادة والغلو في القرار الإداري.

المطلب الأول : نظرية أعمال السيادة.

المطلب الثاني: نظرية الغلو في القرار الإداري.

المبحث الثاني:- نظرية الموظف الفعلي ونظرية الموظف الظاهر.

المطلب الأول: نظرية الموظف الفعلي.

المطلب الثاني: نظرية الموظف الظاهر.

الفصل الثاني

النظريات الاستثنائية المتعلقة بالعقود الإدارية

المبحث الأول : نظرية القرارات الإدارية المتصلة والمنفصلة عن العقد الإداري.

المطلب الأول: نظرية القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري.

المطلب الثاني: نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.

المبحث الثاني: نظرية فعل الأمير ونظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير.

المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

الفصل الأول

النظريات الاستثنائية المتعلقة بالقرارات الإدارية

المبحث الأول : نظرية أعمال السيادة ونظرية الغلو.

المطلب الأول : نظرية أعمال السيادة.

المطلب الثاني : نظرية الغلو في القرار التأديبي.

المبحث الثاني : نظرية الموظف الفعلي ونظرية الموظف الظاهر.

المطلب الأول : نظرية الموظف الفعلي.

المطلب الثاني : نظرية الموظف الظاهر.

الفصل الأول

النظريات الاستثنائية المتعلقة بالقرارات الإدارية

تقديم:

يُمثل القرار الإداري الأداة الرئيسية للتعبير عن إرادة الإدارة في مواجهة الأفراد، حيث يُمثل تصرفاً قانونياً للإدارة بما لها من سلطة في مواجهة الأفراد. فالقرار الإداري هو: إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة لما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح؛ وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين حتى كان ذلك ممكناً وجائزاً وكان الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة؛ لذلك يجب أن يكون قرار التصرف عن جهة إدارية عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة، لما لها من سلطة عامة في مواجهة الأفراد بهدف التأثير في مركز قانوني معين لابتغاء تحقيق الصالح العام، وللقرار الإداري أركان جوهرية مثل: ركن الاختصاص، وركن الشكل اللذان يجب توافرها في القرار الإداري، وإلا ترتب على عدم توافرها بطلان القرار بطلاناً مطلقاً، وأركان أخرى غير جوهرية مثل ركن السبب وركن المحل وركن الغاية حيث تجعل القرار الإداري قابل للإبطال نتيجة عدم توافرها.

ولمّا كان لهذا القرار الإداري أهمية قانونية فهو يرتب آثاراً تمس المراكز القانونية للأشخاص، لذلك اهتم الفقه الإداري بضرورة أن يكون القرار صحيحاً تسليماً غير معيباً حيث لا يكون عرضة بالطعن عليه أو بطلانه، وبالتالي فقد اجتهد مجلس الدولة الفرنسي، ومجلس الدولة المصري، ثم المحكمة العليا الليبية بوضع نظريات استثنائية تتعلق بالقرارات الإدارية، ومن أهم هذه النظريات، نظرية (أعمال السيادة) التي تُحصّن القرار الإداري من الطعن عليه بالإلغاء، وكذلك (نظرية الغلو) في

القرار الإداري، وعدم التناسب في العقوبة مع الجريمة التأديبية التي يتخذها الموظف.

كما اجتهد مجلس الدولة الفرنسي، ومن ورائه الفقه الإداري في البحث عن نظريات لتصحيح قرارات الإدارة المعيبة لأي عيب من العيوب التي تعترى القرار الإداري، ولاسيما عيب عدم الاختصاص الجسيم، حيث أرسى مجلس الدولة الفرنسي ومن ورائه مجلس الدولة المصري، والمحكمة العليا الليبية، نظريتين في غاية الأهمية؛ لتصحيح القرارات الإدارية المعيبة بعيب عدم الاختصاص الجسيم، وهما (نظرية الموظف الفعلي) القائمة على الظروف الاستثنائية، و(نظرية الموظف الظاهر) التي يرجع أساسها لحماية الغير حسن النية.

لذلك سنتناول في هذا الفصل تلك النظريات الاستثنائية المتعلقة بالقرارات

الإدارية بالتفصيل من خلال التفسير التالي:

المبحث الأول: نظرية أعمال السيادة ونظرية الغلو.

المبحث الثاني: نظرية الموظف الفعلي ونظرية الموظف الظاهر.

المبحث الأول

نظرية أعمال السيادة ونظرية الغلو

سبق وأن عرفنا أنّ القرار الإداري هو الإفصاح من جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح؛ بقصد إحداث مركز قانوني معين متى ما كان ذلك جائزاً قانوناً بغية تحقيق المصلحة العامة.

وكما أسلفنا القول: أنّ للقرار الإداري شروطاً لصحته، وأسباباً تتعلق بأركانه، وبالتالي يكون عرضةً بالحكم عليه بالإلغاء قضائياً.

إلا أنّ مجلس الدولة الفرنسي قد استثنى قرارات أعمال السيادة من الطعن عليها بالإلغاء وتبعه كلّ من القضاء المصري، والقضاء الليبي، ولقد أُطلق على هذه القرارات قرارات أعمال السيادة.

هذا بالإضافة إلى أنّ القرار الإداري خاصةً القرارات التأديبية قد تتجاوز فيها الإدارة، وتسيء فيها استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات التأديبية على موظفيها، حيث أقرّ فأقر مجلس الدولة الفرنسي نظرية أخرى تُمثّل حمايةً خاصةً للموظفين العموميين في مواجهة إساءة استعمال السلطة، وتجاوز الإدارة سلطتها في توقيع الجزاء التأديبي ضد مرتكب الجريمة التأديبية ألاّ وهي: نظرية الغلو في القرار التأديبي.

ونظراً لأهمية هاتين النظريتين فقد أفردتُ لهما هذا المبحث وفقاً للتقسيم

التالي:

المطلب الأول: نظرية أعمال السيادة.

المطلب الثاني: نظرية الغلو في القرار التأديبي.

المطلب الأول

نظرية أعمال السيادة

تُعدّ نظرية أعمال السيادة أحد أهم الاستثناءات التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي والقضاء المصري والليبي من بعدهما، باعتبار أنّ أعمال السيادة قرارات إدارية صادرة من السلطة الإدارية العليا بوصفها سلطة سياسية، وليس سلطة إدارية، ولقد حرصت كافة القوانين والتشريعات بل والدساتير على عدم خضوع هذه القرارات لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً أمام القضاء الإداري، أو التعويض عن الأضرار الناتجة عنها أمام القضاء الإداري أو المدني، وهي تمثل استثناءً على مبدأ المشروعية المتمثل في خضوع كافة قرارات وتصرفات الإدارة لرقابة القضاء، ولأهمية هذه النظرية سنفردها لهذا المطلب لنناقش بإيجاز أساسها ومبرراتها، وأهم الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية وفقاً للتفصيل التالي:

الفرع الأول: التعريف بنظرية أعمال السيادة.

الفرع الثاني: نشأة نظرية أعمال السيادة.

الفرع الأول: التعريف بنظرية أعمال السيادة:

يُعدّ مصطلح أعمال السيادة من المصطلحات والمسائل المختلف عنها في عالم الفكر القانوني، ولقد واجهتنا عدة تعريفات تتعلق بهذه النظرية سواء من الناحية اللغوية، أو الناحية الفقهية، أو القضائية إلاّ أنّها تؤدي نفس المضمون، وهذا ما سنوضحه في الآتي:

أ- التعريف اللغوي والاصطلاحي:

- أعمال السيادة لغة: فالعمل: هو المهنة والفعل، والجمع أعمال، يُقال: عمل عملاً وأعمله غيره أي: استعمله، وأعمل الرجل أي: عمل بنفسه، واستعمله طلب منه العمل.

أَمَّا: السيادة تعني ساد يسود سيادة، والاسم بتشديد وتحفيف الدال، هو المجد والشرف. وتُطلق أيضًا على السيد أو المالك أو الزوج والرئيس.
لذا فأعمال السيادة تدل على المُقدم على غيره جاهًا أو مكانةً أو منزلةً عليّة وقوةً ورأيًا وأمرًا⁽¹⁾.

العامل بالمعنى الاصطلاحي السياسي: يعني الرئيس والوالي، حرفته أو مهنته العمالة، وما تولاه عامله أو عمل.

ويقال رجل عميل: يعني القوي على العمل.

فالأعمال بمعناها العام: هي: المهن أو الحرف أو المهام أو الواجبات التي يقوم بها الشخص الطبيعي أو المعنوي.

ب- التعريف الاصطلاحي لأعمال السيادة:

أَمَّا أعمال الدولة فهي: المهام التي تقوم بها أجهزة الدولة المختلفة⁽²⁾.

فالسيادة تعنى: السلطة العليا المطلقة التي تفردت وحدها بالحق، في إنشاء الخطاب الملزم المتعلق بالحكم على الأشياء والأفعال⁽³⁾.

وعُرِّفت أيضًا أنها: السلطة أو الصلاحية العليا، والمطلقة التي تستأثر بالحق في إنشاء الخطاب الذي يُلزم المكلف، والمرتبط بالحكم على الأشياء والأعمال.

كما تُعرَّف أيضًا بأنها: السلطة العليا التي يخضع لها المواطنين والأعمال والأنشطة وتكون غير مقيدة بقواعد، فالسيادة ترتبط بمفهوم السيطرة الداخلية، وعدم الخضوع للقوى الخارجية⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب، الجزء التاسع، الطبعة الثانية، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ص: 400-752.

(2) محمد إسماعيل الجمل، نظرية أعمال السيادة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة 2021، ص: 15.

(3) د. تامر عبدالله العوا، نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء المصري الحديث، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، سنة (2018م)، ص: 50.

(4) حاتم رشيد فيتاني : مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة، أطروحة دكتوراه، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة (2018م)، ص: 33.

ثانياً - موقف الفقه والقضاء من نظرية أعمال السيادة :

إلى جانب التعريف اللغوي والاصطلاحي لأعمال السيادة فإن لها في الفقه عدة تعريفات ومفاهيم تعددت واختلفت باختلاف نظرة الفقهاء كلاً حسب وجهة نظره ورأيه.

أ- **موقف الفقه من نظرية أعمال السيادة:** إنَّ للفقه الفرنسي عدة جوانب ومحاولات في تعريفهم لأعمال السيادة.

فمنهم عرّفها بأنها: أعمال نقلت من رقابة القضاء الإداري أو العادي فهي لا تخضع لأي رقابة قضائية⁽¹⁾.

كما عرّفت أعمال السيادة بأنها: طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تخرج عن رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها، إذ لا يمكن الطعن بها أمام أي جهة قضائية سواء كان بالإلغاء أو بالتعويض.

ولقد عرّفها الفقيه (بيل دوز) بأنها: أعمال تخضع بشكل مبدئي لرقابة القضاء الإداري، لكنّ هذا القضاء لوجود أسباب سياسية، امتنع عن النظر في هذه الأعمال⁽²⁾.

وعرّفها أيضاً (مارتن لومبارد) بأنها: أعمال تصدر عن السلطة التنفيذية يرفض القاضي الإداري أنّ يراقبها لعلاقتها باعتبارات سياسية، ومصالح عليا للدولة⁽³⁾.

(1) أ. خالد عبدالكريم، نظرية أعمال السيادة ومدى مخالفتها لحق التقاضي في مجلة القضاء الكويتي، الجامعة الإسلامية، جامعة الأردن، عمان، سنة (2020م)، ص: 399.

(2) أ. منتصر حسن محمد، أعمال السيادة كقيد على المشروعية، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، عام (2020م)، ص: 20.

(3) د. محمد إسماعيل الجمل، نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق، ص: 18.

ومنهم من ذهب في تحديد مفهوم أعمال السيادة إلى أنها أعمال بطبيعتها إدارية، وكأنها بمنجاة من كل رقابة قضائية مهما كانت درجة عدم مشروعيتها أو الآثار المترتبة عليها وهي تمثل نقطة سوداء على جبين المشروعية⁽¹⁾.

ويرى الفقه السوداني أنّ أعمال السيادة تعني: سيادة حكم القانون فالسيادة للقانون الذي يعطي السلطات، ويظهر هذا من خلال ما ذكره الدكتور (محمد محمود أبو قصيصة) عند حديثه عن أعمال السيادة إذ يصف أعمال السيادة فيقول: (وإذا أعطى القانون السلطة لرئيس الجمهورية أو من هو دونه لاتخاذ قرار معين فإنّ تقدير هذا القرار يبعد عن الرقابة القضائية، ويظهر لنا هنا المعنى الحقيقي لأعمال السيادة بعد إخضاعها للتحليل، وهو: أنّه ليس للقضاء أن يتدخل في قرارات رئيس الجمهورية، أو من هم سواه من القياديين متى ما كانت أعمالهم في نطاق السلطة، التي يعطيها إياهم القانون وكانت خالية من العيوب التي تشوب القرارات الإدارية عامة، وتصبح أعمال السيادة رمزاً للدستورية، وسيادة حكم القانون ولا تضيف شيئاً ذا بال لقواعد القانون الإداري بشأن ممارسة السلطة)⁽²⁾.

ونجد تعريفاً للدكتور (محمد رفعت عبد الوهاب) الذي عرّف أعمال السيادة بأنها: نوع من الأعمال الحكومية ذات الطبيعة السياسية، وتتصل أحياناً بالعلاقات الخارجية الدولية⁽³⁾.

وأنّها: طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تخرج عن اختصاص المحاكم بصفة عامة، بحيث لا يمكن الطعن فيها أمام أية جهة من جهات القضاء، الأمر

(1) أ. منتصر حسن محمد، أعمال السيادة كفيد على المشروعية، مرجع سابق، ص: 21.

(2) الناتو ولدبيب ولدسبرو، نظرية أعمال السيادة وتطبيقاتها، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، السودان، سنة (2019م)، ص: 34.

(3) أ. تامر عبدالله العوا، نظرية أعمار السيادة وتطورها في القضاء المصري الحديث، مرجع سابق، ص: 51.

الذي يستنتج عدم خضوع هذه الأعمال لأية رقابة قضائية سواء كان ذلك في ظل الظروف العادية أو حتى في ظل الظروف الاستثنائية.

وكذلك هناك رأى آخر ليس بعيداً في تعريفه لمفهوم أعمال السيادة عن سابقه حيث يقول: إنّ أعمال السيادة هي مجموعة القرارات والأعمال التي تكون صادرة من السلطة التنفيذية، ولكنها تكون بمنأى عن الخضوع لأية رقابة قضائية، أي لا رقابة قضاء إداري ولا رقابة قضاء عادي، حيث تعتبر أعمال السيادة تتمتع بحصانة عامة ضد كل رقابة قضائية⁽¹⁾.

وبالإضافة لذلك عرّفها بعض الفقهاء الآخرين في ليبيا ومنهم الدكتور (محمد الحرزي) بأنّها: عبارة عن قرارات إدارية صادرة عن الإدارة في أعلى مستوياتها، ولكنها ليست بقرارات إدارية عادية، وإنما تتميز بطابع سياسي أي: سيادي مُعيّن بمعنى أنّ طابعها السيادي يغلب على طابعها الإداري⁽²⁾.

ب- موقف القضاء من نظرية أعمال السيادة:

سنتناول فيما يلي موقف القضاء من أعمال السيادة، وأهم الأحكام القضائية التي وردت بهذا الشأن.

إنّ القضاة في القضاء الإداري الفرنسي لم يعرفوا أعمال السيادة في أحكامه، ولكن مجلس الدولة الفرنسي، ومحكمة التنازع عند الحكم برفض الدعوى نجاهما يستعملان العبارات التالية: أعمال سيادية ليست من طبيعتها أن تُحال إلينا، مسألة سياسية تملك الحكومة وحدها الفصل فيها، غير أنّ الفقهاء كما سبق القول: يفضلون عبارة أعمال الحكومة بدلاً عن أعمال سياسية⁽³⁾.

(1) أ. منتصر حسن محمد، نظرية أعمار السيادة كفيد على المشروعية، مرجع سابق، ص: 21.

(2) محمد عبد الله الحراري: الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، ط: الأولى، المكتبة الجامعة، سنة (2000م)، ص: 135.

(3) د. محمد إسماعيل الجمل، نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق، ص: 19.

وبالإضافة لذلك فإننا نجد أنّ مجلس الدولة الفرنسي نصّ على بعض من الأعمال السيادية، واعتبرها أعمال لا تخضع لرقابة القضاء.

نجد ذلك في عدة نصوص قانونية فمنها مثلاً نصّ المادة (47) سنة (1849م) تمثلها المادة (26) القانون رقم (24) سنة (1872م) حيث جاء فيهما "للوزراء الحق في أنّ يرفعوا إلى محكمة التنازع كل القضايا المرفوعة إلى القسم القضائي في مجلس الدولة، والتي نصّ بها القضاء الإداري إلى محكمة التنازع، والقضايا التي لا يختص مجلس الدولة النظر فيها، هي بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذا القانون (أعمال السيادة)، إذا ادّعى مجلس الدولة عدم اختصاصه بالنظر في هذه الأفضية يستطيع الوزراء طلب عدم النظر فيها بواسطة دعوى أمام محكمة التنازع".

فهذا النصّ لم يُشر صراحةً لفظ أعمال السيادة إلاّ أنّ المفسرين للنصوص القانونية يرون أنّ هذا النصّ يجسد نظرية أعمال السيادة.

حيث يرى هؤلاء المفسرون والفقهاء كالفقيه (أندريه والفقيه فيفيان) تطبيقاً لنص المادة السابقة أنّ القضايا المقدّمة لمجلس الدولة الفرنسي والتي لا يختص القضاء الإداري بنظرها، هي تلك التي تستند إلى الأعمال الحكومية، أي: أعمال السيادة.

وكذلك نجد عدة أحكام قضائية فيما يخص أعمال السيادة، فنجد أنّ محكمة التنازع الفرنسية تتجنب دائماً ذكر لفظ أعمال الحكومة، كما أسلفنا القول في الأحكام التي تصدرها حيث أنّها عندما تصدر أحكامها تستعمل لفظ أو عبارة: "إنّها أعمال لا تخضع بطبيعتها لرقابة المحاكم، أو أنّ التدبير المطعون فيه يخرج عن صلاحية مجلس الدولة..."⁽¹⁾.

(1) أ. منتصر حسن محمد، أعمال السيادة كقيد على المشروعية، مرجع سابق، ص: 24-25.

إلاَّ أنَّه: من خلال الدراسة وجدنا أنَّ مجلس الدولة الفرنسي في إحدى الحالات المعروضة قد استعمل مصطلح الحكومة في قراره الصادر 2-3-1962 حيث قال: بضرورة التفريق بين الإجراءات التي تدخل ضمن مجالات التشريع فتعتبر تشريعا ولا تخضع لرقابة القضاء الإداري، وبين الإجراءات التي تدخل في المجال التنظيمي فتُعَدُّ قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري، وهذا يعني أنَّه: أخرج المسائل الإدارية والتشريعية من قائمة أعمال السيادة.

وبالإضافة لذلك فإنَّ للقضاء الإداري الفرنسي قرارات غزيرة في تبني نظرية أعمال السيادة مثال ذلك قراره في 9/4/1999 في قضية (MmeBa) حيث عدَّ بأن قرار رئيس الجمهورية بتعيين عضو بالمجلس الدستوري هو عمل من أعمال السيادة. وفي قرار آخر 29/12/1997 في (قضية SteHeli-union) عدَّ مجلس الدولة الفرنسي أنَّ قرار فرض الحصار على ليبيا هو عمل من أعمال السيادة، وإلى غير ذلك العديد من القضايا المماثلة⁽¹⁾.

وبالتالي فإنَّ جميع المفاهيم الفرنسية سواء من الناحية الفقهية أو القضائية أجمعت على عدم خضوع أعمال السيادة لرقابة القضاء. وهذا أمر يُعزِّز سيادة وأمن الدولة واحترامها، والتزام الحدود لكل شخص فيها، كلما ضمن ضبط أمن الدولة واحترامها وأمنها وأمانها.

للقضاء المصري أيضًا سابقة كسابقة القاضي الفرنسي، حيث كانت له آراء ومفاهيم حول أعمال السيادة، وحرص كثيرًا على وضع الحدود اللازمة لأعمال السيادة، فاستقر على أنَّ أعمال السيادة هي: تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، وأنَّ معيار التفرقة بين الأعمال الإدارية التي تباشرها الحكومة في حدود وظيفتها وبين أعمال السيادة مرده إلى القضاء⁽²⁾.

(1) محمد هاملي، مجلة بعنوان: نظرية أعمال السيادة، وموقف القضاء الجزائري والمقارن منها، مجلة كلية الكويت العالمية، العدد: 24، (2018م)، ص: 249.

(2) د. محمد إسماعيل الجمل، نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق، ص: 20.

وهذا أمرٌ أكدته وقررتَه محكمة القضاء الإداري، حيث: قالت: "إنَّ أعمال السيادة هي: الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية..."(1).

وتطبيقاً لذلك استقرت المحكمة الدستورية العليا على أنَّ أعمال السيادة تخرج من مجال الرقابة القضائية.

كما ذهبت المحكمة العليا إلى أنَّ أعمال السيادة هي: الأعمال التي تصدر عن السياسة العليا للدولة، بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج، مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية، وتنظيم علاقتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى، وتأمين سلامتها في الخارج.

ولشدة اهتمام القضاء المصري بنظرية أعمال السيادة فلقد ردَّ ونص على ذلك في العديد من النصوص التشريعية، وكذلك الأحكام القضائية.

فمن النصوص التشريعية نصَّ المادة (7) قانون رقم (9) لسنة (1949م).
"لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية...".

ونوه إلى أنَّ المُشرِّع المصري كان قد سبق المُشرِّع الفرنسي في النص على أعمال السيادة صراحةً، ونجد ذلك في عدة نصوص قديمة منذ (1900م) وبهذا فإنَّ نظرية أعمال السيادة نجد أساسها التشريعي في مصر أولاً، حيث نصَّت المادة (11) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة، والتي نصَّت صراحةً على أنَّه: "ليس لهذه المحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة"، وقد تكرَّر نفس

(1) حكم محكمة القضاء الإداري، 26-6-1951م، نقلاً عن: خالد عبدالكريم المعيان، نظرية أعمال السيادة ومدى مخالفتها لحق التقاضي في النظام الكويتي، ص:304.

النص في القانون رقم (46) لسنة (1972م)⁽¹⁾، بالإضافة لعدة نصوص تشريعية أخرى لا يسعنا ذكرها خلال هذا البحث.

وبالتالي من خلال هذه النصوص التشريعية من أقدم نصّ إلى الأحدث بعد كل التعديلات نجد أنّ المُشرِّع المصري أكَّد وبصريح العبارة على حصانة أعمال السيادة، وعدم قابليتها للطعن أمام القضاء.

أمّا: في الأحكام القضائية: إنّه تطبيقاً للنصوص القانونية وتبعاً لها فقد وضعت محكمة القضاء الإداري تعريفاً في غاية القوة لأعمال السيادة، وهذا في حكمها الصادر 1951/6/26م، حيث أعلنت أنّ أعمال السيادة هي: "تلك الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فتباشر بمقتضى هذه السلطة العليا تنظيم علاقتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية أم خارجية، وتتخذها إلزاماً للحفاظ على كيان الدولة في الداخل، والدفاع عن سيادتها في الخارج..."⁽²⁾.

كما عرّفت المحكمة الدستورية العليا أعمال السيادة بأنها هي: "التي تصدر عن السيادة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة في الداخل والخارج، مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها مع احترام الحقوق التي كفلها الدستور"⁽³⁾.

وعرّفها مجلس الدولة المصري أنها: "الأعمال التي تتصل بالسيادة العليا للدولة، والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطة حكم للمحافظة على سيادة الدولة، وكيانها في الداخل والخارج"⁽⁴⁾.

(1) قانون السلطة القضائية رقم (9) المادة (7) لسنة (1949)، والقانون رقم (46) نص المادة (17) لسنة (1972م)، نقلاً عن: محمد هاملي، نظرية أعمال السيادة، وموقف القضاء الجزائري والمقارن منها، مرجع سابق، ص:232.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري: القضية رقم (587) سنة (5) قضائية، جلسة 26-6-1951م، نقلاً عن منتصر محمد حسن، أعمال السيادة كقيد على المشروعية، مرجع سابق، ص:27.

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا: دعوى رقم (48) سنة (4) قضائية، جلسة 21-1-1984م، منشور في مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، ص: 210.

(4) حكم صدر عن مجلس الدولة المصري: قضية رقم (588)، نقلاً عن: خالد عبدالكريم الميعان، نظرية أعمال السيادة ومدى مخالفتها لحق التقاضي الكويتي، مرجع سابق، ص:400.

وبالإضافة لتلك التعريفات السابق ذكرها في تعريف القضاء المصري لنظرية أعمال السيادة نشير لبعض التطبيقات تأكيداً لما عرفته المحكمة في أحكامها فمنها ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 2016/6/21م للفصل في قضية إبطال اتفاقية ترسيم الحدود بين السعودية ومصر حيث اعتبرتها قرارات سيادية⁽¹⁾، وكذلك حكمها الصادر بتاريخ 2008/11/18م في قضية تصدير الغاز لإسرائيل، حيث جاء في هذا الحكم: "ما استقر عليه الفقه والقضاء أنّ أعمال السيادة هي: تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فهي تارة تكون أعمالاً منظمة لعلاقة الحكومة بمجلسي الشعب والشورى أو منظمة للعلاقات السياسية بالدولة الأجنبية..."⁽²⁾.

لذلك فإنّ المصري شأنه شأن القضاء الفرنسي أكّد على نظرية أعمال السيادة في كل تعريفاته واتجاه واتجه الحصانة لأعمال السيادة من الإلغاء سواء أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري.

إنّ المُشرّع الليبي أيضاً أخذ بفكرة أعمال السيادة إلاّ أنّه لم يُعدّ منها تعريف جامعاً ومانعاً وأوكل هذه المهمة للقضاء، فلما كان أصل نظرية أعمال السيادة في فرنسا قضائياً فإنّ منشأها في مصر وليبيا تشريعياً.

والمُشرّع الليبي كسابقه الفرنسي والمصري كان له دور تحديد مفهوم أعمال السيادة، ونجد هذا الدور تأثر به المُشرّع والقضاء.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية: الدعوى رقم (43709) لسنة 70 قضائية في جلسة 27-6-2016م، أنه: "الأصل هو اختصاص القضاء بنظر جميع الطعون التي توجه ضد أي قرار يصدر عن جهة الإدارة، ... إلا ما يصدق عليه من هذه الأعمال أو القرارات أنه من أعمال السيادة... " ، محمد هامل، مرجع سابق، ص:234.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري: الدعوى رقم (33418) لسنة (62) قضائية ، جلسة 18-11-2008م، غير منشور .

إنَّ المُشرِّعَ الليبي تأثر نسبياً بهما، ولقد اتَّبَع سبيل المُشرِّعِ المصري إلاَّ أنَّه اختلف عنه من حيث الصياغة والأسلوب حيث عمل المُشرِّع الليبي على تحصين أعمال السيادة ضد الرقابة القضائية.

فنلاحظ أنَّ المُشرِّعَ الليبي في الإعلان الدستوري قد نصَّ في المادة (18) على أنَّ "مجلس قيادة الثورة هو أعلى سلطة في الجمهورية العربية الليبية، ويباشر أعمال السيادة العليا، وله بهذه الصفة أن يتخذ كافة التدابير التي يراها ضرورية لحماية الثورة والنظام القائم عليها، ولا يجوز الطعن فيما يتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير أمام أية جهة".

بالإضافة لذلك النص نجد أنَّ الفقرة الأولى من المادة (19) من قانون نظام القضاء تنص على أن: "ليس للمحاكم أن تنتظر في أعمال السيادة كما ورد في المادة (26) من قانون المحكمة العليا "لا تُقبَل الطلبات المُقدمة عن القرارات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة"⁽¹⁾.

للقضاء الليبي أيضاً دورٌ كبيرٌ ومجهودٌ يذكر في تعريف أعمال السيادة حيث عرَّفت المحكمة العليا الليبية أعمال السيادة على أنَّها: "الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة، والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من سلطة عليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها الخارجي".

ويعني هذا أنَّ أعمال السيادة هي الأعمال التي تتعلق بأمن الدولة، وكيانها الداخلي والخارجي، والأعمال التي لا تخضع لرقابة القضاء.

ولقد جاء في تعريف قضت به المحكمة العليا للتفرقة بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية أي: (الأعمال الحكومية العادية).

(1) قضاء المحكمة العليا الإداري والدستوري ، الجزء الأول والثاني، ط: الثانية، 1967م، نص المادة (18) ، (19) ، (26) ، نقلاً عن : المستشار عبدالقادر جمعة رضوان، أعمال السيادة الخارجة عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق والتقييد، ورقة عمل الإمارات العربية المتحدة، 2012م.

حيث عرّفت أعمال السيادة بأنّها: تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة عامة، وفي حدود وظيفتها السياسية، وأن الأعمال الإدارية هي التي تصدر عنها بمقتضى وظيفتها الإدارية⁽¹⁾.

(وترتيباً على ذلك فقد قامت المحكمة العليا بتحديد أعمال معينة، واعتبرتها من أعمال السيادة ذكرتها على سبيل المثال وذلك في مسائل معينة تتعلق بالمصلحة العامة للدولة ومنها:

- الأعمال المتعلقة بالعلاقات بين الحكومة والبرلمان أي: "السلطة التشريعية" كدعوة الناخبين لانتخاب أعضاء البرلمان ودعوته للانعقاد، بالإضافة لإعداد مشروعات القوانين.
- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية، ويدخل في هذه الطائفة الأعمال المتعلقة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية، وقضايا الاعترافات بالحكومات والدولة والأوضاع الدولية الجديدة.
- الأعمال المتعلقة بالحرب.
- الأعمال التي تتعلق بسلامة الدولة الداخلية.
- القرارات التشريعية التي تتعلق بفرض الضرائب، وهذا تؤكدُه أيضاً المحكمة العليا في طعنها الإداري رقم "16/7... ق" الصادر 1970/3/22 حيث قالت: إنّ "الدولة أن تفرض الضرائب، وأن تُعدّلها بالزيادة أو النقص أو الإعفاء بما لها من حق السيادة على رعاياها والقاطنين بها".
- وكذلك القرارات الإدارية المتمتعة بحصانة قضائية بمقتضى نصوص تشريعية.

(1) أ. عبدالقادر جمعة رضوان، ورقة عمل بعنوان - أعمال السيادة عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق والتقييد، بلا طبعة، بلا نشر، سنة (2021م)، بلا ص.

ونشير بالذكر إلى أنّ المحكمة العليا الليبية قد ضيّقت من دائرة أعمال السيادة أخضعت بعض من الأعمال الحكومية لرقابة القضاء لغرض تضيق نطاق أعمال السيادة حتى لا تطعن على حرية وحقوق الفرد ولكن في حدود معينة. وهذا نراه واضحاً في حكم أو قرار المحكمة عندما قالت "بأنّ أعمال السيادة تخضع لتقدير القضاء بحسب كل حالة"⁽¹⁾.

إذاً فكل الفقهاء والقضاة في فرنسا، ومصر، وليبيا قد أجمعوا على نظرية أعمال السيادة لغرض الحفاظ على أمن، ونظام، وسلامة الدولة. وهذا أمرٌ مسلم به لأنّه طالما كان الأمر يتعلق بسلامة الدولة، والمصلحة العامة للجميع فلا خير في تطبيق هذه النظرية على أي تصرف من تصرفات الإدارة القانونية.

وهذا ما تراه الباحثة حيث أنّ المسألة طالما تتعلق بأمن وأمان الدولة، وكل ما يتعلق بأمورها الداخلية والخارجية، فهذه مسألة دقيقة ومهمة لا تقبل التدخل ولا النقاش فيها، طالما أنّ المساس بها سيزعزع أمن البلاد، لأنّ هذا الأمر يتعلق بالمصلحة العامة ولا يمكن أن تكون محل نزاع أمام المحاكم.

الفرع الثاني: نشأة نظرية أعمال السيادة ومبرراتها وأهم انتقاداتها:

إنّ نظرية أعمال السيادة يعود تاريخ نشأتها إلى التاريخ الفرنسي قبل قيام الثورة الفرنسية، وامتد هذا التاريخ إلى ما بعد نشأة هذه الثورة وما عقبها، وانتهج منهج هذه النظرية التاريخ المصري، وانتشرت بعد ذلك في العديد من الدول، وكان لها العديد من المبررات التي ساعدت في العمل بها، وتعرضت أيضاً لكثير من النقد، وهذا سنتناوله كالتالي:

(1) نقلاً عن : المستشار في المحكمة العليا الليبية ، عن ورقة عمل : أعمال السيادة الخارجية عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق والتقييد، بلا ص.

أولاً: نشأة نظرية أعمال السيادة.

ثانياً: مبررات نظرية أعمال السيادة وانتقاداتها .

أولاً- نشأة نظرية أعمال السيادة:

للخوض في النشأة التاريخية لنظرية أعمال السيادة سنتوجه لفرنسا، ونتحدث عن النشأة في فرنسا ثمَّ النشأ في مصر وليبيا.

أ- النشأة في فرنسا :

إنَّ أول ظهور لنظرية أعمال السيادة كان في فرنسا إذ تمثل هذه النظرية استثناءً لمبدأ المشروعية.

فكان من مسببات ظهور هذه النظرية السبب التاريخي بعد أن أطاح (نابليون) بالنظام الملكي السابق له.

فبعد قيام الثورة الفرنسية (1789م) ونجاحها، قام رجل هذه الثورة بمنع القضاء من التدخل في أعمال السلطة التنفيذية، حيث قامت الثورة على مبدأ نظام الفصل بين السلطات، وليس لأي سلطة التدخل في أعمال سلطة أخرى، ونظرًا لأنَّ الإدارة منعت آنذاك القضاء من النظر في أعمالها، وكانت تقضي في القضايا المتعلقة بالإدارة لمسمى (الإدارة القاضية)؛ وبسبب الاعتراض على هذه الإدارة ظهرت فكرة إنشاء مجلس الدولة الذي كانت مهمته الرئيسية الفصل في المنازعات المتعلقة بالأعمال الإدارية والتظلمات التي ترفع له وسميت هذه المرحلة بمرحلة (القضاء المحجوز) (1797م)⁽¹⁾.

ولكن في (1814م) بعد عودة الملكية إلى فرنسا وسقوط (نابليون) أصبح كيان مجلس الثورة مُهدد، ويرى أنَّه أصبح في خطر فحافظ على أمنه وبقائه وكيانه من النظام الجديد، وأصبح يبتعد عن الأمور التي ليست من اختصاصه، ولا ينظر

(1) أز الناتو ولديب ولد سيرو، نظرية أعمال السيادة وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص: 11-12.

حتى للفصل في أي أمر يتعلق بالحكومة؛ بحجة أنّها عمل سيادي لا تفصل فيه، ولقد حرص على التسليم بفكرة السيادة للحفاظ على وجوده؛ ولتقادي خطر الملكية عليه بإلغائه فحجب رقابته على أعمال السيادة.

والدليل على ذلك أنّ أولى القضايا التي واجهت مجلس الدولة الفرنسي حكم فيها بعدم الاختصاص هي: قضية (Laffitte)، (1822م) التي تتعلق بأسرة (نابليون) حيث تتلخص وقائع هذه القضية في كون الملك (نابليون) قد خصّص مبالغ مالية لتُصرفَ للأميرة (Maria-Puline)؛ وبسبب رفض الحكومة صرفها استنادًا لنص المادة (4) من قانون 1816/1/12م الذي حرم (نابليون) من جميع الأموال التي مُنحت لهم مجانًا ثمَّ إخطار مجلس الدولة للبت في مشروعية قرار الحكومة؛ ليجد نفسه في موقف محرج، فكان الفصل في الموضوع بالرفض وعدم الاختصاص، وأنَّ هذا الأمر يَخصُّ الحكومة، وأعمال الحكومة لا يحق للمجلس الفصل فيها؛ للحفاظ المجلس على كيانه، وبقائه تعزيزًا لمبدأ الفصل بين السلطات، وللحفاظ على نظام سلامة الدولة⁽¹⁾.

ب- نشأة أعمال السيادة في مصر:

كما درسنا فيما سبق وعرفنا أنّ القضاء الفرنسي هو: المؤسس أو المصدر الحقيقي لنظرية أعمال السيادة، ولكنَّ المتفق عليه أنّ هذه النظرية وجدت أساسها القضائي في فرنسا بينما أساسها التشريعي قد كان في مصر.

حيث وجدنا العديد من النصوص التشريعية التي نصّت على منع المحاكم من التعرض والفصل في الأعمال التي تتعلق بالسيادة، وهذا كان منذ تأسيس المحاكم المختلطة وبعد تعديلها عام (1900م)، حيث أُستبعدت أعمال السيادة من

(1) أ. عفاف لعقون، نظرية أعمال السيادة في الجزائر، جامعة لونيبي علي البليدة، المجلة العربية في العلوم الإنسانية، العدد (4)، (2020م)، ص:32.

رقابة المحاكم المختلطة، ونجد النص صراحةً على عدم التعرض لأعمال السيادة في عام (1937م) في المادة (15) التي نصّت على أنّه "ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة"⁽¹⁾.

واستمر العمل بهذا الأساس حتى بعد إنشاء مجلس الدولة المصري عام (1946م) الذي نصّ صراحةً في المادة (6) على العمل بنظرية أعمال السيادة حيث قال: "لا تُقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان، وعن تدابير الأمن الداخلي والخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية والمسائل الخاصة بالأعمال الحربية، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"⁽²⁾.

واستمر العمل به حتى بعد عام (1949م) الذي اعتمد نفس النص في مادته السابقة.

ونشير هنا إلى القانون الحالي (1972م) نصّت المادة (11) على أن "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"⁽³⁾.
إذا فالمُشرّع والقضاء المصري قد تبع منهج القضاء الفرنسي في اعتماده لنظرية أعمال السيادة، وقد ساهم في إنشائها والدعم لإرسائها، وذلك بالنص عليها في العديد من النصوص التشريعية منذ (1900م).

أمّا في ليبيا فإنّ المُشرّع قد نقل نظرية أعمال السيادة عن المُشرّع المصري، منذ زمن الملك ويظهر ذلك تاريخياً من خلال النصوص التشريعية فنجد نصّ تشريعي (1968م) في المادة (19) بشأن البلديات التي منعت الطعن بأي طريقة

(1) لائحة المحاكم الأهلية المختلطة، رقم (90)، المادة (15) لسنة (1937م)، نقلاً عن: محمد إسماعيل الجمل، نظرية أعمال السيادة، مرجع سابق، ص: 82.

(2) مجلس الدولة المصري: قانون (112) الأول المادة (6) لسنة (1946م)، نقلاً عن: محمد إسماعيل الجمل، مرجع سابق في نظرية أعمال السيادة، ص: 97.

(3) قانون السلطة القضائية (مجلس الدولة المصري): رقم (47) المادة (11)، سنة 1972م.

ضد القرارات الصادرة بنقل موظفي البلديات، وإحالتهم إلى التقاعد من قبل مجلس الوزراء، وكذلك نصّ المادة (4) سنة (1967م) بشأن تعديل قانون نظام القضاء، والذي نصّ على أنّ القرارات الصادرة عن اللجنة المشكّلة بإعادة تعيين ونقل رجال القضاء، والنيابة غير قابلة للطعن عليها بأي وجه من الوجوه، وكذلك المادة (65) من القانون رقم (20) لسنة (1968م) بشأن الجامعات الليبية التي حظرت الطعن بالإلغاء، أو وقف التنفيذ ضد القرارات الصادرة من الهيئات الجامعية في شؤون طلابها وكذلك المادة (18) من الإعلان الدستوري سنة (1969م) التي حظرت الطعن بأي وجه كان ضد مرا التدابير التي يتخذها مجلس قيادة الثورة سواء في صورة إعلانات دستورية، أو قوانين أو أوامر أو قرارات⁽¹⁾.

كل تلك النصوص منذ زمن الملك ومن جاء بعده نصّت صراحةً على تحقيق أعمال السيادة، والعمل بنظرية أعمال السيادة لضمان حسن سير نظام الدولة. وتوالى العمل بها لوقتنا هذا مع بعض التقليل والحدود الذي يُحمد العمل بها".

والجدير بالذكر أنّ المُشرّع الليبي قد حصّن قرارات أعمال السيادة من الطعن عليها أمام القضاء الإداري في نصّ المادة (6) من القانون رقم (88) لسنة (1971م)⁽²⁾، حيث نصّت المادة بأنه: "لا تختص دوائر القضاء الإداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، وكذلك نصّت المادة (20) من قانون القضاء رقم (6) لسنة (2006م) على أن "تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات والجرائم، وليس للمحاكم أن تنظر في أعمال السيادة"⁽³⁾، وأخيراً تنص المادة (26)

(1) موسوعة التشريعات الليبية، منشورات وزارة العدل.

(2) قانون رقم (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري.

(3) قانون القضاء الليبي لسنة 2006م.

من قانون المحكمة العليا رقم (6) لسنة (1972م) على أنه "لا تختص المحكمة العليا بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مبررات نظرية أعمال السيادة وأهم الانتقادات الموجهة لها:

لنظرية أعمال السيادة عدة مبررات بعضها يغلب عليه الجانب الفقهي أي: تسمى بالمبررات الفقهية، وهذا سنورده في الآتي مع توضيح أهم الآثار المترتبة على تطبيق نظرية أعمال السيادة.

أولاً: مبررات نظرية أعمال السيادة:

إنَّ نظرية أعمال السيادة تُعدُّ استثناءً لمبدأ المشروعية، ولأهميتها وردت في حقها عدة أحكام قضائية وعدة نصوص تشريعية، وتبعاً لذلك وردت في حقها عدة مبررات فقهية، وقانونية، وسياسية للدفاع عنها وعن وجودها، خاصةً أمام الأفراد وحقوقهم الذين اعتبروا أنهم مجردون من الدفاع عن أنفسهم اتجاه سيادة الدولة.

أ- المبررات الفقهية:

يرى الفقهاء في تبريرهم لأعمال السيادة أنَّ هذه النظرية اتخذها المجلس الفرنسي وسيلةً للحفاظ على كيانه، وجعلها صمَّام أمان يكفل حمايته مما كان معرَّضاً له من أي تصعيد من جانب السلطة التنفيذية، والقضاء لم يمانع من ترك السلطة التنفيذية تقوم بأعمالها بمطلق حريتها، ولقد تمَّ الحفاظ على هذا الأمر حتى أصبحت هناك قناعة تقيد بأنَّ هناك أمور تقضى فعلاً بعدم المجازفة في الرقابة عليها، ويبدو أنَّ الحكمة من استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء هي: أنَّها تتصل بسيادة الدولة في الداخل والخارج، ولا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية⁽²⁾، حيث أن السلطة التنفيذية تحاول اتخاذ قراراتها بحرية مطلقة طالما كان ذلك تحقيقاً لصالح المواطن.

(1) قانون المحكمة العليا، 1972م.

(2) د. تامر عبدالله العوا، نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء المصري، مرجع سابق، ص: 121.

بالإضافة لذلك يرى بعض الفقهاء الآخرون في تبريرهم⁽¹⁾ لأعمال السيادة أنّها: تطبيقاً لأهم مبادئ وقواعد الاختصاص حيث أن ترسيخ قاعدة عدم خضوع أعمال الحكومة كسلطة تنفيذية لرقابة القضاء كسلطة قضائية يُعد تطبيقاً لمبدأ عدم التدخل بين السلطات.

ومن وجهة نظر الباحثة فهذا أقوى مُبرّر لنظرية أعمال السيادة، وأساساً نجده مطبقاً على أرض الواقع منذ القدم إلى وقتنا هذا.

ب- المبررات القانونية:

إنّ المتعارف عليه أنّ نظرية أعمال السيادة نظرية قضائية، وهذا الأساس درسناه في أصل النظرية لدى مجلس الدولة الفرنسي، ونجد أيضاً بعض النصوص التشريعية التي فسرها البعض على أنّها اهتمت بتطبيق أعمال السيادة، واستقروا على عدم خضوع أعمال السيادة لرقابة القضاء الإداري، وأيضاً عدم الخضوع لرقابة القضاء العادي واعتبروا النصوص القانونية بمثابة مُبرّر لنظرية أعمال السيادة وسند قانوني لها، وبمعنى آخر لتبرير نظرية أعمال السيادة أنّ نظرية أعمال السيادة تستند لاعتبارات قانونية وعملية؛ لأن القانون ليس غايةً في حد ذاته، وإنما هو وسيلة للمحافظة على كيان الدولة وسلامة أراضيها، وبالمقابل في حال تعرّض الدولة لأي تهديد يهدد أمنها وسلامتها يجب السماح لولي الأمر أن يخرج عن القواعد القانونية⁽²⁾، لأنّ سلامة الدولة فوق القانون.

ج- المبررات السياسية:

إنّ نظرية أعمال السيادة تستند إلى اعتبارات سياسية، لأنّ السلطة التنفيذية تتولى وظيفتين هما: الحكم والإدارة، والملاحظ أنّ أعمال السلطة التنفيذية يغلب

(1) عفاف لعقون، نظرية أعمال السيادة في الجزائر، مرجع سابق، ص: 32-34.

(2) تامر عبدالله العوا، نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء الإداري المصري الحديث، مرجع سابق، ص: 121.

عليها الطابع السياسي؛ وبالتالي فهي تخرج عن رقابة القضاء؛ لأنَّ الحكومة تباشر هذه الأعمال باعتبارها هيئة سياسية في الدولة، وليس هيئة إدارية فهي سلطة عليا في الدولة.

وبالتالي فالأعمال الحكومية تعتبر أعمال سياسية تراعي فيها الحكومة الصالح العام للدولة باعتبارها وحده لها كيانها الخاص، وبالمقابل فهي أعمالٌ خارجةٌ عن رقابة القضاء طالما أنَّها تهدف لتحقيق الصالح العام⁽¹⁾.

ثانياً- الانتقادات الموجهة لنظرية أعمال السيادة :

وعلى الرغم من أنَّ المبررات التي وُضعت لنظرية أعمال السيادة من قبل الفقه والقضاء تأييداً منه لهذه النظرية إلاَّ أنَّها تعرضت للكثير من الانتقادات نوجزها فيما يلي:

أ- تُمثِّل نظرية أعمال السيادة استثناءً وخروجاً على مبدأ المشروعية وسيادة القانون وخضوع أعمال الإدارة للرقابة القضائية، فالأخذ بهذه النظرية يعني تقليل مبدأ المشروعية وسيادة القانون، فإطلاق يد السلطة التنفيذية دون رقيب أو قيد عليه وعدم خضوعها للقانون في بعض الأعمال غير قابل للتبرير من الناحية القانونية؛ لأنَّ نظرية أعمال السيادة تُعد خروج صريح واعتداءً واضحاً على القانون بل إنَّه تجاهلٌ تام له⁽²⁾.

وفي الواقع تُعدُّ النظريةُ ثغرةً حقيقيةً في مبدأ المشروعية ونقطة سوداء في مجال تطبيقه، فهي تترك الأفراد بلا حماية قانونية تقيهم من عبث واعتداء الحكومة حتى إنَّ الفقه الفرنسي المؤسس لهذه النظرية قد هاجمها نظراً لخطورتها ولجأ للاستعاضة عنها بنظريات أخرى أقل حدة وخطورة، وتبعه أيضاً الفقه المصري الذي

(1) أ. منتصر حسن محمد حسن، أعمال السيادة كفيد على المشروعية، مرجع سابق، ص:45.

(2) أ. منتصر حسن محمد، أعمال السيادة كفيد على المشروعية، مرجع سابق، ص:149، 150.

اعتبر نظرية السيادة نقطة سوداء في جبين المشروعية، فمبدأ المشروعية من المبادئ السامية الذي يجب المحافظة على توازنه وثباته، حيث يجب التخلص من نظرية أعمال السيادة بعدم تحصين قراراتها وخضوعها للقانون⁽¹⁾.

