

تحول تصرفات الإدارة الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة

(القرار الإداري - العقد الإداري)

دكتور

أحمد سلامة أحمد بدر

مدرس منتدب بمعهد تدريب الشرطة

ومركز الدراسات القانونية والقضائية

جامعة قطر

المخلص

سوف نتناول فكرة التحول في التصرفات التي تصدر عن الجهة الإدارية بهدف التقليل من حالات البطلان ونظراً لعدم وجود قواعد قانونية مكتوبة تجيز ذلك إلا ما ورد بشأنها في القانون المدني فقد قمنا باعمال القياس في محاولة لإلقاء الضوء على مدى إمكانية تطبيق فكرة التحول للتصرفات الباطلة في القانون الخاص على القرارات الإدارية وكذلك العقود الإدارية كلما أمكن ذلك.

ويشتمل البحث علي ثلاث مباحث أساسية يسبقها مبحث تمهيدي نتعرض فيه للأساس والأصل التاريخي لفكرة تحول التصرفات القانونية سواء في العصور القديمة أو في الفقه الإسلامي واستمراراً حتى وصلنا إلى التنظيم التشريعي للفكرة وتأصيلها في القانون الخاص.

وأثناء النظرة التاريخية لفكرة التحول وجدنا أنه من الضروري أن نشير إلى الاتجاهات الفقهية بشأنها والتي انقسمت إلى ما بين مؤيد ومعارض ولكل منهم أسبابه.

ثم نتناول في عجالة إلى الأسانيد لفكرة التحول في القرارات الإدارية بمعنى أظهرنا موقفنا مسبباً من الأخذ بها لما تحققه من مزايا عديدة.

ثم ننتقل إلى المبحث الأول والذي خصصناه لشروط وطرق تحول القرار الإداري حيث أشرنا إلى ماهية القرار الإداري وشروطه وركزنا على درجات البطلان سواء في القضاء الإداري الفرنسي أو المصري وذلك في المطلب الأول من المبحث المشار إليه.

أما المطلب الثاني فقد كان من نصيب كيفية تحول القرار الإداري وميعاده، وذكرنا فيه أن التحول قد يكون بإرادة الإدارة سواء بناءً على تظلم قدم إليها من القرار الباطل أو أنها قامت بإجراء التحول من تلقاء نفسها دون تظلم ، ثم ذكرنا دور القضاء الإداري في إجراء وتطبيق هذه الفكرة على الطعون المقدمة إليه في القرارات الإدارية المعيبة، وكان ختام المبحث بيان موعد إجراء التحول.

وجاء المبحث الثاني يتحدث عن طبيعة التحول وعلاقته بالأنظمة المشابهة حيث ورد به طبيعتين للتحول من الوجهة الفقهية، الأولى إدارية، والثانية قضائية، أما ما نؤيده أنها طبيعة خاصة تضم في جانب منها الطبيعة الإدارية وفي جانب آخر الطبيعة القضائية، ولا يمكن الفصل بين الاثنين وكأنهما وجهان لعملة واحدة، وذلك كله في المطلب الأول.

أما المطلب الثاني فسوف ننخضة لبيان أوجه الشبه والاختلاف بين تحول القرار الإداري الباطل وبين تفسير القرار وسحبه وتصحيحه. ثم المبحث الثالث والذي نتناول فيه آثار تحول القرار الإداري الباطل وكان لزاماً علينا قبل أن نغلق باب البحث ونسدل الستار على فكرة التحول أن نتعرض لمدى إمكانية تطبيق هذه الفكرة على العقود الإدارية، لذلك عرفنا العقد الإداري وشروطه، ثم نتناول كيفية تحوله إلى عقد آخر وظهر لنا إمكانية تحول العقد الخاص إلى عقد إداري وتحول العقد الخاص إلى قرار إداري وصعوبة تحول العقود الإدارية. وانتهى من بعد الدراسة المعروضة إلى إمكانية اعمال فكرة التحول على القرارات الإدارية الباطلة دون حرج ودون عائق في حين الأمر صعب التطبيق في مجال العقود الإدارية.

مقدمة

من المتعارف عليه أن العقد هو الصورة الشائعة للتصرف القانوني في مجال القانون الخاص، وهو يعتمد في وجوده على اتفاق إرادتين بشأن انشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء التزام معين، وفي مجال القانون الإداري يتخذ التصرف القانوني شكل الإرادة المنفردة ويقصد بذلك القرار الإداري، واما يتطلب الأمر توافر إرادتين وإن كانت أحدهما الأكثر تميزاً من الأخرى وهذا هو العقد الإداري.

وإذا كان القانون الخاص قد نظم بنصوص صريحة وقاطعة فكرة تحول التصرف القانوني - العقد - الباطل إلى عقد صحيح حماية لحقوق المتعاقدين فإنه كان من الواجب اعمال هذه الفكرة في مجال القانون العام، نظرا لما تحققه هذه الفكرة من مزايا عديدة تهدف إلى الصالح العام وحماية المراكز القانونية المستقرة وضمان استمرار سير المرافق العامة لذلك تولد لدينا الرغبة في محاولة إظهار فكرة التحول في القانون الخاص وتطبيقها على تصرفات الإدارة سواء الفردية أو العقدية.

أسباب اختيار الموضوع:

- ١- محاولة إيجاد وسيلة فعالة تعالج بها الإدارة أو القضاء الإداري ما شاب القرار الإداري أو العقد الإداري من عيوب قد تهوى به إلى الإلغاء أو البطلان بحسب الأحوال.
- ٢- إظهار اجتهاد شخصي لتصور كيفية إجراء التحول في التصرفات القانونية الباطلة ضمانا لاستمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

صعوبات البحث:

- ١- ندرة الكتابات الفقهية في هذه الموضوع حيث تكاد تكون المؤلفات المباشرة لا تتعدى ثلاث على الأكثر.
- ٢- قدم الأحكام القضائية الصادرة عن القاضي الإداري في هذا المجال رغم أنه قاضي إنشائي ولكنه مر على الموضوع سريعا دون أن يرسى له دعائمه.
- ٣- ان الاستعانة بفكرة التحول من القانون الخاص وتطبيقها في مجال القانون العام ليس بالأمر الهين لأنه لا بد للباحث أن يعيد تفصيل الثوب

على جسد الكائن الجديد ولا شك أن انشاء الثوب من البداية أهون وأسهل كثيراً من ادخال تعديلات عليه لكي يكون مناسب لغير صاحبه.