ب- يُعد تطبيق نظرية أعمال السيادة أساساً لدعم الحكم الدكتاتوري وإهداراً للديمقراطية، ودعمًا لنظرية عدم مسؤولية الحاكم، والرجوع إلى العصور الوسطى التي ساد فيها مبدأ ذات المالك مصونة لا تمس، وهذا ما حدث في فرنسا بدايةً في أثناء عودة الملك للحكم، وكذلك عودة الدولة الاستبدادية بما تُمثله من إعفاء طائفة أعمال السلطة التنفيذية من الخضوع للرقابة القضائية بحيث يؤدي بهم للتحكم ومخالفة مبدأ العدالة القانونية بما يوجب على الجميع الخضوع للقانون، ذلك ولا يجوز تحصين أي فئة أو قرار عن المسألة القانونية والقضائية حتى تتوفر الحماية الكافية للأفراد جميعًا، ولضمان حقوقهم وحياتهم، يجب العمل للحد من انحراف الحكومة نحو الاستبداد والتعسف، والمحافظة على تحقيق الديمقراطية التي تتفق مع الدولة الحديثة، وتحقيق العدالة والمساواة أمام القانون، ودعم الرقابة القضائية على كافة أمور الدولة⁽²⁾.

ج- تتنافى نظرية أعمال السيادة مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تُقسّم مسؤولية الخليفة أمام جماعة المسلمين وتطبيقًا لأحكام السنة النبوية "كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته" فإنَّ نظرية أعمال السيادة لم تكن أساسًا معروفة في الفقه الإسلامي؛ لأنَّ لا يوجد في الشريعة الإسلامية أعمالٌ محصَّنةٌ من الرقابة القضائية مهما كانت درجة مصدرها، لأنَّ حق التقاضي في الشريعة الإسلامية مكفولٌ لأبناء المجتمع الإسلامي ومن معهم ولا يوجد استثناء به.

(1) النانو ولد يب ولدسيرو، نظرية أعمال السيادة وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص: 25.

(2) أ. منتصر حسن محمد، أعمال السيادة كقيد على المشروعية، مرجع سابق، ص: 109.

بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - على الرغم من أنه كان رئيس الدولة الإسلامية، قد دفع ديات القتل لبني خزيمة الذين قتلهم خالد بن الوليد -رضى الله عنه-.

فالفقه الإسلامي منذ بدايته يرفض أعمال السيادة حتى أنه لم يعترف بها أساساً ويرفض تماماً مخالفة مبدأ المشروعية، ويرفض حصانة أعمال السيادة، فنجر أنه عندما سرقت المخزومية في عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أراد زيد بن الحارثة أن يشفع لها : فقال له رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "أتشفع في حدّ من حدود الله؟! وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها"⁽¹⁾.

إذاً فالفقه الإسلامي أقرّ أنه من حق ولي الأمر، أن ينظم اختصاصات كل جهة قضائية إلا أنه مُقيّد بالكتاب والسنة وعدم الضرر والاعتداء على الغير⁽²⁾.

وهذا الأمر بدأ به الرسول -صلى الله عليه وسلم- وأتمه من بعده الخلفاء الراشدين والصحابة والتابعين له حتى إنّ أبا بكر الصديق -رضى الله عنه وأرضاه- أول خليفة بعد الرسول -صلى الله عليه وسلم- عندما تولى الخلافة قال: "أيّها الناس قد وُلّيت عليكم، ولست بخيرٍ منكم إنّ أحسنّت فأيدوني، وإنّ أسأتُ فقوموني أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم"⁽³⁾.

فالمصلحة معتبرة في الشريعة الإسلامية، وفيها جلب المنافع ودرء المفسدات.. فمبدأ المشروعية لا يوجد عليه استثناء في الأصول بالشريعة الإسلامية.

فالشرع والدين في القرآن الكريم والسنة النبوية لم يهتم بنظرية أعمال السيادة ويميزها ويحصنها بل قيدها في الحكم، وفي الهدف والمصلحة، فالجميع تحت

(1) مسلم بن الحجاج النيسابوري، 5-5-2025 www.islamweb.net 5:30م.

(2) تامر عبدالله العوا، نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء الإداري المصري الحديث، مرجع سابق، ص:128.

(3) تامر عبدالله العوا، نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء الإداري المصري الحديث، مرجع سابق، ص:130.

القانون والقضاء، والجميع لهم الحق في التقاضي وفق الشريعة الإسلامية والسنة النبوية، وعدم الاستثناء عند المشروعية ولا قول بعد قول الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز حيث قال: ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ﴾ (1).

(1) سورة آل عمران، الآية (59).

المطلب الثاني

نظرية الغلو في القرار الإداري

تعتبر نظرية الغلو في القرار التأديبي ثاني أهم الاستثناءات الواردة في تصرفات الإدارة القانونية؛ لأنها تتعلق بأحقية الإدارة في توقيع الجزاءات على الموظفين العموميين التي أنشأها القضاء المصري، ثمَّ أَرَدَها القضاء الفرنسي بنظرية الخطأ البين؛ لأنَّ موضوع تأديب الموظفين في الدولة يحتل أهمية بالغة ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أنَّ المُشرِّعَ يحدِّد قائمة بالعقوبات التأديبية التي توقع على الموظف مرتكب المخالفة التأديبية، ويترك للسلطة التأديبية المختصة حرية الاختيار المناسب للعقوبة المناسبة، ويجب على هذه السلطة أن يكون جزاءها مناسباً وملائماً للفعل أو الجريمة وألاً تُحاسب في حال مخالفة هذا الحد بحيث يجب عليها ألا تُغالي في نوع العقوبة؛ لذا نتحدث في هذا المطلب عن نظرية الغلو المتعلقة بالجريمة التأديبية في القانون الإداري.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الغلو في القرارات التأديبية.

الفرع الثاني: نشأة نظرية الغلو ومبرراتها وأهم انتقاداتها.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الغلو في القرارات التأديبية

لا بد قبل الخوض في أهم ما يتعلق بنظرية الغلو من التعريف بها والنظر في أهم ما ورد بشأنها من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي وهو كالآتي:

أولاً- التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي

أ- التعريف اللغوي.

الغلو لغةً: من أصل غلو، غلا، فغلا غلواً زاد وارتفع، وغلا النبات بمعنى التَّفَّ وعَظُم، غلا السهم ارتفع في ذهابه وتجاوز المدى، وغلا بالدين، أي: شدد

وتصلب حتى تجاوز الحد، وغلا السعر أي: ارتفع وجعله غالبًا، باع الثمن غالبًا، والمغالاة في الشيء رفع ثمنه وبنفسه، ورفع من شأنه واستغلى الشيء وجده غالبًا⁽¹⁾. ويتضح من لفظ الغلو أن له استعمالات لغوية متعددة ومتقاربة لا تخرج في مجملها عن معنى المجاورة أو التجاوز في المدى والشدة في الحد، والمبالغة في الأمر، فالغلو هو: التجاوز أي: تجاوز العقوبة المقررة⁽²⁾.

ولقد ورد تعبير الغلو أيضًا في القرآن الكريم في موضعين، حيث قال الحق تبارك وتعالى: ﴿ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ وَلَا تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ إِنَّمَا الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ رَسُولُ اللَّهِ وَكَلِمَتُهُ أَلْقَاهَا إِلَى مَرْيَمَ وَرُوحٌ مِّنْهُ فَأَمِنُوا بِاللَّهِ وَرُسُلِهِ وَلَا تَقُولُوا ثَلَاثَةٌ انْتَهُوا خَيْرًا لَّكُمْ إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ سُبْحَانَهُ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَلَدٌ لَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا ﴾⁽³⁾.

وقوله تبارك وتعالى: ﴿ قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ غَيْرَ الْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعُوا أَهْوَاءَ قَوْمٍ قَدْ ضَلُّوا مِنْ قَبْلُ وَأَصْلُوا كَثِيرًا وَضَلُّوا عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ ﴾⁽⁴⁾. فالغلو يعني: الزيادة والارتفاع والمغالاة في الشيء، كما يتصل بالإسراف والتجاوز والمبالغة⁽⁵⁾.

بالإضافة لذلك فلقد بين علماء اللغة: بأن الغلو مشتق من الجذر اللغوي (غلو - غلا) فعلا زاد وارتفع. والغلو أيضًا: هو الاعتداء أو الظلم؛ لأنه تجاوز للحد والقدر في الأمر والأشياء والخروج عن الواجب⁽⁶⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب، مرجع سبق ذكره، ص: 454.

(2) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار النشر الجديد، 2009م، ص: 117.

(3) سورة النساء: الآية (171).

(4) سورة المائدة: الآية (77).

(5) د. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، مرجع سابق، ص: 118.

(6) قاموس المنجد في اللغة والأعلام، دار الشرق، بيروت، طبعة 25، (1981م)، ص: 5580.

www.shamela.ws 2025/3/30، 10:00 م .

ب- التعريف الاصطلاحي :

يقصد بالغلو : عدم الملاءمة الظاهرة أو المقارنة الظاهرة أو عدم التناسب البين، أو التفاوت الصارخ بين درجة خطورة الجريمة التأديبية وجسامة العقوبة الموقعة عنها؛ لما تدل عليه تلك التغيرات من تجاوز المدى في توقيع العقوبة المناسبة للجريمة التأديبية المرتكبة⁽¹⁾.

ويقصد به أيضًا : المضادة للملاءمة، والملاءمة هنا ملاءمة القرارات الإدارية؛ ويقصد بها التناسب بين سبب القرار ومحلّه⁽²⁾.

ويقصد أيضًا بالغلو أنه التعبير عن عدم الملاءمة الظاهرة، أو المفارقة الصارخة، أو التفاوت الصارخ بين درجة خطورة المخالفة التأديبية، وشدة العقوبة الموقعة⁽³⁾.

ويقصد به أيضًا هو: الكلمة المضادة للملاءمة⁽⁴⁾.

إذًا فالغلو هو: المبالغة في استعمال الشيء لدرجة الإفراط في تنفيذه وإلحاق الضرر بالآخرين، وبالمصطلح القانوني فيما يتعلق بسلطة الإدارة التقديرية في توقيع الجزاءات على الموظفين العموميين، وإصدار القرارات الإدارية.

فقد تتغالى الإدارة في توقيع العقوبة التأديبية على الموظف العام بما لا يتناسب ولا يتلاءم مع فعله أو جريمته المرتكبة.

(1) حسام حميد داود الدليمي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية التأديبية، دار الجامعة الجديدة، جامعة الإسكندرية، سنة (2020م)، ص:168.

(2) د. عبد الله رمضان بنيني، الغلو في الجزاء التأديبي وأثره على القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والشريعة، العدد (6)، جامعة الزاوية (2015م)، ص:123.

(3) قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار الشرق، مرجع ساق ذكره، ص:558.

(4) علي حسن عبدالمجيد، أطروحة بعنوان : الغلو في الجزاء وأثره على مدى صحة القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مكتبة الدوريات، ص:196.

ثانياً - موقف الفقه والقضاء من نظرية الغلو :

تشابهت كثيراً مواقف الفقهاء وآرائهم من خلال تعريفهم للغلو، وكذلك القضاة فوجد العديد من الأحكام القضائية التي تتعلق بإلزام السلطة التأديبية بتحديد جزاء مناسب على الموظف العام وسنوضح ذلك كالتالي:

أ- موقف الفقه من نظرية الغلو:

لابد أن نذكر أن الأساس القانوني لنظرية الغلو قد بدأ وأُسْتَبْتُبُ في مصر، ولقد تعددت أقوال الفقهاء حول تعريف نظرية الغلو.

ثم إن غالبية الفقه الإداري لم يتفق على تعريف محدد لنظرية الغلو، فمنهم من عرّف الغلو بأنه: ليس إلا أداة قضائية استهدف بها مجلس الدولة المصري تحقيق رقابة أكثر فاعلية، ومقاومة التقديرات السيئة المنسوبة بعدم التناسب الظاهر للسلطات التأديبية.

وهذا يعني أن نظرية الغلو أو رقابة الغلو تعطي للقضاء الإداري أحقية رقابة مدى التزام الإدارة بحدود المعقول والجائز في توقيعها لعقوبات ضد موظفيها، أي مراقبة هل العقوبة تتناسب مع الجريمة الواقعة أو لا ؟

ولقد عرّف جانب آخر من الفقه الغلو بأنه وسيلة استخدمها مجلس الدولة المصري لمواجهة حالات تعسف الإدارة في توقيع العقوبة التأديبية بما لا يتناسب مع جسامة الجرائم التأديبية المرتكبة وخطورتها⁽¹⁾.

ولقد عرّف جانب آخر من الفقه نظرية الغلو بقوله: إنَّ الجزاء التأديبي يجب أن يكون عادلاً وملائماً للذنب الإداري؛ وذلك بأن يخلو من الإسراف في الشدة أو الإمعان في الرأفة لأن كلا الأمرين مجافٍ للمصلحة العامة، كما أنه يُعرّف بأنه: "استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو بابتغاء هدف مغاير لهدف الذي حدّده القانون.

(1) حسام حميد الدليمي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية التأديبية، مرجع سبق ذكره، ص:169.

ومن التعريفات الفقهية للغلو: أيضاً أنه: وسيلة قضائية استخدمها مجلس الدولة المصري لمواجهة حالات تعسف الإدارة وشططها في توقيع العقوبات التأديبية بما لا يتناسب مع جسامه الجرائم المرتكبة⁽¹⁾.

ويُعرّف نظرية الغلو أيضاً في المجال التأديبي بأنّها: عدم ملاءمة العقوبة المفروضة على الموظف العام، وعدم تناسبها مع ما ارتكبه من خطأ تأديبي فعدم التناسب يقصد به عدم الملاءمة أي: الغلو فيقضي بإلغاء هذه القرارات التأديبية. بالإضافة لذلك فقد عرّف بعض من الفقهاء الغلو بأنّه: هو وجوب التناسب بين العقوبة والمخالفة وهو أحد الأصول العقابية الحديثة، والتي تعرضها مقتضيات العدالة من دون إفراط بالشدة وعدم الإسراف في الشفقة؛ لأنّ الإفراط والتفريط في تقدير العقوبة الإدارية كلاهما ضد المصلحة العامة.

ومن ناحية أخرى هناك من عرّف الغلو: بأنّه أداة قضائية ابتدعها مجلس الدولة المصري لمواجهة عدم التناسب الجسيم بين العقوبة التأديبية الموقعة وبين المخالفة المرتكبة أيضاً لأنّ طبيعة السلطة التأديبية كانت بالإفراط في العقاب أو بالتفريط فيه بما يشكل إخلالاً بالصالح العام، وفقاً للمعيار الموضوعي على النحو الذي يهدر الهدف المنشود من العملية التأديبية⁽²⁾.

ولقد عرّفه د. (سليمان الطماوي) بأنّه عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره.

واتّبع العديد من الفقهاء الدكتور (سليمان الطماوي) في تحديد تعريف لنظرية الغلو، فيرى د. (سامي جمال الدين) إنّ قضاء الغلو بما يحويه من رقابة يقوم على

(1) ربيع عبد العزيز، الغلو في استعمال الجزاء وأثره على القرار الإداري، مجلة، مصر المعاصرة، العدد (524)، سنة 2016، ص: 345.

(2) قيّدار عبد القادر صالح، الغلو في القرار الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد (64)، سنة (2018م)، ص: 363، 364.

مدى التناسب بيّن الفعل والجزاء وَيَحُول دون تَعُسْف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية الممنوحة لها بموجب القانون.

وعرّف فقيه آخر الغلو بأنّه: عدم التناسب الشديد بيّن الجزاء الذي وقعته السلطات التأديبية أو حكمت به المحكمة التأديبية والمخالفة التي في شأنها وقع هذا الجزاء⁽¹⁾.

فيرى الدكتور (عبدالفتاح بر) أنّ رقابة الغلو هي: الرقابة التي تفرض أنّ ثمة جزاء، وأن يكون هذا الجزاء غير ملائم للذنب الإداري سواء في الإسراف في الشدة أو الإفراط في اللين.

وكذلك الدكتور (محمد عبد العال) يقول: إنّ عيب الغلو هو: العيب الذي يكون فيه الجزاء غير مناسب بشكل ظاهر مع الذنب المرتكب دون أن يوصم القرار بالانحراف؛ لأنّ الإدارة لم تستهدف تحقيق فرض آخر الواجب عليها استهدافه⁽²⁾.

فمن خلال رقابة الغلو يتم بالسماح للقاضي الإداري بفحص التكييف الإداري للوقائع، وممارسة رقابة أكثر فعالية لضمان ملاءمة الجزاء مع الخطأ أو الدين الإداري.

فمضمون الغلو: يعني عدم الملاءمة الظاهرة بيّن الجزاء الموقع والذنب المرتكب، فإذا تحققت الملاءمة بيّن الذنب والجزاء الموقع كان الجزاء مناسباً ليس فيه غلواً، إذ أنّ الملاءمة تعني التناسب بيّن الجزاء والسبب⁽³⁾.

(1) د. قيدار عبد القادر صالح ، الغلو في القرار الإداري، مرجع سابق، ص:364.

(2) نسيمه عطار، مبدأ التناسب في القرارات الإدارية مجلة التراث، جامعة زيان بالجفلة، سنة (2014م)، ص:159.

(3) د. علي حسن علي- أطروحة- الغلو في الجزاء وأثره على مدى صحة القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مكتبة الدوريات، ص:271، بلا تاريخ.

ب- موقف القضاء من نظرية الغلو:

إنَّ المفاهيم القضائية تعدّدت هي أيضًا بتعدد المفاهيم الفقهية على حد سواء بيّن القضاء المصري، والقضاء الفرنسي، ونضيف في هذه الجزئية مفهوم القضاء الليبي لنظرية الغلو:

إنَّ القضاء المصري كما هو متعارف عليه مُبتكر مصطلح الغلو في نطاق ممارسته للرقابة على مدى ملاءمة العقوبة مع الفعل أو الجريمة التي يرتكبها الموظف.

ولقد عزّف جانب من القضاء المصري نظرية الغلو بأنّها: التعبير عن عدم الملاءمة الظاهرة أو المفارقة الظاهرة أو عدم التناسب البيّن أو التفاوت الصارخ بيّن درجة خطورة المخالفة التأديبية وجسامة العقوبة الموقعة لها⁽¹⁾.

وكرّس هذا المفهوم حكم المحكمة العليا في مصر 1961/11/11م الذي ينصّ على أنّه: "ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري، ما يناسبه من جزاء بغير مُعقّبٍ عليها في ذلك إلاّ أنّ مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى ألاّ يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بيّن درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره..."⁽²⁾.

والتشريع والقضاء المصري اهتم كثيرًا بتأصيل نظرية الغلو على القرارات الإدارية التأديبية، ونجد ذلك في العديد من النصوص التشريعية والأحكام القضائية. فمن الناحية التشريعية نلاحظ أنّ المُشرّع لم يحدد تعريفًا للجريمة التأديبية، ولم يُورد الأفعال المُكوّنة لها على سبيل الحصر، وإنّما اقتصر على بيان واجبات العاملين والعُمال بصفة عامة فمن خلال الدراسة والبحث نجد أنّ المُشرّع لم ينصّ

(1) محمد مفضي فالح، الرقابة القضائية على الغلو في القرار الإداري التأديبي، مرجع سابق، ص:127.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، طعن إداري رقم 7262، 1965م.

صراحةً على الجرائم التأديبية أي لم يحددها على سبيل الحصر إلا أن قانون الخدمة المدنية رقم (81) لسنة (2016م) أخذ بمبدأ (مشروعية العقوبة) وحدد الجزاءات التأديبية على سبيل الحصر مع إلزام السلطات التأديبية بالاختيار من بينها عند توقيع الجزاء على الموظف الخارج عن مقتضيات وظيفته⁽¹⁾.

وتأكيدًا على ما سبق ذكره من الناحية التشريعية فالمُشرِّع لم يحدد عقوبة معينة بصفة عامة لكل جريمة أو لكل نوع من الجرائم التأديبية حيث أنه قد نصَّ على العقوبات التأديبية التي يجب توقيعها بالنسبة لبعض الجرائم التأديبية⁽²⁾.

أمَّا: من الناحية القضائية فالقضاء الإداري المصري يُعتبر سبَّاق في بسط رقابته الملاءمة للجزاءات التأديبية في مجال الوظيفة العامة.

إنَّ محكمة القضاء الإداري منذ نشأتها عملت على ملاءمة الجزاءات التأديبية، أي: أنَّها جعلت اختيار العقوبة للذنب من إطلاقات السلطة التأديبية بغير مُعقَّب عليها من القضاء.

وهذا القول يعني أن: القضاء جعل للإدارة السلطة التقديرية المطلقة في تحديد الجزاءات التأديبية على مرتكب الجريمة التأديبية على ألا يكون فيها سوء في استعمال لهذه السلطة أي: ما يعني به صلب موضوعنا وهو الغلو وفي حكم آخر لذات المحكمة فيما يخص الغلو: "ليس لهذه المحكمة أن تُعقَّب على مقدار الجزاء التأديبي الواقع ما دام يدخل في الحدود القانونية المقررة، إذ إنَّ تناسب الجزاء مع الفعل موضوع التأديب، أو عدم تناسبه، مما تترخص المجالس التأديبية في تقديره".

والقضاء المصري لم يضع تعريفًا محددًا للغلو لكنَّه حاول جاهدًا إعطاء مدلول واضح للغلو، ونجد ذلك بالرجوع إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث أنَّها في حكم لها صدر بتاريخ 1961/11/11 أقرت هذا المبدأ الذي يعتبر في

(1) قانون الخدمة المدنية في التشريع المصري، مادة (81)، لسنة 2016م.

(2) ربيع عبد العزيز، الغلو في استعمال الجزاء وأثره على القرار الإداري، مرجع سابق، ص: 348.

بعض الكتب (شُعلة مضيئة في طريق الحق، والعدل وزينت بهذا الحكم صدر القضاء الإداري) إذ تُعد هذه المحكمة عيب الغلو بأنه عيب مخالفة القانون حيث جاء في حكمها "هذا.... ولئن كانت للسلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير مدى خطورة الذنب الإداري وملاءمة الجزاء الموقع له دون مُعَقِّبٍ عليها في ذلك إلاَّ أنَّ مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألاَّ يشوب استعمالها غلو ومن صور الغلو، عدم الملاءمة الظاهرة بيّن درجة خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره" ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب⁽¹⁾.

وهو بوجه عام تأمين ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد ولا يتحقق ذلك إلاَّ إذا كان الجزاء مناسباً للذنب ولا ينطوي على مفارقه صارخة بينهما، وعلى هذا الأساس يعتبر إساءة استعمال السلطة التقديرية في اختيار الجزاءات مشوباً بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية.

وإضافة لموقف القضاء المصري من نظرية الغلو نشير إلى حكم آخر لها 1995/7/15م إذ أكدت أن تَمَثُّع السلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية بسلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير مُعَقِّبٍ عليها في ذلك مناط مشروعية هذه السلطة ألاَّ يشوبها غلو...⁽²⁾.

وهكذا بدأت تظهر مع كل هذه الاستثناءات ملامح نظرية الغلو، وتَدخُل المحكمة في رقابة سلطة الإدارة، وقَيِّدها حتى لا تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية.

وبالإضافة لذلك نجد أنَّ المحكمة العليا الليبية لم تقم بوضع تعريفات محددة لنظرية الغلو، ولكن نجد أنَّها قد أصدرت عدة أحكام قضائية نلتبس منها أو يتضح

(1) د. قيدار عبد القادر صالح، الغلو في القرار الإداري، مرجع سابق، ص: 365.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، طعن إداري رقم 1733، جلسة 15-7-1995م.

منها أنّها عنت الغلو في القرار التأديبي الواقع على الموظف، ولقد تَدَخَلت في الحد من الغلو في الجزاءات التأديبية، ونشير بالذكر إلى أنّ القاضي الإداري الليبي شأنه شأن القاضي المصري، وكذلك القضاء الفرنسي، يرفض التدخل في القرارات الإدارية على أساس أنّها: تتمتع بحجية وحصانة من رقابة القضاء؛ لأنّه الأصل في القرارات الإدارية صحة مشروعيتها إلى أن تُثبت عكس ذلك....).

والجهات الإدارية تتمتع بامتيازات وصلاحيات واسعة في علاقتها بموظفيها، وهذا أقرّه المُشرِّع وقضت به المحكمة العليا أيضًا⁽¹⁾.

فمن الناحية التشريعية سن المُشرِّع عدة قوانين ولوائح، تنص على حق وحرية الإدارة في إصدار القرارات الإدارية التي تراها مناسبة على الموظف العام، ولكن مع توفير الحماية القانونية له ضد تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطة التي منحها لها المُشرِّع والدليل أنّ المُشرِّع قد حرص على النص صراحةً في هذا الشأن في المادة (2) من قانون (88) لسنة (1971م) بشأن القضاء الإداري على حق الموظف في أن يتقدم لدائرة القضاء الإداري دون غيرها للمطالبة بإلغاء تلك القرارات في حال عدم مشروعيتها⁽²⁾.

وتختص دوائر القضاء الإداري وحدها بطلبات الموظف العام المتعلقة بإلغاء القرارات التأديبية الصادرة بحقه سواء من السلطة الرئاسية التابع لها أو من المجالس التأديبية، مهما كانت نوع ودرجة وجسامة العقوبة المُوقَّعة سواء كانت في شكل عقوبة إنذار أو الخصم أو الحرمان من العلاوة السنوية، أو إيقاف عن العمل أو

(1) د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2003م، ص: 84.

(2) قانون (88) لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري ينص في المادة (2) تختص دوائر القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية: 1- 2- 3- 4- الطلبات التي يقدمها الموظفون العاملون بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بإحالتهم إلى التقاعد أو الإستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.

حرمان الترقية أو العزل من الوظيفة.... والتحقق من مدى تناسب وملائمة الجزاء التأديبي الموقع مع الذنب الإداري المرتكب.

فالإدارة دائماً قراراتها تتمتع بالمشروعية إلى أن يثبت غير ذلك، وقد تشوب قراراتها عيوب قد حددها المشرع ولعل من ضمن العيوب التي حددها المشرع عيب الانحراف في استعمال السلطة والسلطة هنا يعني بها استعمال السلطة التأديبية أي: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على الموظف العام، ولو حدث ذلك هنا يتم إلغاء هذا الإجراء أمام القضاء الإداري⁽¹⁾.

أما الناحية القضائية: فالقضاء الإداري الليبي قيّد سلطة الإدارة في استعمال سلطتها التأديبية في توقيع الجزاءات على الموظف العام بأن اشترط عليها عدم المغالاة في توقيع العقوبة التأديبية، ولقد قالت بهذا الخصوص "يجب أن لا تغالي السلطة التأديبية في تقدير العقاب، ويتحتمّ عليها توقيع العقاب المناسب للذنب، فإذا خرجت هي عن هذا الحد وقررت عقوبة قاسية لذنب صغير خرجت بفعلها هذا عن نطاق المشروعية، إلى عدم المشروعية وكان هذا الانحراف عيباً يشوب قرارها"⁽²⁾.

ولقد أكّد هذا الاتجاه القضائي في قرار المحكمة العليا الصادر 22-6-86 فيقول: "حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على تقدير أن العقوبة أمر تقديري للسلطة التأديبية يُراعى في تقديرها حساب المخالفة والآثار المترتبة عليها بما يكون فيه زجر للموظف، وعظة لغيره في حدود العقوبة المقدرة قانوناً، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى لا يشوب استعمالها غلو يؤدي إلى عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري، وبين نوع الجزاء

(1) د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الإداري الليبي، مرجع سبق ذكره، ص: 471.

(2) حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم (2) لسنة (11) قضائية، 13-2-1975م.

ومقداره بما يخالف روح القانون والحكمة التي توخاها المُشرِّع من العقاب التأديبي...»⁽¹⁾.

والانحراف في استعمال السلطة يُعد عيبًا من العيوب التي تشوب القرار الإداري ويتعلق بركن الغاية، والذي هو من الأركان الجوهرية للقرار الإداري الذي في حال شابه عيب يكون القرار باطلاً بطلاناً نسبياً.

ومن كل ذلك نجد أنّ القضاء الليبي المحلي اعطى للإدارة سلطة مطلقة في إصدار القرارات وتوقيع الجزاءات ولكن قيدها في حال عدم توفر الملاءمة بين الذنب والجزاء، وكذلك في حالة أنّها لم يكن هدفها من إصدار قرار التأديب تحقيق المصلحة العامة، فهنا تكون الإدارة مُعرّضة للمراقبة القضائية عن طريق الطعن ضدها بالإلغاء أي: برفع دعوى إلغاء.

وبالتالي فالقضاء الليبي اتّبِع نهج القضاء المصري والفرنسي في الحرص على عدم التعسف في استعمال السلطة، ومن وجهة نظر الباحث أنّ الأصل للأساس أنّ كلاً من القانون والقضاء واجبهما حماية الفرد ضد أيّ ظلم أو تعسف من قبل الجهات الإدارية التي هي أساساً بدورها تتحمل من المسؤوليات ما يجعلها تعلم جيداً كيفية التصرف فيها، تحقيقاً للصالح العام، وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطّراد، ولكن مهما صلحت الإدارة في اتخاذ قراراتها وإصدار عقوباتها الإدارية، فهذا لا يمنع أن تقع في الخطأ أو أن يُصاب قرارها بعيب من العيوب كأن تصدر قراراً لا تهدف به إلى تحقيق الصالح العام بل لغرض الانتقام أو مجرد التشنّي من الموظف فهنا يتدخل القضاء، وعليه الحكم بإلغاء هذا القرار المغالى فيه دون أن تطلب السلطة من الطاعن القيام باتباعه.

(1) حكم المحكمة العليا، دعوى إدارية، رقم (6) سنة (11) قضائية .

الفرع الثاني: نشأة نظرية الغلو ومبرراتها وأهم انتقاداتها.

أولاً- نشأة نظرية الغلو في فرنسا ومصر وليبيا.

إنَّ رقابة الغلو ما هي إلاَّ وسيلة ابتدعها القضاء الإداري المصري لمواجهة حالات تعسُّف الإدارة في فرض الجزاء التأديبي، والتي أراد منها كذلك مجلس الدولة الفرنسي الذي ابتدع رقابة الملاءمة على الخطأ البين أو الخطأ الواضح، وسنتناول تطور نظرية الغلو ونظرية الخطأ البين ونشأتهما في كلِّ من مصر وفرنسا.

أ- نشأة نظرية الغلو في فرنسا:

إنَّ نظرية الخطأ الواضح في التقدير من النظريات الحديثة التي ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي، والتي اعتمدها القاضي الإداري الفرنسي لتشديد رقابته على الإدارة، وقد تمَّ تطبيقها أساساً في مجال الملاءمة بين الجزاء التأديبي والخطأ⁽¹⁾، نتيجة للتطورات التي أصابت أنشطة الدولة، ووظائفها في النصف الأخير من القرن العشرين حيث أدت لاتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة، وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يعمل على إعادة التوازن بين سلطة الإدارة وحقوق الأفراد وضمان حرياتهم، فوضع حد جديد للسلطة التقديرية للإدارة، ويعود تاريخ رقابة القضاء الإداري الفرنسي للوقائع إلى حكم (الكاميون) بتاريخ (1916م) الذي يُعدُّ مرحلة مهمة في هذا المجال، للنظر في مدى ملاءمة القرار المتخذ للوقائع، وخاصة في مجالات الضبط الإداري.

وفي سياق هذا التطور التاريخي للقضاء الفرنسي أنشأ نظرية "غلط الإدارة البين في التقدير"⁽²⁾، وكانت بداية ظهور هذه الفكرة في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (لاتخريج) سنة (1916م)، التي أشار فيها المجلس إلى (الغياب البين في

(1) وديع البقالي، تطور الرقابة على ملاءمة القرار الإداري بين الفاعلية والمحدودية، مجلة الحقوق، العدد 21، بلا بلدة، 2019، ص: 296.

(2) محمد مفضي فالح، الرقابة على الغلو في القرار الإداري التأديبي، مرجع سابق، ص: 138.

التعامل) حيث أنهى القول في هذا الحكم بأن الإدارة وإن كانت حرة في تقدير قيام التعادل بين الوظائف أو عدم قيامه، إلا أن هذا التقدير يجب ألا يكون مبنياً على عدم التعادل الواضح أو البين⁽¹⁾، ونظرية الخطأ البين قد بلغت ختام تطورها في مجال التناسب بين الجزاءات أو الأخطاء التأديبية في نطاق الوظيفة العامة في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (ليبون) الصادر بتاريخ 1978/6/9 حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (ليبون) مُدرّس في أكاديمية بمقاطعة (تولوز) اتُّهم بارتكاب أفعال وإشارات مُخلّة بالحياء إلى تلاميذه في الفصل، والتي على أساسها عُوقب بالإحالة إلى المعاش، ليرفع دعوى ضد قرار الإحالة أمام (محكمة تولوز) التي رفضت طلبه لعدم كفاية السبب وإثر ذلك تقدّم بالطعن أمام مجلس الدولة الذي رفضه، وحلّص بتاريخ 1978/6/9 إلى أن هذا الفعل ثابت ويُشكل خطأ⁽²⁾.

يبرر عقوبة الإحالة إلى المعاش دون أن يشوب ذلك غلط أو خطأ ظاهر في

التقدير.

وتكمن أهمية (فررليبون) في أنه قد أرسى مبدأ مهم في مجال التأديب مفاده أن سلطة التأديب لم يُعد لها كامل الحرية في اختيار العقوبة، وإنما أصبحت سلطتها التقديرية في اختيار هذه العقوبة مقيّدة بحيث يتعيّن عليها اختيار العقوبة المناسبة والملائمة مع الفعل، وتأكيداً على ذلك، نجد أنه لم يمض وقتٌ طويلاً على (فررليبون) حتى عمل مجلس الدولة الفرنسي على التطبيق الإيجابي لرقابة الغلو أو الخطأ البين.

وهذا نجده في قضية (السيد فينولي) (1978م) حيث صدر في حقه عقوبة عزل بسبب الإهمال وعدم الدقة في العمل، حيث قضى المجلس الفرنسي بإلغاء قرار

(1) نسيمة عطار، مبدأ التناسب في القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص:161.

(2) علام محمد المهدي، دور القاضي الإداري في رقابة مبدأ تناسب الجزاء التأديبي، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 9، المغرب، 2017م، ص:112.

العزل على أساس أنه يشوبه خطأ بيّن باعتبار أنّ أفعال (السيد فيتولي) تستحق أنّ يُعاقب عليها، ولكن عقوبة العزل تتفاوت بشكل بيّن في هذه الأفعال⁽¹⁾.

إذا فالقضاء المصري والقضاء الفرنسي قد استقرا على فكرة الرقابة على مناسبة الجزاءات التأديبية مع الجرائم منذ زمن إلى غاية وقتنا الحالي.

ب- نشأة وتطور نظرية الغلو في مصر وليبيا:

كانت النشأة الأولى لقضاء الغلو في أحكام مجلس الدولة المصري، بوصفه نموذجًا مثاليًا حيًا للرقابة على التناسب في مجال التأديب، وقد تجلّت في مسلك محكمة القضاء الإداري، والتي يعود إليها فضل السبق في غرس اللبنة الأولى لهذا القضاء.

وبان ذلك في مسلك المحكمة الإدارية العليا باعتبارها صاحبة الفضل في تكريس هذا القضاء، وبلورة معالمه حتى أصبح اتجاهًا راسخًا في أحكام مجلس الدولة المصري.

ففي عام (1946م) صدر قانون رقم (122) الذي اقتصر على إنشاء محكمة، وحيدته في القاهرة وهي: محكمة القضاء الإداري، التي يرجع لها الفضل في ترسيخ مبادئ القضاء الإداري، والتي من بينها المقدمات الأولى لقضاء الغلو، الذي هو: بمثابة نموذج التطبيق الأول لرقابة التناسب في مجال التأديب، ولقد مارست المحكمة الإدارية رقابتها على بعض العقوبات التأديبية الموقعة على طوائف معينة هم: العمدة، والمشايخ، والطلبة ولقد اعتبر وصدّر حكم عنها في قضاء الغلو بتاريخ 1951/6/26م، وما يتبعها من أحكام مسلكًا إيجابيًا نحو ممارسة الرقابة على التناسب في مجال التأديب⁽²⁾.

(1) كريمة خلدون: تطور رقابة القضاء الإداري على الملاءمة في المجال التأديبي، مجلة الحقوق، كلية العلوم القانونية، وجدة، العدد 45، 2016م، ص: 84.

(2) حسام حميد الدليمي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية التأديبية، مرجع سبق ذكره، ص: 172-174.

ومن الممكن القول: بأنَّ قضاء الغلو قد ظهر في (1951م) بشكل محدود في قضاء محكمة القضاء الإداري، قصرية بإلغاء قرار فصل أحد العمداء على أساس عدم الملاءمة الظاهرة بيّن المخالفة التي ارتكبتها مع الجزاء الذي طُبّق في حقه حيث قضت المحكمة بـ: "إنَّ فصل لجنة المشايخ لأحد العمداء لتأخره في التبليغ عن حادثة سرقة يجعله مشوبًا بعيب الانحراف في استعمال السلطة واجب الإلغاء".

ومن الملاحظ أنَّ في البدايات اقتصر قضاء الغلو على فئة المشايخ والعمداء فقط، ولكن مع تطور الزمن وتطور الأفعال والجرائم؛ ولأنَّ نظرية الغلو كانت نتيجة لتصحيح عيب الانحراف في استعمال السلطة التأديبية، وتُعد استثناءً على تصرفات الإدارة القانونية فلقد تطورت أيضًا رقابة الغلو سنة (1961م) لتشمل الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية عمومًا عندما يشوبها غلو أو عدم تناسب أو متى اتسمت هذه القرارات بعدم الملاءمة الظاهرة بيّن درجة خطورة الذنب الإداري وجسامة الجزاء ومقداره، وأصبح ذلك المسلك من جانب المحكمة الإدارية العليا في مصر قاعدة في الرقابة القضائية على القرارات التأديبية⁽¹⁾، وأكدت ذلك في حكمها الشهير بتاريخ 1961/11/11 "ولئن كانت للسلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري، وما يناسبه من جزاء بغير مُعقَّب عليها في ذلك إلاَّ أنَّ مناط مشروعية هذه السلطة شأنها شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألاَّ يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة، بيّن درجة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره... وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصورة مشوبًا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية، ومن ثمَّ يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معيارًا

(1) محمد مفضي فالح، الرقابة على الغلو في القرار الإداري التأديبي، مرجع سابق، ص: 128.

شخصياً، وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب مع نوع الجزاء ومقداره...»⁽¹⁾.

وبهذا أصبح إرساء مبدأ تناسب العقوبة مع الجريمة المباديء المهمة التي تتطلبها كل عملية تأديبية هنا، ونجد ذلك في العديد من الأحكام القضائية لفظة إذاً فنظرية الغلو كما أسلفنا القول مع ابتداء القضاء الإداري، وهي: تقترب كثيراً من نظرية الخطأ الواضح الفرنسية أو يمكننا القول: إنها مرادفة لها والتي سنتناولها كالاتي:

حكم المحكمة 1965/5/8 (الذي أُستبدل فيه حكم المحكمة بعقوبة أخرى حيث خففت الدرجة التي عُوقب بها أحد الموظفين بعقوبة العمل بدون مرتب لمدة شهرين (وحكم آخر أيضاً استبدلت فيه عقوبة الخصم من المرتب لمدة شهرين إلى عقوبة الإنذار في حكمها الصادر 1965/5/15م)⁽²⁾.

كذلك قضت محكمة القضاء الإداري 1995/6/15 بإلغاء قرار مجلس تأديب أعضاء هيئة التدريس بجامعة الأزهر، فيما تضمنته من توقيع عقوبة اللوم مع تأخير العلاوة لمدة عامين على احد أعضاء هيئة التدريس، حيث أُستبدلت هذه العقوبة بعقوبة التوبيخ بعدما تبين لها أن تلك العقوبة هي: المناسبة لما ارتكبه من مخالفات⁽³⁾.

أمّا: في ليبيا فالقضاء الليبي اتّبع نهج القضاء المصري منذ البداية، وفي عدة مؤلفات نجد أنّهم كتبوا عن مبدأ الغلو في ليبيا أنّ بداياته كانت منذ (1975م). في حكم للمحكمة العليا فيما يتعلق بتوضيح خطورة حرية السلطات التأديبية في توقيع الجزاءات التأديبية، وقد اعترفت صراحةً بفرض الرقابة القضائية على

(1) د. علام محمد المهدي، دور القاضي الإداري في رقابة مبدأ تناسب الجزاء التأديبي، مرجع سابق، ص: 110.

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية، نقلاً عن كريمة خلدون، تطور رقابة الملاءمة في المجال التأديبي، مرجع سابق، ص: 92-102.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن (4172)، 15-6-1995م.

السلطات التأديبية في حال ارتكبت هذه السلطات غلوًا صارخًا وواضحًا بينَ الجزاء التأديبي والذنب الإداري، ولقد صرحت من ذلك في قرار لها منذ تاريخ 13/2/1975م حيث قالت: "... وحيث أنه وإن كانت سلطة تقدير خطورة الذنب وسلطة تقدير الجزاء المناسب لها، وإن كانت تدخل في السلطة التقديرية للجهة المُصدرة للقرار إلا أن هذه السلطة تخضع فيها لرقابة القضاء الإداري من حيث مشروعيتها، وعدم مشروعيتها شأنها شأن أي سلطة تقديرية..." (1).

ومن هنا قد تمكّن القضاء الليبي من إرساء مبدأ جديد من المبادئ العامة للقانون ألا وهو مبدأ "التناسب بين العقوبة والذنب" والذي أُعتبر وفقًا للمادة (31) من قانون المحكمة العليا لسنة (1982م) من المبادئ الملزمة لجميع الجهات الإدارية بما فيها السلطة التأديبية، ومقتضى هذا المبدأ أن تكون العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف متناسبة ومتلائمة مع خطورة وجسامة المخالفة التأديبية التي ارتكبتها، ويترتب على مخالفة السلطة التأديبية لهذا المبدأ عدم مشروعية قراراتها، ومن ثمّ قابليتها للإلغاء والتعويض من قبل دوائر القضاء الإداري (2).

إدًا فنظرية الغلو تحض على المراقبة القضائية لأعمال الإدارة، حيث تقترب كثيرًا من نظرية الخطأ الواضح الفرنسية.

ثانيًا - مبررات نظرية الغلو وأهم انتقاداتها.

تُعَد نظرية الغلو ورقابة الملاءمة على غلو الإدارة في توقيع جزاءاتها التأديبية، من أهم الاستثناءات والقيود الواردة على تصرفات الإدارة القانونية، ولهذه النظرية عدة مبررات تؤكد أهمية العمل بها، ويقابلها أيضًا انتقادات تعرضت لها، وسنوضح ذلك كالآتي:

(1) أحكام المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم (2) سنة (21) قضائية 13-2-1975م.

(2) د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص: 84.

أ- مبررات نظرية الغلو.

إنَّ القضاء الإداري في عدة محاكم من الدول قد شجع كثيراً على أهمية تطبيق نظرية الغلو، وممارسة الرقابة على القرارات الإدارية المتعلقة بتأديب الموظف العام.. وله عدة مبررات قضائية وكذلك منها الفقهية لهذا الشأن سنوضحها كالآتي:

1- المبررات القانونية لنظرية الغلو:

منح القضاء الإدارة سلطة تقديرية واسعة في مجال التأديب، وبالمقابل لها مبررات قيدها بالألا يشوب قرارها غلو.. وهذا أول مُبرّر لهذه النظرية.

يدعو النص صراحةً إلى عدم مغالاة الإدارة في توقيع جزاءاتها التأديبية على الموظف العام على الرغم أنَّ لها سلطة تقديرية واسعة في مجال توقيع الجزاءات، وهذا النص سبق وأن عرضناه في الفرع السابق وهو (حكم المحكمة 1961/11/11).

وبالتالي للقضاء سلطة التدخل متى كان القرار التأديبي مصاب بالغلو⁽¹⁾. بالإضافة لذلك إنَّ القرار الإداري الذي يعاب عليه بعيب الغلو فهذا عيب مخالف للقانون بمعنى أنَّ القاضي الإداري عندما يقوم بإلغاء قرار تأديبي لوجود عدم تناسب ظاهر بينَّ الجزاء والخطأ المرتكب، فهو يقضى بذلك لمخالفة القانون في روحه ومعناه.

ونسبته للسلطة التقديرية للإدارة فهي قد تتسم جزاءاتها بالشدة والتطرف، وهذا أمرٌ مطلوب لتحقيق الردع وإلزام الموظفين بالقيام بوظائفهم بكل حسن ونظام، غير أنَّه قد تسيء الإدارة في استعمال سلطتها وفي اختيار الجزاء التأديبي الملائم للمخالفة التأديبية المرتكبة من الموظف، وإنَّ حدث واختارت سلطة التأديب جزاء غير مناسب في سنده وشططه مع المخالفة هنا تكون الإدارة أساءت استعمال السلطة، ويجب تدخل القضاء لعيب استعمال السلطة.

(1) ربيع عبد العزيز، الغلو في استعمال الجزاء وأثره على القرار الإداري، مرجع سابق، ص:400.

ومن المبررات القانونية أيضًا أنّ الغلو أساسًا يدخل في عيب مخالفة القانون؛ لأنّ المُشرّع حيث تدرّج في النص على الجزاءات التي يجوز توقيعها على الموظفين عملاً بأحكام القانون لم يهدف بذلك إلى أنّ تتفرد السلطات التأديبية بتوقيع الجزاء، وإنما قصد بهذا التدرج أن يُقاس الجزاء بما يثبت الخطأ فإذا تبين أنّ القرار بيّن على عدم الملائمة الظاهرة بيّن التهمة والعقاب وقع قرار السلطة التأديبية مخالف للقانون، وتعيّن من القضاء إبطاله⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك ونظراً لخطورة إطلاق حرية الإدارة في توقيع الجزاءات لما تثيره هذه القرارات من حساسية خاصة؛ لاتصالها بشكل مباشر بمصالح الموظفين فما لبث أن عاد القضاء لأعمال رقابته على الغلو في التقدير⁽²⁾.

2- المبررات الفقهية:

إنّ نظرية الغلو كانت محط اهتمام كبير من طرف فقهاء القانون الإداري فالبعض منهم وهم المؤيدون لنظرية الغلو يرون إنّ الموظفين الذين يباشرون اختصاصاتهم في مجال السلطة التأديبية غير معصومين عن الخطأ وإنّ كلمة الملاءمة تعنى المطالبة لا الهوى والتحكم من جانب السلطات التأديبية، وهذا مبررهم للغلو⁽³⁾.

ويرى فقهاء آخرون في الفقه الفرنسي أنّ نظرية الغلو أو الخطأ البيّن لديهم تُعدّ حكماً حاسماً في مجال تناسب العقوبة مع الجريمة.

فالعامل بهذه النظرية طريق لتحقيق العدل والحق في القضاء الإداري، وهذا في قول الدكتور (جودت الملط) إنّ المحكمة العليا في حكمها المشار إليه قد وضعت شعلة مضيئة في طريق الحق والعدل وزينت بهذا الحكم صدر قضائنا الإداري⁽⁴⁾.

(1) علي حسن علي، الغلو في الجزاء وأثره على مدى صحة القرار الإداري، مرجع سابق، ص:212.

(2) كريمة خلدون، تطور رقابة الملاءمة في المجال التأديبي، مرجع سابق، ص:101.

(3) البقالي وديع، تطور الرقابة على ملاءمة القرار الإداري بين الفاعلية والمحدودية، مرجع سابق، ص:299.

(4) علي حسن علي، الغلو في الجزاء وأثره على مدى صحة القرار الإداري، مرجع سابق، ص:215-216.

وحتى في الشريعة الإسلامية ونجد أن فيما يتعلق بالغلو جاءت كل النصوص القرآنية جاءت بأسلوب النهى أو صيغة النهي... في أمور الدين، فما بال أمور العقاب من قبل البشر.

ب- انتقادات نظرية الغلو:

إنه على الرغم من كل الضمانات والمبررات التي لاقتها نظرية الغلو، ولكنها لم تسلم من النقد من قبل العديد من فقهاء وبُحَّاث القانون والقضاء الإداري:

أ- فالدكتور (سليمان الطماوي): يرى أن تقدير خطورة الذنب الإداري واختيار الجزاء التأديبي المناسب له يدخل في نطاق السلطة التقديرية لسلطة التأديب بحيث لا يمكن محاسبتها على خطأ التقدير إلا في نطاق عيب الانحراف في استعمال السلطة.