أهداف البحث:

يأمل الباحث من خلال بحثه أن يتحقق الآتي:

- ١- تقليل حالات الغاء القرار الإداري أو بطلان العقد الإداري.
- ٢- تصويب إرادة الإدارة من أجل ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيقاً للصالح العام.
- ٣- المحافظة على المراكز القانونية التي استقرت في ظل عمل قانوني غير صحيح.
- ٤- إظهار الفارق بين فكرة التحول وغيرها من وسائل تستخدمها الإدارة مثل تصحيح القرار وسحبه.
- ٥- التأكيد على قرينة الصحة في القرار الإداري.

تقسيم البحث:

رأينا أن نقسم البحث في فكرة تحول تصرفات الإدارة الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة إلى ثلاث مباحث يسبقها مبحث تمهيدي وذلك على النحو التالي:

- * مبحث تمهيدي بعنوان الأصل التاريخي لفكرة التحول في التصرفات القانونية.
 - * مبحث أول شروط وطرق تحول القرار الإداري.
 - * مبحث ثان طبيعة التحول وعلاقته بالأنظمة المشابهة.
 - * مبحث ثالث آثار تحول القرار الإداري الباطل ومدى إعمال فكرة التحول على العقد الإداري.
- وقمنا بتقسيم كل مبحث إلى مطلبين، وكل مطلب إلى ثلاث فروع.

مبحث تمهيدي

الأصل التاريخي لفكرة التحول في التصرفات القانونية

لقد تناول الفقه في مجال القانون الخاص وفي التشريعات الوضعية بيان المقصود بالتصرف القانوني حيث ذهب البعض^(١) إلى أن التصرف القانوني هو (إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء الحق أو تعديله أو إنهاؤه).

كما عرفه آخرون بأنه^(٢) (التعبير عن إرادة خاصة تتجه إلى تحقيق نتيجة قانونية تتم حسب النظام القانوني المعمول به).

والبعض الآخر^(٣) عرفه بأنه (تعبير إرادي عن النية يرتب عليه القانون الآثار التي يرى أنها لازمة لتحقيق هذه النية في الشكل القانوني المطلوب).

وعرفه فريق رابع بأنه (.... عمل جوهره الإرادة يتم بقصد أن ينتج آثار قانونية وتسيطر الإرادة على طبيعة وحدود تلك الآثار....)^(٤).

من خلال هذه التعريفات السابقة يتضح أن التصرف القانوني يقوم على العناصر الآتية:

١- الإرادة:

هي المحرك الرئيسي نحو الأعمال التي يقوم بها صاحبها من أجل تحقيق هدف معين وهذا العنصر هو معيار التفرقة بين التصرف القانوني وبين الواقعة القانونية.

إذ أن الوقائع القانونية يرتب عليها القانون آثاراً بصرف النظر عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى ترتيب تلك الآثار من عدمه^(٥).

٢- إحداث أثر قانوني معين:

(١) د/ عبد الحكم فوده (البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة) طبعة ١٩٩٣، ص ٧١.

(٢) د/ حسن كيرة (المدخل إلى القانون) طبعة ١٩٧١، ص ٧٢٦.

(٣) د/ عبد الحى حجازى (موجز عن النظرية العامة للإلتزام) الجزء الأول، طبعة ١٩٥٥، ص ٣٠.

(٤) د/ حسام الدين كامل الاهواني، مصادر الإلتزام، بدون سنة نشر، ص ١٢.

(٥) د/ حسام الاهواني، المرجع السابق، ص (١٢).

لابد أن تتجه إرادة المتصرف إلى تحقيق هدف معين قد يتمثل هذا الهدف في إنشاء مركز قانوني معين أو تعديله أو إنهاؤه.

وبإنزال هذه العناصر على النصوص التشريعية المعمول بها في مجال القانون الخاص نجد أنها ترتبط بفكرة (العقد) وهو (إتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين وفق القواعد القانونية المعمول بها)^(١).

ولقد أنصب اهتمام الفقه والمشرع بشأن النصوص المكتوبة على العقد باعتباره الصورة الأولى والأساسية للتصرفات القانونية وخاصة مصادر الإلتزام رغم تعدد هذه المصادر في القانون المدني والتي تبدأ بالعقد ثم الإرادة المنفردة ثم العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وأخيراً القانون إلا أن أهم المصادر وأكثرها شيوعاً في العمل هو العقد.

ولقد نظم المشرع المدني حالات التعبير عن الإرادة وشروط صحتها وأثار تخلفها ومتى ينعقد العقد صحيحاً ويرتب آثاره وذلك في نصوص واضحة لا يحتاج تطبيقها إلى جهد تفسيري أو تباين في وجهات النظر.

وبملاحظة أن التصرف القانوني يعتمد في وجوده على الإرادة والتي لم يشترط المشرع المدني ولا فقه القانون الخاص أن تقابلها إرادة مطابقة لها إلا في مجال العقد بدليل اعتراف المشرع المدني بالإرادة المنفردة مثل الهبة والوصية فهي تصرفات يطلق عليها مجازاً أسم (العقد) لكنها تقوم بإرادة منفردة، ولا شك أن اعتماد التصرف القانوني على الإرادة المنفردة هو جزء أساسي من تعريف القرار الإداري حيث استقرت أحكام محاكم مجلس الدولة على بيان المقصود بالقرار الإداري بأنه (...إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء المصلحة العامة....)^(١).