لأن تقدير الجزاء الملائم للذنب الإداري يجب تركه للإدارة ولا ينبغي أن تمتد إليها رقابة القضاء لأن أساساً رجال الإدارة هم الأقرب إلى الظروف التي يتم فيها العمل الإداري، وبالتالي هم الأقدر على تحديد وتقدير الجزاء المناسب للأخطاء التأديبية⁽¹⁾.

ب- وهناك أيضاً من يرى أن القاضي الإداري من المستحيل له من الناحية العملية أن يُمارس رقابة الملائمة نظراً لبعده من حيث الزمان والمكان عن الظروف والملايسات التي أحاطت بالإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية كما أن القاضي تتقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تتعرض لها الإدارة كما أنه لا يحيط تمام الإحاطة بالوسائل التي تتخذها الإدارة بشأن هذه الحالات⁽²⁾.

بالإضافة لذلك يرى بعض النقاد أن تدخل السلطة القضائية على مراقبة السلطات التأديبية يعتبر تعدياً عليها وتدخلاً في مجال عملها الذي يجب أن يبقى محفوظاً لها كسلطة إدارية.

(1) كريمة خلدون، تطور رقابة الملائمة في المجال التأديبي، مرجع سابق، ص: 95-101.

(2) علي حسن علي، الغلو في الجزاء وأثره على مدى صحة القرار الإداري، مرجع سابق، ص: 215-216.

كـرـقـبـتـها عـلـى الجـرـائـم الـتـي تـقـع عـلـى مـالٍ عـامٍ، وـالمـخـالـفـات المـُـخـلـة بـالـأـمـانـة وـالثـقـة، وـالمـخـالـفـات الـتـي تـتـعـلـق بـالـآـدـاب العـامـة، وـالـاعـتـدـاء الرئـيس الأـعـلـى، وـكـذـلـك الـاسـتـمـرـار فـي المـخـالـفـة وـالعـودـة لـلمـخـالـفـة⁽¹⁾.

وـمـن وـجـهـة نـظـر البـاحـثـة أن سـلـطـة الإـدـارـة مـكـفـولـة لـأشـخـاص يـعـلـمـون جـيـدًا مـا يـقـومـون بـه مـن عـمـل، وـهـم أـدرى مـن غـيـرهم فـي تـوقـيع سـلـطـتهم التـأـديـبـية طـالـمـا كـانـت هـذه السـلـطـة تـهـدـف لـتـحـقـيق الصـالـح العـام، وـتـهـدـف لـضـمـان حـسـن سـير المـرفـق العـام بـانـتـظـام واطـرـاد.

وـتـرى البـاحـثـة أن الـهـدـف مـن العـقـوبـة دـائـمًا الرـدع وـالمـحـافـظـة عـلـى النـظـام.

(1) عبد الله رمضان بنيني، الغلو في الجزاء التأديبي وأثره على القرار الإداري، مرجع سابق، ص: 175.

المبحث الثاني

نظرية الموظف الفعلي ونظرية الموظف الظاهر

المطلب الأول: نظرية الموظف الفعلي.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الموظف الفعلي في القرارات

الفرع الثاني: النشأة التاريخية ومبررات نظرية الموظف الفعلي وأهم الانتقادات الموجهة إليها.

المبحث الثاني

نظرية الموظف الفعلي ونظرية الموظف الظاهر

يعتبر الموظف العام الركيزة الأساسية لسير المرافق العامة، فهو الوسيلة البشرية التي تستخدمها الإدارة لتحقيق مهامها، والتي أهمها المصلحة العامة لكل الموظفين، وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، والذي تقوم بتقليده الوظيفة العامة بمقتضى قرار إداري أحادي الجانب أو بعقد تلزمه بالعمل بهذه الوظيفة الإدارية، ولكن نظراً لوقوع بعض الظروف الاستثنائية المفاجئة قد يمارس أحد الأشخاص الطبيعيين العاديين مهام وظيفية من غير أن يصدر في حقهم قرار تعيين، أو كان قرار تعيينهم معيباً، بسبب هذا الظرف الاستثنائي قام القضاء الفرنسي، والقضاء المصري والقضاء الليبي بالاعتراف بصحة هذه التصرفات على اعتبار أنها استثناءً عن القاعدة العامة، فتمَّ استنباط نظريتين سماهما القضاة بنظرية الموظف الفعلي وأخرى عُرِّفت بنظرية الموظف الظاهرة اللتين سنتناول أهم ما يتعلق بهما من حيث التعريف والنشأة وأهم المبررات والانتقادات الموجهة لهما:

المطلب الأول

نظرية الموظف الفعلي

تُعدّ نظرية الموظف الفعلي استثناءً مهمًا وقويًا يتعلق بتصرفات الإدارة القانونية إذ أنّ الإدارة أساسًا لها وسائل محددة ولازمة؛ لتقوم بعمل الوظيفة العامة، وأهمها الوسائل البشرية المتمثلة في الموظف العام الذي تختاره بعناية وفق شروط وطرق محدّدة، ولكن لوقوع ظروف استثنائية كالثورات والحروب يتحلى الموظفون العموميون عن وظائفهم، ويباشرون مهامهم أشخاص عاديون، أُطلق عليهم اسم الموظف الفعلي، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب:

الفرع الأول: التعريف بنظرية الموظف الفعلي في القرارات

الفرع الثاني: النشأة التاريخية، وأهم مبررات وانتقادات نظرية الموظف الفعلي.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الموظف الفعلي

لنظرية الموظف الفعلي عدة مفاهيم وتعريفات في اللغة والاصطلاح، وبالإضافة لذلك نجد أنّ الفقهاء والقضاة كان لهم دور كبير في تعريف هذه النظرية، سنوضح ذلك كالتالي:

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي

نقوم بتعريف مصطلح الموظف الفعلي في اللغة والاصطلاح، ثمّ نتطرق إلى التعريف أو المفهوم لدى الفقهاء والقضاة في أحكامهم القضائية.

أ- تعريف الموظف الفعلي لغةً واصطلاحًا:

الموظف لغةً: مشتق من وظيف ووظفًا والتوظيف: تعيين الوظيفة، وهي ما يُقدّر للإنسان من عمل أو رزق أو طعام، والجمع وظائف وتأتي بمعنى العهد والشرط، وبمعنى المنصب والخدمة المعينة⁽¹⁾.

(1) أبو الحسن البصري البغدادي : كتاب الأحكام السلطانية، دار النشر : دار الحديث ، القاهرة، ص344،

www.shamela.ws 2025/4/24، 8:00 م.

ب- تعريف الموظف الفعلي اصطلاحاً:

أمّا: الموظف في الاصطلاح: يعني من يتعاطى أمرًا يتعلق بالملمين في أعمال الدولة.

والموظف هو: اسم لكل عمل من أعمال الدولة في الحكم والأمن أو المال سواء أقرر العمل بزمان كشهري، أم عمل كصدقة هذه السنة، أم مطلقاً كحماية ملكة. وقال ابن تيمية: ومثل صاحب الديوان: الذي وظيفته أن يكتب المستخرج والمصروف والنقيب والعريف، الذي وظيفته إخبار ذي الأمر بالأحوال⁽¹⁾. ويمكن تعريف الموظف: أنه من يختص عمله بغيره من دولة أو شركة أو مؤسسة أو فرد في محل تجاري، أو مزرعة أو مصنع أو ورشة ونحوها⁽²⁾.

فالموظف الفعلي هو: الشخص الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي أو دون سند إطلاقاً في الظروف الاستثنائية، ويمارس كافة صلاحيات الوظيفة ويصدر القرارات الإدارية التي تُخوّله إياها، بحيث تعتبر تصرفاته مشروعاً استناداً لمبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وأطراد ما دامت هذه التصرفات كانت تستهدف تحقيق ذلك المبدأ⁽³⁾.

ثانياً: موقف الفقه والقضاء من نظرية الموظف الفعلي:

تبنى الفقهاء العديد من التعريفات فيما يتعلق بنظرية الموظف الفعلي التي هي استثناء عن الأصل العام، لنظرية الموظف العام فيما يتعلق بالقرار الإداري، ولقد تشابهت كثيراً مفاهيم نظرية الموظف الفعلي لدى أغلب فقهاء العالم رغم اختلاف المفردات في فرنسا، ومصر، وليبيا، والسعودية، والأردن، والعراق، وفلسطين، وغيرهم، وسنتناول ذلك كالتالي:

(1) أبو الحسن البصري الماوردي: الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص: 250.

(2) أبو الحسن البصري الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص: 452.

(3) حسام الدين محمد موسى، الموظف الفعلي والموظف الظاهر فقهاً وقضاءً، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، العدد 2، 2021م.

ففي فرنسا: عرّف الفقيه (جيز) الموظف الفعلي أنّه كل شخص يشغل الوظيفة بطريقة غير صحيحة ويمارس اختصاصها ويزاول أعمالها، سواء كان البطلان يعود لسبب بطلان التولية أو انتهاء أثره⁽¹⁾، وتعد فرنسا هي التي أرسّت هذه النظرية، وسنتحدث عن ذلك في الفروع التالية:

أ- الموقف الفقهي لنظرية الموظف الفعلي:

وضع الفقهاء عدة تعريفات لنظرية الموظف الفعلي فالفقه في الفقه المصري ذكر الدكتور (سليمان الطماوي)، بأن الموظف الفعلي والواقعي هو: ذلك الذي عين تعييناً معيباً أو لم يصد قراراً بتعيينه إطلاقاً⁽²⁾.

وعرّف أيضاً الموظف الفعلي الأستاذ الدكتور محمد نجيب حسن: بأنّه الموظف الذي شاب تعيينه عيبٌ للبطلان سواء أكان شكلياً أو موضوعياً، أو لم يستوفي الإجراءات اللازمة لممارسة اختصاصه.

وكما عرّف الأستاذ (إيهاب يسر) الموظف الفعلي، أنّه ذلك الشخص الذي باشر أعمال الوظيفة العامة دون أنّ تكون له صفة الموظف الحقيقي؛ نتيجة لأن قرار تعيينه لم يصدر أصلاً أو صدر مشوباً بالبطلان؛ أو لأن إجراءات ممارسته لعمله الوظيفي لم تكتمل بعد أو قد يكون هذا الشخص موظفاً فوض بأعمال لا يجيزها القانون له.

إضافة لذلك لقد عرّف أيضاً الأستاذ (رمزي الشاعر): الموظف الفعلي بأنّه الشخص الذي لا اختصاص له بصفة عامة في اتخاذ إجراء أو رأي معين، إمّا: لعدم صدور قرار بتقلده الوظيفة الإدارية، وإمّا: لصدور قرار بتعيينه فيها.

(1) أ. صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، بلا بلدة، 2014م، ص:14.

(2) د. عمار التركاوي، نظرية الموظف الفعلي في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، 2021م، ص:91.

ويعرف أيضًا تعريف الدكتور (محمد رفعت): أن الموظف الفعلي أو الواقعي هو الفرد العادي الذي يتولى مهام وظيفة عامة دون سند قانوني كما لو عين تعيينًا حال لها أو لم يصدر قرارًا إطلاقًا بتعيينه أصلاً.

وكذلك الأستاذ (محمود صالح) يرى أن الموظف الفعلي: هو الشخص الذي يقوم بمباشرة أعمال الوظيفة العامة دون أن تتوفر فيه شروط شغلها أو يصدر قرار من السلطة المختصة بتعيينه فيها⁽¹⁾.

وكذلك عرّف الأستاذ الدكتور (ثروت البدوي) الموظف الفعلي: هو ذلك العامل الذي يتولى وظيفة معينة دون سند شرعي، أو دون سند إطلاقاً، والذي تُعد تصرفاته مع ذلك مشروعاً مع كونه غير مختص بمباشرتها⁽²⁾.

ويضيف لذلك هناك من عرّف الموظف الفعلي أنه هو ذلك الشخص الذي يعترف القضاء بصحة تصرفاته في مجال المرافق العامة، على الرغم من أنه لم يُعين تعييناً صحيحاً في الوظيفة العامة بل أوجدته الظروف الاستثنائية في العمل الوظيفي⁽³⁾.

ولكن يجب التذكير إلى أن المشرّع الليبي لم يُعرّف أو لم يضع تعريفاً للموظف الفعلي؛ لأن وضع التعريفات ليست من عمل المشرّع، بل أن المشرّع الليبي اكتفى بالنص على حالة من حالات الموظف الفعلي في ظل القانون رقم (19) سنة (1946م).

أمّا فقهاء وشُراح القانون الإداري الليبي فقد تطرقوا لتعريفه⁽⁴⁾.

(1) محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مكتبة الرسائل، سنة (2018م)، ص: 28.

(2) اسعد طاهر احمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، دار الكتب الوطنية، بنغازي، (2015م)، ص: 15.

(3) اسعد طاهر احمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص: 15.

(4) محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 39-45-46.

لقد عرّفه الدكتور (محمد عبدالله الحراري) بأن الموظف الفعلي هو: من تولى القيام بوظيفة عامة دون موافقة مسبقة من الجهة الخاصة بالتعيين، يُعدّ قاصداً لها ولا يكتسب بالتالي صفة الموظف العام، كما لا يُعدّ موظف عاماً من تقلد وظيفة عامة وكان تعيينه فيها معيباً، وكذلك بالنسبة ترشحه جهة الإدارة لشغل وظيفة عامة وتعهّد إليها بممارستها انتظاراً لصدور قرار تعيينه من الجهة المختصة، وأخيراً لا يُعدّ موظفاً عامّاً من عهد إليه بوظيفة عامة واستمر في مزاولتها بعد إقالتها أو فصله منها.

وعرفه أيضاً الدكتور (السيد المهدي المدني) أنّ الموظف الفعلي هو: الذي عُين تعييناً معيباً أو لم يصدر قراراً إطلاقاً على الرغم من أنّ الأصل العام يقتضي بطلان الأعمال التي تصدر منه لصدورها من غير مختص، أو من مغتصب فإنّ القضاء الإداري قد أعلن سلامة تلك الأعمال في بعض الحالات إعمالاً لقاعدة سير المرفق العام بانتظام وأفراد.

كما عرّف الدكتور (نصر الدين القاضي) الموظف الفعلي أنه: الشخص الذي باشر أعمال الوظيفة العامة من دون أنّ تتوافر فيه شروط يشغلها، أو لم يصدر قرار من الجهة المختصة بتعيينه فيها.

أمّا الدكتور (صبيح بشير مسكوني) فلقد عرّف الموظفين الفعليين بأنهم الموظفون الذين عُيّنوا تعييناً معيباً، أو لم يصدر تعيينهم قراراً أصلاً. وأخيراً لقد عرّف الأستاذ (محمد رحيم البوسيفي) الموظف الفعلي أنّه الشخص الذي باشر أعمال الوظيفة العامة دون أنّ تكون له صفة الموظف القانوني وكانت غايته المصلحة العامة دون أغراض ومصالح شخصية تتعلق عليه احدى شروط الموظف الفعلي أو الظاهر⁽¹⁾.

(1) محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 46.

كما عرّفه بعض الأقران الموظف الفعلي هو شخص لم يصدر قرار بتعيينه في الوظيفة العامة أو صدر قرار ولكنه صدر معيباً، وقام بممارسة بعض التصرفات أو الاختصاصات المعهودة لموظف عام⁽¹⁾.

إضافةً لذلك تعريف آخر للموظف الفعلي: أنه هو الذي يقوم ببعض الأعمال دون أن يصدر قرار تعيينه أو صدر القرار وكان معيباً⁽²⁾.

هذا فيما يتعلق بتعريف الفقهاء وشراح القانون أمّا: فيما يتعلق بتعريف الموظف الفعلي خاصة في مصر وليبيا لاحظنا أنّها تحمل نفس المعنى والمضمون باختلاف بعض المفردات فقط، وكما للفقهاء دور كبير فهو الأساس في تحديد ووضع التعريفات فللقضاء دورٌ ورأيٌ حول نظرية الموظف الفعلي سنتناوله كآتي:

ب- موقف القضاء من نظرية الموظف الفعلي:

لقد كان لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية دورٌ ورأيٌ في تحديد مفهوم نظرية الموظف الفعلي، ففي مصر لقد أشار مجلس الدولة المصري، وبشكل صريح إلى الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، حيث جاء في الحكم الصادر 1946/6/2، أنّ نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف؛ ضماناً لانتظام المرافق العامة؛ وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين منها باطراد دون توقف، ويتضح من خلال موقف مجلس الدولة المصري ومن خلال هذا الحكم أنّ القضاء الإداري المصري قد بيّن وبشكل واضح

(1) أ. عبدالله منصور الشاذلي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مجلة العلوم

القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، العدد الثامن، بلا تح، ص:91.

(2) إسماعيل احفيظة إبراهيم، أهمية دور الموظف العام في سير المرافق العام، مجلة العلوم القانونية والشرعية،

(2012م)، ص:91.

وصريح أنّ الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي في ظل الظروف الاستثنائية هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد⁽¹⁾.

ولعل أيضاً من أبرز المواقف الذي يتبين مدى تأييد القضاء المصري لنظرية الموظف الفعلي ما حدث في مصر أبان الهجوم الثلاثي على مصر بالتحديد على (بورسعيد 1956)، حيث كان طبيب الحجر البيطري في مدينة القنطرة هو الموظف الرسمي الوحيد هناك فقد مارس سلطة الضبط والتموين والصحة عندما كوّن بعض الإعراب حرساً يحمي بيوت المهاجرين، ومخازن السلاح وجعل نفسه مسؤولاً عن مخازن الدقيق والسكر⁽²⁾.

وكذلك لتأكيد تأييد القضاء المصري لنظرية الموظف الفعلي نجد أنّه في بعض من التطبيقات قد أورد شرعية تصرفات الموظف الفعلي مثل مباشرة شخص وظيفة مُدرّس وإن لم يصدر قرار تعيين من المرجع المختص، وممارسته اختصاصه ومنحه المرتب المستحق من الوزارة يجد نفسه في حاجة وزارة التربية لشغل هذه الوظيفة، على الرغم من تأخر صدور قرار التعيين، فيطغى عليه صفة الموظف الفعلي الذي تربطه بالجهة الإدارية علاقة لائحيه ويعدّ موظفًا عامًّا؛ لأنه يشغل عملاً إدارياً في خدمة مرفق عام⁽³⁾.

بالإضافة لذلك لقد جاء في أحد أحكام مجلس الدولة المصري أنّه: "وإن كان مجلس بلدية الحيزة قد فقد وجوده واختصاصاته بصدر القانون رقم (145) سنة (1949م)، إلا أنّ الأمر يقتضي بحكم الضرورة سير المرافق العامة والمصالح الإقليمية دون تعطيل، وأن يباشر مجلس بلدي الحيزة أعماله باعتباره نائباً عن مجلس

(1) صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 58.

(2) مرعي حسام الدين موسى، الموظف الفعلي والموظف الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص: 18.

(3) عثمان يحيى أبو مسامح، نظرية الموظف الفعلي دراسة قانونية على الواقع الفلسطيني، مجلة القانون والأعمال، فلسطين، العدد 29، (2018م)، ص: 30، 39.

بلدي مدينة القاهرة... وفي هذه الفترة تكون القرارات الصادرة من مجلس بلدي مدينة الجيزة قرارات صحيحة"⁽¹⁾.

كما جاء في حكم ما لمحكمة القضاء الإداري المصري: "أنه إذا صدر قرار من الخدمة بعد بلوغ السن القانوني فإنه يكون قد صدر بعد انتهاء الرابطة الوظيفية بقوة القانون... أي صدر في وقت انتهت فيه الخدمة الأصلية طبقاً لنص المادة (107) من قانون التوظيف، وعليه فإن المدعي بالحكومة في المدة الجديدة تكون قائمة على خدمة من نوع خاص، أو كما يسميها البعض خدمة واقعية وليست قانونية، وهو عندئذ يتقاضى عنها راتبه المقرّر لها ويلتزم فيها بمستلزمات الوظيفة وواجباتها"⁽²⁾.

إذاً فالقضاء الإداري المصري كان متفقاً مع الفقه المصري في القيام بنظرية الموظف الفعلي طالما توفر الظرف الاستثنائي.

بمعنى أنه في ظل الظروف الاستثنائية كالحرب، أو الزلازل، أو البراكين، أو الثورات، أو أي ظرف يراه القضاء استثنائياً إذا قام أحد الأشخاص العاديين بممارسة مهام الوظيفة العامة؛ لضمان استمرار المرفق العام بانتظام واطّراد تكون بصدد إعمال نظرية الموظف الفعلي، وتضفي خلاله المشروعية على ما يتخذه من قرارات يكون الهدف منها الصالح العام، وهو استمرار سير العمل بالمرفق العام بانتظام واطّراد.

ولكن مع توفر الظرف الاستثنائي الذي يُقدّره القاضي، ولعلنا ندرك الحدث الذي جسّد نظرية الموظف الفعلي حرفياً في واقعة تضمنت كافة الشروط والأحققيات؛ لتطبيق النظرية ولاعتبار صحة وشرعية التصرف الصادر من الأشخاص العاديين

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، 15-5-1956م، الدعوى رقم 1370م، مرعي حسام الدين مرسي، الموظف الفعلي الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص: 19.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الدعوى رقم 1221 في 10-4-1958م.

في حدث و(ثورة (25 يناير 2011)، حيث قام المجلس الأعلى للقوات المسلحة بإدارة شئون البلاد عقب تخلي الرئيس حسني مبارك عن السلطة، وقام المجلس بمهام وصلاحيات رئيس الجمهورية⁽¹⁾.

فالقوات المسلحة قامت بمهام ليست من اختصاصها، ولكن نظرًا للظرف الاستثنائي - قيام الثورة - أصبح له صلاحية التصرف مع المشروعية. وكذلك القضاء الإداري الليبي نهج موقف واضح؛ لتطبيقه نظرية الموقف الفعلي منذ السنوات الماضية، ولقد اتبَع موقف القضاء المصري على الرغم من أنه كان منفتحًا جدًا حذرًا فيما يتعلق بالنص لهذه النظرية، فالقضاء الليبي لم يُشير صراحةً إلى الأخذ بنظرية الموظف الفعلي، ولكن يمكن جدًا القول: أنه قد نصَّ عليها ضمناً ولعل من أبرز أحكامها الطعن رقم 16/8 بجلسة 1970/2/22 حيث تقول: "إنَّ القرارات الإدارية المطعون فيها والصادرة بوقف الطاعنين عن العمل هي في حقيقتها قرارات نهائية بفصلهم من الخدمة؛ لأنها قرارات تعيين خاطئة، ما من شك في أنَّ هذه القرارات مسّت مركزًا قانونيًا لكل من المدّعين مما توافر معه المصلحة الشخصية المباشرة"⁽²⁾.

وبهذا نقول : إنَّ على الرغم من أنَّ القضاء الليبي لم يُعرّف أو لم ينصَّ على التعريف بنظرية الموظف الفعلي، مثل: القضاء الفرنسي، والمصري، رغبةً من القضاء في عدم التوسع في الأخذ بهذه النظرية؛ لأنها مجرد استثناء من القواعد الأساسية للاختصاص، وعلى ذلك يمكن اعتبار هذا الحكم نموذجًا لتطبيق نظرية الموظف الفعلي، ولقد أكّد القضاء الليبي في عدة أحكام ضمناً على تطبيق نظرية الموظف الفعلي كالحكم الصادر 25-3-2002 من محكمة استئناف الزاوية في القضية المرفوعة من قبل معلمة تطلب إلزام المطعون ضدهم بدفع مرتبها عن عملها

(1) مرعي حسام الدين مرسي، الموظف الفعلي الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص:19.

(2) المحكمة العليا الليبية، طعن إداري، رقم (8) لسنة (16) قضائية، جلسة 22-2-1970، ص: 353.

السابق لقرار التعيين، وتعويضها عن الأضرار التي لحقتها فحكمت لها المحكمة... إلزام المطعون ضدهم بصرف مرتبها كاملاً من تاريخ مباشرتها لعملها، وحتى صدور قرار تعيينها⁽¹⁾.

ونرى تأكيد آخر على الحكم في المحكمة الليبية 2000/2/18م تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي في دعوى مرفوعة من مجموعة الأساتذة، طالبين فيها إلزام المطعون ضدهم بدفع مرتباتهم عن عملهم السابق لقرار التعيين....⁽²⁾.

ومن الواضح أن القضاء الليبي اتبع نهج القضاء المصري حيث أنهما عملاً بنظرية الموظف الفعلي مع وجود الظروف الاستثنائية، منذ القدم وحتى وقتنا الحالي. والذي رأيناه في ليبيا بعد قيام ثورة (17) فبراير (2011م) حيث كان قيام الثورة بمثابة ظرف استثنائي، حيث تمّ تشكيل المجلس الانتقالي بعد الإطاحة بالنظام السابق؛ ليقوم بمهام رئيس الدولة، وأصبحت كل تصرفاته مشروعة، وفي ظل قيام الحرب والثورة كظرف استثنائي بالتالي تعتبر هذه المرحلة أبرز ما يكون تطبيقاً فعلياً لنظرية الموظف الفعلي، وذلك حدث في عدة فترات ومن عدة شخصيات، فمذ سنة (2011م) إلى سنة (2014م) تمّ انتخاب الجسم التشريعي الجديد وهو (مجلس النواب) الذي حلّ محلّ (المؤتمر الوطني العام) لتسيير الدولة ومرافقها، ولكن في أواخر أغسطس (2014م) عندما قامت قوات فجر ليبيا بالدخول إلى طرابلس قامت بالسيطرة على مؤسسات الدولة وأعلنت رفضها (لمجلس النواب) تمّ إعلان إعادة (المؤتمر الوطني العام) المنتهي في صلاحيته وشُكّلت حكومة جديدة برئاسة (عمر الحاسي)، وبهذه المراحل أصبح الواقع الليبي واقع استثنائي لكثرة التحديات السياسية،

(1) دائرة القضاء الإداري، (محكمة استئناف الزاوية)، دعوى إدارية رقم (124)، سنة 1 قضائية، جلسة 2002-2-25.

(2) حكم دائرة القضاء الإداري، محكمة استئناف اربلس، دعوى إدارية رقم (46) سنة (28) قضائي، جلسة 2000-2-18م.

وكل الشخصيات والأجسام المتعددة والمتوالية تُعد تطبيقًا واضحًا لنظرية الموظف الفعلي⁽¹⁾.

وعلى الرغم أن من السلطات والأجسام المتعددة هذه تُعد غير قانونية، ولكن تطبيقًا لنظرية الموظف الفعلي تُعد صحيحة.

إذًا فتصرفات الموظف الفعلي تُعد مشروعة، ومنتجة لآثارها طالما تحقق ظرف استثنائي، في مكان الهدف والغاية حماية الغير، وضمان سير المرفق العام بانتظام واطّراد.

الفرع الثاني: نشأة ومبررات وأهم انتقادات نظرية الموظف الفعلي.

بعد الحديث عن مفهوم ومضمون نظرية الموظف الفعلي، لا بد وأن نتحدث عند المؤسس لهذه النظرية، وأهم ما يتعلق بشأن نشأتها التاريخية، وما تعرضت له من انتقادات من قبل المعارضين المؤيدين لها من خلال المبررات التي وضعت لهذه النظرية.

أولاً: نشأة وتطور نظرية الموظف الفعلي في فرنسا ومصر وليبيا:

إنّ مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطّراد يستلزم الخروج عن الأصل المتعارف عليه حول الموظف العام، والأخذ بنوع آخر من الموظفين الذين لا تتوفر فيهم شروط التوظيف، وهم: الموظفون الفعليون، والتي جاء بها القضاء الفرنسي للملاءمة مع الاعتبارات التي تحيط بالمنازعات الواقعية المعقدة، وحدوث الظروف الاستثنائية كالحروب، والأمراض المنتشرة، والثورات مثلاً - والذي اتبعه بعد ذلك القضاء المصري والقضاء الليبي - وسنتناول النشأة التاريخية كالاتي:

أ- نشأة نظرية الموظف الفعلي في فرنسا:

تُعد نظرية الموظف الفعلي إحدى النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة

(1) محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 79.

الفرنسي في معرض قيامه بالدور الإنشائي الكبير في تشييد مبادئ وأحكام القانون الإداري⁽¹⁾.

ولقد كانت من أقدم تطبيقات النظرية لمجلس الدولة الفرنسي 1807/6/2 حيث تعرض مجلس الدولة في هذا التاريخ لفتوى في موضوع يتلخص في قيام مديري مكاتب بعض العمداء في بعض المدن الفرنسية بإصدار الشهادات والأوراق الرسمية دون توافر الصفة اللازمة، مما كان يستوجب بطلان تلك المستندات؛ لصدورها ممن ليسوا ذوي صفة في إصدارها بحكم القانون، وعندما عرض ذلك الموضوع على مجلس الدولة أفتى بصحة تلك الأوراق والمستندات، استناداً إلى فكرة الظاهر، وجاء في تلك الفتوى "أنه في جميع الأزمان وفي جميع الشرائع الغلط الشائع، وحسن النية يكفيان لتغطية المخالفات التي تقع في التصرفات، وفي الأحكام والتي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تفاديها"⁽²⁾.

ويتضح من هذه الفتوى أنّ مجلس الدولة الفرنسي، بتطبيقه لمفهوم نظرية الموظف الفعلي، إنّما أقرّ أيضاً أركان هذه النظرية والأساس القانوني لها في الظروف العادية.

وقد ذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى أنّ المشرّع قد عرّف بعض تطبيقات الموظف الفعلي، فقد جاء في المادة (40) من القانون الصادر 1884/4/5م أنّ أعضاء المجالس البلدية المطعون في صحة انتخابهم يستمرون في مزاوله أعمالهم لحين الفصل النهائي في الدعوى، وأنّ التصرفات التي يقوم بها المستشارون البلديون قبل الحكم في الطعون المقدمة في صحة انتخابهم تعتبر صحيحة حتى ولو صدر الحكم بعد ذلك ببطلان انتخابهم حماية لغير حسن النية التي تعامل بها مع هؤلاء المستشارين دون علم بأسباب البطلان؛ وذلك تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي.

(1) د. عمار التركاوي، نظرية الموظف الفعلي في ضوء أحكام الفقه والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص: 90.

(2) صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 19.

كما أشار نفس القانون في المادة (81) إلى جواز استمرار العمدة أو نائبه في ممارسة الوظيفة، على الرغم من انتهاء الخدمة، وذلك حتى يتم تعيين من يحل محله.

ب- نشأة نظرية الموظف الفعلي في مصر وليبيا:

يمكن أن نجد تطبيقاً لنظرية الوظيفة الفعلية في مجال السلطة التشريعية في مصر فقد صدر في 1941/3/24م مرسوم بوقف انتخاب أعضاء مجلس الشيوخ الذين انتهت مدتهم وتعيين أعضاء بدلاً من الأعضاء الذين خرجوا بالقرعة، ثم صدر مرسوم في 1942/2/22م بإبطال تعيين من عُيّنوا، وتعيين شيوخ آخرين بدل الذين أُبطل تعيينهم، وصدر بالتعيينات الجديدة مرسوم في 1942/3/29م ثم صدر مرسوم آخر في 1944/12/19م بإلغاء مرسوم 1942/2/22م وإعادة العمل بمرسوم 1941/3/24م وكان نتيجة الاضطراب في تطبيق تلك المراسيم المتناقضة أن استمر بعض الشيوخ في مزاولة أعمالهم على الرغم من زوال صفتهم، ومع ذلك أُعتبرت الأعمال الصادرة منهم صحيحة إعمالاً لنظرية الظاهر⁽¹⁾ التي سنتناولها في المطلب التالي.

وبإعادة صدور هذا المرسوم بوقف انتخاب مجلس الشيوخ الذين انتهت مدّتهم، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في جلستها المنعقدة 1964/11/29م بأن نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحتة، تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف؛ ضمناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بها باطراد ودون توقف، وكذلك أجمع الفقه في مصر اعتبار الظاهر بمثابة القاعدة الواجبة

(1) د. صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 21.

التطبيق دون حاجة إلى نصّ تشريعي سواء في مجال القانون العام، أو الخاص⁽¹⁾، هذا فيما يتعلق بنشأة وتطور نظرية الموظف الفعلي في مصر.

أمّا: في ليبيا فمن خلال الاطلاع على القانون رقم (2) لسنة (1951م) بشأن الخدمة المدنية والقانون رقم (36) لسنة (1956م) بشأن الخدمة المدنية العامة، والقانون رقم (19) لسنة (1964م) بشأن الخدمة المدنية العامة، والقانون رقم (55) لسنة (1977م) بإصدار قانون الخدمة المدنية، يتبين بما لا يدع مجالاً للشك باستقرار التشريعات الليبية الصادرة بشأن تنظيم الوظيفة العامة، وأنّ القانون رقم (19) لسنة (1964م) بشأن الخدمة المدنية أشار في مادته السادسة إلى أنّه:

1- تعتبر باطلة ويجوز سحبها في أي وقت بالتعيين أو الترقية في الحالات الآتية:

- إذا كان الموظف فاقد لأيّ شرطٍ من شروط التعيين أو الترقية في القانون الصادر بمقتضاه.

- إذا كانت الوظيفة أو الدرجة أو الفئة غير واردة بكادر الوظائف أو كانت غير شاغرة.

2- ويكون سحب القرارات الصادرة من مجلس الوزراء بقرار منه، وفي غير ذلك من الحالات يكون السحب بقرار من الوزير المختص أو رئيس مجلس الوزراء.

ويتضح مما سبق أنّ المُشرّع أشار إلى نظرية الموظف الفعلي حيث اعتبر التعيين الذي اكتسب به الشخص صفة الموظف معدوم، إذا جاء القرار مخالفا للقوانين واللوائح ومبادئ القانون العام، أو كان مبنيا على أسباب غير مشروعة كالغش أو الخداع أو التدليس، أو جاء صادراً من جهة غير مختصة، أو كان مخالفاً

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 29-11-1956م، نقلاً عن: محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص:32.

للمصلحة العامة، كأن يعين الموظف في وظيفة غير شاغرة، وعلى ذلك فإنَّ الشخص الذي صدر له قرار في الوظيفة العامة، وتولى أعمالها بناءً على ذلك القرار الباطل يعتبر موظفًا فعليًا؛ لبطلان تعيينه وهي: حالة من حالات الموظف الفعلي وأكثرها انتشارًا في العمل.

ومن الأحكام القضائية ما يدل على فكرة الموظف الفعلي في الإدارة الليبية حيث جاء في حكم المحكمة العليا طعن إداري رقم (17 لسنة (88) قضائي جلسة (23) ربيع الثاني (1390هـ) هجري الموافق (28) يونيه (1970م)⁽¹⁾، وما من شك في أنَّ هذه التصفية دعت إليها الضرورة إذا كان معظم رجال القضاء عند إنشائه القليل منهم مؤهل والكثير منهم غير مؤهل، ولم يمارسوا القضاء من قبل، وحيث أنَّ المحكمة ترى أنَّ هذه التصفية التي نصَّ عليها قانون نظام القضاء، وجاءت في نطاق تنظيم استقلال القضاء الذي قد أنشئ حديثًا، والذي كان معظم رجاله من غير المؤهلين، هذا مع ملاحظة أنَّ الطاعنين لم يكن قد مضى على ممارستهم خمس سنوات منذ نفاذ أول قانون نظام القضاء في (30) سبتمبر (1954م) إلى حين وقوع التصفية في (17) يونيه (1958م).

ومن التطبيقات التي أفرزتها فكرة الإدارة الشعبية في الآونة الأخيرة أمام انتشار الشعبيات، والمؤتمرات الشعبية الأساسية تطبيق نظرية الموظف الفعلي. حيث قامت كثير من الشعبيات بتكليف مئات بل الآلاف من الأفراد بممارسة أعمال الوظيفة العامة؛ مما جعل المؤتمر الشعبي العام في دورة انعقاده التكميلية سنة (2001م) يصدر قرارًا يلزم اللجنة الشعبية العامة بإعادة النظر في هذه التعيينات والتكليفات، التي وصلت حوالي (90000) تعيين والتي تمت بمخالفة للقواعد القانونية النافذة.

(1) مجلة المحكمة العليا الليبية، السنة السابعة، العدد الأول (1390م) هـ، (1970م)، المكتب الفني، ص:64.

ومن الأمثلة على ذلك شعبية المرقب حيث أجاب أمين اللجنة الشعبية للقوى العاملة لشعبية المرقب أنّ الشعبية قامت في الفترة من (2004م) إلى (2006م) بإصدار حوالي (8000م) تنسيب، دون الحصول على إذن من اللجنة الشعبية العامة، وعندما سُئل أمين اللجنة الشعبية على هذا الكم الهائل من التنسيبات والتكليفات أجاب الأمين: أنّ السبب كان نتيجة لوجود نقص في المدّرسين في مراحل التعليم الأساسي والمتوسط وخاصة في مواد الحاسوب واللغة العربية والإنجليزية⁽¹⁾.

ثانياً: مبررات نظرية الموظف الفعلي وأهم انتقاداتها:

تعدّ نظرية الموظف الفعلي تطبيقاً مهماً لفكرة المراكز الفعلية، وهي: مراكز تفتقد إلى أحد العناصر القانونية اللازمة لانضمامها للحياة القانونية، واحتفاء الشرعية وولابد من الحث على مبادئها وأسسها وفق مبررات تُبرّر القيام بها سنتناولها كالتالي:

أ- المبررات القانونية والفقهية لنظرية الموظف الفعلي.

لنظرية الموظف الفعلي مجموعة من المبررات تشجع القيام بها ومنها، ما هو قانوني، وما هو فقهي سنتناوله كالتالي:

1- المبررات القانونية:

إن القضاء الإداري الفرنسي كما اسلفنا القول هو من ابتدع نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية؛ للتخفيف من المغالاة في إلغاء القرارات الإدارية الصادرة من غير الموظفين العموميين⁽²⁾، واعتبر الظروف الاستثنائية مُبرّر لقيام نظرية الموظف الفعلي، لأنّ بسبب تلك الظروف اعتبر القضاء الفرنسي أنّ الأعمال الصادرة من أشخاص عاديين كما لو أنّها أعمال صادرة من موظفين عموميين؛ حتى نضمن حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

(1) محمد رحيم اليوسفي ، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق ، ص:36.

(2) حسام الدين مرعي، الموظف الفعلي والموظف الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص:19.

فقد يحدث لسبب من الأسباب أن تختفي السلطة التشريعية أو تعجز الإدارة عن القيام بواجباتها الأمر الذي يؤدي لتعطيل المرافق العامة وإصابتها بالاضطرابات، وفي هذا مُبَرَّر قانوني للموظف العادي لكي يتدخل ليقوم بعمل الموظف العام حتى يحمي الصالح العام ولحماية المصلحة العامة.

إنَّ نظرية الموظف الفعلي تُعدُّ مُبَرَّر قانوني مهم؛ لإضفاء المشروعية للتصرفات التي يقوم بها الأشخاص العاديين، وهذا يُعدُّ خروجًا عن الحد المألوف الذي تضعه القوانين الوضعية⁽¹⁾؛ لأنَّ الإدارة تبقى دائماً مسؤولة حتى في ظل الظروف الاستثنائية على أي خطأ قد يقع فيها.

اعتبر القضاء الثورات والبراكين والزلازل والحروب والأمراض ظرفاً استثنائياً وجعل من ذلك مبرراً لقيام نظرية الموظف الفعلي، طالما كان الهدف من ذلك حسن سير المرفق العام بانتظام، وحدث الثورات العربية في الآونة الأخيرة خير دليل على وجوب العمل بمثل هذه النظريات.

2- المبررات الفقهية:

للفقهاء أثرٌ ودور مهمٌ في إبراز المبررات المتعلقة بهذه النظرية من حيث تأييدهم للقيام بالأخذ بهذه النظرية، فمنهم من يُبَرَّر هذه النظرية باعتبار أنَّها تحد من بطلان التصرفات التي يقوم بها الشخص العادي، ويعتبر هذه النظرية بمثابة سند صحيح إذا توافرت فيه العناصر الشرعية.

كما يرى الفقه أيضاً أنَّه من الضروري الحفاظ على كيان الدولة، وسير مرافقها في مواجهة الظروف الاستثنائية ذلك يوجب التسليم للسلطات العامة بمزيد من الحرية في التصرف لمواجهة الظروف الاستثنائية، واتخاذ التدابير اللازمة دون أن تتصف بعدم المشروعية لأن قواعد المشروعية في الظروف العادية تختلف عنها

(1) عمار التركاوي، نظرية الموظف الفعلي في ضوء أحكام الفقه والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص: 95.

في الظروف الاستثنائية وهذه القواعد هي التي تمكن الإدارة من اتخاذ الإجراءات العاجلة التي لم تعمل لغاية سوى المصلحة العامة⁽¹⁾.

اعتبر الفقهاء نظرية الموظف الفعلي بمثابة الحماية القانونية التي تحمي الموظف العادي مثله مثل الموظف العام وعدّها ركيزة من ركائز الشرعية الإدارية وفقاً لحماية المصلحة العامة⁽²⁾.

فهذه النظرية تقوم على مصلحة غير مشروعة ولكن لأهميتها في المحافظة على المرفق العام مما أدى لتطبيق نظرية الموظف الفعلي في الحياة الإدارية⁽³⁾. ولن ننسى بل ولا بد أنّ نشير أيضاً إلى الشرعية الإسلامية، وهي: الأسبق في إضفاء التبرير الشرعي لتطبيق نظرية الموظف الفعلي، وكان ذلك واضحاً في الحديث عن البغاة الخارجين عن الأمام الحق بغير حق، فالفقه الإسلامي حكم بصحة تصرفات البغاة على الولاية التي استولوا عليها؛ لأنه يرى أنّ عدم الاعتداد بها سيلحق الضرر بالأفراد ويحقق المفساد العامة، وبالتالي فالمهم هو عدم الفساد، حتى أنّ الأئمة عن حال عجزهم في التصرف في ممتلكات الدولة، وكان هناك شخص يستطيع ذلك وجب لهم الحكم بصحة تصرفاته⁽⁴⁾.

ب- أهم الانتقادات الموجهة لنظرية الموظف الفعلي

على الرغم من الاعتداد بصحة التصرفات الواقعية لنظرية الموظف الفعلي، ووضع العديد من المبررات القانونية، والفقهية، وكذلك الإسلامية، إلا أنّها لم تسلم من الانتقادات.

(1) عمار التركاوي، نظرية الموظف الفعلي في ضوء أحكام الفقه والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص: 63-103.

(2) أحمد محمد اللوزي، المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، العدد (4)، الأردن، (2019م)، ص: 198.

(3) محمد رحيم اليوسفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 6.

(4) صالح المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 16.

- فالقواعد العامة أول ما يعارض تطبيق فكرة الموظف الفعلي؛ لأنه يعتبرها مخالفة لقواعد الاختصاص القانوني، فالقرار الصادر من شخص غير مؤهل تأهيلاً قانونياً صحيحاً بعد قرار منعماً ومجرداً من أي قيمة قانونية⁽¹⁾.
- يرى فقهاء القانون هذه النظرية جاءت مخالفة تماماً للقاعدة القانونية لأن ما بُني على باطل فهو باطل، فطالما أنّ الموظف الفعلي لا صحة لتعيينه فإنّ إجراءاته وتصرفاته باطلة.
- كما أنّ بعض النقاد من الفقه القانوني يرى أنّ العمل بنظرية الموظف الفعلي واكتسابه صفة الموظف العام يُؤثر ويدعو أيضاً لقيام جريمة الاختلاس، والرشوة⁽²⁾.
- إنّ قيام الموظف الفعلي، وهو: غير الموظف العام بإصدار قرارات إدارية يُعد قراراً معيباً وقد يكون باطلاً؛ لأنّه مخالفٌ لأهم أركان القرار الإداري، وهو ركن الاختصاص، وكذلك يعتبر القرار معيب بعيب الشكل؛ لأنه اتبع إجراءات مخالفة لإجراءات التعيين الرسمية.

(1) محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 54.
(2) ايمن يوسف الرفوع، مجلة المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، المجلة الأردنية للعلوم القانونية، العدد (11)، (2019م)، ص: 181.

المطلب الثاني

نظرية الموظف الظاهر

تُعدّ نظرية الموظف الظاهر من أهم النظريات التي ظهرت، هي الأخرى كاستثناء فهي مثل نظرية الموظف الفعلي التي سبق وتحدثنا عنها، بحيث يكمن الفرق المميز بينهما في أنّ نظرية الموظف الظاهرة تُمَّ تطبيقها في الظروف العادية لحماية الغير حسن النية من قيام أشخاص ليسوا موظفين، يقومون بواجبات أو اختصاصات وظيفية من غير تعيين صحيح.

وسنتناول هذه النظرية بشيء من التفصيل في هذا المطلب وفقاً للتقسيم

الآتي:

الفرع الأول: التعريف بنظرية الموظف الظاهر.

الفرع الثاني: النشأة التاريخية لنظرية الموظف الظاهر، وأهم المبررات والانتقادات.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الموظف الظاهر:

للحديث عن نظرية الموظف الظاهر سنقوم بتعريف الموظف الظاهر لغة واصطلاحاً، وأهم ما جاء به الفقهاء والقضاة أو أحكام المحاكم الإدارية.

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لنظرية الظاهر:

بداية سنتعرف بنظرية الموظف الظاهر لغة ثمّ نتوجه للتعريف بها اصطلاحاً

وفقاً للآتي:

أ- التعريف لغةً:

يقصد بلفظ الظاهر: الواضح والبيّن.

ظاهر الشخص: المعاونة والمناصرة.

الجمع: ظواهر ويُقال حسب الظاهر وفي ظاهر الأمر وكما يبدو الضاهر.

ظاهر الإثم وباطنه: ظاهر الأمر أفعال الجوارح، وباطنه اعتقادات القلوب.

الظاهر من الأسماء: النحو والصرف.

أهمل الظاهر: العامة الذين يكتفون بظاهر الأشياء، ولا يغوصون على الباطن⁽¹⁾.

ب- التعريف الاصطلاحي:

يقصد بالظاهر هنا: الخادع المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة، والناشئ

عند ممارسة شخص لسلطات مركز لا صفة له في شغله قانوناً.

والأوضاع الظاهرة إزاء مركز قانوني مُعيّن أو تصرف قانوني ما لا يجوز أن

نحتم على الأفراد القيام تجاهه بتحريات للتثبت من صحة هذا التصرف أو ذلك

المركز اعتماداً على أن الظاهر يكفي⁽²⁾.

والظاهر هو الملاحظ بالعين والمعبر عند شيء يدل على شيء معين،

والمقصود به هنا المركز الواقعي الذي يتخذ صور المركز القانوني، على الرغم من

أنه في الحقيقة ليس كذلك ويستتبع غلط بشأنه⁽³⁾.

وهو ما دلّ بنفسه على معنى راجح مع احتمال غيره⁽⁴⁾.

ثانياً: موقف الفقه والقضاء من نظرية الموظف الظاهر:

للفقهاء والقضاة أقوال وأراء وتعريفات واضحة لتعريف نظرية الموظف الظاهر

وسنوضح ذلك كالآتي:

أ- موقف الفقه من نظرية الموظف الظاهر:

عرّف الفقه الموظف الظاهر أنّه الشخص الذي لا يعتبر موظفًا عامًّا

أصلاً أو غير مختص بممارسة العمل الوظيفي؛ إما لعدم توليه الوظيفة أو

(1) المعاني الجامع: www.almaany.com ، 9:00 ، 2025/4/22م.

(2) عمار التركاوي، نظرية الموظف الفعلي في ضوء أحكام الفقه والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص:101.

(3) د. محمد رحيم البوسفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص:62.

(4) ابن عثيمين، كتاب الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، ص:49. www.shamela.ws ،

8:00م، 2024/5/24م.

لبطلان توليه الوظيفة أو ممارسة الاختصاص الظاهر لغير حسن النية من موظف قانوني.

وأوضح الفقه الآخر أنّ الموظف هو الشخص الذي يتم تعيينه على نحو غير قانوني في أحد الوظائف العامة، ويقوم هذا الشخص بمزاولة اختصاصات هذه الوظيفة، وتزوّل صفة الموظف عند الشخص برجوع الإدارة في قرار التعيين أو بإلغائه بحكم قضائي لعدم مشروعيته.