من هذا التعريف يتضح أن التصرف في مجال القانون الإداري يظهر جلياً في القرار الإداري ولا يمنع ذلك أيضاً من أهمية دور الإرادة في العقد

(١) المادة (٨٩) من القانون المدني المصري الحالي رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ١٢ق، عليا، بجلسة

١٩٦٧/٩/٢.

الإداري لكن بشكل مغاير للإرادة في عقود القانون الخاص، وذلك على النحو الذي سيرد ذكره.

وبما أن التصرفات القانونية في القانون الخاص والتي تشمل العقد وفي القانون الإداري والتي تشمل القرار الإداري يفترض فيها الصحة حتى يثبت العكس، فإذا شاب أي من هذه التصرفات عيب أثر فيها ولكن لم يهـو بها إلى الإنعدام حيث يظل التصرف قائم لكن بشكل مغاير ويمكن تنفيذه إذا اتجهت الإرادة إلى الشكل الجديد أو الهدف الممكن تحقيقه بعد إزالة هذا العوار إن أمكن وهذا من وجهة نظرنا هو (تحول التصرف المعيب إلى تصرف جديد صحيح) وجب إعماله وليس إهماله إذ أن مالا يأخذ كله لا يترك كله إذا كان المتبقى كافي لترتيب آثار جديدة يهدف إليها أصحاب الإرادة سواء اتخذت صورة العقد في القانون الخاص أو صورة القرار الإداري في القانون الإداري.

ونظراً لأن القانون الإداري قانون غير مقنن وأن القانون المدني هو الأقدم منه وجوداً وهو الأصل والشريعة العامة وأن القاضي الإداري يتمتع بالدور الإنشائي لذلك فإنه كثيراً ما اتجه نحو القواعد العامة في القانون المدني وأخذ منها وعدل فيها بما يتلاءم مع طبيعة عمل القاضي الإداري وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا بقولها (.....) إن روابط القانون الخاص تختلف عن روابط القانون العام وأن قواعد القانون المدني قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص ولا تطبق وجوباً على روابط القانون العام إلا إذا وجد نص خاص يقضى بذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية وإنما تكون له الحرية والاستقلال في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام بين الإدارة في قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها وله أن يطرحها وإن كانت غير ملائمة كما أن له أن يطورها حتى تتحقق الملائمة ومن هنا يفترق القانون الإداري عن القانون المدني.... ويتميز القضاء الإداري عن القضاء المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدماً بل هو على الأغلب قضاء إنشائي.....)^(١)

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٥٦/٦/٢ في الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٢ق، عليا، حكمها الصادر في الطعن رقم ٤٢٨٩ لسنة ٣٧ق، عليا، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٨.

والملاحظ أن القاضي الإداري يطبق كثيراً أحكام القانون المدني كلما تطلب النزاع ذلك^(٢). لذلك فإن فكرة التحول في القرار الإداري والتي نعتبرها من وجهة نظرنا المتواضعة هي حل أمثل لمعالجة ما شاب القرار الإداري من عيوب بدلاً من القضاء بالغاؤها، أو إتجاه الإدارة نحو سحبه فإن ذلك يتطلب البحث عن الربط بين تحول التصرف القانوني في مجال القانون الخاص إمتداداً إلى التصرف القانوني في مجال القانون الإداري، ولا شك أن البحث في موضوع معين يتطلب إطلاقة سريعة على أصله التاريخي لبيان مراحل تطوره والأساس القانوني له ، لذلك قسمنا المبحث التمهيدي إلى مطلبين خصصنا الأول للبحث عن ماهية التحول في القوانين الوضعية والفقهاء الإسلامي مروراً بالعصور القديمة ثم كان المطلب الثاني من نصيب بيان الأساس القانوني لفكرة التحول وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

فكرة التحول في العصور القديمة والفقهاء الإسلامي والقوانين الوضعية

نقسم هذا المطلب إلى فروع ثلاث، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

فكرة التحول في العصور القديمة

نقصر الحديث في هذا الفرع على أساس نشأة القوانين الوضعية الحديثة والتي استمدت جذورها من القانون الروماني والذي يعد المصدر الأول للقانون الفرنسي وتعتبر كتابات الفقهاء في هذا العصر مرجع علمي أساسي لكل القوانين التي نشأت مستقلة عن القانون الروماني أو حسب ما

(٢) حكم القضاء الإداري الصادر في الطعن رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ق، جلسة ٢٠١٠/٦/٢٢ ، غير منشور، وحكم التمييز الكويتية في الأحكام الإدارية في الطعن رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠٦ ، جلسة ٢٠٠٦/١١/٦ .

قرره الفقه من أن القانون الأخير أصبح هو عماد الدراسات القانونية في أوروبا بل وفي العالم المتمدن كله^(١).

وإذا كان العقد هو أعظم نماذج التصرفات القانونية على مر العصور فإن مفهوم العقد لم يعرف عند الرومان إلا في القرن السادس الميلادي، حيث بدأ التفكير فيه على أنه مصدر من مصادر الإلتزام^(٢)، وبدأ ظهور قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) والمعمول بها حتى الآن تشريعياً وقضائياً وفقهياً إلى جانب ظهور قاعدة أخرى تقول (أن الإرادة هي الأم التي تلد العقد)^(٣).

وبما أن العقد تظهر فيه بجلاء فكرة الإرادة بدأ الرومان البحث عن ما يعرف بعيوب الرضا والمتمثلة في (الغلط والتدلس والإكراه) وما يترتب عليها من آثار إما أن تكون بطلان التصرف أو أعدامه، لذلك بدأ التفكير حول هل كل عيب يلحق بالتصرف يهدره بالكامل أم أنه يمكن اقتطاع الجزء المعيب والإبقاء على باقي عناصر التصرف القانوني برغم أنها قد تأخذ شكل تصرف قانوني جديد لا بأس من العمل به بهدف التغلب على عيوب الرضا قدر المستطاع والإبقاء على التصرفات القانونية إذا تولدت في شكلها الجديد بناء على إرادة صحيحة وهذه هي (فكرة التحول)^(٤).