ويرى البعض الآخر من الفقه الموظف الظاهر بأنّه هو الذي لا يملك صفة الموظف سواء لبطلان تولى الوظيفة، أو أنّه لم يُكلّف من الجهة المختصة بتولي الوظيفة أصلاً⁽¹⁾.

كما يرى سليمان الطماوي أنّ الموظف الظاهر هو موظف غير مختص ولا يعتبر موظفًا فعليًا إلاّ إذا كان قرار تعيينه الباطل معقولاً يعذر الجمهور إذا لم يدرك سبب بطلانه، بصرف النظر عما إذا كان الموظف حسن النية أو سيء النية، لأن الاستثناء شرع لمصلحة الجمهور وليس الموظف.

وفي ذات السياق يقول اتجاه فقهي آخر، إنّ نظرية الظاهر تنطبق ولو كان العيب الذي شاب التعيين بسيطاً على نحو لا يسهل على الناس تبيّنه بغض النظر عن حسن نية الموظف، أو سوء نيته، أي أنّ قرار تعيينه الباطل معقول إذ يعذر الجمهور في جهل ما يشوب قرار التعيين من عيب، إذا كان الموظف يمارس أعمال الوظيفة علانية في الظروف المعتادة وفي المكان المعتاد لممارستها.

أمّا: إذا كان عيب التعيين جسيماً، ولكنّ صولجان المنصب ومظاهره حجبت العيب عنه ففي هذه الحالة يكون الناس معذورين فيما لو لم يكتشفوا الحقيقة؛ وتبعاً لذلك فإنهم غير ملومين فيما لو منحوه ثقتهم وأنه في نظرهم كان يُمثّل سلطات الدولة ويعمل باسمها⁽²⁾.

(1) عبدالله الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص: 92.

(2) أحمد مجد اللوزي، المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، مرجع سابق،

ويراها عاطف نصر أنّ نظرية الأوضاع الظاهرة تقوم عمومًا على فكرة استقرار المعاملات وكذلك على مبدأ الغلط الشائع يولد الحق أمّا في نطاق القانون العام فتقوم هذه النظرية على فكرة المصلحة العامة ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام وأطراد، وتتطرق نظرية الظاهر في القانون الإداري إلى فكرة المرفق الواقعي، وكذلك نتناول مدى حق الإدارة في سحب قراراتها غير المشروعة ونتناول مسؤولية الإدارة عند تصرفاتها الظاهرة ولكن من أهم تطبيقاتها فكرة الموظف الفعلي⁽¹⁾.

ولقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّ الظاهر يُمثّل مصدرًا لمسؤولية الإدارة المبنية على فكرة الخطأ؛ ذلك أنّ قيام الإدارة بخلق مظاهر خادعة غير حقيقية من شأنها دفع الغير إلى الوقوع في الغلط، مما يشكل خطأ من جانبها يقتضي قيام مسؤولياتها في مواجهة الغير عن الأضرار التي لحقت به.

وذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي إلى قيام مسؤولية الإدارة عن المظاهر التي خلفتها، ولو لم تشكل تلك المظاهر أي خطأ من جانب الإدارة إما استنادًا إلى فكرة المخاطر، أو استنادًا إلى فكرة الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

وتعرّض أخيرًا المفهوم الفقهي لنظرية الموظف الظاهر، وهو المفهوم الشامل لهذه النظرية، وهو ما عرّفه الدكتور (أسعد طاهر) الذي قال إنّ الموظف الظاهر هو: ذلك الشخص الذي لا يعتبر موظفًا عامًا أصلاً أو غير مختص بممارسة العمل الوظيفي أمّا لعدم توليه الوظيفة، أو بطلان توليته للوظيفة، أو الاستمرار الغير مشروع في الوظيفة أو ممارسة الاختصاص الظاهر لغير حسن النية من موظف قانوني⁽³⁾، ولقد حددت حالات معينة تأخذ في أشكالها الموظف الظاهر متمثلاً في:

(1) أحمد محمد اللوزي، المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، مرجع سابق، ص:183.

(2) د. صالح المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص:51-52.

(3) د. أسعد طاهر احمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، دار الكتب الوطنية، بنغازي، سنة (2014م)، ص:13.

تأخذ حالات الموظف الظاهر عدة أشكال كالآتي:-

الحالة الأولى عدم التولية في الوظيفة: تتوافر هذه الحالة إذا شغل أحد الأفراد وظيفة معينة دون سبق التعيين أو الانتخاب فيها، ويمارس اختصاصًا وظيفيًا وكأنه معين أو منتخب فعلاً، ويتواجد في مقرها وفي مواعيد العمل الرسمي مما يوهم الغير حسن النية المتعاملين مع الإدارة بالاعتقاد بأنه هو الموظف الشرعي والمختص بهذه الوظيفة.

ويشترط أيضاً في هذه الحالة أن تكون ممارسة الوظيفة من قبل هذا الشخص على سبيل الاستمرار، وبصورة هادئة ومستقرة بحيث توحى للأفراد بأنه هو الموظف الشرعي والمختص بتلك الوظيفة.

ولكن ما الحكم إذا مارس الشخص الوظيفة مغتصباً لها سيء النية لمرة واحدة وبصفة عارضة، كأن ينتحل صفة أحد الموظفين، ويرتدي ملابسهم ويحمل أوراقهم وشارتهم الوظيفية، بحيث تنطلي على الأفراد حيلته، ويعتقدون بحسن نية أنه الموظف الحقيقي، والمختص بالعمل، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن ما يتم من تصرفات هذا الشخص صحيحة، وملزمة لجهة الإدارة ولا يجوز لها التمسك ببطلان التصرف حماية للغير حسن النية، وأطلق مجلس الدولة عليه الغلط المقبول والمعقول في واقعة تحصيل فواتير الكهرباء من قبل شخص أدعي على خلاف الحقيقة، أنه المُحصِّل للكهرباء، وكان يرتدي زي المحصلين وعليه شارتهم ويمسك بفواتير مزورة ومقلدة تؤكد انخداع الأفراد به.

الحالة الثانية بطلان التولية أو التعيين: في هذه الحالة يتولى الشخص الوظيفة سواء بالتعيين أو الانتخاب، ثمَّ يثبت بعد ذلك بطلان تعيينه وانتخابه، ويكون قد قام بالتصرف القانوني في مواجهة الغير حسن النية، الذي لا يعلم عن بطلان تعيينه أو انتخابه شيء، فيعتبر القضاء أن إبرام العقد في فترة ما قبل البطلان في التعيين أو الانتخاب عقد صحيح، ومنتج لأثاره لحماية الغير حسن النية، ولحسن

سير المرفق العام حتى، ولو تمَّ بطلان التعيين أو الانتخاب، ولم يعلم بها الأفراد كما سيأتي في الحالة الثالثة.

الحالة الثالثة: الاستمرار غير المشروع في ممارسة الوظيفة، قد يحدث أن يستمر الشخص في العمل بعد انتهاء صفته الرسمية لأسباب متعددة مثل: عدم إخلاء طرفه من الوظيفة بعد أحالته للتعاقد، أو استقالته، أو إنهاء عقده من الجهة الإدارية، أو وقفه احتياطياً عن العمل على ذمة قضيه، أو بعد فصله من الوظيفة، أو بعد بطلان قرار تعيينه، أو انتخابه... الخ.

فإذا أبرم العقد في هذه الفترة فحماية الغير حسن النية - بشرط أن يكون الغير لا يعلم عن هذا الأمر بشيء - ولحسن سير المرفق العام تُعد كافة تصرفاته صحيحة بما فيها العقد الإداري المبرم معه.

الحالة الرابعة: الاختصاص الظاهر لموظف قانوني حيث تعتبر الحالات السابقة لشخص ليس موظفًا شرعًا، وزالت شرعيته، أمَّا هذه الحالة فهي: لموظف شرعي وقانوني فعلاً، ولكن تجاوز حدود اختصاصه. ولقد اعتبر القضاء أن ما يقوم به هذا الشخص من تصرفات وإبرام عقود مع الغير حسن النية كلها صحيحة ومنتجة لأثارها، طالما وجدت أسباب معقولة ومقبولة من الغير تثبت حسن نيته.

وعرّف البعض الآخر من الفقهاء الظاهر، أنه هو: الشخص الذي يتم تعيينه على نحو غير قانوني في إحدى الوظائف العامة، ويقوم هذا الشخص بمزاولة اختصاصات هذه الوظيفة، وتزول صفة الموظف عن الشخص برجوع الإدارة في قرار التعيين أو بإلغائه بحكم قضائي لعدم مشروعيته⁽¹⁾.

ويستنتج من هذه التعريفات، أن الموظف الظاهر هو الذي لا يملك صفة الموظف سواء بطلان تولي الوظيفة، أو لأنه لم يُكلّف من الجهة المختصة بتولي الوظيفة أصلاً.

(1) أسعد طاهر أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص: 14-15.

إذاً فمن وجهة نظر الدكتور (أسعد طاهر) أنّ الموظف الظاهر استثناء عن الموظف العام.

والباحثة هنا تؤيد قول الدكتور: فأغلب الفقهاء في القانون الإداري تناولوا نفس المضمون الذي يتعلق بمفهوم نظرية الموظف الظاهر في أغلب المجتمعات⁽¹⁾.
ب- موقف القضاء من نظرية الموظف الظاهر:

ابتدع القضاء الإداري نظرية الموظف الظاهر لحماية مصالح الأفراد الذين لس بمقدورهم إدراك مدى صحة الأوضاع الظاهرة للأفراد، وبالتالي لا بُعد الموظف غير المختص موظفًا ظاهرًا إلا إذا كان قرار تعيينه باطلاً ولكنه معقولٌ بالنسبة للأفراد المتعاونين معه، بغض النظر عما إذا كان هذا الموظف حسن النية أو سيئها.

كما أنّ هذه النظرية تُطبّق في الظروف العادية⁽²⁾، وليست الظروف الاستثنائية كما هو الحال في نظرية الموظف الفعلي التي سبق أنّ تحدثنا عنها. ولقد أخذ بنظرية الموظف الظاهر العديد من قضاة القانون الإداري ونجد ذلك تطبيقهم لها في عدة أحكام قضائية.

فمجلس الدورة الفرنسي لم يتردد في الأخذ بنظرية الظاهر كضرورة حتمية للتوفيق بين حماية الغير حسن النية وضرورة سير المرفق العام بانتظام وإطراد، وضرورة الإدارة العملية من جانب ، والقواعد القانونية من جانب آخر، وهذا أوضحه في العديد من الأحكام القضائية التي نذكر إحداها في حكم لمجلس الدولة الفرنسي

(1) محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 20، 70.

(2) حسام الدين موسى، الموظف الفعلي والموظف الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص: 10.

قضى "برفض إلغاء القائمة التي يتم على أساسها ترقية الموظفين رغم مشاركة أحد الموظفين الذي تبين بعد ذلك عدم مشروعية شغله للوظيفة في إعدادها"⁽¹⁾.

وكذلك في قضية (مونت فوج) طبقت محكمة النقض الفرنسية نظرية الموظف الظاهر التي تتلخص وقائعها في أن مستشار البلدية قد قام بشهر عدد من الزيجات بناءً على تفويض باطل يتعلق بممارسة الاختصاصات المتصلة بالأحوال المدنية، ومع ذلك اعترفت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7-8-1883 بصحة هذه الزيجات؛ لأنه لم يكن من السهل على الأفراد معرفة بطلان التفويض، فتمَّ العمل بتطبيق نظرية الموظف الظاهر لتفادي النتائج الخطيرة التي تترتب على بطلان الزيجات.

والقضاء المصري، أخذ بنظرية الظاهر، لحماية مصالح الأفراد، واعتبرت التصرفات التي يمارسها هذا الشخص الظاهر صحيحة في حق الغير حسن النية، الذين يكونون موهومين، بأن الموظف الظاهر أمامهم، هو الموظف الشرعي، والمختص بهذه الوظيفة، ولقد أكد القضاء الإداري المصري على الأخذ بنظرية الظاهر، في عدة أحكام قضائية له، حيث قرّرت محكمة النقض المصرية في شأن نظرية الظاهر: "أن تصرفات صاحب المركز الظاهر إلى الغير حسن النية، لها نفس آثار تصرفات صاحب المركز الحقيقي متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز الحقيقية"⁽²⁾.

والقضاء الإداري يدعم نظرية الموظف الظاهر طالما أنها تهدف لحماية الغير حسن النية، ويعتبر الموظف الظاهر شخص شأنه شأن الموظف العام تصرفاته قانونية منتجة لآثاره.

(1) أحمد محمد اللوزي، المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، مرجع سابق، ص:184.

(2) حكم النقض المصرية: العدد الثالث، الطعن رقم (53) لسنة 37 قضائية، جلسة 30-11-1971م، ص959.

فيعتبر الشخص موظفًا عامًا عندما يكون تعيينه عن طريق السلطة المختصة، وبالأداة والآلية القانونية التي نصَّ عليها القانون، وأضيف أيضًا لتنفيذ النظرية، الظاهر وتعزيز الأدلة للتأكيد على أن القضاء قد عمل بنظرية الظاهر⁽¹⁾. أما بالنسبة للقضاء الليبي له موقف مماثل للقضاء المصري، ولقد تعرض لدراسة نظرية الظاهر واعتد بتصرفاته، وعمل بها على أنها صحيحة ومنتجة لآثارها وتأكيداً على ذلك نشير للحكم الصادر عن القضاء الليبي في الطعن الصادر سنة 1970م، حيث نص على: "إن القرارات الإدارية المطعون فيها والصادرة بوقف الطاعنين عن العمل، هي في حقيقتها قرارات نهائية بفصل الخدمة؛ لأنها قرارات تعيين خاطئة، وما من شك في أن هذه أن قرارات مست مركزاً قانونياً لكل من المدعين، مما تتوافر معه المصلحة الشخصية..."⁽²⁾.

إن من خلال هذا الحكم نجد أن القضاء الليبي لم يشر صراحة لنظرية الموظف الظاهر، ولكن من خلال الحكم، نجد أنه ضمناً بقصد هذه النظرية؛ ولعل السبب في عدم النص صراحة إن هذه القرارات الصادرة عن الموظف الظاهر، مجرد استثناء من القواعد الأساسية للاختصاص والتي تعتبر من النظام العام⁽³⁾.

وأيضاً تضيف موقف آخر للقضاء الليبي لم ينص فيه صراحة عن نظرية الظاهر، إلا أنه ضمناً أشار إليها في الحكم القضائي للمحكمة العليا 1-6-1978م، وهو: "عدم سحب القرارات الإدارية بعد فوات ميعاد الستين يوم إلا إذا شاب القرار عيب بلغ حداً جسيماً يجرده من كيانه وصفته الإدارية وينحدر به إلى مجرد عمل مادي"⁽⁴⁾.

(1) حسام الدين محمد موسى: الموظف الفعلي الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص: 10.

(2) المحكمة الإدارية العليا، طعن إداري رقم (8) لسنة (16) قضائية، جلسة 22-2-1970م.

(3) أ. عبدالله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص: 98.

(4) حسام الدين محمد موسى: الموظف الفعلي الظاهر فقهاً وقضاءً، مرجع سابق، ص: 10.

وبالتالي فنظرته الظاهر عمل بها القضاء الفرنسي، والمصري، وأشار إليها صراحة في عدة أحكام لها، بينما القضاء الليبي، تحفظ جداً على عدم النص عليها، واكتفى بتطبيقها في ظروف معينة.

أمّا بالنسبة للقضاء الليبي فقد اعتنق نظرية الظاهر، وقد ذهبت المحكمة العليا في حكم لها بجلسة 1970/2/22م جاء فيه "إنّ القرارات الإدارية المطعون فيها والصادرة بوقف الطاعنين عن العمل، هي: في حقيقتها قرارات نهائية بفصل الخدمة، إذ أنّ الإدارة أفصحت في دفاعها أنّها لجأت إلى ذلك بسبب اعتراض وزارة المالية على القرار لصدوره خلافاً لقرار مجلس الوزراء الذي قضى بوقف التعيينات وكأنها قد علمت أنّ قرارات التعيين التي صدرت كانت خاطئة لذلك عمدت إلى سحبها، فإنها بذلك خدمت الطاعنين بعد أنّ باشروا أعمالها، وما من شك أنّ هذه القرارات مست مركزاً قانونياً لكل من المدعيين مما تتوافر معه المصلحة الشخصية المباشرة على أنّ الاعتراف بالظاهرة، كقاعدة عامة، وترتيب مختلف الآثار عليه، لم يكن مسلماً به إلاّ حديثاً، خاصة بجمهورية مصر العربية".

الفرع الثاني: نشأة نظرية الموظف الظاهر ومبرراتها وأهم الانتقادات الموجهة لها:

إنّ لكل نظرية نتطرق لها لا بد وأن كانت لها نشأة كانت السبب في تطورها وامتدادها ولا بد وأن تكون لها أسباب ومبررات للقيام بها، وممكن جداً أن تتعرض للنقد، وهذا سنتناوله في هذا الفرع:

أولاً- نشأت نظرية الموظف الظاهر :

إنّ نشأة نظرية الموظف الظاهر أساسها فرنسا ثمّ تبعها من بعده القضاء المصري، والليبي، ولم يتوسعا في تطبيقها، ولكن احتاجاً للعمل بها؛ نظراً للظروف الحديثة والمتجددة ولما لها من دور في ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وسنتناول نشأة نظرية الظاهر في كلاً من فرنسا ومصر وليبيا:-

أ- نشأة نظرية الموظف الظاهر في فرنسا:

إنّ مجلس الدولة الفرنسي لم يكتف بتطبيق نظرية الموظف الفعلي، بل أشار صراحةً إلى نظرية الموظف الظاهر، وأشار صراحةً لأركانها وأساسها القانوني في الظروف العادية حيث أوضح وجوب توافر الغلط الشائع على نحو يجعل من المتعذر على الغير العلم بحقيقة الأمر كما أشار إلى فكرة حسن النية⁽¹⁾.

ولقد أشار الفقه والقضاء الفرنسي في البداية إلى فتوى صدرت من مجلس الدولة في سنة (1807م) تضمنت اعتراف مجلس الدولة الفرنسي بصحة الأوراق الرسمية التي أصدرها من ليسوا ذوي صلة في إصدارها بحكم القانون، وقد جاء في تلك الفتوى أنّه "في جميع الأزمات وفي جميع التشريعات الغلط الشائع، وحسن النية يكفيان لتغطية أوجه عدم المشروعية التي تقع في التصرفات، وفي الأحكام والتي لم يكن في وسع الأطراف توقعها أو تقادما".

وبهذه الفتوى تأكد استمرار القاعدة المنسوبة إلى القانون الروماني التي تجعل من الغلط الشائع مصدرًا للحق، ولقد استند الفقه إلى النصوص القانونية للقول إنّ فتوى مجلس الدولة تُعد بمثابة أساس تشريعي لنظرية الموظف الظاهر.

ب- نشأة نظرية الموظف الظاهر في مصر وليبيا:

إنّ نظرية الموظف الظاهر أساسًا نظرية قضائية نشأت لدى القضاء الفرنسي ثمّ أيدها الفقه الفرنسي، والمصري، ومن بعدهم الليبي.

ففي مصر نجد أنّه في (1949م) قد صدر في أحد أحكام مجلس الدولة المصري في بلدية (الجيزة) حيث أنّ المجلس البلدي (الجيزة) فقد وجوده واختصاصاته بصدور قانون رقم (145 لسنة 1949م) إلا أنّ الأمر يقتضي بحكم الضرورة سير المرافق العامة، والمصالح الإقليمية دون تعطيل، وأن يباشر مجلس

(1) صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص: 23-24.

القاهرة في هذه الفترة أعماله، وتكون القرارات الصادرة من مجلس بلدي الجيزة قرارات صحيحة.

فالفقه في مصر مثله مثل الفقه الفرنسي والليبي، إذ أنه يرى إنَّ الحكمة من الاستثناءات التشريعية ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وعدم تعطيلها فإنَّ تلك الحكمة تقتضي استمرار الموظف في وظيفته على الرغم من انتهاء خدمته بصفة مؤقتة، وتصرفاته يتعين تشريعها حمايةً للغير الذي يتعامل معه، فمثلاً الموظف الذي يمارس الوظيفة في الظروف نفسها التي يمارسها الموظف الشرعي مما جعل الغير بحقيقة مركزه مبنياً على أسباب معقولة.

فالقضاء يرى المصالح بقدر أهميتها وذلك باعتبار تصرفات غير قانونية صحيحة منطقيًا من خلال الأخذ بنظرية الموظف الظاهر⁽¹⁾.

أما في ليبيا تعتبر نظرية الظاهر حديثة المنشأ لدى القضاء الليبي، حتى إن أغلب الأحكام القضائية كانت تشير لنظرية الظاهر بشكل ضمني، وهذا وجدناه في الطعن الإداري رقم (8) الصادر عن المحكمة العليا بجلسة 22-2-1970م المشار إليه سابقاً عند الحديث (عن موقف القضاء الليبي لنظرية الظاهر) ويمكن القول أنه منذ سنة 1970 بدأ العمل بهذه النظرية، وكان بشكل قليل جداً، ولكن الوقت الراهن أصبحت هذه النظرية تطبق بشكل واضح خاصة بعد قيام الثورة الليبية في السابع عشر من فبراير.

ومن هذا الحكم فالقضاء الليبي لم ينص صراحةً على نظرية الظاهر في صحة إصدار القرارات كالفقه الليبي، وذلك لرغبة القضاء في عدم التوسع في الأخذ بهذه النظرية في صحة القرارات الإدارية؛ لأنها مجرد استثناء من القواعد الأساسية للاختصاص التي تعبّر عن النظام العام.

(1) محمد البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 68.

الفرع الثاني: مبررات نظرية الموظف الظاهر وأهم انتقاداتها:

لكل نظرية أساس قانوني تستند عليه، وطالما لها هذا الأساس فلا بد أن يكون لها مبررات تستند عليها، وتدافع عنها وتختلف هذه المبررات لتكون مبررات قانونية وفقهية.

أولاً: المبررات:

1- المبررات القانونية:

إنّ النصوص القانونية التي استندت على الفقه تُعد بمثابة أساس تشريعي لنظرية الموظف الظاهر، حيث تمتعت النظرية لدى مجلس الدولة بقوة تشريعية، وهذا يبرز اللجوء لها والأخذ بما احتوت عليه، وهذا ما أعطها قوة أو مُبرّر قانوني.

ومن المبررات الأخرى لهذه النظرية نجد أنّه قضائياً المحكمة الإدارية أخذت بها لأن طبيعة القانون الإداري باعتباره قانوناً قضائياً وطبيعة وظيفة القاضي الإداري المتميزة تقتضي ألا يقف عاجزاً عن ابتكار الحلول المناسبة للنزاع المطروح أمامها⁽¹⁾.

ومن أهم المبررات القانونية لنظرية الظاهر التي أتبعها القاضي الإداري، هو: حماية الغير حسن النية أي: الأشخاص العاديين المتعاملين مع جهة الإدارة. فبغض النظر عما إذا كان الموظف نفسه حسن النية أم لا فالهدف الأساسي من العمل بنظرية الظاهر، هي: حماية الجمهور الذين تعامل معه على أنّه موظف اعتماداً على الظاهر من الأمور.

(1) أحمد محمد اللوزي، المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، مرجع سابق، ص:185.

وقضائياً يمكن القول أنه مجرد الإشارة لنظرية الموظف الظاهر حتى ولو كان ضمناً يُعد مبرراً للأخذ بها؛ لأنه طالما عمل بها القضاء؛ وهذا حلّ لضمان حسن سير المرفق العام بنظام وهذا أهم سبب لأنه يجب تحقيق المصلحة العامة وحمايتها. القضاء الليبي الذي أشار للأخذ لها في حكم لها صدر 1970/2/22م.

2- المبررات الفقهية:

- إنَّ المبررات الفقهية لنظرية الموظف الظاهر لا تختلف عن المبررات القضائية كثيراً بل تكاد تكون نفسها، فالفقه من خلال كل التعريفات والمفاهيم نجده يركز على نظرية الظاهر؛ لأنه يحمي الغير حسن النية والغاية من الموظف الظاهر أساساً حماية الغير في الظروف العادية.
- حيث يرى بعض الفقهاء في مصر أنه على المحكمة الإدارية المصرية الأخذ بنظرية الظاهر، لأنَّ علاقة الإدارة بالأفراد وما يحيط بها من عدم تكافؤ تستدعي الاعتداد بالوضع الظاهر، وذلك يرجع لضعف الأفراد في مواجهة امتيازات الإدارة وسلطاتها المختلفة⁽¹⁾.
- وأيضاً مُبرّر فقهي آخر وهو إنَّ نظرية الأوضاع الظاهرة تقوم عموماً على فكرة استقرار المعاملات الإدارية وبمعنى آخر هذه النظرية تقوم على فكرة المصلحة العامة، ومبدأ سير المرفق العام بانتظام والذي هو أساس القانون الإداري.
- حتى في الفقه الإسلامي نجد ما يُبرّر تطبيق نظرية الظاهر، فلقد عرّفت الشريعة الإسلامية بعض التطبيقات لفكرة الظاهر خاصة في مجال ثبوت النسب في الزواج الفاسد لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - الولد للفراش وللعاهر الحجر⁽²⁾، ويقصد بالفراش في الزواج الصحيح الزوجية القائمة بين

(1) د. أحمد محمد اللوزي، المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، مرجع سابق، ص: 186.

(2) زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارون، (1968م)، ص: 607.

الرجل والمرأة، وقت ابتداء الحمل، والفرش في الزواج الفاسد فإنه لا يتحقق إلا بالدخول الحقيقي⁽¹⁾.

ثانياً: الانتقادات الموجهة لنظرية الموظف الظاهر:

إنَّ نظرية الموظف باختلاف الآراء حولها لم تسلم من الانتقادات ودخولها دائرة الشك والاحتمالات، فالبعض انتقد نظرية الظاهر؛ لأنها لا تتفق مع القواعد القانونية ولا تتماشى مع أحكام القضاء.

بالإضافة لذلك يرى المعارضون لنظرية الظاهر؛ أنَّ حسن النية قد يتوافر من قبل الغير في مواجهة الموظف الذي يخرج عن قواعد الاختصاص، ومع ذلك فإنَّ القضاء بالبطلان، دون أيِّ اعتداد بحسن النية أو سيئها من جانب الغير، بينما يرتب القضاء مختلف الآثار على حسن النية في حالة بطلان تولي الوظف للوظيفة، ويرى ذلك الرأي أنَّه ليس هناك ما يُبَرِّر التفرقة في كلتا الحالتين ثمَّ إنَّ هذه التفرقة شأنها التشكيك في جدوى شرط حسن نية الغير، فالاعتداء به في حالة دون أخرى على الرغم من توافر بقية الشروط اللازمة لأعمال الظاهر يلقي ضلالاً من الشك حول ذلك العنصر⁽²⁾.

كما نشير إلى إنَّ القضاء الليبي لم ينصُّ صراحةً على نظرية الموظف الظاهر وفي صحة إصدار القرارات الإدارية؛ لرغبة القضاء في عدم التوسع في الأخذ بهذه النظرية في صحة القرارات الإدارية لأنها مجرد استثناء من القواعد الأساسية والتي تعتبر من النظام العام⁽³⁾.

(1) صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص:16.

(2) صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، مرجع سابق، ص:70-713.

(3) أ. عبدالله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مرجع سابق،

الفصل الثاني

النظريات الاستثنائية التي تتعلق بالعقود الإدارية

المبحث الأول : نظرية القرارات الإدارية المتصلة ونظرية القرارات الإدارية

المنفصلة .

المبحث الثاني : نظرية فعل الأمير ونظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة .

تقديم:

إلى جانب التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة بإرادتها المنفردة وهو ما يطلق عليه القرارات الإدارية، فهي: تلجأ أيضًا لإبرام العقود الإدارية والاتفاقات مع الأفراد.

وهذه العقود الإدارية تتميز بطابع خاص يميزها عن غيرها من العقود المدنية والتجارية، بحيث لا تحتوى على تكافؤ مركز بين المتعاقدين حيث تخضع العقود المدنية لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، في حين أن العقود الإدارية تعلق فيها المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة عن مصلحة الأفراد والفرد المتعاقد معها، وبناءً على ذلك تخضع العقود الإدارية لمجموعة قواعد قانونية متميزة عن القواعد المطبقة في القانون المدني والتجاري، وهذا ما طبقته كل الأنظمة المقارنة والمشرع الليبي أيضًا خصّ مجموعة من العقود الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري وأما باقي العقود تركها مخرّرة بحيث يمكن أن يختص بها القضاء المدني أو الإداري وهذه العقود ذكرها المشرع على سبيل الحصر، وهي عقود التوريد وعقود الامتياز وعقود الأشغال العامة⁽¹⁾.

ومن ذلك لابد وأن نعرّف العقد الإداري حسب ما حددته المحكمة العليا في حكمها أنه: "هو العقد الذي تبرمه جهة الإدارة ويكون متعلقًا بمرفق عامٍ ومحتويًا على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، فإن فقد العقد إحدى هذه الخصائص فإنّه لا يكون عقدًا إداريًا..."⁽²⁾.

ومن خلال هذا التعريف نجد أن العقد الإداري يتميز بعده معايير أو شروط يتميز بها، وخاصةً في أنه لابد أن يكون في أحد طرفي العقد شخصًا اعتباريًا عامًا

(1) د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص: 288.

(2) مجموعة أحكام المحكمة العليا الليبية للقضاء المدني، طعن مدني، الجزء الثالث، 2004م، ص: 1588.

وأن يكون العقد يتعلق بسير مرفق عام، وأن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وأن يهدف لتحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك فإن التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة بشأن العقود الإدارية تصرفات تخضع لدعوى القضاء الكامل، ولا يجوز الطعن عليها بالإلغاء، ولكن، لأن آثار العقود الإدارية تقتصر على أطرافها فلقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي، ومن بعده القضاء المصري، والمحكمة العليا والمُشرِّع الليبي، عدة نظريات لحماية من هم ليسوا طرفاً في العقد حيث أمكنهم من رفع دعوى الإلغاء أو الطعن بالإلغاء على تصرفات الإدارة إذا أخطأت، أو حتى تعسّفت في استعمال سلطتها، أو حتى لو كان العقد لا يتضمن أو يهدف لتحقيق الصالح العام، وكذلك ضماناً لحسن سير المرفق العام.

ولهذا أوجد المُشرِّع الفرنسي والمصري والليبي عدة نظريات استثنائية لحماية حقوق المتعاقدين مع جهة الإدارة منها نظرية القرارات الإدارية المتصلة، والقرارات الإدارية؛ المنفصلة عن العقد الإداري؛ لضمان حقهم في الطعن بالإلغاء والتعويض. كما ضمن أيضاً حق المتعاقد في التعويض بالكامل، أو إعادة التوازن المالي للعقد، وأكد هذا في نظرية فعل الأمير، ونظريتي الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة، وسنتناول هذه النظريات بشيء من التفصيل وفقاً للمبشرين التاليين:

(1) د. أسعد طاهر، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص:7.

المبحث الأول

نظرية القرارات الإدارية المتصلة والقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري

المطلب الأول: نظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري.

المطلب الثاني: نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري.

المبحث الثاني

نظرية فعل الأمير ونظريتا الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير.

المطلب الثاني: نظريتا الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة.

المبحث الأول

نظرية القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري ونظرية القرارات

الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري

تقديم:

كما أسلفنا القول: إنّ الإدارة لكي تقوم بأوجه نشاطها وتصرفاتها القانونية، فهي: تقوم بإبرام عقود إدارية مع الغير، وهو: الأفراد لضمان حسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، وينشأ عن هذه العقود حقوق للإدارة وحقوق للمتعاقد معها، ولعلّ أبرز هذه الحقوق الحق في الطعن في حال تعسّفت الإدارة في استعمال سلطتها ومخالفتها للصالح العام... وبالتالي فكل تصرفات الإدارة تُعدّ تصرفات عقدية تخضع لدعوى الكامل.

وبما أنّ آثار العقود تقتصر على أطرافها فقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي، ومن بعده المحكمة المصرية، والمُشرّع الليبي، نظريات القرارات الإدارية المتصلة والقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري؛ لضمان حق المتعاقد في الطعن والتعويض وحماية من هم ليسوا أطرافاً في العقد عن طريق الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري، ولقد قسّمْتُ هذا المبحث لمطلبين تناولت فيهما أهم ما يتعلق بهاتين النظريتين الحديثتين بحيث سنتناول نظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري في المطلب الأول، ونظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري في المطلب الثاني.



المطلب الأول

نظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري

إنَّ القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري تتعلق أساسًا بما للإدارة من حقوق تكتسبها مع المتعاقد معها كحقها في التعديل ومراقبة وفسخ العقد، وهذا كله ينتج آثار قد تسبب ضرر مادي أو أدبي للمتعاقد خاصة عندما تتعسف الإدارة في استعمال سلطتها وامتيازاتها في العقد الإداري... ولقد جاءت نظرية القرارات المتصلة؛ لتجيز للمتعاقد حق الطعن بالإلغاء للقرار المتصل والتعويض عندما نتج عنه من أضرار للمتعاقد.

وسنتناول هذه النظرية بشيء من التفصيل في هذا المطلب وفقًا للتقسيم

التالي:

الفرع الأول : التعريف بنظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري.

الفرع الثاني : نشأة نظرية القرارات ومبرراتها وأهم انتقاداتها.

الفرع الأول: التعريف بنظرية القرارات الإدارية المتصلة بالعقد:

لكل نظرية مفاهيم وتعريفات تحددها وتوضح تفاصيل معانيها سواء في اللغة

أو الاصطلاح، وكذلك لدى الفقه والقضاة... وهذا ما سنوضحه في الفروع التالية:

أولاً: المفهوم اللغوي والاصطلاحي لنظرية القرارات المتصلة.

ثانياً: المفهوم الفقهي والقضائي لنظرية القرارات المتصلة.

أولاً: المفهوم اللغوي والاصطلاحي لنظرية القرارات المتصلة:

للتعريف بنظرية القرارات المتصلة سننوجه لتعريف معنى المتصلة في اللغة

ثمَّ سيتم تعريفها وتحديد مفهومها اصطلاحًا.

أ- التعريف لغةً لنظرية القرارات المتصلة:

المتصلة: وصل: وصلت الشيء وصلًا وصلته، والوصل ضد الهجران والوصل خلاف الفصل. وصل الشيء بالشيء يصله وصلًا وصلته وأُصِّل الشيء بالشيء لم يتقطع⁽¹⁾.

ب- التعريف الاصطلاحي لقرارات المتصلة:

يقصد بالمتصل: هو الكشف عما يراد فهمه من الآيات، أو أجزائها بالاستعانة بما اتصل من لاحقها الذي يرتبط بها بوجه من الوجوه. والوصل في علم القراءات: دراسة الإجراءات الصوتية، والتحويلات التي تحدث عند وصل الكلام ببعضه⁽²⁾.

ثانياً: موقف الفقه والقضاء من نظرية القرارات المتصلة:

إن القرار الإداري مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد الإداري، وفي ذلك نجد أن للفقهاء وكذلك القضاة أقوال ومفاهيم متعددة بالأعمال الإدارية، أو القرارات المتصلة بالعقد الإداري:

أ. موقف الفقه من نظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري:

بالرجوع للأنظمة المقارنة يُلاحظ أنها أوردت تعاريف للقرارات المتصلة حيث عرّفها الفقيه (عصام نعمة إسماعيل): بأنها تلك القرارات التي تكون بطبيعتها مستمدة من العقد ولصيقة به، بل منبثقة من الأحكام التعاقدية المنصوص عليها فيه. كما عرّفها فقيه آخر: أنها تلك القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً للعقد الإداري، واستناداً إلى نص من نصوصه، بحيث ترتبط ارتباطاً الجزئ بالكل الأمر الذي يجعل الطعن بالغاءها أمر غير جائز.

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، مادة (و ص ل) ، ص: 320-32.

(2) بسمه عبدالله: جامع الكتب الإسلامية، التفسير بالبيان المتصل بالقرآن الكريم، الجامعة الإسلامية، بلا بلدة،

مجلد 1، ص: 21.

وتعرّف أيضًا أنها: كل القرارات الصادرة عن الجهة الإداريّة بصفتها جهة متعاقدة، ولا يمكن الطعن فيها بالإلغاء⁽¹⁾.

وأيضًا عرّفها (علام محمد الهادي) بأنها: القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بعد إبرام الصفقة وتنفيذها، باعتبارها قرارات إدارية لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء.

ويرى الفقيه (محمد القصر): أنّها قرارات صادرة في مرحلة تنفيذ العقد وتكون متعلقة بالصفقة العمومية حيث تصدر جزاء للإخلال بالالتزامات العقدية الواردة فيها لذلك يمكن الطعن فيها أمام قاضي العقد.

كما يراها (خضري حمزة) أنّ القرارات المتصلة، هي: القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وهي قرارات صادرة عن مصلحة متعاقدة، وتعتبر إجراءات تعاقدية ولا تدخل في نطاق القرارات الإدارية المنفصلة؛ لأنها ترتبط ببنود الصفقة العمومية ونصوصها، وبالتالي تعتبر منازعات حقوقية تدخل ضمن القضاء الكامل.

وكذلك عرّفها الفقيه (رابحي احسن) بأنّ القرارات المتصلة بالعقد الإداري هي مجموعة القرارات الإدارية التمهيدية لإبرام العقد الإداري أو القرارات الإدارية الصادرة كنتيجة لإبرام العقد الإداري.

هناك رأى فقهي آخر في تعرف المتصلة، هي: تلك القرارات التي تصدر عن جهة الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد مستخدمة سلطاتها أمام المتعاقد، والتي يكون الطعن فيها أمام قاضي العقد بدعوى "القضاء الكامل".

وهذه القرارات المتصلة بالعقد الإداري، منها ما يتعلق بحق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد والإشراف عليه، ومنها ما يتعلق بحق الإدارة في تعديل العقد وحتى

(1) سعاد قرعيش، الأعمال الإدارية المتصلة والمنفصلة وفي مجال الصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة (2018م)، ص: 14-15.

توقيع الجزاءات⁽¹⁾، لذلك فلقد تمَّ تحديد شروط موضوعية لقبول الطعن أيضًا وهي: أن يكون القرار المطعون فيه مخالفًا للصالح العام، كأن يكون صادرًا لغرض التشفي والانتقام، وأن يكون القرار المطعون مخالفًا للأهداف المخصصة للمرفق العام، وأن يخالف هذا القرار الإجراءات التي يتعين على الإدارة اتخاذها.

وكذلك عدم توافق الجزاء مع المخالفة المرتكبة من الموظف⁽²⁾.

ونشير بالذكر أيضًا إلى موقف الفقه الليبي من نظرية القرارات المتصلة على الرغم من أنه لم يشر صراحةً لنظرية القرارات المتصلة، ولكن من خلال البحث نجد أنه تحدّث عنها في مضمون عدة أمور.

فالدكتور (محمد عبدالله الحراري) تحدّث كثيرًا على مدى أحقية الإدارة في تعديل وفسخ ورقابة العقد الإداري خلال تنفيذ بدون أن يحتج المتعاقد معها بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) إلا أنه اشترط على الإدارة عند قيامها أو ممارستها لحقوقها أن تجري التعديل المتصل بسير المرفق العام، كما يجب أن يكون هذا التعديل لا يسبب في زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة بما يجاوز الحدود الطبيعية المعقولة، بحيث لا يؤدي لقلب العقد رأسًا على عقب وتتجاوز الإمكانيات المالية والفنية بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد، بالإضافة لأهم قيد وهو يجب أن يكون غرض الإدارة عند تعديل العقد الإداري، هو: تحقيق الصالح العام وضمان سير المرفق العام بانتظام وأطراد.

وبالمقابل للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض المالي عند الأضرار التي تلحق بالمتعاقد من جرّاء أي تعديل، أو تنفيذ للعقد خلال أي قرار متصل تصدره الإدارة.

(1) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية، 1428هـ، ص: 2.

(2) د. أسعد طاهر، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص: 41.

بالإضافة لذلك يستطيع المتعاقد مع جهة الإدارة خاصة في عقود الأشغال العامة مطالبة الإدارة بتعويضه عن الأعمال الإضافية التي اضطر لإجرائها أثناء تنفيذ العقد، حتى وإن كانت أعمال غير منصوصة في العقد⁽¹⁾.

طالما كانت كل تلك التعديلات أو المطالب يستفاد منها فعلياً لجهة الإدارة. والقرارات المتصلة بالعقد الإداري حسب رأي كل الفقهاء ما هي إلا قرارات طرأت خلال تنفيذ أي مشروع يحقق التطور والنجاح والاستمرار للمرفق العام، وما هي إلا حقوق تمارسها الإدارة على متعايديها بما لها من سلطة عليا كطرف في العقد الإداري.

وكما لها حق ممارسة التعديل والفسخ والتوجيه، وتوقيع الجزاءات، فللمتعاقد أيضاً الحق في طلب التعويض لو أنّ هذا التعديل، أو الفسخ، أو التوجيه يثقل كاهل الفرد المتعاقد. وبالتالي طالما أننا أمام عقد إداري فلا بد وأن يكون للمتعاقد الحق في الطعن بالإلغاء.

من وجهة نظر الباحثة فإنّ القرارات المتصلة بالعقد الإداري عبارة عن قرارات يتم اتخاذها خلال تنفيذ العقد أو الشروع فيه، وقد تكون حقوقاً للإدارة تمارسها على المتعاقد قديماً بطريقة تعديل في بنود وطلبات العقد، وقد تكون ممارسة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد عند الإخلال بالتزامه، وقد تكون حقه في مراقبة مدى تنفيذ الالتزام على الوجه المطلوب، والهدف الأسمى هو: تحقيق المصلحة العامة.

ب- موقف القضاء من نظرية الأعمال المتصلة بالعقد الإداري:

لنظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري عدة آراء أو أحكام قضائية أشارت لها المحاكم الإدارية لإثبات وتأكيد مدى صحة وواقعية تطبيق نظرية القرارات المتصلة.

(1) د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص: 237.

فمجلس الدولة الفرنسي اعتبر الأعمال الإدارية المرتبطة بالعملية العقدية، والتي تصدر في مرحلة التنفيذ التي تمس بحقوق الغير (أعمال متصلة) ومنازعاتها منازعات شخصية، تدخل ضمن ولاية القضاء الكامل⁽¹⁾.

بالإضافة لذلك فالإدارة لها حقوق تمارسها على المتعاقد، وعليه الالتزام بها لما له من حقوق أيضاً على الإدارة تنفيذها وعدم إهدارها. ومن حقوق الإدارة ممارسة سلطتها التقديرية، وحق فسخ وتعديل ورقابة العقد والمتعاقد، وحق توقيع الجزاءات.

ولأنه يجوز للإدارة فسخ العقد متى ما تطلبت المصلحة العامة اعتبر الفسخ الجزائي من قبيل القرارات المتصلة بالعقد الإداري، ولكي تقوم مصلحة الإدارة بإصدار هذا القرار لا بد أن يكون المتعاقد ارتكب خطأ جسيماً.

وهذا نجده في نص المادة (149) بالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 15-297 حيث ورد في المادة "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إنذاراً لينتهي التزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإنذار المنصوص عليه أعلاه فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة...".

وبناءً على هذا النص، فإن قرار الفسخ كجزء لإخلال المتعاقد بالتزامه يمكن أن يؤدي إلى نشوء منازعات، وفي هذه الحالة تكون المنازعات حقوقية⁽²⁾.

باعتبار أن قرار الفسخ الجزائي ينشأ في الصفقة العمومية، وتولد عنها؛ لذلك فإن قرار الفسخ الجزائي يعتبر قراراً إدارياً متصلاً بالصفقة العمومية، ويمكن أن يكون

(1) سعاد فرعيش، الأعمال الإدارية المتصلة والمنفصلة وفي مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 25.

(2) علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة منتوري، (2012م)، ص: 287-288.

محلاً للطعن بدعوى القضاء الكامل وليس دعوى الإلغاء وكذلك قرار الفسخ بالإدارة المنفردة للإدارة العامة وهو ميزة من امتيازاتها وحقاً من حقوقها التي تمارسها على المتعاقد معها، ويبنى هذا الامتياز على أساس احتياجات المرفق العام الذي من أجله تُنمَّ إبرام العقد الإداري.

فعندما يكون تنفيذ العقد أو الصفقة العمومية متعارض مع المصلحة العامة، هنا يصبح للإدارة الحق في فسخ العقد الإداري بإرادتها المنفردة؛ لأنَّ المصلحة العامة اقتضت ذلك، والمتعاقد المتضرر من جزاء هذا الفسخ يبقى له الحق في التعويض عما أصابه من ضرر دون طلب إلغاء القرار الذي يتضمن فسخ الصفقة العمومية.

وتأكيداً على ذلك نجد أنَّ المُشرِّعَ الجزائري قد نصَّ في المادة 150 من قانون تنظيم الصفقات أنَّه "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبرراً؛ بسبب المصلحة العامة وحتى بدون خطأ المتعاقد"⁽¹⁾.

وبالتالي فحسب نصِّ هذه المادة بإمكانها فسخ الصفقة دون خطأ من جانب المتعاقد في ما إذا رأت أنَّ المصلحة العامة تقتضي ذلك، إذا فهذا الأمر مخوّل لجهة الإدارة بقوة القانون، وبما أنَّه كما اسلفنا القول: أنَّ للإدارة حقوقاً تمارسها اتجاه المتعاقد معها وتتمثل في حق الفسخ والتعديل وتوقيع الجزاءات، وهذه الحقوق تطبقها الإدارة كقرارات إدارية فهي قرارات اعتبرها القضاء قرارات إدارية متصلة بالعقد الإداري فمنها المتظلم السعودي الذي أخضع قرارات الإدارة (المتعلقة بالجزاءات) لرقابة القضاء الإداري والمتمثل في ديوان المظالم، والذي يختص بالنظر في الدعاوى المقدمة بالطعن في القرارات الصادرة بتوقيع هذه الجزاءات، وذلك باعتبارها

(1) سعاد فرعيش، الأعمال الإدارية المتصلة والمنفصلة وفي مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 31.

من المنازعات المتعلقة بالعقود التي ينص ديوان المظالم عليها، ويختص بنظرها بموجب المادة (9/1/8).

وكما للإدارة حقوق عليها التزامات اتجاه المتعاقد التي تُعد حقوقاً له، والتي تُعد أيضاً من القرارات المتصلة بالعقد المتعلق بحق المتعاقد تنفيذ الإدارة لالتزامها العقدي والذي اعتبره القضاء قراراً ملزماً ولا بد على الإدارة تنفيذه بقوة القانون، وأكد على ذلك بنص المادة (94) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على حق المتعاقد في أن تنفذ الإدارة التزاماتها بقولها: في نص المادة (54) "يجب على الجهة الحكومية تنفيذ العقد وفقاً لشروطه وإذا أخلت بتنفيذ التزاماتها بما في ذلك تأخير سداد المستحقات، جاز للمتعاقد التقدم بهذه المطالبات أمام اللجنة المنصوص عليها"⁽¹⁾.

وكذلك مجلس الدولة الفرنسي قد طبق نظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري وأشار لها، عمل بها في عدة أحكام قضائية والتي منها حكم (شيفو) (1892م) الذي أقر فيه مجلس الدولة ولأول مرة باختصاص المحافظة للنظر في القضايا المتعلقة بالضرر الناجم عن استغلال المنشأة العامة، معترفاً بصلاحيه مجلس المحافظة للنظر في مراجعة تتعلق بأضرار ناجمة عن خفض الطاقة المحركة التي تتطلبها مصانع تعمل على إحدى الأبنية النهرية؛ بسبب المنشآت التابعة لأحد السدود، والتي تعمل لصالح مرفق الملاحة النهرية.

حيث كان هذا الحكم مفسراً لتطبيق نظرية المتصلة، وهذا أكد عليه (أوريو):
الذي قال: "إن كل ما له علاقة بالمنشأة العامة من بنائها وتصليحها وصيانتها

(1) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، مرجع سابق، ص: 73-88.