وبالفعل يضرب فقهاء تاريخ القانون أمثلة من تطبيق الرومان لفكرة التحول في التصرفات القانونية منها فكرة تحول الإلتزام الطبيعي الذي لا يستند إلى جزاء إلى الإلتزام مدني إذا أقر المدين بالوفاء بدين موجود في ذمته عند أجل معين فقد يكون بداية التزامه طبيعي لكنه إذا أكد التزامه أصبح التزام مدني يترتب عليه جزاء إذا لم يوف به وهذا معناه أن المدين في بداية الأمر ربطته بالدائن علاقة مديونية مثل التزام الأخ بالإنفاق على أخوته فهو التزام طبيعي وبالتالي فإن عدم الوفاء به لا يترتب مسؤولية هذا الأخير، أما إذا أقر هذا الأخ بالوفاء بهذا الإلتزام أصبح التزام مدني يجب الوفاء به، وهذا يأخذ صورة

(١) د/ صوفى أبو طالب (تاريخ النظم القانونية والاجتماعية) دار النهضة العربية طبعة ١٩٧٧، ص ١٤، ١٥، د/ عبد المنعم البدر اوى (تاريخ القانون الروماني) طبعة ١٩٨٩ بدون دار نشر، ص ١١.

(٢) د/ محمود السقا (فلسفة القانون الروماني) طبعة ١٩٨٠، ص ٥٢.

(٣) د/ فتحي المرصفاوى (شريعة الرومان) طبعة ١٩٨٥، ص ١٨.

(٤) د/ صوفى أبو طالب، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

التحول في الإلتزامات، إلا أن بعض الفقه^(٥) يرى أن هذا التصرف لا يعد تحول لأن الإلتزام الأصلي نشأ بنية مغايرة لنشأة الإلتزام الجديد ، كما أن الإلتزام الاصلي لم يكن باطلاً حتى يتحول باقي عناصره إلى تكوين التزام جديد.

ونحن نرى أن التحول من شروطه كما سيتضح فيما بعد بطلان التصرف الأول وبعد اقتطاع الجزء الباطل يتحول ما بقي من عناصر التصرف الأول في شكلها الصحيح مكونة لتصرف جديد، إلا أن هذا البطلان ليس هو الشرط الوحيد فإذا كان التزام المدين طبيعى لكنه أقر والتزام به في شكله المدني فإن ذات الإلتزام تحول من التزام دون مسئولية إلى إلتزام يعرض المدين في حالة عدم الوفاء به إلى الجزاء المناسب أي أنه التزام واحد تبدل من حال الخفيف إلى حال التشديد وهذا تحول بلا شك.

كما عرف الرومان نظام (التحول الإجرائي) بمعنى أن العمل الإجرائي القضائي الباطل يمكن تحويله إلى عمل إجرائي صحيح ومثال ذلك الإشهاد على الخصومة حيث كانت الخصومة عند الرومان تمر بمرحلتين الأولى أمام الحاكم القضائي أو ما يعرف باسم (البريتور) والأخرى أمام القاضي، ولقد كانت الشهادة على الخصومة أمام الحاكم القضائي تتم عن طريق الكتابة التي يقدمها أصحاب الشأن وتم استبدالها عن طريق قيام الحاكم بصياغة ادعاءات في عبارات معينة يرسل بها إلى القاضي وبالتالي أصبح الإشهاد على الخصومة يمكن الدائن من استبدال علاقة جديدة بعلاقة أخرى^(١).

ومن ثم فإن الدعوى المدنية عند الرومان كانت تتطلب توافر شروط وصفات معينة فإذا تخلف أحد هذه الشروط أو الصفات فإن الحاكم القضائي (البريتور) كان يلجئ إلى فكرة (افتراض توافر الشرط أو الصفة)^(٢).

كما ظهر لدى الرومان (فكرة تحويل الحكم القضائي) ذاته بمعنى أن تكون الدعوى القضائية منعقدة بين اطرافها ولكن الحكم الصادر فيها يتعلق بشخص آخر خارج الخصومة ومثال ذلك التصرفات القانونية التي يقوم بها

(٥) د/ عبد المجيد الحفناوى (تاريخ نظام التجديد في القانون الروماني) مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية ، السنة ١٤ ١٩٦٩ العدد الأول والثاني ، ص ٦٦ وما بعدها.

(١) د/ فتحي المرصفاوى (المرجع السابق) ص ١٠٥.

(٢) د/ عمر ممدوح مصطفى (القانون الروماني) طبعة ١٩٦٦، ص ١٠٣.

الأبناء والرقيق باعتبارهم تابعين لرب الأسرة كانت تلزمهم هم بالرغم من أن المستفيد منها رب الأسرة من هنا بدأ التفكير في أن يصدر الحكم ضد رب الأسرة مباشرة حتى وأن لم يمثل في الدعوى ولا شك أن ذلك يدخل ضمن فكرة التحول والتي تهدف إلى التخفيف من قسوة القانون المدني الروماني^(٣).

الفرع الثاني

فكرة التحول في الفقه الإسلامي

يشير الفقه الإسلامي^(٤)، إلى أن الشريعة الإسلامية عرفت نظام تحول التصرف وأقامته على أساس موضوعي تأسيساً على أن النتائج المترتبة على التصرفات القانونية الباطلة مقررة بحكم من الشارع وليس اعتماداً على مبدأ سلطان الإرادة ، فالإرادة عند الفقه الإسلامي تنشأ فقط التصرف (العقد) أما أحكام العقد وأثاره تكون من الشارع وليس من العاقد، أي أن أعمال التصرف الباطل والاستفادة منه ضمن الحدود لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة والانصاف يجوز شرعاً العمل بها وهذه فكرة التحول.

ولقد طبق الفقه الإسلامي نظام التحول في الكثير من التصرفات منها أن الزواج الباطل ليس له وجود شرعي بمعنى أنه فقد أركان صحته ومن ثم يجب إنهاء العمل به والتفريق بين الزوجين ، ولكن ما حكم الأبناء ونتاج هذا الزواج؟؟ وما هو مصير المهر وتطلب العدة؟؟ كلها موضوعات تؤكد على أن هذا الزواج ليس موجوداً شرعاً لكنه قائم فعلياً بدليل الاعتراف بثبوت النسب الناتج عن هذا الزواج، واستحقاق المرأة للصداق المتفق عليه وتطلب العدة حتى يمكن أن تتكح من زوج آخر وهذا دليل صحيح على أن الفقه الإسلامي أخذ بفكرة التحول.

كذلك اعترف الفقه الإسلامي ومن بعده القانون الوضعي بأن تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية والتي حدد الشرع نصيبها في

(٣) د/ محمد بدر (تاريخ النظم القانونية) طبعة ١٩٧٨، ص ١٠١، د/محمد على الصافورى (النظم القانونية القديمة لدى اليهود والإغريق والرومان) طبعة ١٩٩٦، ص ٧٥.

(٤) الشيخ/ محمد أبو زهره (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية) الطبعة الأولى، سنة ١٩٣٩، ص ٢١٦، ٢١٧.

التركة بالثلث وهذا تحويل لتصرف باطل وإظهاره في شكل تصرف صحيح^(١).

الفرع الثالث

التحول في القوانين الوضعية

أولاً: التحول في القانون الخاص:

لقد نص القانون المدني المصري^(٢) على أنه (إذا كان العقد باطلاً أو قابل للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيح باعتبارها العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد).

الحقيقة أن هذا النص يشير إلى فكرة انتقاص العقد وإن كانت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أشارت إلى أن فكرة تحويل العقد أكثر دقة من فكرة الانتقاص بدليل أن القاضي تحل إرادته محل إرادة المتعاقدين ويقوم بتحويل العقد الأصلي الباطل أو القابل للبطلان إلى عقد جديد صحيح يلزم أطرافه شريطة اكتمال أركان هذا العقد^(٣)، وذلك على النحو الذي سيرد ذكره عند الحديث عن تحول العقد الإداري.

وبالإطلاع على القانون المدني الفرنسي لا توجد ثمة نصوص تشير صراحة إلى فكرة التحول إلا أن هذه الفكرة وجدت تطبيقاً لها حيث اعتبرت القسمة النهائية للمال الشائع إذا وقعت باطلة يمكن تحويلها إلى قسمة مؤقتة أو قسمة مهياًة^(٤).

كذلك تحول الكمبيالات غير الصحيحة إلى سندات عادية إذا كانت مستوفية لشروط هذه السندات الجديدة^(٥).

(١) د/ محمد كامل مرسى (تصرفات المريض مرض الموت) مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، الطبعة الثامنة سنة ١٩٣٨، ص ٣٠١.

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، المادة ١٤٤، والتي تقابل المادة ١٩١ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، والتي تقابل المادة ١٢٣ من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١.

(٣) د/ عبد الحى حجازي، المرجع السابق، ص ٣٣٨، ٣٣٩.

(٤) المادة (٤٨٠) مدني فرنسي.

(٥) د/ رمزي طه الشاعر (تدرج البطلان في القرارات الإدارية)، ص ٤٢٤.

يتضح مما سبق أن شروط أعمال التحول في القانون الخاص بصفة عامة تتمثل في الآتي:

١- بطلان العقد الأصلي:

يجب حتى يمكن إجراء التحول أن يكون التصرف الأصل باطلاً لأن التصرف الصحيح لا يتحول إلى تصرف آخر حتى ولو كان أطرافه يفضلون التحول إلى التصرف الجديد بمعنى أن عقد الهبة أو الوصية إذا صدر صحيح لا يصح تحوله إلى عقد آخر^(١)، ويجب أن يكون هذا البطلان مصاحباً لنشأة العقد بمعنى أن العقد لو نشأ صحيحاً ثم ثبت بطلانه فإن ذلك لا يتطلب التحول لأن إرادة المتعاقدين منذ البداية إتجهت إلى عقد صحيح ونشأ بالفعل ومن ثم إذا فقد أحد المتعاقدين أهليته للتعاقد بعد إبرام التصرف الصحيح فإن هذا العقد لا يصح التعويل عليه بأنه أساس للتحول.

ويرى الفقه^(٢) أن فكرة التحول تتطلب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بالكامل أو قابلاً للإبطال أما إذا كان التصرف الأصلي باطلاً في شق منه فإن ذلك يتطلب انقاص العقد وليس تحويله، ويتجه أنصار هذا الرأي إلى أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح لا يتم تحويله قبل أن يقضي ببطلانه لأن التحول قاصر على التصرفات الباطلة وهناك من أكد على إمكانية تحول العقد القابل للبطلان حتى ولو لم يحكم ببطلانه^(٣).

ونحن نميل إلى أن هذا العقد لا يجوز تحويله إذ أنه موجود ويرتب آثاره لأن قابلية العقد للإبطال تعني أن ما شاب العقد هو عيب يرتب البطلان النسبي وهو بطلان مقرر لمصلحة من توافر له الحق في التمسك به وبالتالي إذا لم يتمسك به فإن العقد يفترض أنه صحيح ولا يتحول، أما إذا قضى ببطلانه فإن الأثر المترتب على ذلك إمكانية تحوله إذا توافرت باقي الشروط اللازمة لوجود عقد جديد.

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام) طبعة ١٩٨١، ص ٦٦١.

(٢) د/ عبد السودود يحيى (الموجز في النظرية العامة للإلتزامات) القسم الأول، مصادر الإلتزام، سنة ١٩٧٠، ص ١٤٠.

(٣) د/ عبد الحى حجازي، المرجع السابق، ص ٣١٥.