واستغلالها، هو: من اختصاص مجلس المحافظة، وأنَّ أخطاء هذا الاستغلال تعتبر متصلة بالمنشأة نفسها...⁽¹⁾.

وبالإضافة لأحكام مجلس الدولة الفرنسي نجد أنَّ القضاء المصري والليبي، أشارا لنظرية القرارات المتصلة في عدة أحكام لهما تتعلق بممارسة الإدارة لحقوقها اتجاه المتعاقد، أو مسؤوليتها بتنفيذ التزاماتها اتجاه المتعاقد.

ونجد ذلك عندما أجاز القضاء للمتعاقد مع الإدارة إذا أساءت الإدارة سلطاتها في استعمال حقوقها وامتيازاتها في العقد الإداري، أنَّ يطعن على قراراتها بالإلغاء والتعويض وإذا ترتب ضرر مادي أو أدبي للمتعاقد نتيجة أي قرار متصل بالعقد الإداري؛ لضمان سرعة الإجراءات في الحكم والتعويض، إلاَّ أنَّه القضاء الليبي قد حدد شروطاً موضوعية، وأخرى شكلية لقبول الطعن بالإلغاء على القرارات المتصلة بالعقد الإداري أهمها:

شروط شكلية:

فالشروط الشكلية تتضمن أنَّ يُقدَّم الطعن من صاحب مصلحة شخصية ومباشرة، ويُرفع الطعن على هذه القرارات أمام القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، أمَّا: في ليبيا فيكون للطاعن الحق في رفع طعنه أمام القضاء المدني، أو الإداري في عقود الأشغال العامة والتوريد إذا كان التوريد للصالح العام وعقد الامتياز، فإذا اختار أحد الطرفين عليه الالتزام به حتى صدور حكم نهائي من المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، سواء كانت محكمة مدنية أو محكمة قضاء إداري، وذلك حتى لا يحدث تضارب بين الأحكام القضائية⁽²⁾.

(1) د. فاروق محمد معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، ط1، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، سنة (2014م)، ص:427.

(2) د. أسعد طاهر، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص:40.

أن يكون القرار المطعون فيه قرارًا إداريًا متصلًا بالعقد الإداري، أي: بسبب العقد وبمناسبته، وأن يُراعى في هذا القرار أن يكون قرارًا إداريًا نهائيًا ومؤثرًا في المركز القانوني للمتعاقد.

أن يُراعى المتعاقد ميعاد الطعن على القرارات الإدارية وهو ستون يومًا من تاريخ الإعلان بالقرار، أو العلم اليقيني به مع الأخذ في الاعتبار مواعيد العطلة الرسمية ووقف وانقطاع الميعاد، وأهمها التظلم الإداري أو رفع الدعوى لمحكمة غير مختصة، أو تقديم طلب للمساعدة القضائية.

وهكذا ترى الباحثة أن نظرية القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري نظرية بحثه واكبت التطور الحديث في الأمور التي تتعلق بالعقد الإداري، وهذا ما أكده الفقه والقضاء في عدة أنظمة، ويجب العمل بها وتعزيزها؛ لأنه لا بد من الحاجة لها لحل العديد من المشاكل القضائية ولصد والتقليل من تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها عند ممارسة حقوقها.

الفرع الثاني: نشأة نظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري ولها مبرراتها وانتقاداتها:

إنَّ نظرية القرارات الإدارية المتصلة من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، وسنعرض في هذا الفرع إلى كيفية نشأة هذه النظرية في فرنسا ومصر وليبيا، ثمَّ لُغرضٍ أهم ما تضمنت من مبررات، وما وجه لها من انتقادات في هذه الفرع، وفقًا للتقسيم التالي:

أولاً: نشأة نظرية القرارات الإدارية المتصلة.

ثانيًا: أهم مبررات نظرية القرارات المتصلة وأهم انتقاداتها.

أولاً: نشأة نظرية القرارات الإدارية المتصلة:

إنَّ القضاء الإداري الفرنسي كان واحداً ولم يكن يُعرَّف التنوع قبل عام (1864م) فجلس الدولة الفرنسي وفقهاء القانون الإداري جميعاً لم يكن لديهم أدنى فكرة عن التفريق بين مختلف الدعاوى المعروضة أمام مجلس الدولة كما أنَّ قضاء الأبطال أو ما يُعرَّف (بتجاوز حد السلطة) والقضاء الشامل، أو ما يُعرَّف (بقضاء التعويض) لم يكونا معروفين حينها، ولكن في مطلع القرن العشرين ظهرت نظرية القرارات الإدارية المتصلة نتيجة للتطور الذي ساد أو حدث لمجلس الدولة الفرنسي بعد أن كان في نهاية القرن التاسع عشر المبدأ السائد إنَّ فكرة القرارات الإدارية التي تساهم في إبرام العقد تفقد استقلاليتها عند إبرامه.

فقد استقر القضاء الفرنسي خلال هذه المرحلة على فكرة مفادها إنَّ القرارات المتصلة بالعقد لا يمكن قبول الطعن فيها بالإلغاء، ولا يجوز فصل العناصر المتصلة بالعملية العقدية عند العملية نفسها؛ نظراً لاستخدام المنهج التركيبي المستعمل من قبل الدولة، والذي ينظر للعملية العقدية على أنها وحدة لا تتجزأ.

وبالتالي فإنَّه لا يمكن النظر لجميع القرارات التي تسبق إبرام العقد أو التي تلحقه على حدة، بل أنَّها تدخل ضمن مراجعة القضاء الكامل المُوجهة للعملية ككل⁽¹⁾.

فلكل الأعمال الإدارية التي تهيئ وتسبق تكوين العقد الإداري، وتشكل مع العقد (كلاً لا يتجزأ منه) بحيث لا يمكن الطعن فيها بصورة مستقلة عن العقد، متى أصبح العقد مبرماً بصورة نهائية.

(1) سعاد قرعيش، الأعمال الإدارية المتصلة والمنفصلة وفي مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص:6-

وتجد أنّ ثمت عدة أحكام قضائية تمّ الفصل فيها تشير لتطبيق القضاء الفرنسي لنظرية القرارات المتصلة والتي أبرزها 3 سنة (1873م) (حكم بلانكوم) الشهير الذي جاء فيه "إنّ الدعاوي المرفوعة من قبل السيد (بلانكوم) للتعويض عن الضرر الناجم عن فعل موظفي الإدارة الذي أدى إلى جرح ابنته، إنما تهدف إلى ترتيب مسؤولية مدنية على الدولة، استنادًا لأحكام المواد 1384م-1383م-1382م من القانون المدني الفرنسي، وأن المسؤولية التي يمكن أن تترتب على الدولة بسبب الأضرار التي تلحق بالأشخاص بفعل موظفي المرفق العام لا يمكن إخضاعها لمبادئ القانون المدني، فهذه المسؤولية ليست عامة، ولا مطلقة لأنها تتغير وفقًا لحاجات المرفق ومتطلبات التوفيق بين حقوق الأفراد وحقوق الدولة، وبالتالي فإنّ السلطة الإدارية هي صاحبة الاختصاص" بالإضافة لحكم (كومون 1903م) الذي يتعلق بدعوى تقدمت بها إحدى البلديات حول تشييد مدرسة، وفيه قام مجلس الدولة بفصل الإدارية التي صدرت عن وزير الداخلية، والتي تضمنت دفعًا بعدم قبول الدعوى عند العقد التابع للقانون الخاص بحجة إنّ العقد تابع لاختصاصه⁽¹⁾.

وفق (1904 حكم كومون فيلر) الذي يتعلق بدعوى تقدمت بها إحدى البلديات؛ لإبطال قرار إداري صادر عن إحدى المحافظين تتعلق بإحدى مدارس البنات الرسمية، وفيه قام مجلس الدولة بإبطال قرار رئيس البلدية بسبب تجاوز حدود صلاحيته⁽²⁾.

فالأساس هو: أنّ القرارات الإدارية قرارات متصلة بالعقد، ولكن من تطور الدولة من دولة حارسة لدولة خادمة تطور دورها، وكثرت أعمالها الإدارية بعد ذلك إلى الأعمال المنفصلة التي سنتناولها في المطلب الثاني.

(1) فاروق معالبي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص:25.

(2) فاروق معالبي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص:25.

ب- نشأة نظرية القرارات المتصلة في مصر وليبيا:

لقد اتبع النظام القضائي في مصر وليبيا نهج النظام الفرنسي، ولقد أخذ بنظرية القرارات الإدارية المتصلة، ففي مصر نشأت نظرية القرارات المتصلة تبعاً وتوافقاً مع فرنسا، فالمحكمة العليا المصرية أو القضاء المصري لجأ لتطبيق نظرية القرارات المتصلة، وعمل بها في عدة أحكام، إلا أنه لم تتم الإشارة صراحةً عن تاريخ محدد لأول نشأة لنظرية القرارات المتصلة في مصر، ولكن أثبتت كل المراجع والكتب عن العمل بها، مع تقييدها لشروط محددة حتى تكون أمام عقد إداري متصل.

فالمسلّم به أنّ جهة الإدارة عند ممارستها سلطة التعديل كحق من حقوقها يجب ألا يغيب عن البال وإنّ المتعاقد قبل الالتزام في عقد بعينه يقوم على موضوع محدد، فيجب على الإدارة ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد⁽¹⁾.
ومن أمثلة الأعباء التي قد يتحملها المتعاقد نتيجة قيام الجهة الإدارية بتعديل العقد، إنّ يترتب على التعديل تحمل المتعاقد ضمانات بنكية، أو غرامات تأخير، أو حاجة إلى زيادة العمال أو الآلات، أو ارتفاع الأسعار.

والمحكمة الإدارية العليا في مصر حديثها عن القرارات المتصلة فهي لم تحددتها بنص خاص بها بل كان في تمييز لها بينها وبين القرار المنفصل، لأنها كانت تعتبر أن القرارات المتصلة بالعقد الإداري يختص بها القضاء الكامل وهذا واضحاً في حكم المحكمة الإدارية العليا 14-4-1979م أنه "ومن حيث أنه ينبغي في ضوء تنظيم عملية العقد الإداري المركبة التفرقة بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية : النوع الأول : وهي القرارات التي تصدرها أثناء المرحلة التمهيدية وتسمى بالقرارات المنفصلة ...

(1) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، مرجع سابق، ص:59.

أما النوع الآخر هي القرارات التي تصدرها تنفيذاً لبند من بنود العقد الإداري كقرار سحب العمل من المتعاقد، أو إلغاء العقد ذاته، وهذه القرارات يختص بها القضاء الإداري بالنظر في المنازعات تثور بشأنها ، لأعلى أساس اختصاصه بنظر القرارات الإدارية النهائية ، بل على أساس اعتبار المحكمة ذات الولاية الكاملة بالنظر في منازعات العقود الإدارية⁽¹⁾.

ومضمون هذا النص يؤدي إلى أن القرارات المتعلقة بالفخ والسحب والإلغاء وإلى غيرها من القرارات التي تدخل في تنفيذ العقد الإداري، قرارات متصلة لايجوز الطعن فيها ولا وقف تنفيذها أمام قضاء الإلغاء.

إذاً فمحكمة القضاء الإداري في مصر ترى أنه لا يصح أن تكون التعديلات الجديدة قادرة على قلب العقد رأساً على عقب، بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد، أو تغيير في موضوع العقد ومحلّه⁽²⁾.

وبالإضافة لذلك لقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا للتأكيد على تعاملها، والحكم لها بما يتعلق بالقرارات المتصلة بالعقد الإداري، ولقد أشارت في حكمها الصادر 2008/4/15م "من المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا أن العقد يُعد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وكان إبرامه بشأن نشاط (متصل) بمرفق عام وتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص"⁽³⁾، ومتى اجتمعت هذه السمات في العقد الذي أبرمته الجهة الإدارية كان الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تُثار بشأنه معقوداً لمحاكم القضاء الإداري وحدها دون غيرها إعمالاً لأحكام الدستور والقانون، وهو اختصاص مطلق وشامل لأصل النزاع، وما

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم (666) لسنة 24 قضائية ، جلسة 14-4-1979م ، ص: 178.

(2) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، مرجع سابق، ص: 60.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (13837) لسنة 50 قضائية، جلسة 15-4-2008م غير منشورة ، بلا ص.

تفرع عنه سواء كان عاجلاً أو موضوعياً، ومن المقرر أنّ القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية المتعاقدة استناداً إلى نصوص العقد لا تُعدّ قرارات إدارية بمعناها المستقر عليها حينما تكون تعبيراً عن الإرادة المنفردة للجهة الإدارية بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وإنما تُعدّ من إجراءات من العقد، حيث استندت عليه وأعملت ما تضمنته نصوصه ومن ثمّ تكون مخاصمة هذا الإجراء ولأن الإجراء، يسمى قرار بدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد وليس بدعوى الإلغاء⁽¹⁾.

بمعنى الدعاوى المتعلقة بالقرارات والإجراءات المتصلة بالعقد الإداري يختص بها القضاء الكامل... ولا ترفع بدعوى إلغاء... إلا أن القضاء المصري، عمل لتحديد شروط موضوعية وشخصية أجاز فيها رفع دعوى إلغاء قيما يتعلق بالقرارات المتصلة لشروط وظروف معينة، والتي ذاتها أشار لها القضاء الليبي.

أما في ليبيا تكاد تكون نشأة نظرية القرارات الإدارية المتصلة حديثة، ويمكن القول: أنّها بدأت منذ (1971م) أو كان العمل بها منذ ذلك الوقت، ولقد اتجه لها القضاء الليبي في أواخر القرن العشرين، ولم يشر لها صراحةً في البداية ولكن نجد من خلال البحث والدراسة أنّه عمل بها في مضمون عدة أحكام قضائية...، وخاصة فيما يتعلق بممارسة الإدارة لحقوقها اتجاه المتعاقد...، وكذلك حقوق المتعاقد في الطعن على قرارات الإدارة عند تعسفها في استعمال سلطتها...، وذلك في تعديل وفسخ ومراقبة وحتى إنهاء العقد الإداري.

ولقد حددت المحكمة العليا الليبية بعض القرارات المتصلة التي تتصل بالعقد وتكون محلاً للطعن على أساس دعوى القضاء الكامل، وهي: المسائل المتعلقة بالمنازعات الخاصة بالتصرفات الصادرة عن الإدارة تنفيذاً للعقد، كالقرارات المتصلة

(1) د. أيمن جابر كامل، القرار الإداري المنفصل وأثره على إبرام العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة بني يوسف، كلية الحقوق المنصورة، مكتبة الدوريات، سنة (2018م)، ص: 32-33.

المتعلقة بتعديل شروط العقد، أو بفرض جزاءات تعاقدية كغرامات التأخير أو فسخ العقد، وقرارات إنهاء العقد أو إلغائه⁽¹⁾.

وهذا المعنى أوضحته دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس (الدعوى رقم (12) سنة 1972م) حيث تقول: "متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصةً بانعقاده أو صحته أو انقضائه، فإنها تدخل في ولاية القضاء الكامل"⁽²⁾.

إلاَّ أنَّه بتطور الظروف وكثرة وتجدد الظروف الاستثنائية؛ ولأهمية الدعاوى المرفوعة ضد قرارات الإدارة المتصلة بالعقد؛ ولأنها مرفوعة ضد قرارات إدارية... ولضمان حسن سير المرفق العام؛ ولوجود المصلحة العامة من سرعة إجراءات التقاضي التي يتميز لها القضاء الإداري قامت قوانين القضاء الإداري في فرنسا، ومصر، وليبيا بالسماح للمتعاقد مع جهة الإدارة إذا تعسفت الإدارة في استعمال حقوقها وامتيازاتها في العقد الإداري، وأنَّ يطعن على قراراتها، بالإلغاء والتعويض إنَّ ترتب على ذلك ضرر مادي أو أدبي للمتعاقد نتيجة هذه القرارات المتصلة بالعقد الإداري، ولقد حدّد في ذلك شروطاً شكلية وموضوعية تتعلق بقبول هذا الطعن... (نقلًا عن د. أسعد طاهر) وهذا قد تناوله الباحث في المفهوم القضائي لنظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري.

ثانياً - مبررات نظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري، وأهم الانتقادات التي وجهت لها:

لنظرية القرارات الإدارية المتصلة عدة مبررات ساهمت في تطورها ونجاحها، وبالمقابل تعرضت لعدة انتقادات سنتحدث عنها وفقاً للتفسير الآتي:

(1) د. محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص: 291.
(2) طعن إداري، عن محكمة استئناف طرابلس، دعوى رقم (24)، جلسة 30-8-1973م، توضيح: هنا الحكم يتعلق بفسخ أو تعديل أو أنها العقد أو إجراءات انعقاده.

أ- مبررات نظرية القرارات الإدارية المتصلة:

يرجع قيام نظرية القرارات المتصلة إلى عدة مبررات ودوافع منها مبررات فقهية:

حيث نجد في الفقه الإسلامي... أن حق الرقابة الذي تمارسه الإدارة على المتعاقد معها، هو: حق يتبع القرارات المتصلة بالعقد أو بمعنى آخر، فهي: عندما تمارسه كحق بصفتها طريقة في العقد، وهذا الإجراء أمر متصل بالعقد المبرم مع المتعاقد... وكان لها ما يبررها كحق متصل بالعقد... فحكم الرقابة في الفقه الإسلامي يمكن تأصيله في قاعدة فقهية.

استنبطها الفقهاء، وقيّدوا بها تصرفات المسؤولين من أن تكون مطلقة بلا قيد ولا رقيب، إحقاقاً للحق وإقامة للعدل وحفظاً لحقوق الناس، وهذه القاعدة هي "تصرف الإمام على الرعيّة منوط بالمصلحة"⁽¹⁾.

إذاً فالرقابة حق من حقوق الإدارة المتصلة بالعقد الإداري، وواجب التطبيق لتحقيق المصلحة، وحتى يعم العدل بدليل أن الفقه الإسلامي أشار إليه، سواء في الآيات القرآنية أو في السنة النبوية، في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾⁽²⁾، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته".

وكذلك حق التعديل وحق توقيع الجزاءات كلها حقوق تمارسها الإدارة كقرار إداري متصل بالعقد الذي تبرمه مع الإدارة، فحق التعديل مثلاً تمارسه الإدارة وفق شروط محددة حتى لا تتعسف في استعمال هذا الحق كأن يقتصر قرار التعديل على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، وأن لا تطبق سلطة التعديل بقدر واحد في جميع العقود.

(1) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، مرجع سابق، ص: 2-3.

(2) سورة النساء، الآية رقم (1).

وأن ينحصر موضوع التعديل في موضوع العقد، وإن يكون قد حدث تغير في الظروف يُبَرَّر هذا التعديل، ولا بد أن تعلم الإدارة بحدود حق التعديل في حق إصدار قراراتها المتصلة بالعقد والمتعلقة بالزيادة والإنقاص.

فكل هذه القيود والشروط أثبتت تطبيق نظرية القرارات المتصلة، ومبررات تحقيقها والحاجة لها والدليل أو المبرر الأقوى، هو: أن نظرية القرارات المتصلة لها أساس ومدى منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم - ويظهر ذلك في عقد المزارعة الذي أبرمه النبي صلى الله عليه وسلم مع يهود خيبر، وضمنه شرطاً استثنائياً، وهو قوله: (نقرم بها على ذلك ما شئنا)⁽¹⁾، بمعنى أن للنبي صلى الله عليه وسلم فسخ العقد متى ما أراد وهذا يعطى حق للنبي صلى الله عليه وسلم فسخ العقد، أو إصدار قرار ينهي العقد المبرم مع اليهود في أي وقت، وهذا القرار المتعلق بفسخ العقد يعتبر قرار متصل بالعقد الإداري⁽²⁾.

ومن المبررات الفقهية أيضاً أن الأعمال الإدارية المتصلة بعمليات الضابطة الإداريّة تمنع التعدييات على النظام العام وتوفير الأمن العام. وكذلك ما يُبَرَّر العمل بنظرية القرارات المتصلة أنّها تهدف لتلبية حاجات الإدارة الساهرة على المصلحة العامة بالإضافة لمصلحة المواطن. وكذلك نظرية القرارات المتصلة تسمح للقاضي بدمج بعض الأعمال موضوع النزاع ضمن مجموعة أعمال واحدة خاضعة لاختصاص قضائي محدد⁽³⁾.

(1) رواه البخاري في باب إذا قال رب الأرض أقر كما أقر الله، كتاب البيوع، 149/8، الناشر: المكتبة الإسلامية، إسطنبول، الطبعة (1981م)، ص149. www.binvaz.org.org، الساعة 6:00م، 2025/4/24م.

(2) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، مرجع سابق، ص:37.

(3) د. فاروق معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص:62-63-13.

أمّا: المبررات القانونية التي دافعت عن نظرية القرارات المتصلة فأولها أنّ هذه النظرية ساعدت القاضي الإداري على التأكد من أنّ الإدارة العامة تراعي القوانين النافذة أثناء ممارستها لنشاطها الإداري.

بالإضافة إلى أنّها ساعدت القاضي أيضًا في كشف جميع نواحي عدم المشروعية التي تشوب هذا النشاط مما يؤدي حتمًا لجعل الإدارة تحترم القوانين التي ترسم لها حدود صلاحيتها.

ومن أهم ما يُبرّر القيام بنظرية القرارات المتصلة، أنّها تهدف لتحقيق المصلحة من خلال الرقابة على شرعية النشاطات التي تقوم بها المؤسسات العامة⁽¹⁾.

وبالتالي فنظرية القرارات المتصلة بالعقد الإداري نظرية بحثية ساهمت كثيرًا في تطور وتنظيم سير المرفق العام، وساهمت في تحقيق الأمن والمصلحة العامة. ولكن مع ذلك لم تسلم من الانتقادات التي سنعرضها لاحقًا.

ب- الانتقادات التي تعرّضت لها نظرية القرارات الإدارية المتصلة:

إنّ أي نظرية لابد وأن يكون لها مؤيدون يبررون العمل بها، ومنتقدون يجدون فيها عيوبًا يمكن أنّ يتم نقد هذه النظرية من خلالها.

فنظرية الأعمال المتصلة ممكن أنّ توجد بها تعديلات رفض بعض الفقهاء العمل بها؛ بسبب أنّ الخطأ الشخصي الذي يقترفه الموظف في المرفق العام يعتبر منفصلاً عن عملية هذا المرفق، كون الموظف هو المسؤول شخصيًا عن هذا الخطأ⁽²⁾.

(1) فاروق معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص:63.

(2) فاروق معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص:85.

بالإضافة لذلك القرارات المتصلة تخضع لسلطة القضاء الكامل، وتُستبَعَدُ من نطاق قاضي الإلغاء وهذا مخالف لقواعد القرار الإداري خضوعها لقاضي الإلغاء فكان لابد وأنَّ نخضع جميع دعاوى القرارات المتصلة لدعوى الإلغاء بلا شروط⁽¹⁾. ويمكن الإشارة أيضاً للقائل إنها حديثة المنشأ إنَّ نظرية القرارات المتصلة قديمة نشأت منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم من بعده وهذا توجيه لحسن وصلاح الدين الإسلامي لكل زمان ومكان.

(1) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، مرجع سابق، ص:95.

المطلب الثاني

نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عند العقد الإداري

تقديم:

أوضحنا سابقاً إنَّ التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة بشأن العقود الإدارية التي تكون طرفاً فيها، هي: تصرفات عقدية تخضع لدعوى القضاء الكامل، وبما أنَّ آثار العقود تقتصر على أطرافها، فقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي (نظرية القرارات الإدارية المنفصلة) عن العقود الإدارية كوسيلة لحماية الغير الذين ليسوا طرفاً في العقد الإداري، وسنتناول كل ما يتعلق بهذه النظرية وفقاً للتقسيم التالي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للنظرية الإدارية المنفصلة.

الفرع الثاني: المبررات والانتقادات التي وُجِّهَتْ لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عند العقد الإداري:

كل نظرية تحتوي على معنى مستقل بها، وهذا المعنى يشمل المعنى اللغوي والاصطلاحي وكذلك الفقهي والقضائي:-

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي للنظرية:

نوضح بدايةً المعنى اللغوي للقرار المنفصل ثمَّ المعنى الاصطلاحي.

أ- المعنى اللغوي للقرار المنفصل:

المنفصل لغة: يُقصد به الفصل، ويعني: المسافة بين الشئيين والفصل يعني: الحاجز بين الشئيين، والفصل: الفرع، والفصل: أحد أجزاء الكتاب مما يندرج تحت الباب، والفصل: ما كان حقاً قاطعاً، ساعة الفصل: لحظة حدوث شيء خطير، ووقت تُحسم فيه الأمور.

فصل السلطات: استقلال الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية عن بعضها.

الفصل: القضاء بيّن الحق، والباطل.

فصلت الشيء فانفصل، قطعت فانقطع⁽¹⁾.

ب- المعنى الاصطلاحي لنظرية القرارات المنفصلة:

يُقصد بالقرارات الإدارية المنفصلة هي تلك القرارات التي تتخذها الجهة الإدارية بقصد إحداث عملية قانونية مركبة قد تخضع لرقابة قضاء الإلغاء من خلال دعوى الإلغاء⁽²⁾.

ثانياً: موقف الفقه والقضاء من نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري:

على الرغم من أنّ فكرة القرارات الإداريّة المنفصلة من خلق القضاء والفقه الفرنسي، إلاّ أنّه لم يضاف لها تعريفاً محدداً، أو يمكن القول: إنّ الآراء متعددة تكاد تكون متشابهة بيّن الفقهاء القضاة وسنعرض ذلك على النحو التالي:-

أ- موقف الفقه من نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري:

يرى بعض الفقهاء في القانون إنّ القرارات الإدارية المنفصلة هي القرارات التي تصدرها جهة الإدارة، وهي: في سبيلها للتعاقد، وتستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه، أو تحول دون إبرامه.

أو هي قرارات إداريّة تكون جزءاً من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناءً على ولايته الكاملة، أو تخرج عن اختصاص القضاء، ولكنّ القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية، ويقبل الطعن عليها بالإلغاء⁽³⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، مرجع سابق، باب الفاء، ص:112.

(2) سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمارات، سنة (2018م)، ص:14.

(3) أيمن جابر كامل، القرار الإداري المنفصل وأثره على إبرام العقد، مرجع سابق، ص:21.

وبهذا الطعن تبرز لنا أهم الفروقات التي تتميز بها القرارات المنفصلة عن القرارات المتصلة التي تناولناها في المطلب السابق.

ويرى جانب فقهي آخر بأنها: قرارات داخلية في عمل قانوني مركب، ورغم ذلك يمكن تمييزها من العملية القانونية المتصلة بها، وفصلها عنها لأغراض رقابة القضاء الإداري على تلك القرارات.

وهي: أيضاً قرارات إدارية تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة، وتقبل الانفصال عنها للطعن ضدها بالإلغاء استقلالاً⁽¹⁾.

وأيضاً: هي قرارات منفردة تدخل في عملية مركبة تقبل الطعن مباشرة، أي: يمكن تقرير مشروعية استقلالها على أساسها ومصدرها⁽²⁾.

ولقد أورد بعض شراح القانون آراء أخرى عن القرارات المنفصلة: وهي لدى جانب منهم: عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنيب هذه التصرفات، لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها، وصالحة لترتيب أثر قانوني معين⁽³⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أنّ القرارات المنفصلة، هي: قرارات بالمفهوم العام للقرار الإداري، فهي تعبر عن إرادة منفردة لجهة الإدارة بما لها من سلطة ملزمة في إصدار القوانين واللوائح؛ لإحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو التأثير على المراكز القانونية القائمة بالتغيير والتعديل أو حتى بالإلغاء كلية، وهي تصدر في إطار عملية مركبة مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها، وصالحة لترتيب أثر قانوني معين كتصرف

(1) عبدالواحد سليمان عبيد، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة (2015م)، ص:57.

(2) سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص:20.

(3) أحمد محمد المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة، رسالة ماجستير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة (2014م)، ص:29.

قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته دون إنَّ يمس ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية أو يحول دون ترتيب الآثار القانونية المرجوة من ورائها.

وهناك موقف فقهي آخر: يرى أنَّ القرارات المنفصلة، هي: كل ما يمكن فصله عن العقد بدءًا من القرارات التي تؤدي إلى إبرام العقد أو التي تصل عند الاقتضاء إلى قبول الإبرام، وهي: تعتبر قرارات منفصلة عن العقد الإداري إزاء الأطراف وإزاء الغير.

وهي: أيضًا القرارات الإدارية التي تصدر من جانب واحد للدخول في العقد ولكن تم فصلها عنه، والنظر إليها على استقلال، ويجوز على هذا الأساس الطعن فيها بدعوى الإلغاء المباشر⁽¹⁾.

وكذلك هناك من عرّفها: أنَّها جميع القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بإرادتها المنفردة والتي يتوقف عليها إبرام العقد، أو تصاحب إبرامه كما أنها، هي: القرارات الإدارية التي يتوقف عليها إنشاء العقود التي تكون الإدارة طرفًا فيها أو تلك التي تصاحب انعقادها وعرفت أيضًا: أنَّها قرارات تمهيدية سابقة على إبرام العقد الإداري، ويترتب عليها إبرامه من عدمه.

ولدى البعض رأي فقهي أنَّ القرارات المنفصلة، هي: القرارات التي تصدر عن الجهة الإدارية بمقتضى سلطتها العامة في المرحلة التمهيديّة التي يتعين إبرام العقد، أو تلك القرارات التي تصاحب انعقاده، وهي: كذلك عبارة عن قرارات تسعى في تكوين العقد والتي هي بطبيعتها تنفرد عنه، وبالتالي يجوز الطعن فيها بالإلغاء.

وهي قرارات إدارية منفصلة ذاتيًا أو موضوعيًا عن العملية الإدارية القانونية⁽²⁾.

(1) سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص: 21.
(2) أ. عبدالله الشائبي، نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، العدد 16، سنة 2020م، ص: 190.

وهناك رأي فقهي يرى أنّ القرارات المنفصلة هي قرارات تتصل بالعقد ويمكن الطعن فيها بالإلغاء.

وتُعرّف القرارات المنفصلة: بأنّها قرارات تتخذها الإدارة لا لذاتها بل لتحقيق غاية محددة باستكمال العملية القانونية المركبة، والتي لا يوجد ما يمنع من فصل تلك القرارات والطعن فيها بالإلغاء استغناءً عن العملية ذاتها⁽¹⁾.

ويراها بعض آخر من الفقهاء بأنها: نظرية تعنى أنّ كل القرارات الإدارية التنفيذية، يمكن أن تُحال إلى قاضي تجاوز حد السلطة، من قبل كل ذي مصلحة ضمن حدود مصلحته⁽²⁾.

إذاً فالقرارات المنفصلة عبارة عن قرارات تسبق العملية التنفيذية للعقد والتي يمكن أن تكون مراحل تنفيذ العقد التي تشمل إجراءات المناقضات والمزايدات التي من خلالها يطبق العقد الإداري.

ويختص بالطعن فيها أو يتم الطعن عنها بطريق رفع دعوى إلغاء.

ب- موقف القضاء من نظرية القرارات المنفصلة:

لقد تناول القضاء في عدة أنظمة من عدة دول نظرية القرارات المنفصلة، ونجد ذلك في عدة أحكام قضائية للمحاكم في حكمها بتطبيق نظرية القرارات المنفصلة من خلال الرقابة على أعمال الإدارة.

فمجلس الدولة الفرنسي الذي ابتدع هذه النظرية قد بسط رقابته على بعض التصرفات القانونية التي تجريها الإدارة داخل العمليات القانونية المركبة دون انتظار اكتمال أو انتهاء العملية ذاتها، لأنه قد يترتب على هذا الانتظار آثاراً قانونية يتعذر تداركها مما يؤدي إلى ضياع حقوق البعض وبذلك يمكن استخلاص تعريف من

(1) سعاد قرعيش، الأعمال الإدارية المتصلة والمنفصلة وفي مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص: 17.

(2) فاروق معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع

سابق، ص: 169.

تطبيقات القضاء الفرنسي وهو "إنَّ نظرية القرارات المنفصلة: قرارات إدارية مرتبطة بعمليات مركبة تتخذ خلالها، ويجوز فصلها عنها، والطعن فيها بالإلغاء على استقلال"⁽¹⁾.

ولقد طبق القضاء الفرنسي أيضًا نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري على القرارات الصادرة بترخيص إبرام العقد، وكذلك في قرار إحدى الإدارات التي مارست حقها في الشراء بالشفعة من خلال عقد بيع مدني بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، وكذلك في مجال الحرمان والاستبعاد من دخول المناقصات الخاصة بالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة، أو قرارات استبعاد بعض العطاءات.

ولقد طبق القضاء فكرة القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عدة مجالات أخرى حيث أجاز الطعن بالإلغاء في القرارات اللائحية، أو التنظيمية التي تفرض ضريبة أو رسمًا، وذلك رغبةً منه في بسط رقابته دون انتظار أو اكتمال أو انتهاء العملية القانونية المركبة ذاتها للطعن فيها كليًا، وذلك أنَّ هذا الانتظار تترتب عليه آثار سلبية منها بطء العدالة وتأخير الفصل دون مُبرّر مما يؤدي لضياع الحقوق، ويؤدي للحيلولة دون رقابة تلك الأعمال التي تهدف الإدارة للوصول إليها نتيجة اندماجها بعملية العقد.

ومن التطبيقات التي جاءت في مجال منازعات الانتخابات، ما طُبّق على قرار دعوى الناخبين لانتخاب الأعضاء، وأيضًا قرارات الفصل في منازعات الترشيح وتغيير صفة المرشحين⁽²⁾.

وابتغ القضاء الأردني أيضًا نهج القضاء الفرنسي في تطبيق نظرية القرارات المنفصلة خاصةً بعد أن استقرت قواعد هذه النظرية حتى لدى القضاء المصري من بعده.

(1) د. أيمن جابر كامل، القرار الإداري المنفصل وأثره على إبرام العقد، مرجع سابق، ص: 22.

(2) سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص: 13-14.

وقد قضت المحكمة العليا الأردنية السابقة في حكم لها سنة (1982م) قرار رقم 81/53 "من المتفق عليه أنّ القرار الإداري إذا كان مندمجاً في عملية مركبة فإنّ قواعد الاختصاص العادية تسمح لمحكمة العدل العليا إنّ تفصل القرار الإداري عن هذه العملية المركبة، وإخضاعه لقضاء الإلغاء على أنّ تترك باقي العملية للجهة القضائية المختصة"⁽¹⁾.

ولأهمية وانتشار نظرية القرارات المنفصلة نجد أنّ القضاء الإماراتي أيضاً قبل عدة طعون تتعلق بتطبيق هذه النظرية.

فلقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في الطعن المُقدم لها (32) لسنة (2012م) "إنّ كان لجهة الإدارة إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة إذا قدّرت إنّ الصالح العام يقتضي ذلك، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلّا الحق في التعويض إنّ كان له وجه فإنه يجب أنّ تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية أعمالها المبنية على سلطتها التقديرية"⁽²⁾ وبهذا الحكم يتبين إنّ المحكمة قد قضت بإلغاء قرار صادر بإنهاء عقد خدمة الطاعن إذ يُعدّ هذا القرار من القرارات اللاحقة لتنفيذ العقد.

إذا فمثل هذه القرارات تُعدّ من القرارات القابلة للانفصال عن العقد الإداري متى أصدرتها الإدارة استناداً لسلطتها وليس استناداً لبنود العقد⁽³⁾.

وكذلك القضاء المصري طبّق أيضاً نظرية القرارات المنفصلة اتباعاً لنظيره القضاء الفرنسي كما هو متعارف عليه...، ولقد حددت تعريف صريح لنظرية القرارات المنفصلة في حكم لها 16-3-1964م حيثُ قضت أنّ القرار المنفصل:

(1) عبدالواحد سليمان عبيد، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 60.
(2) 1- محكمة العدل العليا الأردنية السابقة، قرار رقم (81/53)، مجلة نقابة المحامين الإداريين ، 1982، ص: 187.

2- المحكمة الاتحادية العليا بالإمارات ، الطعن (32) لسنة (2012)، جلسة 15-4-2012م .

(3) سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص: 17.

"القرار الذي يسهم في تكوين العقد ويستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن العقد وينفرد عنه في طبيعته فيجوز الطعن عليه استقلالاً"⁽¹⁾.

كما قضت المحكمة ذاتها في حكم آخر لها صادر سنة (1975م) بأنه "ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تُبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام العقد أو تهيئ لمولده؛ ذلك أنه يقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة، وله خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة يتبناها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتتفصل عنه، ومن ثمَّ يجوز لذي الشأن الطعن عليها بالإلغاء استقلالاً"⁽²⁾، كما قضت ذات المحكمة في حكم لها صدر سنة (1994م) أنه "ينبغي التمييز بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد لها لإبرامه... بعض هذه الإجراءات تتم بقرارات إدارية وهذه القرارات وإن كانت تُسهم في تكوين العقد وإتمامه، فإنها تنفرد عنه ويجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً"⁽³⁾.

ويظهر جلياً في هذه الأحكام تعريف القرارات المنفصلة "أنها قرارات إدارية تتعلق بالعملية القانونية المركبة المتمثلة في العقود التي تبرمها الإدارة"⁽⁴⁾.

والقرار الإداري المنفصل لدى القضاء المصري يُقصد به أنه عبارة عن قرار إداري مكتمل الأركان، وصادر عن الإدارة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين

(1) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في جلسة 16-3-1964م.

(2) محكمة القضاء الإداري ، الطعن رقم (456) سنة 17 قضائية، جلسة 5-4-1975م.

(3) حكم القضاء الإداري المصري، قضية رقم (1640) لسنة (40) قضائية جلسة 3-12-1994م.

(4) سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص:15.

واللوائح بقصد إنشاء أو تعديل أو إلغاء أحد المراكز القانونية، وذلك من حيث كونه تصرفاً قانونياً صادراً من جهة إدارية أيّاً كانت طبيعتها، وسواء أكانت منتمية إلى السلطة التنفيذية كجهة إدارية عادية أو كسلطة سيادية وغيرها من السلطات الأخرى، أي أنه لا بد أن يكون التصرف صادراً من هذه الجهة كسلطة عامة تعبيراً عن إرادتها المنفردة والملزّمة، بقصد إحداث مركز قانوني معين⁽¹⁾.

وبالتأكيد فالقضاء الليبي يحذو حذو نظيره القضاء المصري فهو أيضاً أخذ وطبّق نظرية القرارات المنفصلة، ونجد ذلك مطبّقاً في العديد من أحكامه القضائية حيث قضت المحكمة العليا في أحد أحكامها "من المقرر في قواعد القانون الإداري أنّ تعليل العملية القانونية التي تنتهي إبرام أي عقد من العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها مؤداه إنّ القرارات السابقة واللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرار لجنة فحص العطاءات، وقرار لجنة البث والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي: بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقود ومن تم يجوز الطعن فيها بالإلغاء؛ بسبب تجاوز السلطة، كما يمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إنّ كان لهذا التعويض محل"⁽²⁾.

وبهذا الحكم نجد أنّ الأساس القانوني لتطبيق نظرية القرارات المنفصلة في العقود الإدارية، حيث أشار هذا الحكم إلى أنّ العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد والذي تكون الإدارة طرفاً فيه. مثل: قرار إرساء المناقصة والمزايدة هي قرارات إدارية منفصلة عن العقود الإدارية، وهي قرارات سابقة لإبرام العقد.

إذاً فنظرية القرارات الإدارية المنفصلة نظرية عامة تسري على كافة العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، سواء كانت هذه العقود من اختصاص القضاء الإداري

(1) أيمن جابر كامل، القرار الإداري المنفصل وأثره على إبرام العقد، مرجع سابق، ص: 25.

(2) مجلة المحكمة العليا ، الجزء الثاني ، طعن إداري رقم (14) سنة (5) قضائية بجلسة 30-6-1962م، ص: 60.

أو اختصاص القضاء المدني، إلا أنه يجب الإشارة إلى أن هذه النظرية قررت في الأساس لصالح الغير الذي ليس طرفاً في العقد⁽¹⁾.

إذاً فالقرارات المنفصلة عن العقد الإداري، هي قرارات تمهيدية وسابقة على إبرام العقد الإداري، ويترتب عليها إبرامه من عدمه، وأهمها قرارات المناقصات والمزيدات والممارسات والتكليف المباشر ويُشير لتطبيقها بأن يكون القرار الإداري منفصلاً عن العقد أي سابق لإبرامه، وأن يصيب هذا القرار ضرراً للغير الذي هو ليس طرفاً في العقد⁽²⁾.

الفرع الثاني: نشأة نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري وأهم مبرراتها والانتقاد الموجهة لها :-

لقد مرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري بمراحل متطورة، والمتفق عليه أن هذه النظرية ابتدعها أو ابتكرها القضاء الفرنسي، أو مجلس الدولة الفرنسي، ثم طبقتها من بعده نظيره القضاء المصري، ومن ثم أخذت بها المحكمة العليا الليبية. ونستعرض هذه المراحل كالآتي:

أ- نشأة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في فرنسا:

بعدما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن القرارات الإدارية المركبة المرتبطة بالعملية الإدارية والتي تمس بحقوق الغير أعمالاً منفصلة على أساس أن هذا الغير لا يملك تحريك الدعوى العقدية⁽³⁾.

نظرية القرارات الإدارية طبق نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في (قضية مارتن) سنة (1905م) حيث تعتبر هذه القضية هي الأساس الأول لهذه

(1) عبدالله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص:196.

(2) د. أسعد طاهر، نظرية العقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري، مرجع سابق، ص:59.

(3) سعاد قرعيش، الأعمال الإدارية المتصلة والمنفصلة وفي مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص:22.

النظرية، وأول حكم صدر عن مجلس الدولة الفرنسي تبني فيه نظرية القرارات المنفصلة باعتبار أنّ السيد مارتن ليس طرفاً في العقد المبرم.

حيث أقيمت تلك القضية من السيد (مارتن) بصفته عضو المجلس العام لإقليم (لوراوشيرا) ضد قرار المجلس الصريح بمنح إحدى الشركات التزام نقل بواسطة التزام، وقد تمّحّص عن القرار إبرام عقد الالتزام، وهو: من عقود القانون العام، وكان مبنى الطعن أنّ قرار المجلس قد شابه عيب الشكل إذ كان يتعين قبل صدوره أنّ يسبقه تقرير من المدير يوزع قبل جلسة المداولة على الأعضاء بثمانية أيام على الأقل وهو ما لم يحدث، وقد دفع الوزير المختص بعدم قبول الدعوى تأسيساً على أنّ القرار مناط الطعن كان أساساً لعقد التزام تمحض عنه حقوق مكتسبة، ومن ثمّ يختص بها قاضي العقد، ولكنه رفض من قبل رئيس المجلس، وقبل الطعن شكلاً على الرغم من خضوع العملية الأساسية لاختصاص المحكمة الإدارية الإقليمية وذلك إعمالاً لفكرة القرارات الإدارية المنفصلة عن عملية التعاقد.

ونلاحظ أنّ الطعن بالإلغاء مقدم في هذه الدعوى من غير أطراف العقد وأن الحكم قد قبل فصل قرار صادر من سلطة متعاقدة، وليس من جهة خارجية عن العقد مثل قرارات سلطة الوصايا هذا بالإضافة إلى أنّ العقد الذي فصل فيه القرار عن بنيانه هو: قرار إداري يخضع لاختصاص القضاء الإداري⁽¹⁾.

ب- نشأة نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في مصر وليبيا:

لقد نشأت في مصر فكرة نظرية القرارات الإدارية المنفصلة منذ نشأة مجلس الدولة المصري، على الرغم من أنّه لم ينصّ عليها صراحةً وذلك منذ (1946م) في القانون رقم (112) ونجد ذلك في حكم المحكمة الإدارية الصادر (25) نوفمبر (1947م) حين قضت في حكمها أن: "ومن حيث أنّه مما يجب التنبية إليه إنّ من

(1) د. أيمن جابر كامل، القرار الإداري المنفصل وأثره على إبرام العقد، مرجع سابق، ص: 55-56.

العمليات التي تباشرها الإدارة ما قد يكون مرگبًا له جانبان أحدهما تعاقدى بحث تختص به المحكمة المدنية، والآخر إدارى يجب أن تسير فيه الإدارة بمقتضى النظام الإدارى المقدر لذلك، فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الإدارية، وتتصل بالعقد من ناحية الإذن به أو إبرامه أو اعتماده، وتختص محكمة القضاء الإدارى بإلغاء هذه القرارات إذا وقعت مخالفة للقوانين أو اللوائح، وذلك من دون المساس بذات العقد الذى يظل قائمًا بحالته إلى أن تفصل المحكمة المدنية فى المنازعات المتعلقة به⁽¹⁾.

ومن خلال البحث نجد أن مجلس الدولة المصرى فى ذلك الوقت كانت اختصاصاته محصورة فى النظر بالدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية الثلاث، وهى: (عقد التوريد، عقد الأشغال - عقد الامتياز) ولكن هذا الوضع لم يدم طويلًا فلقد قام المشرع بتعديله بصدور قانون 165 لسنة (1955م) ثم قانون رقم (47) لسنة (1972م) الذى نص على اختصاص مجلس الدولة المصرى فى جميع الأعمال والتصرفات المتعلقة بالعمليات التعاقدية وتأكيدًا على ذلك نجد أن المشرع المصرى نص على ذلك فى قانون رقم (47) لسنة (1972م) حيث أصبح اختصاص مجلس الدولة المصرى بالنظر فى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاصًا مطلقًا وشاملًا لكل ما يتفرع منها؛ من لحظة إبرامها إلى لحظة تنفيذها وتصفية الحقوق والالتزامات⁽²⁾.

وتأكيدًا لتطبيق هذه الفكرة قضت المحكمة الإدارية العليا بالحكم الصادر فى 1975/4/5م على أنه "ينبغي التمييز فى التكيف بين العقد الذى تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التى تمهد لإبرام هذا العقد أو تهىء لمولده، ذلك أنه بغض النظر عن كونه عقدًا إداريًا أو مدنيًا، فإن هذه الإجراءات تتم بقرار من السلطة الإدارية

(1) حكم محكمة القضاء الإدارى، دعوى رقم (143) سنة (1) قضائية، جلسة 25-11-1947م، ص: 104.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم (456) سنة (17) قضائية، جلسة 5-4-1975م.

المختصة له خصائص القرار الإداري ومكوناته من حيث كونه إفساحًا عند إرادتها الملزمة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين تحقيقًا لمصلحة عامة يبتغيها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد، وتستهدف إتمامه، فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيًا كان أم إداريًا ويكون الاختصاص بالنظر في طلب الإلغاء والحال كذلك معقودًا لمحاكم الدولة دون غيرها⁽¹⁾.

وبعد هذا الحكم تواترت الأحكام من المحكمة العليا في الاتجاه ذاته حتى أصبح مجلس الدولة المصري يستخدم نظرية القرارات المنفصلة على سائر المنازعات الإدارية المتعلقة بالوظيفة العامة، والعقود التي تبرمها الإدارة والانتخابات والأعمال الصادرة عن مرفق القضاء⁽²⁾.

أمّا في ليبيا نجد أيضًا حتى المشرّع الليبي والمحكمة العليا قد أخذت بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة تبعًا للفترة التي نشأت النظرية في مصر.

ونجد ذلك في حكم للقضاء الليبي بجلسة 1962/6/30 حيث جاء في حكمها "من المقرر في قواعد القانون الإداري أنّ تعليل العملية القانونية التي تنتهي بإبرام أي عقد من العقود التي تكون الإدارة طرفًا فيها مؤداه أنّ القرارات السابقة واللاحقة على العقد كوضع الإدارة لشروط المناقصة والمزايدة وقرار لجنة فحص العطاءات وقرار لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، هي: بغير منازع قرارات إدارية منفصلة عن العقود الإدارية ومن ثمّ يجوز الطعن فيها بالإلغاء؛ بسبب تجاوز السلطة كما يمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها إن كان لهذا التعويض محل"⁽³⁾ فبهذا الحكم نجد الأساس القانوني لتطبيق نظرية القرارات

(1) سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص: 74.

(2) عبدالواحد سليمان عبيد، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 25.