٢- اتجاه إرادة أطراف العقد الباطل إلى العقد الجديد:

يعتبر التحول بمثابة حيلة قانونية ترتب بعض الآثار على العقد الباطل من أجل إنقاذ العقد وبهدف استقرار الأوضاع والمعاملات عن طريق توفير أداة قانونية صحيحة تؤدي إلى الهدف الذي قصده المتعاقدان من وراء عقدهم الأصلي، لذلك فإن هذا التحايل يشترط فيه أن يكون المتعاقدان ليسوا على علم بأن عقدهم الأصلي باطل حيث لا يصح أن يتولد لدى الشخص أرادتان في ذات الوقت الإرادة الأولى حقيقية وتهدف إلى العقد الأصلي الباطل أو القابل للإبطال وأخرى احتياطية في ذات الوقت تتجه إلى العقد الجديد وإنما الأمر يشير إلى أن هناك إرادة حقيقية بالفعل هي إرادة التصرف الأصلي وأنه لإعمال التصرف الجديد تفترض أن لدى أطرافه إرادة قبول الأخذ به متى تقرر بطلان التصرف الأصلي وهو ما أكدته الفقه بقوله (أنه يجب أن تتصرف إرادة المتعاقدين "المحتملة" إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي وليس معنى ذلك أن إرادة المتعاقدين بشأن التصرف الأخير إرادة حقيقية وإنما هي إرادة يفترض وجودها إذا كان المتعاقدان علموا بأن تصرفهم الأصلي باطل لذلك فإن القاضي يعتبر التصرف الأصلي بمثابة واقعة مادية ويستخلص منها الإرادة المحتملة للعاقدين والمتجهة نحو التصرف الصحيح الجديد)^(١)، ومن ثم فلا يصح التحول إذا كانت نية المتعاقدين من البداية اتجهت نحو قبول العقد الجديد إذا قضي ببطلان العقد الأول^(٢)، أي أن إرادة التحول هي إرادة افتراضية يبحث عنها القاضي.

٣- أن يولد التصرف القانوني الجديد من التصرف الباطل:

يجب أن يكون التصرف الجديد قائماً على باقي العناصر الموجودة من التصرف القديم ولكن يشترط أن يكون التصرف الجديد مختلف عن التصرف الأول الباطل من حيث المضمون والآثار وأن كانوا متفقين في الكثير من العناصر، ومن ثم يمتنع التحول إذا لم تتوافر العناصر الأساسية التي يتطلبها النظام القانوني لصحة التصرف الجديد حيث أشترط القانون المدني لتحول العقد الباطل أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت ستتجه إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما علموا منذ

(١) د/ عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٢) د/ شفيق شحاته (نظرية الإلتزام) طبعة ١٩٦٨، ص ١٨٩.

البداية بأن العقد الأصلي باطل أو قابل للإبطال، وبالتالي إذا تبين للقاضي أن نية المتعاقدين لم تكن تتجه إلى العقد الجديد حتى وأن علموا ببطلان العقد الأصلي نظراً لاختلاف الغرض بين التصرفين أو لاختلاف نظامهم القانوني أو لأي سبب آخر فإن ذلك يمنع من تحول العقد الأصلي الباطل إلى عقد صحيح سليم وهو ما أشارت إليه قديماً محكمة النقض المصرية بقولها أنه (.....) إذا كان عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد انصرفت إلى الارتباط به فإن عقد التحكيم متى قام به سبب من أسباب البطلان لا يمكن أن يتحول إلى عقد آخر ملزم للمتعاقدين لأن أطراف التحكيم لم يقبلوا بموجب عقد التحكيم إلا الالتزام بالحكم الذي يصدره المحكم وبالتالي إذا لم يصدر هذا الحكم يتحلل أطراف عقد التحكيم من مشاركة التحكيم.....^(٣).

ويؤكد الفقه (٢) على عدم إمكانية التحول إذا كان التصرف الجديد يتطلب عناصر أشد من عناصر التصرف الباطل مثل اشتراط الرسمية في العقود برغم أن التصرف الأصلي يكفي فيه الرضائية أو حتى الكتابة للإثبات وليس للانعقاد لذلك لا يصح التحول في مثل هذه الحالة.

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بمجمل الشروط السابقة للتحول حيث جاء حكمها السالف الإشارة إليه متضمناً أنه (يشترط لتحول العقد الباطل إلى عقد آخر أن تتوافر فيه أركان عقد آخر صحيح وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما علما ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان)^(٤).

(٣) حكم محكمة النقض المصرية الصادر بجلسة ١١/٢٨/١٩٦٨ ، مجموعة أحكام المكتب الفني السنة ١٩ القاعدة رقم ٢١٦ ، ص ١٤٢٠ . وحكمها الصادر في الطعن رقم ٢٩١١ لسنة ٥٩ق، جلسة ٤/١٣/١٩٩٤ .

(٢) د/ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، طبعة ١٩٩١ ، ص ٤٤٦ وما بعدها .

(٤) حكم النقض الصادر في الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٥ق، جلسة ١/٢٩/١٩٧٠ ، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٥٠ق، جلسة ١١/٢٤/١٩٨٢ ، وحكمها غير المنشور ، الصادر في الطعن رقم ٦٠٢ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٢/١٢/١٩٩٤ ، وحكم النقض الصادر في الطعن رقم ٢٩٦ ، لسنة ٦٥ق، جلسة ٦/٢٣/١٩٩٧ ، وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠٠٢ ، ص ١٩/٤/٢٠٠٣ ، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٣٢٥ ، لسنة ٢٠٠٢ ، جلسة ٦/١٤/٢٠٠٤ .