(3) مجلة المحكمة العليا الليبية، الجزء الثاني، طعن إداري رقم (14) سنة (5) قضائية جلسة 30-6-1962م،

المنفصلة في العقود الإدارية، فأشار هذا الحكم إلى أن العملية القانونية التي تنتهي بإبرام العقد والذي تكون الإدارة طرفاً فيه مثل قرار إرساء المناقصة، هي: قرارات إدارية منفصلة عن العقود الإدارية، فهي: قرارات سابقة على الإبرام⁽¹⁾.

وتشير أيضاً لحكم آخر من المحكمة العليا صدر بحق القرارات الإدارية المنفصلة 1956/11/28 حيث قالت: "إنَّ الإلغاء لا يمكن أن ينصُّ إلاً على القرارات الإدارية المنفصلة في ذاتها، وأنه لا يمكن أن يؤدي من تلقاء ذاته إلى إهدار العلاقة التعاقدية في عقود شراء الصيدلتين، إلاً أنَّه في هذه العملية المركبة ذات الجانبين أحدهما تعاقدية والآخر إداري، ويكون الفصل في صحة القرار الإداري الذي ترتبت عليه العملية التعاقدية من اختصاص القضاء الإداري فيلغيه إذا كان مخالفاً للقوانين، أو اللوائح دون أن يكون لإلغائه مساس بذات العقد الذي وقعه المتعاقدان، والذي يظل قائماً بحالته إلى أن يفصل القضاء العادي في المنازعة المتعلقة به"⁽²⁾.

فنظرية القرارات الإدارية المنفصلة نظرية عامة تسري إزاء كافة العقود التي تبرمها جهة الإدارة، سواء كانت من العقود التي يختص بها القضاء الإداري أو العقود التي تخضع للقضاء المدني.

وهذه النظرية أساساً جاءت حماية للغير الذين ليسوا طرفاً في العقد، وهذا أساس هذه النظرية... الذي أكدت وأوضحت دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف طرابلس في الدعوى رقم (12) لسنة (71) بجلسة 1972/4/8 حيث قالت: "متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون

(1) عبدالله منصور الشائبي، نظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 195-196.

(2) مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، القضاء الإداري والدستوري طعن إداري رقم (3) سنة 2 قضائية، جلسة 1956-11-28م، ص: 56.

ولاية الإلغاء إلا أن هذا المبدأ يحد من إطلاقه قيدان: أولهما، اقتصار آثار العقود على عاقدتها، فغير المتعاقد لا يجوز له أن يطعن على العقد؛ لأنه أجنبي وليس للعقد في مواجهته أية قوة من الإلزام، والقيد الثاني يتعلق بالقرارات المستقلة عن العقد، إذ يجب التفرقة بين العقد ذاته أو بعبارة أدق الرباط التعاقدي بين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده أو التي ترافق انعقاده، إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء. ومثال ذلك القرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها بمقتضى سلطتها العامة في المرحلة التمهيدية من عملية إبرام العقد⁽¹⁾.

ثانياً- مبررات نظرية القرارات المنفصلة، وأهم الانتقادات الموجهة لها:

كل نظرية تتعدد فيها الآراء الفقهية والأحكام القضائية، وللجميع وجهة نظر أو رأي تجاه هذه النظرية، فنجد البعض يؤيد هذه النظرية ويبرر وجودها والبعض الآخر ينتقدها، ومن أهم الانتقادات التي واجهت هذه النظرية.

أولاً: مبررات نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري:

قامت نظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري ظهرت أهميتها من خلال المبررات التي قدمت لها حتى كانت حجة لقيامها، وتعددت هذه المبررات بين مبررات فقهية ومبررات قانونية.

المبررات الفقهية:

يجد بعض الفقهاء أن هذه النظرية ساهمت في كشف العمل الإداري الذي يمكن فصله عن الأعمال الحكومية وإخضاعه لصلاحيات القضاء الإداري؛ بهدف إبطاله لتجاوزه حدود السلطة.

(1) محمد عبد الله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الإداري الليبي، مرجع سابق، ص: 292-293. دائرة القضاء الإداري، محكمة استئناف طرابلس، دعوى إدارية رقم (12)، جلسة 8-4-1972م.

كما أنّ نظرية القرارات المنفصلة ساعدت القاضي في البحث عن اللامشروعية التي قد تشوب العمل الإداري، فالانفصال يسمح للقاضي الإداري بأن يعالج اللامشروعية التي تشوب النشاط الإداري في كافة مراحلها فالأعمال التحضيرية التي تسبق إبرام العقد يجب تحديد مداها.

كما ساهمت نظرية القرارات المنفصلة في حل عدة نزاعات إدارية في عدة مجالات كالعلاقات الانتخابية، العمليات الضريبية، العقود الإدارية، الأشغال العامة، الأعمال الحكومية والوظيفة العامة ولا تزال في تطور مستمر.

إنّ نظرية القرارات المنفصلة من تعريفها وأساسها، فهي: جاءت لتحقيق هدف أساسي برّر وجودها، وهي: حماية الغير الذين ليسوا طرفاً في العقد، وقد يتضررون من تنفيذه⁽¹⁾.

أمّا فيما يتعلق بالمبررات القانونية فلنظرية القرارات المنفصلة مبرر قانوني قوي، وهو: أنّه بمجرد استعمال هذه النظرية بشكل مضطرب من قبل القضاء الإداري في النزاعات المطروحة أمامه هو: خير دال على أهميتها ومبرر لوجودها. ولعل أهم ما يُبرّر قيام هذه النظرية فتح ثغرة عدم القبول التي كانت تصطدم بالقضاء من مراجعة الإبطال التي كانت تقدم من الغير ضد الأعمال والقرارات الضارة التي كان يشوبها عدم المشروعية.

كما أنّ هذه النظرية جاءت حفاظاً على حقوق الأشخاص، أفراداً أو جماعات، الذين يرتبطون مع الدولة بعلاقات قانونية تعاقدية ترتب بدمته حقوقاً وتقرض عليهم موجبات.

ونظرية القرارات المنفصلة جاءت لتحقيق استقلالية كل من قضاء الإبطال والقضاء الشامل⁽²⁾.

(1) د. فاروق معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص: 9-11.

(2) فاروق معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص: 9-201-198.

وساهمت هذه النظرية في بسط دعوى الإلغاء على هذه القرارات على المنازعات والعقود الإدارية⁽¹⁾.

ثانياً - الانتقادات التي وجهت لنظرية القرارات المنفصلة عن العقد الإداري:

رغم العمل التطبيق لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة ولكنها لم تسلم من النقد وذلك كان على النحو التالي:

- انتقد بعض الفقهاء هذه النظرية؛ لأنهم يرون أنه من غير المنطقي ترك العقد منتجاً لإثارة في المستقبل رغم عدم مشروعيته أو عدم مشروعية بعض القرارات التي أسهمت في تكوينه بل يجب الفصل ببطان العقد. فلا يمكن قبول إبقاء العقد بعد ثبوت عدم شرعية ما أحيط به من قرارات.
- انتقد فقيه آخر أن عدم ترتيب أي أثر على إلغاء القرار القابل للانفصال يتضمن مخالفة صارخة لحجية الأمر المفضي فيه، فكيف يتسنى الإبقاء على العقد مع ما يتضمنه من عدم المشروعية، ومع أن أحد العناصر التي قام عليها أصبح معدوماً بمقتضى حكم الإلغاء⁽²⁾.
- وأيضاً هناك من انتقد فكرة القرار المنفصل، ويرى أن القرار الإداري وإن كان منفصلاً أو قابلاً للانفصال عن العقد، إلا أنه يكون مع مجموع القرارات الأخرى كلاً لا يتجزأ فهو مرحلة من مراحل العملية المركبة، ويتوقف عليه سلامة العملية، ولذا فإن انهياره يُمثل انهيار لبقية أجزاء العملية بالكامل.
- وهناك فقه يعتمد على قاعدة ما بُني على باطل فهو باطل، ويرى أنه يجب أن يؤدي إلغاء القرار الإداري الذي أسهم في تكوين عملية قانونية مركبة إلى إلغاء العملية بتمامها، أي: أنه إذا تم إلغاء قرار من القرارات التي بنى عليها العقد لا بد من فسحه⁽³⁾.

(1) أيمن جابر كامل، القرار الإداري المنفصل وأثره على إبرام العقد الإداري، مرجع سابق، ص: 62.

(2) عبدالواحد سليمان عبيد، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 176.

(3) فيصل بن عبدالله المطردي، القرار المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه النظام، مرجع

سابق، ص: 122.

ولكن مهما كانت هذه الانتقادات إلا أنها لم تعرقل استمرار هذه النظرية طالما
أنَّ الفقه أكدها في عدة مفاهيم، وطبقت في عدة قضايا كانت حلاً لها.
وتعد نظرية مهمة في مجال القانون العام طالما أنَّها حققت الصالح العام،
وساهمت في سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

المبحث الثاني

نظرية فعل الأمير ونظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

تقديم:

تتوالى النظريات الاستثنائية المتعلقة بتصرفات الإدارة القانونية، ويستمر إبداع القاضي الإداري في ابتداع هذه النظريات خاصة فيما يتعلق بنظريات العقود الإدارية، وما تحققه هذه العقود من أهمية بالغة في تسيير المرفق فكان من واجب القاضي الإداري أن يبتدع نظريات تتماشى مع طبيعة هذه العقود بالأخص إزاء تدخلات الإدارة المتعاقدة وسلطاتها في العقود الإدارية، ومدى تأثيرها على حقوق والتزامات المتعاقد خاصة مقابل الأعمال المشروعة التي تقوم بها الإدارة اتجاه المتعاقد معها، كتدخلها في تعديله والتزاماته معها سواء بالزيادة أم النقصان⁽¹⁾، وفي كثير من الأحيان ترتب عليه أعباء مالية يتعرض لها المتعاقد وللمتعاقد جهة الإدارة الحق في التوازن المالي نتيجة هذه الأعباء المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد، والتي نجد أساس ذلك الحق في نظرية فعل الأعمال التي تُعبّر وتعالج هذا الخلل المالي، ونظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي تعطى حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض الكامل.

وهذه النظريات هي: محور هذا المبحث، وسنوضح ذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: نظرية فعل الأمير.

المطلب الثاني: نظريتا الظروف الطارئة، والقوة القاهرة.

(1) أ. حيدر عدنان صادق: المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة (2020م)، ص:324.

المطلب الأول

نظرية فعل الأمير

تُعد نظرية فعل الأمير من النظريات القضائية التي عالجت واهتمت بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري واهتمت بمصلحة المتعاقد مع الإدارة، وسنتناول أهم ما يتعلق بهذه النظرية في التقسيم التالي:

الفرع الأول: التعريف بنظرية فعل الأمير.

الفرع الثاني: نشأة وتطور نظرية فعل الأمير، وأهم مبرراتها والانتقادات الموجهة لها.

الفرع الأول: التعريف بنظرية فعل الأمير:

للخوض في أهم ما يتعلق بنظرية فعل الأمير لابد أن نوضح ونشير للمعنى اللغوي والاصطلاحي لهذا المصطلح، ثم نتعرض لموقف الفقه والقضاء من هذه النظرية.

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لنظرية فعل الأمير:

أ- فعل الأمير لغةً:

الأمير جاءت من أمر الأمر وهو معروف نقيض النهي - يُقال: يأمره أمرًا وإمارة، أي: قبل أمره، والأمير: ذو الأمر، والأمير: الأمر. وإذا أمرت من أمر قلت: مُر، وأصله أوامر، والأمير: الملك لِنفاذ أمره.

وأمر الرجل يأمر إمارة إذا صار عليهم أميرًا، وأمر فلان، أي: صار عليهم أميرًا.

وأولو الأمر: وهم الرؤساء وأهل العلم، أمر الشيء (1).

(1) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، المجلد الأول باب (أ)، ص: 150.

ب- المعنى الاصطلاحي لفعل الأمير:

نظرية فعل الأمير، هي: فعل يصدر من الإدارة العامة المتعاقدة دون خطأ من جانبها ينجم عنه المساس بمركز المتعاقد في العقد الإداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جزاء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد⁽¹⁾.

والمقصود بفعل الأمير، هو: جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤدي إلى آثار ضارة بالمتعاقد، تتجلى في زيادة أعبائه المالية اللازمة لتنفيذ التزاماته العقدية⁽²⁾.

ثانياً: موقف الفقه والقضاء من نظرية فعل الأمير في العقد الإداري:

للفقه والقضاء مفاهيم وآراء عديدة ولا تكون مختلفة عن بعضها البعض وكثيراً ما تتعلق بنظرية فعل الأمير، وسنشير لأهم ما قاله الفقه حول نظرية فعل الأمير في العقد الإداري، ثم نتناول أهم ما جاء في القضاء من مفاهيم وأحكام قضائية تتعلق بهذه النظرية وفقاً للتقسيم الآتي:

أ- موقف الفقه من نظرية فعل الأمير في العقد الإداري:

عرّف الفقه نظرية فعل الأمير بتعريفات عديدة إلا أنهم اجتمعوا على نفس المضمون لهذه النظرية.

حيث عرفها الدكتور فعل الأمير، هو: عمل يصدر من سلطة عامة ودون خطأ من جانبها ينتج عنه تسوية مركز المتعاقدين في عقد إداري؛ يؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه من جزاء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد.

(1) عبدالله حاج سعيد: أثر فعل الأمير على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير دراسة مقارنة، جامعة اليرموك، الأردن، سنة (2015م)، ص:6.

(2) حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه، مرجع سابق، ص:326.

ويرى فقه آخر للدكتور محمود عاطف البنا نظرية فعل الأمير، بأنها كل إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد في التزاماته التي ينص عليها في العقد مما يطلق عليها المخاطر الإدارية⁽¹⁾.

كما يراه الفقيه أندريه لوبادير أن نظرية فعل الأمير، هي: كل إجراء تصدره السلطة العامة، ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد⁽²⁾.

وكذلك الفقيه قالين يرى أن فعل الأمير، هو: ما يطلق عليه كل تصرف من السلطة العامة الإدارية ويؤدي دون خطأ منها إلى زيادة أعباء المتعاقد معها، ويؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المضرور عن سائر الأضرار التي تصيبه من جراء ذلك.

ولقد اتجه فقيه آخر حول فعل الأمير إلى أنه: كافة الإجراءات الإدارية المشروعة التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، والتي لا تتطوي على خطأ منها ويترتب عليها التأثير على التوازن المالي للعقد الإداري.

ويرى بعض من الفقه الآخر أن فعل الأمير: هي تصرف مشروع غير متوقع يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانب هذه السلطة، ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد معها في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها المضرور عن عقد كافة الأضرار التي تلحقه من جراء تصرفاتها في هذا الشأن، بما يعيد التوازن المالي للعقد لحالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد.

وهناك أيضاً فقه آخر يرى أن نظرية فعل الأمير، هي: نظرية تواجه حالة تقاوم الأعمال على عاتق المتعاقد؛ بسبب الإجراءات الصادرة من جهة الإدارة

(1) مجذوب عبدالحليم خلاصي، مجلة المشكاة في الاقتصاد والتنمية والقانون، العدد 10، بعنوان: نظرية عمل الأمير، ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، جامعة أبيوبكر بلقايد، تلمسان، سنة (2019م)، ص: 248.

(2) عبدالله حاج سعيد، أثر فعل الأمير على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص: 28.

المتعاقدة وفقاً لسلطاتها كسلطة عامة خارج نطاق العقد، ويشترط للعمل بها أن يصدر الإجراء عن الإدارة المتعاقدة بالإضافة لزيادة حجم الأعمال على عاتق المتعاقد، وتكون قد سببت ضرراً بالفعل للمتعاقد، وأن لا تكون هذه الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حين اتخذت عملها الضار⁽¹⁾.

وأيضاً يرى فقه آخر: نظرية فعل الأمير، هي: إجراء عام أو خاص يصدر عن الإدارة صاحبة المشروع دون أن يكون متوقعاً وقت إبرام العقد، مما يترتب عليه ضرراً خاصاً به دون سائر من يشملهم الإجراء⁽²⁾.

ومن وجهة نظر الفقيه حين يرى كلود إن نظرية فعل الأمير بأنها: عبارة عن إجراء قانوني صادر من السلطات العامة؛ يؤدي بالنتيجة إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر كلفة وأشد إرهاقاً بالنسبة للمتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به⁽³⁾.

ويعرفها د. زكريا المصري، هي: كل عمل صادر عن سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه الإساءة لمركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه جرّاء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد⁽⁴⁾.

وأيضاً يراها جانب آخر من الفقه: أنها كل تصرف مشروع يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة مع الغير، يؤثر على تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد

(1) د. السيد فتوح محمد هندواوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016م، ص: 28-241.

(2) عبدالله حاج سعيد، أثر فعل الأمير على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص: 28.

(3) أروى إسماعيل مسلم، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 23، بعنوان: أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية لجامعة الأردنية، كلية الحقوق، المملكة الأردنية الهاشمية، سنة (2019م)، ص: 362.

(4) مجذوب عبدالحليم خلاصي، نظرية عمل الأمير، ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص: 248.

ويجعله أكثر صعوبة ويرهق المتعاقد ماليًا أثناء تنفيذه، لدرجة لا يكون معها التنفيذ مستحيلًا وإلا كنا أمام قوة قاهرة⁽¹⁾.

ولابد أن نشير بالذكر لرأى دكتور (محمد عبدالله الحراري) أحد شرّاح القانون الإداري الليبي الذي قال إنَّ نظرية فعل الأمير: "عمل الحاكم هي كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها بما يحل بالتوازن المالي للعقد، ومن أمثلة ذلك قيام جهة الإدارة المتعاقدة بتعديل شروط العقد بما يجاوز الحدود المعقولة المقررة أي بما يجاوز (15%) من قيمة العقد، أو قيامها بإصدار أمر بإيقاف العمل في المشروع موضوع التعاقد أو بإنهاء العقد للصالح العام على أن تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد معها في حال الإخلال بالتزامها تعويضًا كاملاً"⁽²⁾.

وعرّفها الدكتور (أسعد طاهر): بأنها الأعمال المشروعة التي تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة عامة والإجراءات العامة والخاصة التي من شأنها أن تسبب ضررًا للمتعاقد مع الإدارة دون أن تكون متوقعة عند إبرام العقد، ويستحيل توقعها.

وكذلك د. (حيدر الكبيسي) في مؤلف محاضراته مبادئ القانون الإداري الليبي الذي عرّف فعل الأمير بأنها كل إجراء تتخذه الجهة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها، أو في الالتزامات التي نصّ عليها في العقد.

بالإضافة لذلك نجد الدكتور (عبدالسلام المزوغي) قد عرّف نظرية فعل الأمير: بأنها كل إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم

(1) جهاد ضيف الله الجازي، مجلة بعنوان: أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية، العدد 7، جامعة عمان الأردنية، الأردن، سنة (2018م)، ص: 275.

(2) د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 244.

يكن متوقعًا وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يسهم بالإجراء⁽¹⁾.

فالفقه الليبي لا نجد فيه تعدد في الآراء والمفاهيم حول هذه النظرية، ومع ذلك فهي لم تختلف عن المفاهيم الفقهية الأخرى، وبالتالي فنظرية فعل الأمير بحسب رأي الباحثة نظرية بحثه، وتتعلق بما يقوم به الحاكم بما يملك من سلطة عامة بهدف تحقيق الصالح العام؛ ولضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد حتى لا تتعطل إجراءات المرفق العام المبنية على أساس العقد الإداري؛ وهذه النظرية جاءت لضمان سير المرفق العام؛ وضمان حقوق الأفراد المالية جزاء أي إخلال من جهة الإدارة من تنفيذها للعقد المبرم بينها وبين المتعاقد.

ب- موقف القضاء من نظرية فعل الأمير:

وعلى الصعيد القضائي فللمحاكم الإدارية في شتى الدول موقف ودور كبير في تحديد نظرية فعل الأمير، والتي هي من الأساس قضائية المنشأ، حيث أن مؤسسها الأول هو مجلس الدولة الفرنسي الذي عرّف نظرية فعل الأمير بأنها: كل عمل مشروع يصدر من إحدى السلطات العامة، ويترتب عليه صعوبة في تنفيذ التزامات المتعاقد، ويلزم جهة الإدارة بتعويضه؛ لإعادة التوازن المالي للعقد⁽²⁾.

وهي أيضًا يراها القضاء الفرنسي: أنها كل عمل يصدر من سلطة عامة ودون خطأ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به، بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري⁽³⁾.

(1) مريم محمد ساسي، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة (2013م).

(2) السيد فتوح هندواوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 240.

(3) مجذوب عبدالحليم خلاصي، نظرية عمل الأمير، ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص: 248.

وأيضًا حسب فتوى التشريع عن التشريع الفرنسي يرى أنّ عمل الأمير هو: إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإداريّة المتعاقدة لم يكن متوقعًا وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقّد لا يشاركه فيه سائر من يساهم أو يهتم بالإجراء⁽¹⁾.

ونشير بالقول إلى أنّ كل المفاهيم السابقة عن مجلس الدولة الفرنسي كانت نتيجة أحكام قضائية صدرت عن المحاكم الإداريّة.

في الجزائر اعترف المُشرّع الجزائري بنظرية فعل الأمير، وتأكيدًا لذلك لقد تبنّى العمل بها من خلال نصّه في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنّه "تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها"⁽²⁾.

وكذلك في الأردن لقد أشارت أيضًا محكمة التمييز الأردنيّة إلى نظرية فعل الأمير في أحد أحكامها حيث قالت: "يقصد بنظرية فعل الأمير أنّ السلطة العامة بوصفها سلطة أمرة إذا سبق تعاقدها مع أحد الأفراد بعقد إداري للتوريد أو الأشغال العامة أو غير ذلك، ثمّ صدرت عملاً مشروعًا يحس عناصر العقد الذي ارتبط به ويقل اقتصادياته، ويحمل المتعاقد الأخير أعباء وتكاليف جديدة تزيد من الأعباء التي التزم في مواجهتها، تكون السلطة ملزمة بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء عملها المشروع"⁽³⁾.

وهذا الحكم القضائي هو توضيح صريح لعمل المحكمة الأردنيّة بنظرية فعل الأمير.

(1) أروى إسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في العقود الإداريّة ، مرجع سابق، ص:362.

(2) المرسوم الرئاسي ، رقم 15-247 لتنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، 16-9-2015م.

(3) حكم محكمة التمييز الأردنيّة ، مجلة نقابة المحامين الإداريين، قرار رقم (117) ، 10-4-1979م، ص: 1234.

وبالإضافة لمجلس الدولة الفرنسي والمُشرِّع والمحاكم الجزائري والأردني لابد وأن تكتب عن محكمة القضاء الإداري المصري تبعاً لنظيرها في فرنسا وكما هو معلوم التي أشارت لنظرية فعل الأمير في عدة أحكام قضائية لها وأشارت لتعريف وتحديد مدلول لهذه النظرية عورِّفت محكمة القضاء الإداري بمصر عمل الأمير: بأنه كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة في الأعباء المالية أو في الالتزامات التي ينصُّ عليه العقد ما يطلق عليها بصفة عامة المحاضر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة قد تكون من الجهة التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل فردي أو خاص⁽¹⁾.

وكذلك المحكمة الإدارية العليا في مصر أشارت لنظرية فعل الأمير، حيث قامت بتحديد شروط لتطبيقها، إذ قضت في حكم لها صدر في 11/05/1968م "إنَّ تدخل القضاء الإداري؛ لتحقيق التوازن المالي للعقد طبقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها - شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط هذه النظرية، وامتنع بذلك تطبيق أحكامها".

وبذلك تكون المحكمة الإدارية العليا قد حدّدت شرطاً أن يكون الإجراء من الإدارة المتعاقدة، واكتفت بتحديد الشروط؛ لتطبيق نظرية فعل الأمير ولم تضع لها تعريفاً صريحاً⁽²⁾.

وحسب حكم المحكمة فقد توافرت شروط نظرية فعل الأمير وتطبيقها أو الأخذ بها بما يترتب عليه إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن

(1) د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة (2014م)، ص: 65.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، صدر 11-5-1968م، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة، الجزء الثاني، ص: 1875.

الأضرار التي لحقت به تعويضًا كاملاً؛ وذلك عما لحقه من خسارة عن المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد مثال: أن تطلب الإدارة سرعة الإنجاز في الأعمال، فإن ذلك يؤدي لزيادة تكاليف أو زيادة الأجور للأيدي العاملة، أو تعديل في العقد من قبل الإدارة أثناء تنفيذه مما يسبب خسائر متنوعة.

والتعويض عما فاته من كسب من عمله ورأس ماله، وهذه الشروط تحدث عنها القضاء المصري، ولقد تبعه نظيره القضاء الليبي أيضًا وحتى الفرنسي من قبلهم، والتي هي أن يتعلق بعقد إداري وأن تكون الإجراءات الصادرة مشروعة وغير متوقعة عن السلطة الإدارية، وكما أنه يجب أن يكون الفعل الضار صادرًا عن الجهة المتعاقدة على المتعاقد معها⁽¹⁾.

أمّا القضاء الليبي فهو أيضًا أشار لنظرية فعل الأمير أسوة بالقضاء الفرنسي والمصري وتبعًا لهم، وعلى الرغم من أن لائحة العقود الإدارية لم يُشر صراحةً لنظرية فعل الأمير إلا أن المحكمة العليا، اهتداءً بالقضاء الفرنسي والمصري، نصت عليها في العديد من قراراتها وحددت شروط لتطبيقها، وذلك نجده في قرارها 16-2-1978 الذي قالت فيه "وحيث أن للإدارة سلطة تعديل العقد تعديلًا مناطه احتياجات المرفق العامة، ولها أن تحل محل المتعاقد المقصر متعاقدًا آخرًا، إذا كان التقصير جسيمًا، فإن للمتعاقد مع الإدارة بالمقابلة، وهو يرمي من التعاقد إلى الحصول على الربح، كما أنه يعاون الإدارة في تسيير المرفق بانتظام وإطراد، فإن من حقه المطالبة بالتعويضات الكاملة باعتبار أن سلطة التعديل هي إحدى تطبيقات فكرة نظرية فعل الأمير، كما أن من حقه الحصول على التوازن المالي للعقد"⁽²⁾.

ويتضح مما تقدّم أن القضاء الليبي صرح بالعمل والحكم بتطبيق نظرية فعل الأمير، شرط أن يتعلق الأمر بعقد إداري وليس مدني، وأن يكون الإجراء الصادر

(1) حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه، مرجع سابق، ص: 330.

(2) حكم المحكمة العليا الليبية، العدد الثالث، طعن إداري رقم (3) سنة (19) قضائية، جلسة 16-2-1978م،

عن جهة الإدارة المتعاقدة سواء كان فردياً أم لائحياً ويكون مشروعاً وغير متوقفاً قبل إبرام العقد، وهذا أيضاً أكدته المحكمة العليا في قرار لها 26-10-1978م حين أكدت على ضرورة أن يكون التصرف أو الإجراء مشروعاً، "متى كان قرار الإدارة بسحب العمل غير مشروع، وفي غير الحالات المبنية في العقد، ويُعد إخلالاً بما يعرضه القانون على الإدارة من التعاون، وعدم وضع العراقيل في سبيل المتعاقد أو زيادة أعبائه زيادة غير عادية، وفق الحدود المقبولة، ومن ثمّ فلا يسوغ بعد ذلك التحدث والاستناد إلى نظرية فعل الأمير التي تفرض عدم قيام الخطأ من الإدارة المتعاقدة"⁽¹⁾.

وبالطبع في حال توافرت تلك الشروط السابق ذكرها يتم الحكم للمتعاقد بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة.

ويتم تقدير التعويض أمّا باتفاق الطرفين أو بحكم المحكمة المختصة⁽²⁾.

وبعد كل ما سبق نجد أنّ سواء على الصعيد الفقهي أو الصعيد القضائي وترى الباحثة أنّ كلاهما قد اتفقا في تحديد موقفهم لنظرية فعل الأمير.

كما تتفق الباحثة معهم: في أنّ فعل الأمير نظرية تتعلق بإجراء مشروع صادر عن هيئة عليا في الدولة مع المتعاقد معها؛ سببت في ثقل تنفيذ العقد له.

الفرع الثاني: نشأة نظرية فعل الأمير ومبرراتها وأهم الانتقادات التي تعرضت لها:

نتحدث في هذا الفرع عن أهم ما يتعلق بنشأة نظرية فعل الأمير، وستكون البداية بالحديث عن النشأة في فرنسا ثمّ مصر وليبيا، ولا بد أنّ تتم مناقشة أهم ما يُبرّر تبنّيها، وأهم ما تعرضت له من انتقادات.

(1) أحكام المحكمة العليا، العدد الثالث، طعن إداري رقم (13) جلسة 26-10-1978م.

(2) د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 243.

أولاً: نشأة نظرية فعل الأمير:

تُعد نظرية فعل الأمير نظرية قضائية المنشأ، وأول من ابتدعها هو مجلس الدولة في فرنسا، ومن بعده توالى العمل بها، وتبناها المصري والليبي وأكثر من الأنظمة القضائية، وسنتناول نشأة هذه النظرية في فرنسا، ومصر وليبيا.

أ- نشأة نظرية فعل الأمير في فرنسا:

إنَّ نظرية فعل الأمير، من خلق القضاء الفرنسي، وتُعد من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإداريّة، لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويض كاملاً.

ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 19-11-1909 في قضية "زيلا بدن" من أوائل أحكامه في تطبيق نظرية فعل الأمير الخاص بتدخل الدولة كسلطة تشريعية بإجراءات عامة في مجال عقودها مع الأفراد، والتي يترتب عليها تعديل شروط العقد⁽¹⁾، حيث قضى بتعويض المتطوعين في الجيش نتيجة إلغاء عقودهم بصدور مرسوم يقضي بحل الفرق التي ينتمون إليها⁽²⁾، وتجرى تفاصيل هذه القضية:

إذ يتعلق هذا الحكم القضائي بطلب تعويض مقدم من متطوعين في الجيش فسحت عقودهم تطبيقاً للمرسوم الصادر في 17/3/1907 بشأن حل إحدى فرق المتطوعين التي كانوا يتبعونها في الهند، وقد علّق مجلس الدولة في هذا النزاع أنَّ قانونية المرسوم لا يمكن المنازعة فيها، إلاَّ أنَّ تطبيق مثل هذا المرسوم قد ترتب عليه فسخ عقود التطوع قبل الأجل المحدد لها، ومن ثمَّ يمكن إثبات أنَّ الإجراء الصادر عن الدولة قد أحدث ضرراً كان يجب التعويض عنه⁽³⁾، وبهذا الحكم وتطبيقه أصبح حجة لتنفيذ نظرية فعل الأمير.

(1) السيد فتوح هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإداريّة، مرجع سابق، ص:234.

(2) عبد الله عبد السلام جوان، التوازن المالي في العقد الإداري، جامعة المنصورة، مكتبة الدوريات، 2018م، ص:58.

(3) مريم محمد ساسي، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، مرجع سابق، ص:55.

ب- نشأة نظرية فعل الأمير في مصر وليبيا:

اتبع القضاء المصري المجلس الفرنسي في تبنيه لنظرية فعل الأمير، وكان على اتفاق فقهي وقضائي في العمل بها، وتحديد مدلولها وبعد ذلك تبعهم القضاء الليبي أيضاً، وهنا نشير إلى نشأة هذه النظرية لأول مرة في كل من مصر وليبيا.

ففي مصر: لقد نقل مجلس الدولة المصري منذ إنشائه عام (1946م) نظرية فعل الأمير عن مجلس الدولة الفرنسي، وطبقها على المنازعات التي ثارت بصدر تنفيذ العقود الإدارية، ونجد أنّ محكمة القضاء الإداري المصري قد ذهب في بداياتها إلى إطلاق اسم "أعمال الحكم" على "فعل الأمير"، وذلك كان في حكمها الصادر 1953/6/2 حيث حكمت فيه بأنّه: "لا يمكن للملتزم المطالبة بتعديل عقود التزام المرافق العامة إلاّ لأسباب علماء الفقه الإداري على إباحة التعديل في نطاقها، وعقود الالتزام لا تستجيب للتعديل إلاّ إذا تعرضت لاختلال مالي نتيجة لاستهداف الملتزم فيها لمخاطر اقتصادية أو لمخاطر إدارية...".⁽¹⁾

ولكن بعد هذا الحكم تراجعت عن تسمية (أعمال الحاكم)، وأطلقت اسم (فعل الأمير) الذي استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي، ولقد حرصت محكمة القضاء الإداري على إرساء مضمون نظرية فعل الأمير في عدة أحكام قضائية لها، حيث قضت بأن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، تطبيقاً لهذه النظرية، مناة توافر شروط لها، ومن بينها شرط أنّ يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا أصدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد خالف أحد الشروط وبالتالي يمنع تطبيقها⁽²⁾.

هذا وقد بيّنت محكمة القضاء الإداري المصري منذ تبنيتها لنظرية فعل الأمير الأسس التي من خلالها تحديد مقدار التعويض، وذلك في حكمها المؤرخ

(1) حكم محكمة القضاء الإداري رقم (983) لسنة 9 قضائية، جلسة 2-6-1953م.

(2) عبدالله عبدالسلام جوان، التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص:56.

1957/6/30 الذي قرّرت فيه: (إنّ القاعدة بالنسبة إلى التعويض على أساس التوازن المالي للعقد... أنّه إذ لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإنّ جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنّه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وإن كان ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه، ويعتبر "عدم التوقيع" في هذه الخصوصية معنّى خاصاً بها هو أنّ التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ما دامت ليست جزءاً من الاتفاق، بمعنى أنّه لا يقابلها في شروط العقد أيّ تقدير، والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن، وهو يشمل عنصرين، الأول ما لحق المتعاقد من خسارة... والعنصر الثاني: ما فات المتعاقد من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يُعوّض عن ربحه الحلال من عمله ورأس المال...⁽¹⁾.

وكذلك في حكم المحكمة الإداريّة العليا في مصر 1968/5/11 في القضية رقم (152) كان الحكم فيها مبني على أساس تطبيق نظرية فعل الأمير بتعويض المتعاقد معها عن ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ومن كل تلك الأحكام القضائيّة انتشرت وتطورت نظرية فعل الأمير وساد تطبيقها إلى وقتنا الحالي حتى انتقلت إلى القضاء الليبي.

إمّا في القضاء الليبي لقد عملت أيضاً المحكمة العليا في ليبيا بنظرية الأمير إسوةً فعل القضاء الفرنسي والمصري، ولقد كان هذا العمل بهذه النظرية منذ (1971م) وذلك في حكم المحكمة الصادر بتاريخ 3-1 الذي جاء فيه "إنّ المتعاقد مع الإدارة يرمي من التعاقد إلى الحصول على الربح، كما أنّه يُعاون الإدارة في تسيير المرفق العام بانتظام واطّراد، ومن حقه المطالبة بالتعويضات كاملة باعتبار

(1) حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم (1983)، جلسة 30-6-1957م، ص: 608.

أنَّ سلطة الإدارة في التعديل بل هي: إحدى تطبيقات فكرة نظرية عمل الأمير، وكذلك من حقه الحصول على التوازن المالي للعقد، ويجب على الإدارة أن تحترم مقتضيات حسن النية في تنفيذها لعقودها⁽¹⁾.

كما أنَّ المحكمة العليا الليبية قد بينت في حكم لها على واقعة دعوى أنَّ النظرية المطبقة، هي: نظرية فعل الأمير، وهذا كان تأكيداً منها أنَّ القضاء الليبي قد تبنّى هذه النظرية وقد بدأ العمل بها، ونجد ذلك في حكمها الصادر 1974/3/20م "إنَّ النظرية المنطبقة على واقعة الدعوى، هي نظرية فعل الأمير، وليست نظرية الظروف الطارئة إذ أنَّ الأمر بإيقاف العمل تتوافر فيه الشروط اللازمة لتطبيق عمل الحاكم "فعل الأمير" فقد صدر الأمر عن الجهة الإدارية، وقد نشأ عنه ضرر للمتعاقد وحده ولم يشاركه فيه أحد، أيًا كانت درجة الضرر، وإنَّ هذا الإجراء لم يكن متوقعًا، وأنَّ كل هذه الشروط متوفرة في حق الأمر الصادر عن الجامعة الإسلامية للطاعن بالتوقف عن العمل مما يستوجب تطبيق نظرية فعل الأمير، وفي هذه الحالة... ولا يشترط لتطبيق هذه النظرية إنَّ بُعد الإجراء ذا صفة عامة بل قد يكون الإجراء خاصًا أيضًا ما دام قد صدر عن الجهة المتعاقدة نفسها، أيًا كان الباعث على اتخاذ هذا الإجراء، وقد سبق أن قلنا: إنَّ نظرية فعل الأمير تنطبق على الحالة التي ذكرها الحكم، وعلى حالة ما إذا كان الإجراء خاصًا أيضًا، ولا يتنافى مع صفتها طرفًا في العقد بل إنَّ شروط تطبيق نظرية فعل الأمير أن تكون الجهة التي أصدرت الأمر أو الإجراء طرفًا في العقد، كما أنَّ صفة الجهة الإدارية كطرف في العقد لا يتنافى مع اعتبارها سلطة عامة لها أن تعيد النظر في المشروع المتعاقد عليه أساسه تحت طائلة فعل الأمير، ويجب عليها أن تعوض المتعاقد تعويضًا كاملاً⁽²⁾.

(1) حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم (181) سنة (5) قضائية، جلسة 3-1-1971م، الجزء الأول، ص: 330-335.

(2) حكم المحكمة العليا، طعن إداري رقم (3) سنة (19) قضائية، جلسة 20-3-1974م، الجزء الأول، ص: 313.

ومن هذه الأحكام بتوازيها نوضح كيف كانت نشأة نظرية فعل الأمير في ليبيا.

وهذا يحمّد للقضاء الليبي لما كان لتطبيق هذه النظرية أثر في معالجة عدة أمور تتعلق بالعقد الإداري، ولما فيها من تحقيق للمصلحة العامة في العقد الإداري، وخاصةً فيما يخص إعادة التوازن المالي للعقد.

ثانياً - مبررات نظرية فعل الأمير وأهم الانتقادات التي وجهت لها:

إنّ نظرية فعل الأمير تُعدّ نظرية قديمة المنشأ، والذي أنشأها كما اسلفنا القول المتبع في القانون وهو رئيس مجلس الدولة الفرنسي، وهذا الإبداع لا بدّ وله أسس أو حجج ومبررات قامت من أجلها هذه النظرية، وبالمقابل لا بدّ من اختلاف وجهات النظر وتوجيه الانتقادات وهذا ما سنوضحه على النحو التالي:

أ- مبررات نظرية فعل الأمير:

إنّ القضاء في حكمه لأي مسألة لا بدّ وأن يكون هدفه حماية الحقوق والحريات... وعند العمل بهذه النظرية لا بدّ وله مبررات حتى قام بالعمل بنظرية فعل الأمير، وأهم هذه المبررات:

المبررات الفقهية والمبررات قضائية، والتي تكون في هذه النظرية نفس المبررات؛ لأنّ الفقه والقضاء لم يختلف أساساً حتى في تحديد مفهوم هذه النظرية.

إنّ نظرية فعل الأمير تعمل على تحقيق التوازن بين الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد دون انتظار موافقة الطرف الآخر، وبين حقوق المتعاقد مع الإدارة كي لا يكون ضحية لتعديلات من قبل الإدارة لم تكون بمتوقعة أو محتملة عند بدء التعاقد، فنظرية عمل الأمير، هي: بالمقابل بحق التعديل الانفرادي الذي يمكن للإدارة استخدامه لتحقيق المصلحة العامة. إنّ طبيعة العقد الإداري تقضى بضرورة تحقيق توازن بين الأعباء التي تحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها.

كما إنَّ ما يُبَيَّرُ نظرية فعل الأمير، هو: أنَّها قامت لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ وذلك لما تحقَّقه من توازن بيَّن حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة، بتعويض المتعاقد معها عن الخطأ الذي يصدر من الإدارة مع المتعاقد، ويساعد المتعاقد مع الإدارة من القيام بالتزاماته وسير المرفق العام، أمَّا إذا لم يتم تعويضه عند عمل الإدارة فإنه لا يستطيع القيام بالتزاماته، الأمر الذي يعطل المرفق العام.

إنَّ نظرية فعل الأمير يتجسد أساسها في قواعد العدالة والمنطق، حيث إنَّه من العدل أنَّ تتحمل الإدارة كافة التعديلات التي تؤثر على العقد بعد أن يتم إبرامه⁽¹⁾.

إنَّ العمل بنظرية عمل الأمير، وما تتضمنه من تعويض المتعاقد معها يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة دون الخوف على مصالحهم، وعلى الأرباح التي يمكن أنَّ يجنوها من هذا التعاقد؛ نتيجة لاستخدام الإدارة سلطاتها في تعديل العقد بإدارة منفردة.

والباحثة تؤيد جداً هذه المبررات؛ لأن كل ما هو في صالح مؤسسات الدولة يجب العمل به وتشجيعه وتطويره؛ فهذه النظرية ضمان للنهوض بمؤسسات ومرافق الدولة، وضمان لتحقيق العدالة والمساواة وضمان لحقوق أي طرف في العقود الإدارية العامة التي تكون الدولة طرف فيها والتي بذلك تكون أمام عقد إذعان.

ب- الانتقادات التي وجهت لنظرية فعل الأمير:

لقد تعرَّضت نظرية فعل الأمير لبعض أوجه النقد من قبل بعض المذاهب الفقهية والقضائية فيما يتعلق ببعض المسائل، والتي تقوم عليها هذه النظرية والتي تهدف لتحقيقها فمثلاً تقوم هذه النظرية على أساس حق التعويض للمتعاقد مع

(1) أ. أمانى عزمي أبو عرقوب، مجلة بعنوان: نظرية عمل الأمير، ودورها في حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال، مجلة جامعة فلسطين للأبحاث للدراسات، العدد 2 سنة (2017م)، ص: 326.

الإدارة، ولقد تعرّض هذا الأساس للنقد من قبل بعض الفقهاء والقضاة... فيما يتعلق بمسألة التعويض حيث رفض التعويض عن بعض المسائل المتعلقة بفرض الضرائب، والتعويض عن بعض المسائل المتعلقة بتنظيم الاستيراد والتصدير، والمسائل المتعلقة بزيادة مرتبات العاملين وتحسين مستواهم المعيشي؛ لأنّ من وجهة نظرهم أنّ هذه التعويضات تزيد من أعباء الإدارة أو الدولة، وتزيد من مستوى النفقات.

كما وُجّه نقد أيضاً يتعلق بمسألة التعويض، وكيف أنّه أساسه هي المسؤولية العقدية دون خطأ⁽¹⁾.

كما أنّه اشترط صدور الإجراء من الإدارة المتعاقدة بحيث يجب ألاّ يرتبط دائماً بنظرية فعل الأمير؛ لأنه قد يقوم الإجراء من الإدارة بصفة أخرى، وليس بصفتها كسلطة تعاقدية، ولهذا يصعب التسليم بأنّ فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة دون خطأ تُعدّ أساس التعويض في مثل هذه الحالات خارج النطاق التعاقدية.

كما أنّ نظرية فعل الأمير تقوم على أساس عدم وجود خطأ والعمل يكون مشروع من جانب جهة الإدارة؛ وهنا يُخالف مبادئ المسؤولية في القانون الخاص التي يفترض وجود خطأ وضرر لإمكانية التعويض⁽²⁾.

وبالمجمل ترى الباحثة أنّه على الرغم من تعدد أوجه النقد ولكن كلها مردود عليها في مبررات منطقية... وأهمها وجود المصلحة العامة، ضمان، وحسن سير المرفق العام، وضمن حقوق الأفراد، كل هذه الانتقادات لا تمنع من قيام نظرية (فعل الأمير)؛ لأن مع تطور الظروف والحقوق والحاجة لتطبيق هذه النظرية التي وضعت لمشاكل المتعاقدين المتضررين من الإدارة المتعاقدة، فهذا تأكيدٌ للعمل بها وتمديدها.

(1) د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 87-87.

(2) السيد فتوح هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 260.

المطلب الثاني

نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة المتعلقة

بالعقود الإدارية

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: نظرية القوة القاهرة.

المطلب الثاني

نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة المتعلقة بالعقود الإدارية

تقديم:

إنَّه كما هو متعارف عليه إنَّ المتعاقد مع جهة الإدارة العامة له مجموعة حقوق والتزامات، وللإدارة أيضًا حقوقًا والتزامات اتجاه المتعاقد معها، وهذا هو المتعارف عليه في مجال القضاء، والمتعاقد مع جهة الإدارة ملزم بتنفيذ كل شروط وبنود العقد المبرم مع الإدارة، وللإدارة حق تعديل وفسخ العقد متى رأت ذلك من دواعي المصلحة العامة، ولكن قد تطرأ ظروف طارئة مفاجئة تحول دون قيام المتعاقد بتنفيذ العقد أو الالتزامات الواجبة عليه، قد تكون هذه الظروف اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية كارتفاع الأسعار للسلع والخدمات أو الحروب والعصيان التي تحدث في الدولة ومن ثم تؤدي لصعوبة تنفيذ الالتزام بالعقد المبرم، ويصبح مرهقًا جدًا على المتعاقدان يستمرا في العمل به.

وقد تطرأ ظروف قاهرة أو تحدث قوة قاهرة أيضًا مفاجئة تسبب في استحالة تنفيذ العقد إطلاقًا، وتكبيد خسائر جسيمة من ذلك على المتعاقد مع الإدارة. وبالتالي تحقيقًا للعدل والمساواة لا يمكن ترك المتعاقد يحمل هذه الأعباء والخسائر، وليس من صالح الإدارة أن يتوقف تنفيذ العقد الإداري، وعرقلة سير المرفق العام⁽¹⁾.

فكان لابد من إعادة التوازن المالي للعقد في ظل هذه الظروف الطارئة

والقاهرة.

(1) السيد فتح هندوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 427.

ومن أجل ذلك ابتدع المُشرِّع الفرنسي نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة اللتان تتعلقا بصعوبة أو استحالة تنفيذ العقد الإداري، وإيجاد حل وإعادة التوازن المالي للعقد.

وسوف نفرض هاتين النظريتين المرتبطتين ببعضهما رغم بعد الاختلاف سيهما في هذا المطلب وفقا للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري.

الفرع الثاني: نظرية القوة القاهرة على العقد الإداري.

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري

تُعد نظرية الظروف الطارئة استنادًا على القاعدة التقليدية في القانون المدني (العقد شريعة المتعاقدين)، وأنه لا يُعفى المتعاقد من التزاماته إلا في حالة القوة القاهرة.

وبالمقارنة بنظرية فعل الأمير السابق ذكرها في المطلب السابق التي تهدف لمواجهة المخاطر الإدارية الصادرة من الإدارة المتعاقدة فنظرية الظروف الطارئة جاءت لمجابهة المخاطر الاقتصادية التي تحدث عند بدء تنفيذ الالتزام وتكون تسبب في خلل التوازن المالي للعقد.

وسنتناول كل ما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة وفقًا للتقسيم الآتي:

أولاً: مفهوم نظرية الظروف الطارئة في:

أ- المفهوم اللغوي والاصطلاحي.

ب- موقف الفقه والقضاء من نظرية الظروف الطارئة في العقد.

ثانيًا: نشأة نظرية الظروف الطارئة وأهم مبرراتها والانتقادات الموجهة لها:

أ- نشأة نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري.

ب- أهم المبررات والانتقادات الموجهة للنظرية.

أولاً: مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

للخوض في نظرية الظروف الطارئة لابد وأن نشير لمعناها اللغوي والاصطلاحي، وأهم محاولات الفقه والقضاء في تعريف هذه النظرية:

أ- المفهوم اللغوي والاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة:

لا بد لكل مصطلح وأن يكون له معاني لغوية واصطلاحية توضح معناه، وهذا نوضحه كالتالي:

1- المعنى اللغوي للظرف الطارئ:

الظروف في اللغة: جمع ظرف، ومعناه دائرة على وعاء الشيء، ومن ذلك إطلاق الظروف على الحال.

والظرف: البراءة وذكاء القلب، يوصف به الفتيان الأزوال.

وقيل الظرف: حسن الهيئة، حسن العبارة، وقيل: الحذق بالشيء والظرف نوعان للمكان والزمان⁽¹⁾.

أمّا: كلمة طارئة فهي: اسم فاعل من طرأ، ومعناه جاء فجأة ومن بعيد، والطارئ، هو: الغريب خلاف الأصلي⁽²⁾.

إذاً الظروف الطارئة لغة، هي: الأحوال الغريبة التي تأتي فجأة، ولا يُدري من أين أتت⁽³⁾.

2- الظروف الطارئة في الاصطلاح:

يُقصد بها حدوث ظروف استثنائية أثناء تنفيذ العقد الإداري ولم يكن في الوسع توقعها وقت إنشاء العقد، وتترتب على حدوثها اختلال في التوازن المالي للعقد

(1) ابن منظور، معجم لسانه العرب، مرجع سابق، باب الظاء، المجلد الرابع، ص:13.

(2) علي بن الحسن الهناني: الكتاب المنجد في اللغة، مادة (طرأ)، الطبعة الثانية، القاهرة، ص: 968. www.shamela.ws ، 7:00م ، 25-4-2025م.

(3) د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:99.

اختلالاً كبيراً، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد بقدر أكبر مما كان يتوقعه الفريقان وقت إبرام العقد، حيث يجوز للمتعاقد مطالبة الإدارة في هذه الحالة بالاشتراك معه في تحمل ازدياد التكاليف الناشئة عن تلك الظروف، ويكون ذلك من خلال التعويض الجزئي وبصفة مؤقتة، أو تعديل في شروط العقد للتخفيف من أثر هذه الظروف، وذلك بهدف تمكين المتعاقد من الاستمرار في العقد⁽¹⁾.

ويقصد بها أنه: إذا طرأت بعد إبرام العقد، وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تُنفذ الالتزام الناشئ عنه إنَّ لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمتعاقد بحيث يُهدده بخسارة فادحة، وتختل معه اقتصاديات العقد⁽²⁾.

وكذلك يقصد بها، هي: الحادث الفجائي الذي لا يتفق مع السير الطبيعي للأمر بمعنى أنه بعيد عما ألفه الناس واعتادوه في حياتهم ومعاملاتهم اليومية العادية⁽³⁾.

ب- موقف الفقه والقضاء من نظرية الظروف الطارئة:

إنَّ نظرية الظروف الطارئة من النظريات الأساسية التي يعتمد عليها العقد الإداري، ولا يمكن استبعاد تطبيقها في مجال العقود الإداريّة، خاصةً في الوقت الحاضر لتوالي وكثرة الظروف الطارئة التي حدثت في كل الدول، ولقد تعدّدت في شأنها مواقف الفقهاء، وتَمَّت بشأنها عدة مواقف وأحكام قضائية سنذكرها كالآتي:

-
- (1) أ. عبدالله حاج سعيد، أثر فعل الأمير على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص: 6.
 - (2) فاطمة بنت سعيد الفزارية، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، عمان، سنة (2012م)، ص: 43.
 - (3) نعيمة فضل عوض أحميدة، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة، رسالة ماجستير، جامعة بنغازي، سنة (2012م)، ص: 43.

1- موقف الفقه من نظرية الظروف الطارئة:

للفقه عدة مفاهيم وآراء لنظرية الظروف من القدم والفقيه فيدل يرى أنّها؛ هي وضع غير عادي وخطير يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة للمحافظة على المصلحة العامة مع عدم إمكان إعمال القواعد العادية.

وعرّفها رأي آخر: بإنها نظرية قضائية صاغها وكوّنها مجلس الدولة الفرنسي بمقتضاها أنّ بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف حيث تكون ضرورية لحماية النظام العام، ويتسع نطاق المشروعية العادية في الظروف الاستثنائية يتكون ما يسمى بالمشروعية الاستثنائية التي تتمتع السلطة الإدارية بمقتضاها باختصاص واسع⁽¹⁾.

ولقد حدّدها فقيه آخر بمفهوم وشروط محدّدة حيث يرى الظروف الطارئة تتطلب شروط لا بد من توافرها، وهي أن يكون هناك ظرف استثنائي كالحرب والعصيان المسلح أو الإضراب العام، وألاّ يكون البرلمان مجتمع وأن تكون الحكومة عازمة على عرض الأمر على البرلمان للموافقة على تصرفاتها، وهذا طبعاّ رأي الفقهاء (دوجي وهوريو).

ولقد اعتبر بعض من الفقه الآخر أنّ نظرية الظروف الطارئة نظرية قانونية لأنّها تُعدّ حقًا للدولة وبناءً على ذلك تكون الأعمال والإجراءات التي تتخذها الدولة من أحوال الضرورة، هي: إجراءات مشروعة ولا ترتب أي مسؤولية على الإدارة ولا يجوز للغير المطالبة من إدارة التعويض⁽²⁾.

وقد عرّفها فقيه آخر أنّ نظرية الظروف الطارئة يُقصد بها: إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وكان من شأنها قلب اقتصادياته بطريقة تجعل

(1) أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين النظم الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، سنة (2001م)، ص: 42.

(2) فاطمة بنت سعيد الفرارية، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص: 75-76.

تنفيذه أمرًا مرهقًا وإن لم يكن مستحيلًا، ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق، فإنَّ على المتعاقد أنَّ يطلب من الإدارة أنَّ تساعده في تنفيذ العقد عن طريق مقاسمته أعباء الطرف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمله المتعاقد، وبمراعاة كافة ظروف العقد⁽¹⁾.

وقد عرَّفها البعض الآخر: أنها عبارة عن أحداث وظروف إدارية أو طبيعية أو اقتصادية تنشأ أثناء تنفيذ العقد، ولم يكن في حسابان المتعاقدين وقت إبرام العقد، ولا يملكون دفعها، ومن شأن هذه الأحداث وتلك الظروف أنَّ تجعل تنفيذ العقد مرهقًا للمتعاقد بحيث تقلب اقتصاديات العقد رأسًا على عقب.

كما تعني أيضًا لدى فقيه آخر: أنه إذا حدث خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث استثنائية خارجية عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وترتب على حدوثها اختلال التوازن للعقد اختلالاً جسيمًا بحيث يصبح تنفيذ العقد أمرًا مرهقًا للمتعاقد وليس مستحيلًا، فيكون من حق هذا المتعاقد مطالبة الطرف الآخر في مشاركته في تحمل النتائج المترتبة على تلك الظروف⁽²⁾.

ومواقف الفقهاء فمتعددة حول نظرية الظروف الطارئة، حيث نجد البعض الآخر من الفقهاء عرَّف هذه النظرية أنها: ظروف وأحداث لم تكن متوقعة حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري أدت إلى قلب اقتصاديات العقد، إذا كان من شأن هذه الظروف أنَّ تجعل تنفيذ العقد أكثر عبء وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي: متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإنَّ من حق المتعاقد المتضرر أنَّ يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوض تعويضًا جزئيًا، وهذا لدى الدكتور (سليمان الطماوي) وكذلك يراها بعض من الفقه المصري أنَّ الظروف

(1) عبدالله عبدالسلام جوان، التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص: 119.

(2) السيد فتوح هندواوي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 429-430.

الاستثنائية، هي: التي تقع أثناء تنفيذ العقد، ولم يكن من الممكن توقعها عند التعاقد، ويترتب عليها أن تجعل تنفيذ العقد متعذرًا أو مرهقًا بدرجة كبيرة مما يحتم على الإدارة تعويضه بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد⁽¹⁾.

كما عرّفها البعض: أنها عندما تحدث ظروفٌ مستقلةٌ عن إرادة طرفي العقد، ولم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد الإداري، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد بحيث يصبح تنفيذ الالتزامات مرهقًا أو محدثًا عجزًا ماليًا للمتعاقد، فإنَّ العقد يظل قائمًا وملزمًا، فقد يتعين على الإدارة أن تقبل المتعاقد عن عثرته بمساعدته على تخطي الصعوبات بتغطية جزء من الخسارة

وبالمقابل أيضًا الدكتور (ثروت البديري) عرّف نظرية الظروف الطارئة أنها: قد تطرأ ظروف اقتصادية عامة تؤدي إلى زيادة ضخمة في أعباء المتعاقدين مع الإدارة، ودون أن يكون لأي طرف من الطرفين المتعاقدين دخل في قيام هذه الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقد، ودون أن يكون في مقدورها توقع هذه الظروف الجديدة، التي جعلت تنفيذ العقد أكثر إرهاقًا وأعلى كلفة مما كان متوقعًا وقت إبرام العقد⁽²⁾.

ومن تلك المفاهيم الفقهية ترى الباحثة أن نظرية الظروف الطارئة، هي: نظرية تتحدث عن واقع فجائي يحدث لدى أي دولة أثناء تنفيذها عقودها الإدارية مع الأفراد، وهذا الحدث الواقع يسبب في كوارث جسيمة جدًا لدرجة يصعب بوجودها واستمرارها إكمال تنفيذ هذا العقد، وتلك المفاهيم السابقة تناولها الفقهاء وشرح القانون الإداري لدى الكثير أما في القانون الليبي، تجد الباحثة أن هذه النظرية كان التركيز على الإشارة عليها في النصوص التشريعية والأحكام القضائية التي سنتناولها في التالي.

(1) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:100.

(2) عبدالله عبدالسلام جوان، التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص:119.

2- موقف القضاء من نظرية الظروف الطارئة:

إنَّ نظرية الظروف الطارئة من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية بحيث لا يجوز النص على استبعادها، ولقد تناولها أغلب المُشرِّعين في النصوص التشريعية والقضاة، واستعانوا بها في عدة أحكام قضائية، باعتبار أنَّها تقوم على أساس مشاركة الإدارة مع المتعاقد معها في تحمل جزء من النفقات غير التعاقدية التي تكبدها نتيجة الظروف الطارئة.

ففي فرنسا تطبق نظرية الظروف الطارئة على أحكامها القضائية فيما يتعلق بعقود التزام المرافق العامة، واتَّسع مجال تطبيقها ليشمل جميع العقود الإدارية التي توافرت فيها شروط النظرية التي صرح بها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه القضائية⁽¹⁾.

ونجد ذلك منذ الحرب العالمية الأولى: في حكم محكمة النقض الفرنسية حيث أخذت في حكمين لها بنظرية الظروف الطارئة، واشترطت لتطبيقها أن تكون بصدد عقد متتابع الأداءات، وبعبارة أخرى يكون عنصر الزمن من العناصر الجوهرية في العقد كما في عقد التوريد.

ومن ذلك الحكم نجد أنَّ مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر الحرب ظرف طارئ يؤخذ به.

وبطبيعة الحال بعد الحرب ينتج عنها آثار مدمرة وانقلاب خطير في التوازن المالي الاقتصادي القائم مع ندرة السلع وكثرة الأفضية أمام المحاكم حتى نجد أنَّ مجلس الدولة الفرنسي قد أصدر أحكام عديدة استند فيها على تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالاعتداد بالتدهور الاقتصادي، وارتفاع الأسعار، وانخفاض قيمة النقود كظرف طارئ استثنائي نتيجة الحرب⁽²⁾.

(1) السيد فتوح هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:430.

(2) أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين النظم الإدارية، مرجع سابق،

ولقد اشترط القضاء الفرنسي مثله مثل الفقه عدة شروط لتطبيق هذه النظرية والتي أهمها: وقوع طرف طارئ عام أو أكثر من طرف، وأن يكون الطرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، وكذلك أن يقع هذا الطرف الطارئ بعد توقيع العقد أثناء التنفيذ.

وتأكيدًا على عمل القانون الفرنسي لهذه النظرية على مر الزمن إلى وقتنا الحالي لقد نصَّ عليها في نصَّ المادة (1195) لسنة (2016م) أنه "إذا كان التغيير غير المتوقع في الظروف أثناء إبرام العقد يجعل الأداء مرهقًا للغاية بالنسبة للطرف الذي لم يوافق على تحمل المخاطر، فقد يطلب الأخير إعادة التفاوض على العقد من المتعاقد معه وتواصل أداء التزاماتها أثناء إعادة التفاوض في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض، ويجوز للأطراف الموافقة على إنهاء العقد، في التاريخ والشروط التي يحددها، أو بموافقة متبادلة من القاضي للمضي قدمًا وبالشروط التي يحددها"⁽¹⁾.

وقد تبناها المشرع الفلسطيني وحدد للعمل بها أربعة شروط واجب توافرها لكي يتم العمل بنظرية الظروف الطارئة وذلك أكدته المادة (151) وهذه الشروط تتمثل في تراخي العقد بعد إبرامه، ووقوع حادث استثنائي عام قبل تنفيذ العقد ومن هذه الحوادث وقوع جائحة (كورونا) التي تسببت (بمرض كوفيد 19) وكذلك الحروب، وفرض تسعيرة رسمية من الدولة على سلعة معينة أو إلغاؤها. بالإضافة لشرط أن يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع، ويستحيل دفعه، وأن يجعل الحادث الاستثنائي الالتزام مرهقًا ومستحيلًا⁽²⁾.

(1) عمر خضر يونس، مجلة بعنوان: جائحة كورونا وأثرها على الالتزامات التعاقدية في ضوء نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، فلسطين، غزة، سنة (2020م)، ص: 15-16. (نقلًا عن عمر خضر يونس).

(2) القانون المدني الفلسطيني، قانون رقم (4) المادة (151).

وكذلك القضاء المصري قد طبق نظرية الظروف الطارئة، وعملت بها المحكمة الإدارية العليا، حيث قالت: "تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم إن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعًا، ومن شأنها أن تنزل خسائر فادحة تحتل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي: قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة"⁽¹⁾.

وبالتالي يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ضرورة توافر الشروط التي حددتها المحكمة الإدارية العليا في الحكم السابق ذكره، والتي تتمثل في وقوع حادث أو ظرف غير طبيعي، وغير متوقع ولا يكون من الجهة المتعاقدة، وأن يكون هذا الحادث الفجائي سواء طبيعي أو اقتصادي لا يمكن دفعه، وتسبب في خسائر مادية كبيرة، وتستحق التعويض عنها.

ومن خلال هذه الشروط نجد أن الظروف الطارئة التي قد تحدث يمكن أن تكون ظروف اقتصادية طبيعية، مثل: ارتفاع الأجور أو الأسعار؛ بسبب أزمة سياسية أو اقتصادية أو الهبوط الحاد في الإيرادات؛ بسبب الكساد والأزمات أو التنافس الحاد بين المشروعات، وبالإضافة لذلك الظواهر الطبيعية كالفيضانات الطبيعية والزلازل والبراكين والأوبئة.

وتأكيداً على اعتبار هذه الظروف السالف ذكرها ظرفاً طارئاً فقد نصت المحكمة الإدارية العليا في مصر عليها في نص المادة (20).

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (549) لسنة 53 قضائية، جلسة 4-4-1993م.

حيث قالت في أحكام الشروط العامة للمناقصة: "تُقَدَّم العطاءات عند توريد أصناف على أساس التعريف الجمركية ورسوم الإنتاج، وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاءات، فإذا حصل تغيير في التعريف الجمركية أو الرسوم الأخرى أو الضرائب في المدة الواقعة بين تقديم العطاءات وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم في غضون المدة المحددة فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت أنه سدد الرسوم والضرائب عن الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة، أمّا في حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المقاول أنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل". ومن الواضح أنّ هذا النص استظهر السبب الطارئ المؤثر على قيمة العطاء وهو ارتفاع الأسعار واختلاف سعر العملة، واتخاذ كطرف من الظروف الطارئة⁽¹⁾.

وتأكيداً من المحكمة الإدارية العليا على تبنيها نظرية الظروف الطارئة واعتمادها بحق التعويض للمتعاقد مع الإدارة في حالة نشوب أي ظرف طارئ كالذي يتعلق بارتفاع الأسعار فلقد قضت في حكم لها "إنّ الارتفاع الباهض في أسعار الزئبق إنّ صحَّ أنّه كان متوقعاً فإنّ مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه... ومن ثمّ فإنّ نظرية الظروف الطارئة تنطبق على هذه الحالة"⁽²⁾ وكذلك ظرف الحرب الذي اعتدّ به القضاء المصري كظرف طارئ مع توفر الشروط المعروفة لتطبيق النظرية والتي أجمع وافق عليها كل فقهاء القانون، وهي: وقوع الظرف الطارئ العام بحيث يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه خارج عن إرادة المتعاقدين، ويسبب في اختلال التوازن المالي للعقد وأن يستمر المتعاقد في تنفيذ الالتزام رغم الظرف⁽³⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (1186) مادة (20) لسنة 10 قضائية، جلسة 25-11-1967م.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري، قضية رقم (983) سنة (7) قضائية جلسة 30-6-1957م.

(3) فاطمة بنت سعد الفرزانية، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص: 105-106.

وبذلك لقد قضت محكمة القضاء الإداريّة المصريّة (... ولا شبهة في أنّ قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها، التي يترتب عليها أنّه إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهابًا وأكبر كلفة، كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبته بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف؛ وذلك بتعويضه جزئيًا عن الخسارة الواضحة المحققة التي لحقت، ويستوى في ذلك أنّ تكون المطالبة بهذا التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته ما دام المتعاقد مع الإدارة لم يتوقف عند تنفيذ التزاماته التعاقدية والأساس في ذلك نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾.

وتباعًا فالقضاء الليبي أيضًا تبنى نظرية الظروف الطارئة واعتبرها استثناءً عن القواعد العامة، وطبقها في مجال العقود الإدارية، وحدد لها نفس الشروط التي حددها القضاء المصري، كما أنّه قد ذكر أمثلتها والتي يُعتدُّ بها كظرف طارئ والتي منها الحروب والحصار الاقتصادي.

وأشار المُشرِّع الليبي لنظرية الظروف الطارئة في المادة (105) من لائحة العقود الإدارية "إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها، كان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقًا يُهدد المتعاقدين بخسارة فادحة من دون أن يصبح مستحيلًا وكان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول فإذا استمر قيام هذه الظروف، ولم يُعد يُرجى زوالها جاز إنهاء العقد بناءً على طلبه"⁽²⁾.

ولقد عرّفت المحكمة العليا الليبية: الحادث الطارئ، هو: حادث استثنائي يقع نادرًا ولا يكون بالوسع توقعه، فإذا كان الحادث المفاجيء الذي يتذرع به المطعون ضده، هو: صدور قرار يمنع شرب الخمر، ولعب القمار كالعقود المتعلقة

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، جلسة 14-4-1996م، ص 26.

(2) لائحة العقود الإدارية، المادة (105).

بإدارة الفنادق بحكم أنّ ليبيا بلد إسلامي سابقًا ولاحقًا - وينصّ على منع شرب الخمر - ولكن هذا المنع متوقع التغيير في المستقبل ولا يُعد حدث مفاجيء لا يمكن توقعه، وهنا انتفى شرط عدم التوقع فانتهى اعتبار شرب الخمر ظرف طارئ (طعن إداري جلسة 1985/1/20)⁽¹⁾.

وكذلك أكّد القضاء الليبي على تطبيق نظرية الظروف الطارئة وتطبيق شروطها على العقود الإدارية، وكذلك لائحة العقود الإدارية نصت (... استلذمت في الحادث الطارئ أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقًا يهدّد المتعاقد بخسارة فادحة بدون أن يصبح مستحيلًا فلا عبرة بفقدان المتعاقدان أرباحه كلها أو بعضها، فمثل هذه الخسارة عادية ومتوقعة، وإنّما يجب أن يكون المتعاقد مهدّدًا بخسارة فادحة، الأمر الذي يجعله مرهقًا في تنفيذ العقد، مع مراعاة أن لا يصل هذا الإرهاق إلى درجة الاستحالة، وإلا كان المتعاقد في مواجهة قوة قاهرة وليس ظرف طارئ)⁽²⁾.

وهذا أيضًا دليل بأخذ القضاء الليبي بنظرية الظروف الطارئة مع شرط اختلال التوازن المالي.

وعبرت عن هذا الشرط أيضًا لائحة العقود الإدارية بقولها: "... يستلزم أن تكون الخسارة الناشئة عن ظرف الطارئ تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد لأية خسارة استثنائية وغير عادية تستتبع تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"⁽³⁾ جلسة 1980/1/19م.

(1) حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم (9) سنة (25) قضائية، جلسة 1985-1-20م، مجلة المحكمة العليا، ص11.

(2) لائحة العقود الإدارية، رقم (8) المادة (114)، سنة 2004م.

(3) حكم محكمة العليا الليبية، طعن إداري رقم (31) سنة (24) قضائية، جلسة 1980-1-19م، مجلة المحكمة العليا، ص16.

إذا فالقضاء الليبي لم يختلف في تحديده لشروط نظرية الظروف الطارئة عن القضاء الفرنسي والمصري حتى أنه في تحديد ماهية الظرف في حد ذاته تكاد تكون نفسها.

وترى الباحثة أنّ نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية قانونية واقعية جدًا وقريبة لأرض الواقع، ولقد واكبت كثيرًا الواقع المعاش، فهي: عبارة عن أحداث مفاجئة تحدث أثناء تنفيذ العقد الإداري بسبب في عدم تكملة تنفيذ ما جاء من أجله العقد، ولقد اتفق كلُّ الفقهاء والقضاة على شروطها وآثارها وأسبابها، والتي تحد قيام الحروب أولها مع الإضراب والثورات وما ينتج عنها من كوارث اقتصادية تتعلق بارتفاع وغلاء الأسعار وتقلبات في أسعار العملة.

وتقول الباحثة: إنّها نظرية واقعية؛ لأنّ واقع الثورات الذي حدث منذ سنة (2011م) في العالم عبرت حثيثًا عن هذه النظرية كثورة (17) فبراير في ليبيا وثورة (25) يناير في مصر.

والجدير بالذكر إنّ نظرية الظروف الطارئة أساسًا ظهرت كنص عام في العديد من التشريعات المدنية فمنها نصّ المادة (1467) من القانون الإيطالي، والمادة (146) من القانون المدني العراقي، ونص المادة (117) من القانون المدني السوداني، والمادة (205) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (171) من القانون المدني القطري، والمادة (198) من القانون المدني الكويتي، والمادة (148) من القانون المدني السوري.

وحتى في فرنسا ومصر وليبيا كان أساسها التشريعي مدني.

ثانيًا: نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة ومبرراتها وأهم الانتقادات الموجهة لها:

تعدّ نظرية الظروف الطارئة من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية بل لعلها من أهم نظريات التوازن المالي في مجال العقود الإداريّة، فلا يجوز الاتفاق

على استبعادها باعتبارها تستهدف في المقام الأول كفالة سير المرفق العام⁽¹⁾، وهنا سنتناول نشأة هذه النظرية وتطورها التاريخي، سنتعرض لأهم ما يُبرَّر وجود هذه النظرية وتالياً أهم الانتقادات التي وُجِّهت إليها على النحو التالي:

أ- نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا ومصر وليبيا:

تُعَد نظرية الظروف الطارئة استثناء عن القاعدة التقليدية في القانون المدني وهي (العقد شريعة المتعاقدين)، ولكن لحدوث الظروف الخارجة عن الإرادة كالظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ابتدع القضاء نظرية تعالج وتتصدى لهذه الظروف في مجال العقود الإدارية أيضًا وأول من أسسها، هو: المبدع مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾، ثمَّ تبناها القضاء المصري، ومن بعده القضاء الليبي، وسنتناول نشأة هذه النظرية كالاتي:

1- نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا:

إنَّ نظرية الظروف الطارئة، هي من صنع مجلس الدولة الفرنسي، تحديداً بعد الحرب العالمية الأولى في تاريخ 1916/3/30 فهذا الظرف، وهو: يُعَدُّ من أبرز الظروف الطارئة التي نشأت من أجله هذه النظرية.

ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة بعد قيام الحرب العالمية الأولى في قضية كانت تتعلق بتوريد (غازبورودو) وتتلخص وقائع هذه القضية، في أنَّ إحدى الشركات كانت ملتزمة بتوريد الغاز لمدينة (بورودو)، وعقد نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم إلى أكثر من ثلاث أضعافها، وهو كان المادة الرئيسية التي يستخرج منها الغاز، فقد كان ثمن الفحم عند إبرام العقد سنة (1904م) (23) فرنكا، وارتفع سنة (1916م) إلى أكثر من (73 فرنكا)، بحيث أصبح تنفيذ الشركة لالتزامها مرهقاً، ويهدد بخسارة فادحة لم تكن متوقعة،

(1) هيثم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:110.

(2) عبدالله عبدالسلام جوان ، التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق ، ص:115.

ورفعت الشركة الأمر إلى بلدية (بورديو) باعتبارها السلطة المانحة للالتزام، لتسمح لها برفع الأسعار لتتماشى مع الارتفاع الغير متوقع في ثمن الفحم، إلا أنها تمسكت بالقوة الملزمة للعقد، باعتبار أن تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً، فالفحم موجود ويمكن الحصول عليه إلا أن سعره ارتفع، وبعدها رفع الأمر إلى مجلس المديرية، والذي تمسك أيضاً بالقوة الملزمة للعقد، وعدم جواز تعديله إلا في حالة القوة القاهرة، وفي النهاية عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي، والذي قضى في مضمونه على تأكيد دوام سير المرافق العامة بانتظام، وأنه يجب على السلطة مانحة الالتزام إن تساعد المتعاقد على اجتياز هذه الصعوبات من أجل تقديم الخدمات العامة للجمهور، وبالتالي لم يحكم المجلس بفسخ العقد، وإعفاء الشركة من الالتزام، وإنما حكم بإلزامها بالاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من الظروف الطارئة الغير متوقعة، وذلك لو تم إعفاء الشركة من الالتزام لكانت الظروف الطارئة ذريعة يحتج بها المتعاقد ليتحلل من التزاماته وهنا سيكون الأثر البالغ على دوام سير المرفق العام.

وهكذا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أرسى دعائم نظرية الظروف الطارئة وأقامها على مبدأ أساس متين، وهو الربط بين نظرية الظروف الطارئة ودوام سير المرفق العام بانتظام واستمرار، فالغاية تقديم الخدمات العامة للجمهور المنتفعين، أي تحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾.

وبالتالي فقد نشأت وتطورت نظرية الظروف الطارئة في القانون العام، وأصبح العمل بها في مجال العقود الإدارية بشكل دائم كلما استوفت الشروط التي حددها مجلس الدولة الفرنسي.

(1) فاطمة بنت سعيد الفزارية، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص:49.

2- نشأة نظرية الظروف الطارئة في مصر وليبيا:

ومن بعد نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا تبعها من بعده القضاء المصري، وهذا يدل على مدى أهمية تطبيق هذه النظرية والحاجة لها في معالجة عدة قضايا في مجال العقود الإداريّة ومن بعده أيضاً القضاء الليبي.

ففي مصر سلم مجلس الدولة المصري بالنظرية باعتبارها من الأسس التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري، وبدأ ذلك منذ سنة (1947م) بناءً على نصّ تشريعي⁽¹⁾ في القانون رقم (129) في المادة (6) (السادسة) بشأن المرافق العامة حيث نصّت على أنه: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يُعدّل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال إنَّ يُعدّل أركان تنظيم المرفق العام قواعد استقلاله؛ وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر استقلاله أو تنخفض الأرباح الباهظة بالقدر المقبول"⁽²⁾.

وبهذا أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة في مصر بنص تشريعي في العقود الإدارية على أساس مبدأ دوام سير المرفق العام⁽³⁾.

أمّا في ليبيا لقد وجدت هذه النظرية أصولها في التقنين المدني والتقنين الإداري؛ لأن ليبيا مرت بعدة ظروف طارئة أبرزها الحصار الاقتصادي؛ بسبب قضية لوكربي في فترة التسعينات فالمحكمة الإدارية العليا في ليبيا في حكم لها 1984/12/10م قالت: "إنّ مجال أعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية، سواء من عمل الجهة الإداريّة المتعاقدة أم من غيرها، ولم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها

(1) السيد فتوح هندواوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:433.

(2) التشريع المدني المصري، القانون رقم (129) مادة (6) لسنة 1947م.

(3) فاطمة بنت سعيد الفزارية، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص:52.

دفعاً، وأن يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تحتل معها اقتصاديات العقد احتلالاً جسيماً، ومؤدي هذه النظرية بعد توفر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقدة معها في تحمّل نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة⁽¹⁾.

وقد نقل المُشرّع الليبي نظرية الظروف الطارئة في نصّ المادة (114) من لائحة العقود الإدارية على: "إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يُهدّد المتعاقد بخسارة فادحة دون أن يصبح مستحيلاً سواء كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول، وإذا استمر قيام هذه الظروف، ولم يُعد يرجى زوالها جاز إنهاء العقد"⁽²⁾، وأشارت المحكمة العليا الليبية لنظرية الظروف الطارئة أيضاً حيث قالت في حكم لها سنة (1980م): "إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدر المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد، أي: خسارة استثنائية وغير عادية؛ جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف ذلك باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة من الأمور المتعلقة بالنظام العام لا فرق في ذلك بين العقود الإدارية وعقود الخاص، ويتعين على المحكمة التزام حكمها من تلقاء نفسها بدون حاجة إلى التمسك بها من جانب المتعاقد". (وأشارت إليه الباحثة في ص 162)

وتوالت الأحكام القضائية في تبني نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري الليبي، ويختلف كثيراً عن القانون والقضاء الفرنسي والمصري حتى في

(1) حكم المحكمة العليا، جلسة 10-12-1984م.

(2) لائحة العقود الإدارية، سنة 2004م، مادة (114).

الشروط الواجب توافرها من حيث ضرورة وجود ظرف أو حدث استثنائي عام لم يكن في الحسبان كارتفاع الأثمان والأجور بشكل مفاجئ، ومبالغ فيه، أو صدور تشريع بخفض العملة أو زيادة الضرائب أو الحروب أو الكوارث الطبيعية، كما اشترط أن يكون ظرف الطارئ عام ولا يكون للإدارة دخلاً فيه وأن تكون هذه الظروف الطارئة وقتية وليست مستمرة، وألا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، ولأن لو كان مستحيلاً هنا ستكون قوة القاهرة وليس مجرد ظرف طارئ، والتي سنتناول النظرية المتعلقة بالقوة القاهرة في الفرع التالي.

وترى الباحثة أن نظرية الظروف الطارئة نظرية تُعد من أهم النظريات المتعلقة بالقانون والإداري على وجه الخصوص فهذه النظرية فعلاً ساهمت في معالجة وحل العديد من القضايا في كل الأزمنة فالظروف مستمرة ومتطورة فلا بد من تعزيز هذه النظرية وإبرازها في مجال القانون حتى تدافع على المصلحة العامة. والظروف الطارئة في ليبيا في السابق ليست كما هي عليه في الوقت الراهن، تعدد الحروب بعد ثورة السابع عشر من فبراير وتوالي الأزمات الاقتصادية من ارتفاع الأجور وأسعار العملة والأوبئة كما حدث في سنة (2020م) عند انتشار وباء كورونا، هذا أمر يشجع على الالتفات كثيراً والاهتمام بهذه النظرية.

ب- مبررات نظرية الظروف الطارئة، والانتقادات التي وُجِّهت لها:

لنظرية الظروف الطارئة عدة مبررات ساعدت على نجاح تطبيقها وتطويرها، وبالمقابل هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات باختلاف وجهات النظر... وهنا نستعرض لأهم المبررات التي تتعلق بهذه النظرية، وأهم الانتقادات التي وُجِّهت لها:-

1- مبررات نظرية الظروف الطارئة:

لقد اتفق الفقه والقانون في بيان مبررات تتعلق بإثبات نظرية الظروف الطارئة وهي كالآتي:

- المبررات الفقهية:

إنَّ الإنسان لآبد وأنَّ تحيطه ظروف تضطره للخروج عن المألوف والمعتاد... وبهذا اتَّضح مدى أهمية وجود نظرية الظروف الطارئة، فالفقه الإسلامي أول من يُبرِّر الأخذ والعمل بهذه النظرية، وسنَّت الأخص وأعقَّت العباد في القيام بمسؤولياتهم دون الحرج والمشقة، والدليل على ذلك الآيات القرآنية التي تدل على أنَّ الله سبحانه وتعالى لا يُكَلِّف عباده فوق طاقتهم في قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾⁽²⁾.

وكذلك حتى الأحاديث النبويَّة أشارت على العمل بنظرية الظروف الطارئة فهي عدة أمور حدَّدها الرسول صلى الله عليه وسلم ومنها قوله عند قصر الصلاة في حالة الأمن فقال -صلى الله عليه وسلم-: "صدقة تصدَّق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته"⁽³⁾، ولعل أهم تطبيق لهذه النظرية، ودليل على حسن العمل بها، وتشريع العمل بها أنَّها طُبِّقت على الضرورات الخمس التي تعتبر أهم المصالح التي جاءت الشريعة الإسلامية لحمايتها (الدين، النفس، المال، العقل، العرض)⁽⁴⁾، فتطبيق الشريعة الإسلامية لهذه النظرية خير مُبرَّر للعمل بها.

كما أنَّ من أبرز المبررات الفقهية الإسلامية أنَّها أكدت على حق المتعاقد في التعويض ودفع الضرر، عن المضرور وهذا يتدرج تحت صورة (لا ضرر ولا ضرار) من الأحاديث الشريفة⁽⁵⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: (286).

(2) سورة النساء، الآية (28).

(3) مسلم بن الحجاج القشيري السيناوري، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، ص: 479.
www.Islamweb.net 3:00 م 2025/04/20 .

(4) أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين النظم الإدارية، مرجع سابق، ص: 40.

(5) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 105.

ويرى الفقهاء أنّ تطبيق نظرية الظروف يحقق العدل بين المتعاقد مع الإدارة، والإدارة نفسها، ويمنع الضرر المرهق بينها⁽¹⁾.

كما إنّ نظرية الظروف الطارئة طُبِّقت حرفياً قاعدة فقهية وهي (الضرورات تبيح المحظورات) التي تتمثل في إزالة الضرر عن المَدِين، كما أنّها أباحَت عدم تنفيذ الالتزام⁽²⁾، وغيرها من القواعد.

كما يُبرّر بعض الفقهاء أنّ نظرية الظروف الطارئة تُعد تطبيقاً لشرعية استثنائية، من حيث أنّها جعلت الفعل الاستثنائي لتحقق الظرف الطارئ فعل مشروع.

كما أنّ فقهاء القانون يبرّرون تطبيق الإدارة لهذه النظرية لأنه يعتبر تنفيذ لواجباتها الدستورية التي تتمثل في حفظ الأمن والنظام وحماية المصالح العامة وعودة سير المرافق العامة في الدولة.

بالإضافة إلى أنّ لجوء الإدارة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة دائماً يكون لحماية المصلحة العامة التي تكون معرضة للخطر؛ بسبب وقوع الكوارث والحروب والثورات، ولأنّ الإدارة لابد وأن تتصرف بوجه السرعة، فهي: ستبتعد عن الشرعية العادية، وتقوم بواجبها بتطبيق شرعية استثنائية⁽³⁾.

بالإضافة للمبررات الفقهية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فهي تجد أيضاً ما يبررها قانوناً.

– المبررات القانونية:

ولعل النص في النصوص التشريعية وصدورها في الأحكام القضائية أول مُبرّر قانوني لنظرية الظروف الطارئة كما أنّ هذه النظرية قد أثبتت الدور الجوهرية

(1) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 140.

(2) فاطمة بنت سعيد الفزارية، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص: 64.

(3) أحمد كلك الباجلان، نظرية الظروف الاستثنائية ومشروعيتها القرار الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015م، ص: 49.

للقضاء الإداري بالتدخل في إعادة التوازن المالي؛ لتحقيق المصلحة العامة من جهة والتوازن المالي لصالح المتعاقد من جهة أخرى، دون وقوع أي غبن؛ لأن هدف هذه النظرية، هي: المشاركة من قبل الإدارة في تحمل جزء من الخسارة مع المتعاقد⁽¹⁾.

هذه النظرية ساهمت كثيرًا في التخفيف من حدة الظرف الاستثنائي مع استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد دون إرهاب بتعويضه عن الضرر الذي لحقه مع ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام وإصرار.

فالمبررات القانونية كما تراها الباحثة لا تختلف عن المبررات الفقهية بل تُعد المبررات الفقهية أساس المبررات القانونية، وكلُّها أبرزت أهمية تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

2- الانتقادات التي وُجِّهت لنظرية الظروف الطارئة:

أي نظرية من النظريات محل الدراسة لم تسلم من أوجه النقد، ولكن نظرية الظروف الطارئة مقابل المبررات الفقهية والقانونية والنصوص التشريعية والأحكام القضائية التي صدرت بشأنها فهي لم تُنتقد بشكل كبير، وسنعرض أهم الانتقادات التي واجهتها وهي كالاتي:

- انتقد بعض من الفقه أساس التعويض عند تطبيق هذه النظرية، وهو: التعويض الجزئي؛ لإعادة التوازن المالي للعقد، وذلك بحجة أن إعادة التوازن المالي للعقد يترتب عليه نشوء تعويض كامل وليس جزئي؛ لأن تطبيق هذه النظرية يعني رد الخسائر ورد التوازن المالي للعقد كما لو أنه قبل حدوث الظرف الطارئ.

- كما انتقد بعض الفقه فكرة إعادة التوازن المالي للعقد؛ لأنهم يرون هذا التوازن يتم لعقد لم يُعد موجودًا أساسًا بسبب وقوع الظروف أو الحادث المفاجئ⁽²⁾.

(1) السيد فتوح هندواي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:454.

(2) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:146.

وعلى الرغم من هذه الانتقادات فهذا لم يقلل أو يؤثر على مدى أهمية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويرى الباحث أنّ هذه النظرية واجبة التطبيق؛ لأنها واكبت فعليا كل التطورات التي تطرأ على العقد الإداري وعالجت كل الظروف التي يمر بها العقد.

الفرع الثاني: نظرية القوة القاهرة في العقد الإداري:

تقديم:

في إطار بحثنا حول النظريات الاستثنائية التي تتعلق بتصرفات الإدارة القانونية وبالأخص في هذا المطلب نبحت حول النظريات التي تتعلق بالعقود الإدارية، ونتحدث عن نظرية القوة القاهرة والتي لا تختلف كثيرا عن نظرية الظروف الطارئة السابق ذكرها إلا في بعض الشروط لذا خصصنا لهم هذا المطلب مُقسّم إلى الفرعين السابقين:

فالقوة القاهرة تُعد من النظريات المهمة خاصة في وقتنا الراهن لكثرة الأحداث القاهرة التي أثرت كثيرا على تنفيذ العقود الإدارية، والتي سببت في فسخها أساسا؛ لأنها تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا، ولا يمكن تنفيذه بعكس الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وصعبا، فكلاهما يقومان بسبب أحداث غير متوقعة وليس للتعاقدات دخلا في إنشائهما؛ ولكن الظروف الطارئة يمكن تمييزها بأن تكون من صنع البشر كالحروب وارتفاع الأسعار وإلى غير ذلك بينما القوة القاهرة تكون بسبب أو من فعل الله سبحانه وتعالى كالكوارث الطبيعية التي تتمثل في الزلازل والبراكين والفيضانات والأوبئة؛ وهذا نقلاً عن الدكتور الفاضل (أسعد طاهر).

وسنتناول في هذا الفرع أبرز ما يتعلق عن هذه النظرية وفقاً للتقسيم الآتي:

أولاً: التعريف بنظرية القوة القاهرة في العقد الإداري.

ثانياً: نشأة نظرية القوة القاهرة، وأهم المبررات والانتقادات الموجهة لها.

أولاً: التعريف بنظرية القوة القاهرة:

لبيان نظرية القوة القاهرة لابد وأن نشير للمعنى اللغوي والاصطلاحي، وأهم ما جاء به الفقه والقضاء الإداري حول القوة القاهرة، وذلك كالتالي:

أ- التعريف اللغوي والاصطلاحي لنظرية القوة القاهرة:

بداية سنشير للمعنى اللغوي للقوة القاهرة، ثم نتحدث عن المعنى الاصطلاحي، وذلك كالآتي:

1- المعنى اللغوي للقوة القاهرة:

القوة: نقيض الضعف والجمع قُوى.

القوة والقراءة تكون في البدن والعقل وقد قَوِيَ الرجل الضعيف: يقوى قوّة، فهو: قوي، وقويته أنا تقوية وقويته فقويته أي: غلبته، ورجل شديد القوى أي شديد أمر الخلق ممرة.

قَوَى الله ضعفك، أي: أبدلك مكان الضعف قوّة.

والقوة: الخصلة الواحدة، وقيل القوة: الطاقة الواحدة.

القاهرة: القهر: الغلبة والأخذ من فوق، والقهار من صفات الله عز وجل.

والله القاهر القهّار: قهر خلقه بسلطانه وقدرته وصرّفهم على ما أراد طوعاً وكرهاً.

والقهار: للمبالغة: والقاهر: هو الغالب جميع الخلق.

وقهره يقهره قهراً: غلبه ونقول أخذنهم قهراً أي: من غير رضاهم⁽¹⁾.

2- المعنى الاصطلاحي للقوة القاهرة:

يقصد بالقوة القاهرة: الحدث الفجائي.

(1) ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، المجلد السابع، باب القاف، ص: 524-552.

والقوة القاهرة: هي الأحداث غير المتوقعة التي تحدث بعد إبرام العقد والمستقلة عن إرادة المتعاقدين، والتي تجعل التنفيذ المستقبلي للعقد مستحيلًا. والمقصود بالقوة القاهرة أيضًا: كل الأحداث المستقلة عن إرادة الأطراف وغير المتوقعة وغير المتجنب وقوعها.

كما أنّ القوة القاهرة: هي كل واقعة مستقلة عن خطأ أو فعل الأطراف، تجعل بطريقة غير متوقعة تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلًا مع استبعاد الوقائع التي تجعل هذا التنفيذ أكثر صعوبة⁽¹⁾.

وأيضًا: يُعرّف مصطلح القوة القاهرة: بأنها تلك القوة التي يكون مصدرها حادث خارج عند إرادة الإنسان، ولا يمكن له أن يتوقعه أو يتفاداه. وهي أيضًا: الأحداث التي تجعل تنفيذ الالتزامات مستحيلًا، وليست الأحداث التي تجعله أكثر كلفه⁽²⁾.

ب- موقف الفقه والقضاء من نظرية القوة القاهرة:

يتفق معظم الفقهاء والمُشرّعين على مفهوم القوة القاهرة، واعتبارها سببًا من أسباب الإعفاء عن المسؤولية وتُعدّه سبب من أسباب فسخ العقود الإدارية إذا ما حدثت وتوافرت جميع شروطها، وسنتناول هنا موقف الفقه والقضاء حول هذه النظرية:

1- موقف الفقه من نظرية القوة القاهرة:

قام الفقهاء حول العالم بتحديد مفهوم القوة القاهرة، على الرغم من أنهم يتفقون على نفس المفهوم.

(1) آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس، سنة (2009م)، ص: 49.

(2) عمر خضر يونس، جائحة كورونا وأثرها على الالتزامات التعاقدية في ضوء نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مرجع سابق، ص: 13.

ف نجد بعض الفقه مثل (أوليبيان) يرى أنّ القوة القاهرة هي: كل قوة لا يمكن مقاومتها، قد عرّف الحادث الفجائي: أنّه كل حادث ليس في وسع عقل أنّ يتوقعه، أو هي كل قوة لا يمكن مقاومتها مثل: الحريق الناشيء عن الصواعق والفيضان، والعواصف، والزلازل والبراكين أمّا: في الفقه الفرنسي بعض الفقهاء عرّف نظرية القوة القاهرة: أنّها حدث مجهول غير منسوب إلى المتعاقد وتشمل الأحداث التي تقع من قوى الطبيعة وحدها كالعواصف والفيضانات والزلازل، ولقد عرّفها البعض الآخر: بأنّها حدث غير متوقع وغير ممكن الدفع، خارجي عن يدعيه بصفة عامة. وأيضًا يراها (ديموجو) الفقيه آخر: القوة القاهرة تتحدد باستحالة التنفيذ التي تتفرع لعدة عناصر في القضية محل البحث ومن استحالة توقع الحدث ومنع وقوعه بغياب الخطأ.

عرفها (شاباس) من الفقه أنّ القوة القاهرة: هي الحدث الذي يحول دون التنفيذ يرجع لقوة خارجية عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كالعواصف والزلازل. ويرى فقيه آخر: أنّ القوة القاهرة عبارة عن حدث يؤدي بنفسه لاستحالة التنفيذ⁽¹⁾.

ويرى فقه آخر في القوة القاهرة: بأنّها الحادث الخارج عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير المتوقع وغير المرتقب والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ التزامات القوة التعاقدية⁽²⁾.

والقوة القاهرة أيضًا لدى بعض الفقه: هي حدث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين، وغير متوقع، ومن شأنه أنّ يجعل تنفيذ العقد مستحيلًا⁽³⁾.

(1) آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص: 61.
(2) محفوظ عبدالقادر، فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، جامعة وهران، مجلة الدراسات الحقوقية، الجزائر، العدد (1)، 2021م، ص: 30.
(3) هيثم حلبي غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 57.

ولقد عرّفها الفقه المصري بأنها: حادث أو مانع لا يمكن للخصم أن يتوقعه وليس في إمكان أن يدفعه وخارج تمامًا عن إرادته في حالة استحالة مطلقة تمنعه من الالتزام بما قرّره القانون⁽¹⁾.

ولقد عرّفها أيضًا د. (عبدالرزاق السنهوري): بأنها كل أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا دون أن يكون هناك خطأ في جانب المتعاقد.

وعرّف د. (جمال الدين زكي) القوة القاهرة هي: كل أمر غير ممكن توقّعه ولا مقدور دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام لا مجرد صعوبة تنفيذ أو زيادة كلفته، دون أن يسبقه أو يقترن به خطأ المتعاقد، وكذلك نجد تعريف آخر للقوة القاهرة.

من قِبَل د. (محمد لبيب): أنها الأحداث الخارجية التي لا يمكن توقعها ولا دفعها والتي تؤدي إلى وقوع الضرر بشكل مباشر وكذلك د. (الدسوقي إبراهيم) عرّفها: فعل ناتج عن قوى الطبيعة لا يستطيع الإنسان تفاديه ولا توقع نتائجه⁽²⁾. وقد عرّفها فقيه آخر أنها: حادث غير متوقع لا يمكن دفعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا.

ويرى آخر: أن القوة القاهرة حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه، وهو: يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ الالتزامات العقدية⁽³⁾.

ونشير أيضًا لموقف الفقه الليبي من نظرية القوة القاهرة حيث عرّفت أنها: الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير المتوقع، والذي يستحيل دفعه ويؤدي لاستحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فالحدث المكوّن للقوة القاهرة يجب أن يكون حدث خارجي عن أطراف العقد، ولا يمكن توقّعه ويستحيل دفعه⁽⁴⁾.

(1) أحمد كلك الباجلان، نظرية الظروف الاستثنائية ومشروعية القرار الإداري، مرجع سابق، ص: 26.

(2) آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص: 63.

(3) محفوظ عبدالقادر، فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، مرجع سابق، ص: 30.

(4) نعيمة فضل عوض، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص: 45.

وعرّفها أيضًا د. (محمد الحراري) هي: قيام ظرف أو حادث استثنائي خارج عن إرادة المتعاقدين لم يكن في وسعهما توقعه ويستحيل عليها دفعه من ويكون من شأنه استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة.

فمثل هذا الظرف أو الحدث الاستثنائي يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ وبالتالي فإنّ جهة الإدارة المتعاقدة لا تستطيع إرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية ولا أنّ توقع عليه جزاءات بقصد تحقيق هذه الغاية.

والتي تشترط نفس شروط نظرية الظروف الطارئة إلا أنّها تختلف عنها في أنّها ينتج عنها إنّ نظرية القوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلًا⁽¹⁾.

إنّ الفقه الليبي لم يكن لديه العديد من مفاهيم نظرية القوة القاهرة، ولكن هي، من الأساس لم تختلف عن مفاهيم كل فقهاء القانون في كل الدول، ولكن نجد تطبيقها في عدة أحكام قضائية وسنتناولها في موقف القضاء في الفقرة التالية.