ثانياً: التحول في القانون الإداري:

بعد أن انتهينا من الاعتراف بفكرة التحول في القانون الخاص والذي أصبح من النظم القانونية المعمول بها والتي أكدتها النصوص التشريعية والآراء الفقهية وأحكام القضاء إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة وحماية للمصلحة الفردية وهي مصلحة المتعاقدين فإن ذلك يكون من باب أولى واجب الأعمال في مجال القانون الإداري تطبيقاً للمصلحة العامة من جهة وحماية للمتعاملين مع الإدارة من جهة أخرى خاصة وأن الإدارة تتميز في تصرفاتها القانونية الفردية والعقدية بسلطات شبه مطلقة الأمر الذي يلزم معه تقييد مجال البطلان أو على الأقل تخفيف أثره عن طريق إعمال فكرة التحول، خاصة وأن القاضي الإداري يبحث في أحكامه عن القواعد القانونية واجبة التطبيق والتي قد يستمدّها من القانون المدني أو غيره من القوانين ويدخل عليها من التعديلات التي تواكب النزاع الإداري حتى يصل بذلك إلى فض النزاع المعروض عليه وبالتالي فإن القاضي الإداري غير ملزم بتطبيق أحكام القانون المدني لكنه إذا اعتق مبدأ أو حكم لنص مدني أصبح هذا الاعتناق ملزم ولو أدبياً لأن القاضي الإداري سطره وأورده في أحكامه، ومن ثم فإن إجازة التحول في القانون الإداري هو بمثابة وسيلة لإنقاذ الإرادة من البطلان وهذا أمر تفرضه الضرورات إذ أن تجاهل الإرادة يجعلها والعدم سواء، كما أن المبادئ الأساسية المتعلقة بالقاعدة القانونية وبال حقوق تعد واحدة في مجال القانون الخاص والعام لأن هذه المبادئ في الحقيقة هي تطبيق فعلي لمبدأ سيادة القانون في ذاته ومن ثم لا يقتصر تطبيقها على فرع من فروع القانون دون الأخرى إلا إذا كانت طبيعة العلاقة تتطلب استبعاد تطبيق هذه القاعدة^(٢).

المطلب الثاني

الأساس القانوني لفكرة التحول

أشرنا في المطلب الأول إلى الاعتراف التشريعي بفكرة التحول في القانون المدني وأن الخلاف الفقهي لم يخرج عن إعمال الفكرة والأخذ بها ،

(٢) د/ محمود حافظ (القضاء الإداري) طبعة ١٩٧٩، ص ٤٠، د/ رمزي طه الشاعر (الرسالة السابقة) ص ٤٣٠، د/ سعاد الشرقاوي (الوجيز في القضاء الإداري) الجزء الأول، طبعة ١٩٨١، ص (٢٤، ٢٥).

أما تطبيق هذه الفكرة أو الاستعانة بها لمحاولة إدخالها ضمن أعمال القاضي الإداري كانت مثار خلاف بين الفقهاء^(٣) لعدم تقنين القانون الإداري ومن ثم ظهر من يؤيد فكرة التحول ويدعم الأخذ بها وعلى الجانب الآخر ظهر من يرفض العمل بالفكرة ولكل فريق حججه التي قد تتفق أو تختلف معها، كما أن الفريق الذي يميل إلى أعمال الفكرة دون تجاهلها قد اختلفوا فيما بينهم بشأن الأساس القانوني لفكرة التحول لذلك نقسم هذا المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول

المعارضون لفكرة التحول

يستند المعارضون لفكرة التحول إلى العديد من الحجج والمتمثلة في الآتي:

- ١- أن القانون الإداري قانون غير مقنن ومن ثم لا توجد نصوص صريحة أو حتى إشارة ضمنية إلى إمكانية أعمال هذه الفكرة وذلك على عكس القانون المدني الذي أشار صراحة إلى أعمال فكرة التحول.
- ٢- افتراض قرينة الصحة في القرار الإداري وذلك لأن إصدار هذا القرار يتطلب التأكد من توافر جميع أركانه والتي تؤكد سلامته من العيوب.
- ٣- إن آثار القرار الإداري قد لا تقتصر فقط على من وجه إليه القرار وإنما قد تؤثر سلباً على آخرين تولدت لهم حقوق نتيجة القرار الباطل.
- ٤- قد يؤدي التحول في القرار الإداري إلى تحميل الموجه إليه القرار بالتزامات وأعباء جديدة يفرضها عليه القرار الجديد مما قد يؤثر سلباً عليه.
- ٥- إن الأخذ بفكرة التحول قد تشجع الإدارة على عدم مراعاة ضمانات إصدار القرار الإداري والتي من المفترض توافرها قبل إصداره وهذا من شأنه تشجيع الإدارة على الإهمال وبالتالي تقديم النشاط الإداري بشكل سيء تشوبه الكثير من المخالفات الإدارية.

(٣) د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٣١.

الفرع الثاني

المؤيدون لفكرة التحول

إن حجج المؤيدين لفكرة التحول تمثلت في التعليقات على حجج المعارضين لإثبات عدم صحتها وذلك على النحو التالي:

١- إن عدم وجود نصوص صريحة أو حتى نصوص تشير ضمناً إلى فكرة التحول في مجال القانون العام غير موجودة على عكس المعمول به في القانون المدني وهذا مردود عليه بأن طبيعة القانون الإداري تختلف تماماً عن طبيعة القانون المدني وذلك لأن القاضي الإداري لا يعتمد في عمله - في الكثير من الحالات - على نصوص تشريعية مكتوبة فهو كما سبق القول قاض إنشائي يبتدع الحلول القانونية المناسبة للمنازعات المعروضة عليه بالإضافة إلى خلق قواعد تضمن سير المرافق العامة وعدم توقفها، الأمر الذي يؤكد اختلاف دور القاضي الإداري عن القاضي العادي والذي يطلق على الأخير أنه قاضي تطبيقي وليس إنشائي، وبما أن مرفق القضاء الإداري يعمل ويرسى من المبادئ والأحكام ما يضمن سلامة العمل الإداري واستقرار المراكز القانونية واحترام الإدارة لمصادر المشروعية وحماية الحقوق والحريات فإن دور القاضي الإداري الملموس في المجالات السابقة وغيرها يؤكد على أن عدم وجود نصوص مكتوبة وأن كان يصعب عمل القاضي الإداري لكنه لا يعيق دوره الأمر الذي يؤكد على أن الأخذ بفكرة التحول جائز بل هي الأقرب لعمل القاضي الإداري الذي يستعين كلما أمكن له بنظريات القانون المدني وإدخال ما يراه عليها من تعديلات تلائم العمل الإداري(١).