2- موقف القضاء من نظرية القوة القاهرة:

إنّ نظرية القوة القاهرة من الأفكار القانونية المتميزة، في فكرة قانونية بحثة نصّ عليها المشرّع وصانعي العقود؛ لذا نجد لها عدة أحكام قضائية ونصوص تشريعية وضّحت معناها، وهيأت اللجوء لها ولتطبيقها، وذلك في عدة قوانين فالقضاء الفرنسي يرى أنّ القوة القاهرة، هي: الحادث الخارجي عن إرادة المتعاقدين وغير المتوقع ويستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي، لمواجهة الظروف التي تُعدّ قوة خارجة عند إرادة المتعاقدين ولا يمكن رد أثرها مما يجعل تنفيذ العقد مستحيلًا كالظواهر الطبيعية التي لا يكون بوسع المتعاقدين ردها أو وقفها، فتعدّ القوة القاهرة من الأسباب التي تحول جهة الإدارة والمتعاقد معها الحق في إنهاء العقد، كما يجوز للمتعاقد اللجوء للقاضي لفسخ العقد.

(1) محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 246.

ومجلس الدولة الفرنسي أطلق على القوة القاهرة المتعلقة بإعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، بالقوة القاهرة الإدارية وهي: الحادث الخارجي الذي من شأنه قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب دون أن تجعل التنفيذ مستحيلاً، ويحق لكل من طرفي العقد طلب فسخ العقد من قاضي العقد إذ يتبين أن العقد الإداري لن يعود إلى توازنه الأصلي رغم مساعدة الإدارة المستمرة نظراً لكون الاختلال في التوازن العقدي أصبح نهائياً.

ومن الملاحظ هنا أن طلب فسخ العقد من قبل المتعاقد لأبد وأن يتم بلجوء المتعاقد لقاضي العقد للحصول على حكم بالفسخ للقوة القاهرة، بينما إنهاء العقد من قبل الإدارة يتم بناءً على سلطتها الإدارية أي يحق لها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وهذه صفة بارزة ومميزة للعقود الإدارية⁽¹⁾.

ويرى أيضاً مجلس الدولة الفرنسي أن القوة القاهرة: هي الحادث المرتقب أو غير المتوقع ولا يمكن أن يقوم بمواجهة المتعاقد في وقت إبرامه⁽²⁾.

ومن تلك التعريفات نشير إلى تطبيق من تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لفكرة القوة القاهرة الإدارية في أحد أحكامه الحديثة نسبياً في حكم له 14-6-2000م في القضية التي تتلخص وقائعها في تعاقد إقليم "ستيفل فيلدون" مع إحدى الشركات لتحلية المياه وتوصيلها للمنازل بأسعار محددة، وأثناء تنفيذ العقد زادت نسبة التلوث بالمياه مما دفع الشركة لاستخدام فلاتر وآلات متخصصة لرفع التلوث مما زادت النفقات التي تتحملها الشركة، وعندما طالبة الشركة بزيادة أسعار تعريفه المياه الموردة للمنازل رفضت البلدية ذلك بحجة أن الأسعار المتعلقة بتعريفه المياه تم تحديدها وتعهدت البلدية في آخر انتخابات أجريت بالإقليم بعدم زيادتها، مما دفع الشركة المتعاقدة باللجوء إلى المحكمة للمطالبة بفسخ العقد والتعويض عما لحقها من

(1) السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 515.

(2) محفوظ عبدالقادر، فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، مرجع سابق، ص: 32.

ضرر استنادًا للقوة القاهرة الإداريّة، وقضت المحكمة بأن الظروف غير المتوقعة والتي تتمثل في التلوث العرضي لأحد مصادر المياه بالقدر الذي حال دون استقلالها لمدة (20) عامًا تعتبر حادثًا غير متوقع يترتب عليه إخلال فادح في العقد، وبخاصة الظروف الاقتصادية بحيث يصل المتعاقد لعدم قدرة نفقاته على تغطية الالتزامات المطلوبة منه، فإنّ هذه الحالة تمثل نوعًا من القوة القاهرة... وهذا يسمح للمتعاقد باللجوء للقضاء وطلب فسخ العقد.

وفي حكم آخر لها صدر 1982/11/5م بشأن عقد توريد مُبرّم بين جهة الإدارة وشركة (بروسبيرو) التي قامت بالتوقف عن تنفيذ العقد، وعدم توريد المواد البترولية لجهة الإدارة بحجة ارتفاع الأسعار، مما يُمثّل قوة القاهرة تمنعها من مواصلة تنفيذ العقد، وفي 1972/10/5م أعلنت جهة الإدارة فسخ العقد والتنفيذ على حساب الشركة، فطالبت الشركة بالتعويض من جزاء الامتناع عن التوريد، وقد قضت المحكمة بالتعويض لجهة الإدارة مُقرّرة بأن ارتفاع الأسعار غير مُبرّر لوقف تنفيذ الالتزامات العقدية، وأنّ ما قامت به الشركة من وقف التنفيذ يعتبر خطأ عقدي يسمح للإدارة بالتعويض عنه.

ولأنّه من الأساس قد حدّد القضاء الفرنسي شروطاً لتطبيق النظرية، وتتمثل في أن يكون الحادث خارجي لا دخل للمتعاقدين فيه مع عدم إمكانية توقعه ولا دفعه⁽¹⁾.

وهذه تُعدّ بعض القضايا؛ لأننا ذكرناها على سبيل المثال لا الحصر. وكذلك في الجزائر أيضًا طُبِّقت نظرية القوة القاهرة، حيث نصّ عليها مجلس الدولة ليس كتعريف، وإنما اشترط لوجود حالة قوة القاهرة في تنفيذ العقد الإداري شرطين أساسيين لأبد من وجودهما حتى يتم فسخ أو إنهاء العقد، وذلك في

(1) السيد فتوح هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 527-528-

1999/3/8م، وهما: أن يكون للحادث طابع عدم التوقع والاستثناء وهو شرط متفق عليه، وضروري للقول بوجود قوة قاهرة، ولعل استعمال القاضي لمصطلح "الاستثناء" هنا يُقصد من ورائه بأن القول غير عادي ويستحيل دفعه.

والشرط الثاني: أن يكون الحادث قد تمَّ أثناء تنفيذ العقد وليس بعده: ولعلَّ هذا الشرط يبدو بديهياً نوعاً ما، ولكنه شرط جوهري في هذه القضية، كون أن المتعاقد دفع بوجود حالة قوة قاهرة حالت بينه وبين إتمام المشروع المتعاقد عليه، إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع مبرراً لذلك بمرور أكثر من سنتين على إبرام الصفقة دون أن يتم بناء المشروع، بينما كان أجل الإنجاز مُحدداً بستة أشهر، يجعل القوة القاهرة أمراً مستبعداً للدفع باستحالة التنفيذ كما أن المحكمة العليا الجزائرية - في موضع آخر - اشترطت كذلك في القوة القاهرة أن يكون الحدث غير متوقع ولا يمكن التحكم فيه⁽¹⁾.

ولعلَّ أحدث ما يمكن الإشارة إليه عن تطبيق نظرية القوة القاهرة على الالتزامات التعاقدية في العقود الإدارية في الجزائر في فترة جائحة كورونا (2020) حيث أصدر في قرار م 5/147 من تنظيم الصفقات العمومية، وتفويضات المرفق العام نصَّ على: "وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها لذلك المصلحة المتعاقدة"⁽²⁾، وبناءً على هذا النص قرر الوزير الأول 2020/4/15م بتعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات المتعاقدة؛ بسبب التأخر في الإنجاز باعتبار أن التأخير في الإنجاز لم يتسبب فيه المتعاقد مع الإدارة.

(1) المحكمة العليا الجزائرية، جلسة 8-3-1999م.

(2) نقلاً عن: محفوظ عبدالقادر، فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، ص: 38.

وبالتالي فالإدارة المتعاقد معها، هي: التي تصدر مثل هذه القرارات كقرار الأعضاء مثلاً وذلك بشكل قرار إداري⁽¹⁾.

وترى الباحثة أنّ مسألة ضم جائحة كورونا من ضمن أحداث القوة القاهرة أمر غير مطلق؛ لأنّ بعض القوانين في الدول الأخرى اعتبرته ظرف طارئ وطبقت حوله نظرية الظروف الطارئة، لأنّ من خلال الدراسة نجد أنّ نظرتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة يتشابهان في الشروط والمفهوم، غير أنّ القوة القاهرة ينتج عنها استحالة تنفيذ العقد، وجائحة كورونا تحققت فيها شروط القوة القاهرة في بعض الدول، ولم تتحقق كاملة في الدول الأخرى، خاصةً فيما يتعلق بالفترة الزمنية وعمومية الحدث؛ لأنّ هذا الحدث لم يكن له أثر سلبي على المرافق الصحية وخاصة الصيدليات، وما يتعلق بالمواد الصيدلانية الطبية أو التجارية.

وللقضاء المصري أيضاً بعض المواقف صدرت عنه حول نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية، ونشير لحكم المحكمة العليا التي أشارت في حكم لها (12-12-1959) أنّه "... يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة، وكل ما تقدّم من قواعد قد قننه المشرّع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال التطبيق هذه القواعد روابط القانون الخاص، إلا أنّ القضاء الإداري قد أطرّد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإداريّة في مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة، وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة"⁽²⁾.

ومن هذا النص تبين أنّ مجلس الدولة المصري قد أخذ بنظرية القوة القاهرة، واعتبرها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإداريّة في مجال القانون العام.

(1) محفوظ عبدالقادر، فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، مرجع سابق، ص: 32، 38.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 12-12-1959م، ص: 106، مجموعة مبادئ السنة الخامسة.

ولأخذ بنظرية القوة القاهرة في نطاق العقود الإدارية نجد أنّ القاضي الإداري يتشدد في تقدير سلوك المتعاقد، حيث أنّه القوة القاهرة لتطبيقها لابد وأنّ تتسبب في استحالة تنفيذ الالتزام، وهذا أهم شرط ولا بد أن يتوفر مع شرط وقوع الحادث الفجائي ولا يمكن توقعه ولا تداركه، وهذا نجد أساسه في حكم محكمة النقض المصرية التي نصت: "محكمة النقض المصرية في حكم لها 29-1-1976م "القوة القاهرة قد تكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط أن تتوافر فيه استحالة التوقع واستحالة الدفع..."(1).

شروطه حول نظرية القوة القاهرة.

إذاً مفهوم القوة القاهرة لدى القضاء الإداري يُعدّ حادثاً خارجاً عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، لا يمكن دفعه أو توقّعه؛ مما ينتج عن ذلك استحالة تنفيذ للالتزامات استحالة مطلقة، وفي حالة حدوث القوة القاهرة لا يحق للإدارة إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، ولا يمكن أن تُوقع الإدارة عليه العقوبات لغرض تحقيق هذا الهدف، وليس لها أن توقع عليه غرامات تأخيريّة أيضاً⁽²⁾.

أمّا: القضاء الليبي فلم يختلف كثيراً عن نظرة القضاء المصري، وغيره من المواقف والأحكام القضائية والنصوص التشريعية حول نظرية القوة القاهرة. ومن الملاحظ أنّه لم يضع تعريفاً محدداً ولكن مفهومه للقوة القاهرة قد حدّده في شكل نصوص تشريعية وأحكام قضائية، ونص المادة 115 من لائحة العقود الإدارية على أن: "يُغفَى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذها مستحيلاً"⁽³⁾.

فحدوث الظرف الاستثنائي يؤدي لأعضاء المتعاقد التنفيذ، وبالتالي فإنّ جهة الإدارة المتعاقدة لا تستطيع إرغامه على تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولا أن تُوقع عليه

(1) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، طعن مدني، رقم (4423) سنة (41) قضائية، ص: 343.

(2) حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه، مرجع سابق، ص: 327.

(3) لائحة العقود الإدارية، المادة (115).

جزاء بقصد تحقيق هذه الغاية، إذا فالظرف الاستثنائي الذي يحدث بسبب قوة قاهرة تجعل التنفيذ ليس مرهقاً فحسب بل مستحيلاً يُعفى بها عن التنفيذ نهائياً يؤدي بها لإنهاء العقد، وتُعد نظرية القوة القاهرة أحد أسباب إنهاء العقد الإداري⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "إذا كانت الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلاً، والسبب الأجنبي هو الحدث المفاجيء أو القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المدين"⁽²⁾.

كما قضت محكمة القضاء الإداري حول تطبيقها لنظرية القوة القاهرة بأن "القوة القاهرة تُعفى من المسؤولية في نطاق القانون الإداري على النحو الذي عليه في ميدان القانون الخاص، ولا تتوفر حالة القوة القاهرة إلا إذا اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تماماً عن إرادة المدين، وأنه ما كان يمكن توقعها وأنه أضحى أمام استحالة مطلقة تحوّل دون قيامه بتنفيذ التزامه"⁽³⁾.

والقوة القاهرة تشمل الكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين والفيضانات، والحروب والثورات.

إلا أنّ الحروب قد تُعد من قبيل الظرف الطارئ من حيث أنّها قد لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل قد يكون مرهقاً فحسب، ولكن هناك حروب قد تسبب في استحالة التنفيذ فعلى سبيل المثال عند قيام ثورة السابع عشر من فبراير في (2011م) بحسب الأثر الذي نتج عنها تُعد قوة قاهرة لأنّها حدث عام غير متوقع الوقوع، لم يكن بإمكان أطراف العقد توقع حدوثه في ليبيا؛ لأنّ ثورة (17) فبراير تجاوزت كل التقديرات المعقولة التي يُقدّر المتعاقد، كما أنّها حدث عام شمل كل أجزاء الإقليم الليبي، وتعرّض لآثارها كل المواطنين في دولة ليبيا.

(1) محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص: 246.

(2) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم (1320) سنة (12) قضائية، جلسة 15-2-1969م، ص: 373.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري، طعن رقم 1662 سنة 7 قضائية، جلسة 11-11-1956م، ص: 1942.

بالإضافة إلى أنَّها حادثٌ مستقلٌّ عن إرادة المتعاقدين وغير مألوف في دولة ليبيا، وبما أنَّ النظام السابق كان يُجرِّم ويُحرِّم هذا النوع من الثورات والمظاهرات، وأخيراً إنَّ هذه الثورة تعتبر حدث خارجي يستحيل دفعه، ومعه سبب في استحالة تنفيذ عدة التزامات، وحتى أنه أوقف سير عدة مرافق عامة، وفي هذا الشأن تقول المحكمة الإدارية العليا بأنه: "إذا كانت الاستحالة ناشئة عن سبب اجنبي فإنَّ الالتزام ينقضي أصلاً والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، ويجب أن يكون الحادث غير متوقع ومستحيل الدفع ويكون من شأنه أن يجعل التنفيذ مستحيلاً وغني عن البيان أنه لا يجوز للمتعاقدين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة"⁽¹⁾.

وترى الباحثة أنَّ ظرف الثورة ينتمي لظرف الحرب، والحرب اعتبرها القضاء الليبي من قبيل الظروف الطارئة، فحتى ثورة (17) فبراير لا يمكن اعتبارها قوة القاهرة؛ لأنها كانت لفترة ليست بطويلة جداً، وجعلت التنفيذ مرهقاً وليس مستحيلاً، كالأحداث التي تلت فترة قيام الثورة من قفل بعض الطرق، فهذا الأمر جعل الأمر مرهقاً وليس مستحيلاً فالعبرة في الأثر الذي يحدثه الحادث الاستثنائي.

ففي حكم المحكمة العليا المؤرخ 1971/6/30م بشأن نقل الحُجَّاج عن طريق قناة السويس التي أغلقت قبل تنفيذ العقد، مما دعا المحكمة إلى اعتبار قوة القاهرة استحالة معها تنفيذ العقد استحالة مطلقة، استتبع انفساخ العقد⁽²⁾.

إذا ترى الباحثة بالنسبة لمفهوم نظرية القوة القاهرة: أنَّها عبارة عن وقوع حدث بشكل لم يخطر ببال المتعاقدين، ولا يمكن أساساً تصوُّر وقوعه مما يسبب في استحالة تنفيذ العقد بين الإدارة والمتعاقد معها مما يُسبب معها إنهاء العقد الإداري، وتمثيل هذا الحدث المفاجيء أي: حدث كارثي يتعلق بالطبيعة.

ومن بيَّن هذه الأحداث التي حدثت بشكل مفاجيء، وسُمِّيت كوارث لا يمكن تداركها وكان هذا الحادث طبيعياً، أي: من فعل الطبيعة حادثة (فيضانات درنة) في

(1) نعيمة فضل حميدة، مرجع سابق، ص: 58-59-60.

(2) طعن إداري رقم (4) سنة (17) قضائية، ص: 138.

شهر سبتمبر من العام الماضي (2023م)، يُعد هذا الحادث من قبيل القوة القاهرة؛ لأنه حدث طبيعي من فعل الطبيعة، ومفاجيء لم يكن متوقع حدوثه؛ وتسبب في كوارث فادحة استحال معها تنفيذ أي التزام حتى أنّها عطّلت حركة وسير المرافق العامة جميعها في المنطقة.

ثانياً: نشأة نظرية القوة القاهرة ومبرراتها، وأهم الانتقادات الموجهة لها:

نتناول هنا أهم ما يتعلق بنشأة نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية ثمّ نتنقل لأهم ما يُبرّر تطبيق هذه النظرية في عدة قضايا تتعلق بالعقود الإدارية، وأهم ما وُجّه لها من انتقادات.

أ- نشأة نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية:

إنّ نظرية القوة القاهرة كانت نشأتها الأولى لدى القضاء الفرنسي، وهنا سنتحدث عن نشأة نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية لدى القضاء الفرنسي، ثمّ القضاء المصري والليبي.

وهنا نتحدث عن القوة القاهرة في العقود الإدارية؛ لأن هذا النظرية قنّنها القانون المدني أولاً ثمّ توالى تطبيقاتها لدى القانون الإداري.

1- نشأة نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية في فرنسا:

لقد تباينت أحكام القضاء الفرنسي حول اعتبار حادث ما من قبيل القوة القاهرة، وذلك بالنظر إلى عناصر وشروط ذلك الحادث لقد عرّف مجلس الدولة الفرنسي فكرة القوة القاهرة الإدارية منذ سنة (1909م) وطبق فيه القضاء الفرنسي نظرية القوة القاهرة على العقود الإدارية فقد تمّ في 1909/1/29 في قضية (لشركة ماريتم) الحكم بنصّ يجيز فحواه كل تأخير في سفر المراكب يُوقع غرامة على الشركة إلا في حالة القوة القاهرة التي تثبت على وجه سليم، وقد أكّد القضاء الفرنسي على العناصر المكونة لتعريف القوة القاهرة في العقود الإدارية، ذلك في الحكم

المبدئي الذي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية (الشركة البحرية) بتاريخ 1919/1/19، حيث تكونت عناصر القوة القاهرة في المطالعة الشهيرة لمفوض الحكومة (تارديو)، كما تكرست مرة أخرى في مطالعة مفوض الحكومة (لاتورنري)، في قضية "شركة المصانع الإفريقية لقطع الأخشاب" في الحكم الصادر عند مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1928/3/9م، ثمَّ في قرارات لاحقة ذات أهمية قصوى في تطبيقات عملية لفكرة القوة القاهرة، والذي عرّفها "بالحدث الذي لا يمكن في آن واحد لا توقعه ولا تفاديه والذي يخرج في الوقت نفسه عن التوقعات والإرادة البشرية، ومن هنا ترتدي مطالعة مفوض حكومة (تارديو) أهمية بالغة بوضعها المبادئ الأساسية في معنى القوة القاهرة في مجال تنفيذ العقد الإداري⁽¹⁾.

2- نشأة نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية في مصر وليبيا:

سنتطرق لبيان نشأة نظرية القوة القاهرة في مصر ثمَّ ليبيا أمّا: في مصر لقد نظم المشرّع المصري نظرية القوة القاهرة بداية في القانون المدني، ونص عليها في العديد من النصوص القانونية.

ثمَّ أخذ مجلس الدولة المصري بنظرية القوة القاهرة في مجالات القانون العام والقانون الإداري بالتحديد حيث أنه اعتبرها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة، وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية⁽²⁾.

والقوة القاهرة، هي: فكرة مرتبطة بمدد التنفيذ في العقد الإداري، حيث يترتب عليها إن يصير الالتزام مستحيلًا على نحو يجيز للمتعاقد التحرُّر من التزاماته العقدية.

(1) آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص: 34-35.

(2) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 58.

ومن ذلك لقد أخذ مجلس الدولة المصري بنظرية القوة القاهرة في مجال العقود الإدارية كحكم مبدئي⁽¹⁾ له في حكم المحكمة الإدارية العليا المؤرخ 1959/12/12م الذي تضمن: "... يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة، وكل ما تقدم من قواعد قد قننه المشرع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري قد أطرده على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام، ما دامت تتسق مع تسيير المرافق وتكفل التوفيق بين ذلك، وبين المصالح الفردية الخاصة"⁽²⁾.

ومن هذا الحكم أصبح تطبيق نظرية القوة القاهرة على العقود الإدارية معمولاً به، مستدلين من نصوص القانون المدني، وحتى الشروط المفروضة تكاد تكون نفسها، وأهم ظواهر القوة الظاهر كالتى تتعلق بالكوارث الطبيعية من زلازل وبراكين وغير ذلك.

أمّا في ليبيا، فلقد تتبع القانون الليبي نهج القانون المصري حول النصوص التشريعية لهذه النظرية حتى أنه قننها من نصوص القانون المدني، فلقد أحد القانون الليبي بنظرية القوة القاهرة وبنصوص مطابقة للقانون المصري].

ومن حيث بداية أو نشأة القوة القاهرة في ليبيا، فلقد ورد النص على القوة القاهرة منذ سنة (1955م) والتي تتعلق (بعقد امتياز)، حيث يتعلق هذا العقد بعقد امتياز البترول الذي قرّر عدم مسؤولية الشركة في عقد الامتياز ضد أي إخفاق أو تأخير في تنفيذ أي حكم من أحكام العقد؛ إذ تبين أن ذلك الإخفاق قد تسبب عن قوة القاهرة أي عن قضاء وقدر أو حرب أهلية أو فتنة أو حرب أو إضراب عمال أو عن أي: حادث آخر غير متوقع وخارج عن سلطة الشركة.

(1) السيد فتوح هندواي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:215.

(2) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص:58.

ومجال العقود الإدارية لقد نصّت المادة (115) من لائحة العقود الإدارية على: "يُغى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذها مستحيلًا". ولقد حكمت المحكمة العليا في طعن إداري رقم (22/6م) في 1971/11/4 بشأن نقل الحُجَّاج عن طريق قناة السويس التي أُغلقت قبل تنفيذ العقد، مما دعا المحكمة اعتبار الأمر قوة قاهرةً استحالةً معها تنفيذ العقد استحالةً مطلقةً، استتبع انفساخ العقد⁽¹⁾.

كما قضت محكمة القضاء الإداري أيضًا في حكم لها بتطبيق نظرية القوة القاهرة في حكم لها 11-1-1956م "أن القوة القاهرة تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري على النحو الذي عليه في ميدان القانون الخاص، ولا تتوفر حالة القوة القاهرة إلا إذا اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تمامًا عن إرادة المدين وأنه ما كان يمكن توقُّعها، وأنه أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ التزامه"⁽²⁾.

وقد توالى الأحكام القضائية المتعلقة بالعقود الإدارية تطبيقًا لنظرية القوة القاهرة منذ أساس نشأتها وتبنيها في القانون المدني، سواء المصري أو الليبي وتباعًا للأحكام المؤرخة بحسب السنوات التي سُجِّلت نستشف نشأة هذه النظرية في ليبيا.

ب- مبررات نظرية القوة القاهرة، وأهم انتقاداتها:

إنَّ نظرية القوة القاهرة نشأت في ظروف معينة ظهرت لأسباب ومبررات طُبقت من أجلها، وساهمت في نجاح وسير المرفق العام، وبالمقابل فقد تعرضت للنقد لاختلاف الآراء ووجهات النظر، وهنا سنتناول مُبررات هذه النظرية، وأهم الانتقادات التي تعرّضت لها كالاتي:

(1) آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص: 44-47.

(2) محكمة القضاء الإداري، طعن رقم (1062) سنة 7 قضائية، جلسة 11-1-1956م.

1- مبررات نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية:

لكل نظرية من النظريات التي تناولناها مبررات برزت تطبيقها وساهمت في إنشائها، ومنها مبررات فقهية ومبررات قضائية أو قانونية.

أما المبررات الفقهية:

الفقه الإسلامي أول مُبَرَّرٍ لتطبيق نظرية القوة القاهرة فلقد نصّت العديد من الآيات القرآنية لعدم التكليف واحترام الظروف القاهرة التي تحدث للأطراف، ولعلّ هذا خير مُبَرَّرٍ فطالما تنفيذ العقد أصبح مستحيلًا؛ بسبب حادث مفاجيء أو قوة القاهرة حدثت أثناء تنفيذ العقد، لا يجوز تكليف وتحميل الأطراف أكثر من طاقتهم ونجد الآية في قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾⁽¹⁾ حكمت صراحةً عنه في حالة حدوث أي ظرف يجب عدم التكليف فكلمت (وسع) تتسع لتشمل عن التكليف بوسع الأشياء غير المتوقعة الحدوث، أو التي لم تخطر على بال، كما أنّها تتسع لتشمل عدم التكليف توسع الأشياء التي تحدثها الحوادث الطبيعية كالزلازل والبراكين التي تؤدي لهلاك المعقود عليه كليًا⁽²⁾.

وكذلك حسب دراسة الباحثة أنّه من خلال المفاهيم الفقهية لنظرية القوة نجد المبررات، وهي في كون وجود أي: حادث قهري خارج عن الإرادة يُعَدُّ مُبَرَّرًا لعدم تنفيذ الالتزام، وعدم إتمام مراحل العقد؛ لأنه أساسًا أصبح مستحيلًا أنّ يقوم به المتعاقد مع الإدارة، وهذا أهم المبررات أو أساس هذه النظرية.

أما عن المبررات القانونية، فهي: لا تختلف عن المبررات الفقهية أساسًا بل أنّها وَضَعَتْ لها سندًا ودليلاً لتطبيقها، وتتمثل في أنّ نظرية القوة القاهرة تُعَدُّ من الأسباب التي تُخَوِّلُ للإدارة حق إنهاء العقد، ويجوز للمتعاقد معها حق فسخ العقد قضائيًا⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية: (286).

(2) آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص: 54.

(3) السيد فتوح هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص: 513-528-

فترى الباحثة إن فكرة القوة القاهرة تمثل أهمية خاصة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري خاصة في العقود طويلة المدة، كما أنّها تحقق المصلحة العامة وتحقق مصلحة المرفق العام باعتبار أنّها تُلزم المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد إلا بعد صدور حكم الفسخ، وهذا أحد أهم أهداف قيام هذه النظريات، وهو حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

2- الانتقادات التي وجهت لنظرية القوة القاهرة:

تُعد نظرية القوة القاهرة نظرية واقعية عالجت عدة أمور حدثت وما زالت تَحْدُث في واقع العقود الإدارية إلا أنّها لم تسلم من النقد، وأهم ما واجهته من انتقادات:

يُظهر النقد لنظرية القوة القاهرة في شروط تطبيقها أو مدى تحقيق هذه الشروط التي اتفق عليها أغلب أو كل فقهاء القانون، وأهمهم القانون الفرنسي والمصري والليبي، والتي أولها شرط عدم التّوَقُّع للحدث المفاجئ، وانتقد هذا الشرط في مداه، أي: أنّ بعض الفقهاء يرون أنّه يجب عدم التوسع فيه؛ لأن عدم توقع وقوع الحدث مسألة ذهنية تتعلق بالشخص المتعاقد ومدى قدرته في توقع الحدث من عدمه، والأشخاص تتباين قدراتهم الذهنية وظروفهم في مدى توقعهم حدوث الحدث المفاجئ.

كما أنّ تطور الحياة والتكنولوجيا جعلت الكثير من الأمور ليست مفاجئة ويسهل التنبؤ بها أو على الأقل أخذ الاحتياط منها، وهذا يشمل كل العالم خاصة مع انتشار الحاسوب وشبكة المعلومات⁽¹⁾، أصبح العالم صغير يمكن معرفة كل ما يدور حول العالم في لحظة، وبالتالي اعتبر هذا الشرط شرطاً مقيداً لا يجوز التوسع فيه.

(1) آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، مرجع سابق، ص: 82-

فعلى سبيل المثال في علم التنبؤات أصبح بفضل من الممكن التنبؤ بالهزات الأرضية، التي تُعد من القوة القاهرة التي لا يمكن تَوَقُّعها.

وكذلك انتقد بعض الآراء شرط استحالة تنفيذ العقد أو الالتزام في حالة تحقق القوة القاهرة، حيث يرى النقاد أنه يجب التخفيف من حدة هذا الشرط؛ لأهمية المُضِي في سير المرفق العام والاستمرار في نشاطه حيث يدعو للتخفيف من الأخذ باستحالة التنفيذ بشكل مطلق بمعنى أنه يجب على المتعاقد أو الملتزم مهما حدث أن يبذل جهدًا وعنايةً حتى يتم التنفيذ، كذلك جهة الإدارة لما لها من سلطة رقابة وتوجيه وتعديل للعقد أن تساهم في تخفيف الاستحالة.

ومع ذلك ترى الباحثة أنه طالما تحقق الحدث القهري طبيعيًا فطبيعي جدًا أن تلحقه استحالة التنفيذ بدليل أنه حتى في الإسلام في حالة حدوث الظرف المفاجيء القهري، ينهي تنفيذ الالتزام فما بال أمور العقود والالتزامات الإدارية.

وترى الباحثة رغم أوجه النقد، إلا أنها لم تُقل من شأنه نظرية القوة القاهرة ودورها في مواكبة التطور الإداري ودور الإدارة، ومساهمتها في حل وتعويض المتعاقد شأنها شأن نظرية الظروف الطارئة التي تُعد من مشابهاتها، ولعلَّ الفارق الوحيد بينهما هو النتيجة في أن نظرية الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام مُرهقًا، بينما نظرية القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا.

الخاتمة

وها قد وصلنا بفضل الله وحمده إلى ختام هذه الرسالة المتواضعة بعد رحلة مُتعبة وممتعة في ذات الوقت، فالحمد لله الذي أعانني على كتابة هذا الموضوع، الذي تطرقت فيه للحديث عن أهم وأبرز النظريات التي تتعلق بالقانون الإداري باعتبار أن طبيعة القانون الإداري قانوناً قضائياً يقتضي من القاضي ألا يقف عاجزاً عن ابتكار حلول للنزاع المطروح أمامه ، فلهذا فإن أهم المبررات القانونية التي اتبعتها القاضي الإداري، هي حماية الغير حسن النية، أي الأشخاص العاديين المتعاملين مع جهة الإدارة، وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام لتحقيق المصلحة العامة ، لذلك ابتكرت هذه النظريات المتعلقة بالقانون الإداري التي تناولتها في هذه الرسالة، ونختم بأهم النتائج والتوصيات.

النتائج :

- إنَّ نظرية أعمال السيادة تتميز عن أعمال أخرى مشابهة لها في جانب خروجها على مبدأ المشروعية، وتختلف عنها من ناحية الرقابة القضائية على تلك الأعمال، فيصدر عن السلطة التنفيذية ما يسمى بأعمال الإدارة، وهي بالتالي تُعد وليدة الحاجة والظروف السياسية أكثر مما هي وليدة النشاطات الإدارية ولا يمكن إنكارها تماماً.
- في نظرية الغلو في القرار الإداري التأديبي يجب أن تُقاس الملاءمة بين الذنب الإداري والجزاء التأديبي بالمعيار الموضوعي، ومدى الرقابة القضائية للتأكد من أعمال مبدأ التناسب الذي يُعد من المبادئ الشرعية الهامة للجزاءات التأديبية، أي: أن هذه النظرية وضحت كيف أن القضاء الإداري يبسط رقابته على الغلو في الجزء التأديبي.

- إنَّ نظريتي الموظف الفعلي والظاهر من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي والتصرفات التي يقدمانها تصرفات صحيحة متى ما استوفت الشروط الواجب توافرها والفيصل بينهما، هو: أنَّ في نظرية الموظف الفعلي يكون تصرف الموظف صحيح عند وقوع الظروف الاستثنائية كحالة الحرب، أمَّا: في تصرف الموظف الظاهر يكون صحيح حتى في الظرف العادية.
- إنَّ نظرية القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري تُعد وسيلة ناجحة في يد القضاء الإداري وتساعده على البث في النزاعات التي تنتج عن نشاط الإدارة العامة ومرافقتها الإدارية؛ لأنَّها تحقق منفعة عامة لكل المتضررين من جراء أعمال وقرارات الإدارة ليتحصلوا على حقوقهم المشروعية.
- إنَّ نظرية القرارات المنفصلة تتعلق بقرارات تُصدرها حجة الإدارة كإجراء تمهيدي سابق لإبرام العقد الإداري، ووضعت هذه النظرية أساسًا لحماية الشخص الذي ليس طرفًا في العقد المُبرم، ولهذا الشخص الذي تضرَّر من تنفيذ هذا العقد الإداري الحق في الطعن.
- نظرية فعل الأمير تدرس العقود والقرارات التي تبرم وتصدر عن الدولة، بصفة إدارية، كما تعمل هذه النظرية على تحقيق التوازن المالي بين الدولة وبصفة إدارية والمتعاقد معها كما تضمن حق التعويض الكامل عند الضرر أو الخطأ.
- إنَّ نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة نظريتان تقومان على حدث مفاجيء غير متوقع سبب في استحالة تنفيذ العقد الإداري إلاَّ أنَّه يمكن التمييز بينهما من ناحية أنَّ الظرف الطارئ يمكن أن يكون من صنع البشر كالحروب أو وقوع مشكلة سببت في قفل طريق رئيسية مهمة للتواصل بين طرفين في عقدٍ ما إداري، أمَّا القوة القاهرة فهي حدث مفاجيء أيضًا من صنع الله جل وعلا كما هو في حدوث الزلازل والفيضانات أي كل الكوارث الطبيعية.

التوصيات :

- توصي الباحثة بعد ختام هذا البحث ببعض من التوصيات المتعلقة بموضوع البحث والتي اشتملت على الآتي:
- التشجيع للحد من نظرية أعمال السيادة؛ لأن العمل بإطلاقها يبعدنا عن فكرة العدالة؛ ولأنه بتحسين أي: عمل بحجة أعمال السيادة سيكون فوق القانون، وهذا مخالفٌ للقواعد العامة والمجردة ومخالف لمصادر القانون الليبي والتي أولها القرآن الكريم للحد من التعسف من استعمال السلطة.
 - أينما وُجِدَت المصلحة فثمَّ شرع الله، ولهذا ترى الباحثة طالما الغلو في العقوبة يساعد على تنظيم المرفق العام ويضمن حسن السيرة فلا مانع من الغلو، ومتى كانت المصلحة في التخفيف من العقوبة يجب التخفيف، وتوصي بالرجوع لكتاب الله وسنة نبيه الكريم.
 - نأمل الالتفات لنظريتي الموظف الفعلي والموظف الظاهر والنص عليها صراحةً في النصوص التشريعية لتطبيقها؛ لأنه بمواكبة التطور والتقدم الإداري في ليبيا نجد أنَّ هاتين النظريتين أصبحتا مهمتان، وبحاجة للعمل بهما بعد السابع عشر من فبراير وخضوعهما لمسؤولية التأديبية التي ينصاع لها الموظف العام؛ لعدم الاستغلال ، وضمان حسن سير المرفق بانتظام وإطراد.
 - التنبيه والتقنين عندما يتعلق بنظرية القرار الإداري المتصل حتى تلتزم الإدارة حدودها في تعديل أي قرار وتراعي حقوق وظروف المتعاقد معها.
 - على جهة الإدارة أن تأخذ بعين الاعتبار كل الإجراءات السابقة أو المتعهددة لإبرام العقد الإداري، وأي: قرار منفصل عند العقد الإداري لا بد أن يشمل المصلحة للمتعاقدين وغير المتعاقدين، لأنَّ المصلحة تشمل سرعة التنفيذ وصحة الإجراءات منذ البداية، وأساس ذلك أنه ما بُني على باطل فهو باطل.

- في نظرية فعل الأمير على الإدارة عند قيامها بممارسة نشاطها وحقوقها فيما يتعلق بسير المرفق العام، وعدم توقفه، يجب أن تتعامل مع المتعاقد معها كمعاون لها، وليس تحت سلطتها حتى؛ لا ينفرد المتعاقد من التعاون مع الإدارة، والسعي للإصلاح الإداري، ومعالجة الخلل من أساسه.
- وأخيراً توصي الباحثة المُشرِّع الليبي بالنص صراحةً والاهتمام بكل ما يتعلق بنظريتي الصعوبات المادية، بشكل أدق، متى ما توافرت شروط تطبيقها، فالواقع هنا أن هاتين النظريتين أصبحتا صالحتا التطبيق بشكل أكبر من ذي قبل، لحدوث التطور والتغير الكبير المفاجيء في ليبيا.
- وفي الختام أتمنى أن يُصيب هذا الجهد محزّه، فذلك غاية القصد، وإن تكن الأخرى فحسبي إخلاص النية، وبذل الجهد، وما توفيقى إلا بالله عليه اتكالي وإليه إنابتي.

قائمة المراجع

أولا- الكتب والمصادر:

- 1- ابن منظور، لسان العرب، بيروت، مؤسسة التاريخ العربي، الجزء التاسع، الطبعة الثانية.
- 2- أحمد كلك الباجلان، نظرية الظروف الاستثنائية ومشروعية القرار الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة (2015م).
- 3- حسام حميد داود الدليمي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية التأديبية، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة (2020م).
- 4- حيدر عدنان صادق، المبادئ والأحكام العامة لإبرام العقد الإداري وتنفيذه، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، (2020م).
- 5- السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (2016م).
- 6- فاروق محمد معاليقي، نظرية الأعمال المتصلة والأعمال المنفصلة وتطبيقاتها في المنازعات الإدارية الجامعة اللبنانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان الطبعة الأولى، سنة (2014م).
- 7- محمد عبد الله الحراري أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، جامعة الفاتح، المركز القومي للبحوث والدراسات العليا، الطبعة الخامسة، سنة (2003م).
- 8- محمد عبدالله الحراري، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي، الطبعة الخامسة، منشورات المكتبة الجامعة، سنة (2000م).
- 9- هيثم حليم غازي التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة (2014م).

10-أسعد طاهر أحمد، نظرية العقد الإداري في الفقه والفضاء، دار الكتب الوطنية، بنغازي بلا طبعة، سنة (2015م).

ثانياً- أطروحات الدكتوراه :

- 1- أيمن جابر كامل القرار الإداري المنفصل وأثره على القرار الإداري، جامعة بني يوسف، مكتبة الدوريات المنصورة، سنة (2018م).
- 2- تامر عبد الله العوا، نظرية أعمال السيادة وتطورها في القضاء المصري الحديث، جامعة الإسكندرية، مكتبة الرسائل، سنة (2018م).
- 3- حاتم رشيد فيتاني: أطروحة بعنوان : مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، سنة (2018م).
- 4- علي حسن عبدالمجيد، الغلو في الجزاء وأثره على مدى صحة القرار الإداري، مكتبة الدوريات جامعة القاهرة، بلا طبعة.
- 5- محمد إسماعيل أحمد الجمل نظرية أعمال السيادة جامعة الإسكندرية، سنة (2021م).
- 6- محمد مفضي فالح الرقابة القضائية على الغلو في القرار الإداري التأديبي، كلية القانون، الجامعة الأردنية، (2016م).

ثالثاً- رسائل الماجستير :

- 1- أحمد حدّاد عافية، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون النظم الإدارية جامعة طنطا، سنة (2001م).
- 2- آية صالح حميد، أثر القوة القاهرة على علاقات العمل الفردية في القانون الليبي، جامعة الفاتح سابقاً، سنة (2009م).
- 3- الزهرة بوشارب، نظرية فعل الأمير وأثرها على المادة الإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة (2014م).

- 4- سعاد قرعيش، الأعمال الإدارية المتصلة والمنفصلة في مجال الصفقات العمومية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة (2018م).
- 5- سيف صالح الحربي، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال في عقود الإدارة، جامعة الإمارات المتحدة، سنة (2018م).
- 6- صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، جامعة آل البيت، سنة (2014م).
- 7- عبدالله حاج سعيد أثر فعل الأمير على التوازن المالي لعقد الأشغال العامة، جامعة اليرموك، الأردن، سنة (2015م).
- 8- عبد الله عبد السلام جوان التوازن المالي في العقد الإداري، جامعة المنصورة، مكتبة الدوريات، سنة (2018م).
- 9- عبدالواحد سليمان عبيد القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية، جامعة الشرق الأوسط، سنة (2015م).
- 10- علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة منتوري، (2012م).
- 11- فاطمة بنت سعيد الفزارية، نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري، جامعة السلطان قابوس سلطنة عمان، سنة (2012م).
- 12- فيصل بن عبد الله المطردي، القرارات المتصل والقرار المنفصل في العقد الإداري في الفقه والقضاء جامعة الإمام محمد بن سعود، المملكة العربية السعودية، (1428هـ).
- 13- أحمد محمد المسلماني، القرارات الإدارية القابلة للانفصال في العمليات القانونية المركبة، رسالة ماجستير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (2014م).
- 14- محمد رحيم البوسيفي، نظرية الموظف الفعلي، جامعة الإسكندرية، سنة (2018م).

- 15- مريم محمد ساسي التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، جامعة الإسكندرية، سنة (2013م).
- 16- منتصر حسن محمد حسن، أعمال السيادة كقيد على المشروعية، جامعة الحقوق المنصورة، مكتبة الدوريات، سنة (2020م).
- 17- النانو ولديب ولدسبرو، نظرية أعمال السيادة وتطبيقاتها، جامعة النيلين السودان، سنة (2019م).
- 18- نعيمة فضل عوض إحميدة، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة، جامعة بنغازي، سنة (2012م).

رابعاً- المجلات وأوراق العمل والمقالات :

- 1- أحمد محمد اللوزي، المسؤولية الجزائية والتأديبية عن التصرفات المشروعة للموظف الفعلي، كلية أحمد بن محمد العسكرية الدوحة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، سنة (2019م).
- 2- أروى إسماعيل مسلم، أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية لجامعة الأردنية الهاشمية مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، سنة (2019م).
- 3- أماني عزمي أبو عرقوب، نظرية عمل الأمير ودورها في حفظ التوازن المالي في عقد الأشغال الدولي (الفيدك)، جامعة فلسطين، مجلة جامعة فلسطين، سنة (2017م).
- 4- جهاد ضيف الله الجازي، أثر نظرية عمل الأمير في إعادة التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية، جامعة عمان الأردنية، الأردن، سنة (2018م).
- 5- حسام الدين محمد موسى الموظف الفعلي والموظف الظاهر، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مدينة السادات، سنة (2021م).

- 6- خالد عبد الكريم الميعان، نظرية أعمال السيادة ومدى مخالفتها لحق التقاضي الكويتي، جامعة الأردن، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، سنة (2019م).
- 7- عبد العزيز سعد ربيع، الغلو في استعمال الجزاء وأثره على القرار الإداري، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء، سنة (2016م).
- 8- عبدالقادر جمعة، رضوان أعمال السيادة عن اختصاص القضاء الإداري بين الإطلاق، والتنفيذ، ورق عمل، سنة (2021م).
- 9- عبدالله رمضان بنيني، الغلو في الجزاء التأديبي وأثره على القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية والشرعية جامعة الزاوية، سنة (2015م).
- 10- عبد الله منصور الشائبي، نظرية القرارات المنفصلة عن العقود الإدارية، مجلة العلوم القانونية والشرعية جامعة الزاوية، سنة (2020م).
- 11- عبد الله منصور الشائبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الظاهر بين الفقه والقضاء، مجلة العلوم القانونية والشرعية جامعة الزاوية، بلا سنة.
- 12- عثمان يحيي أبو مسامح نظرية الموظف الفعلي دراسة قانونية على الواقع الفلسطيني، مجلة القانون والأعمال، فلسطين، سنة (2018م).
- 13- عفاف لعقون، نظرية أعمال السيادة في الجزائر، جامعة لونيبي علي البلدية، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، (2020م).
- 14- علام محمد مهدي دور القاضي الإداري في رقابة مبدأ تناسب الجزاء التأديبي جامعة تلمسان بالجزائر، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، سنة (2015م).
- 15- عمار التركاوي، نظرية الموظف الفعلي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق، سنة (2021م).

- 16- عمر خضر يونس، جائحة كورونا وأثرها على الالتزامات التعاقدية في ضوء نظريتنا الظروف الطارئة- الجامعة الإسلامية- فلسطين، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، سنة (2020م).
- 17- قيدار عبدالقادر صالح، الغلو في القرار الإداري مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، سنة (2020م).
- 18- كريمة خلدون، تطور رقابة القضاء الإداري على الملاءمة في المجال التأديبي، مجلة الحقوق، محمد أبزيان، سنة (2016م).
- 19- مجذوب عبد الحليم خلاصي، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري مجلة المشكاة في الاقتصاد والتنمية والقانون، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، سنة (2019م).
- 20- محفوظ عبد القادر، فيروس كورونا بيّن القوة القاهرة والظروف الطارئة، جامعة وهران، الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية، سنة (2021م).
- 21- محمد مهدي علام، دور القاضي الإداري في رقابة مبدأ تناسب الجزاء التأديبي، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، سنة (2017م).
- 22- محمد هاملي، نظرية أعمال السيادة وموقف القضاء الجزائري والمقارن منها، كلية الكويت العالمية مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، سنة (2018م).
- 23- مفتاح خليفة عبد الحميد الموظف الفعلي وما يميزه في القانون الليبي، مجلة العلوم والدراسات الإنسانية، المرح، جامعة بنغازي، سنة (2017م).
- 24- وديع البقالي، تطور الرقابة على ملائمة القرار الإداري بيّن الفاعلية والمحدودية، مجلة الحقوق، محمد أبوريان، سنة (2019م).

خامساً- المواقع الإلكترونية :

- 1- www.binaz.org.sa.
- 2- www.shamele.ws.
- 3- www.islamweb.net.
- 4- www.almaany.com .

سادساً- الأحكام القضائية والقانونية :

- 1- أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية .
- 2- أحكام محكمة التمييز الأردنية .
- 3- أحكام محكمة النقض المصرية .
- 4- التشريعات الليبية .
- 5- القانون المدني الفرنسي.
- 6- لائحة العقود الإدارية الليبية .
- 7- لائحة العقود المصرية.
- 8- مجلة المحكمة العليا الليبية .

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	المقدمة
2	أولاً- أهمية البحث
2	ثانياً- إشكالية البحث
2	ثالثاً- أهداف البحث
3	رابعاً- الدراسات السابقة
4	خامساً- صعوبات البحث
4	سادساً- منهج البحث
	الفصل الأول النظريات الاستثنائية المتعلقة بالقرارات الإدارية
7	تقديم
9	المبحث الأول: نظرية أعمال السيادة والغلو في القرار الإداري.
10	المطلب الأول : نظرية أعمال السيادة.
33	المطلب الثاني: نظرية الغلو في القرار الإداري.
56	المبحث الثاني: نظرية الموظف الفعلي ونظرية الموظف الظاهر.
57	المطلب الأول: نظرية الموظف الفعلي.
76	المطلب الثاني: نظرية الموظف الظاهر.
	الفصل الثاني النظريات الاستثنائية المتعلقة بالعقود الإدارية
95	المبحث الأول: نظرية القرارات الإدارية المتصلة والمنفصلة عن العقد الإداري.

الصفحة	الموضوع
96	المطلب الأول: نظرية القرارات الإدارية المتصلة بالعقد الإداري.
116	المطلب الثاني: نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري.
134	المبحث الثاني: نظرية فعل الأمير ونظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.
135	المطلب الأول: نظرية فعل الأمير.
153	المطلب الثاني: نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.
195	الخاتمة
199	المراجع