٢- إن القول بعدم الأخذ بفكرة التحول تأسيساً على أن القرارات الإدارية محاطة بكثير من الضمانات التي تؤكد سلامتها منذ إصدارها فإن هذا القول مردود عليه بأن قرينة الصحة يمكن إعمالها على القرار الإداري الباطل ، أما القرار الإداري المعدوم فهو عمل يفقد كل صفة

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي (القضاء الإداري ومجلس الدولة) الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٩، ص ٦٤٢.

إدارية له ويصبح والعدم سواء وبالتالي فإن من الأفضل لجهة الإدارة أن تأخذ بفكرة التحول حتى يمكنها أن تقلل من فرص إعمال البطلان وبالتحول تستطيع الإدارة أن تحقق أهدافها التي كانت تنتج إرادتها إلى تحقيقها منذ إصدار القرار الإداري^(١)، كما أن احاطه القرار الإداري بالعديد من الضمانات التي من شأنها الابتعاد قدر المستطاع عن فكرة عيوب القرار الإداري تجعل إعمال هذه الفكرة في مجال القانون العام أولى من إعمالها في مجال القانون الخاص ، إذ أن هدف القانون العام هو إشباع الحاجات العامة وأن القرارات الإدارية أولى في الحماية لتحقيق هذه المصلحة^(٢).

-٣

أن استناد المعارضين لفكرة أن آثار القرارات الإدارية قد تمتد إلى غير المخاطبين بها ومن ثم لا يصح الأخذ بفكرة التحول مردود عليه بأن القصد من إصدار القرار الإداري هو إحداث أثر قانوني معين (إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديل حالة قائمة أو إلغائها) في المركز القانوني للمكلف بالقرار الإداري دون الغير، أي أن الأثر القانوني للقرار ينصرف أصلاً ومباشرة إلى المكلف به دون غيره، مع ذلك لا ينفى أن يرتب القرار الإداري أثراً غير مباشراً في مواجهة الغير إلا أن هذا الأثر لا يسمح بالقول أن التحول يمس مصالحهم المشروعة ما دام هدف القرار لم يتغير ، فضلاً عن ذلك فإنه ليس للغير أن يتمسك بالبطلان ويستفيد منه، لأن في ذلك مخالفة لإرادة المشرع وإضرار للصالح العام ، كما أن الإدارة تستطيع بدون حاجة إلى التحول أن تصدر قراراً آخر تحقق به غرضها نفسه من القرار الباطل مع اتقاء العيوب التي أدت إلى بطلانه.

هذا بالإضافة إلى أنه يترتب على تحريم التحول ترتيب أثراً غير مباشر في المراكز القانونية للغير وهذا يؤدي إلى القول بعدم اكتساب القرار المعيب للحصانة بمرور المدة المحددة للطعن أمام القضاء، وأن في ذلك مخالفة صارخة لإرادة المشرع من شأنها إرباك النشاط الإداري، ولأن في تلك الحصانة ما يمس المصالح المشروعة للآخرين

(١) د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٣٤.

(٢) د/ سعاد الشراوى، المرجع السابق، ص ١٢.

التي نتجت عن بطلان القرار الإداري وربما يعترض على هذا التشبيه بالقول أن في استطاعة الغير ممن له مصلحة في ذلك أن يلجأ إلى القضاء ويطعن في القرار الإداري المعيب ويطلب إلغائه، فإن أهمل وجب عليه أن يتحمل نتيجة إهماله.

والواقع أن هذا الاعتراض لا يمكن قبوله، ذلك أن التحول هو الآخر يطبق في ظل رقابة القضاء إذا طبقتة الجهة الإدارية، أو يقرره القضاء مباشرة، وكل ذلك بعد اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية التي تؤمن علم الغير بالتحول وتكفله، مما يبيح له التدخل لدى الإدارة عن طريق التظلم الولائي أو الرئاسي من التحول، ومن ثم الطعن به أمام القضاء أن لم تستجب الإدارة للتظلم، أو التدخل مباشرة في الدعوى التي ينظرها القضاء الإداري لحماية مصالحه والدفاع عن حقوقه المشروعة التي رتبها القرار المذكور، وأن في ذلك ضماناً كبيرة لحماية حقوقه المشروعة، فإن لم يتدخل فيعد هذا تقصيراً من جانبه يسقط حقه في حماية مصالحه التي نتجت بطريق غير مباشر عن القرار المعيب.

فضلاً عما تقدم فإنه في غير القرارات الصادرة من جانب واحد، فإن عنصر الإرادة الافتراضية التي يقوم عليها التحول في نطاق بعض القرارات الإدارية لن تكون إرادة مصدر القرار وحده، بل إرادة المكلف به أيضاً، إذ هناك من القرارات الإدارية التي لا تقوم على إرادة منفردة من جانب الإدارة، بل يجب قبل إصدارها التشاور مع المكلفين بها.

وأخيراً فإن عند بطلان التصرف القانوني الصادر من جانب واحد في نطاق القانون الخاص، يمكن إعمال التحول مع أن إرادة صاحبه فقط هي التي تؤخذ في الاعتبار عند تكوين الإرادة الافتراضية بغض النظر عن الآثار التي تترتب عليه بالنسبة للغير، مع العلم أن آثار التحول في نطاق القانون الخاص لا تقتصر على أطرافه فحسب بل تمتد دون شك إلى الغير ولم يكن ذلك مانعاً من إجازة التحول^(١).

(١) د/ محمد عبد الله حمود (تحول القرار الإداري) رسالة دكتوراه، ٢٠٠١، ص ٣٤، ٣٥.

٤ -

من حجج المعارضين أن التحول يؤثر سلباً على المركز القانوني للمكلف بالقرار الإداري، إذ يمكن عن طريق التحول (وإرادة مصدر القرار هي التي تراعى وحدها عند تكوين الإرادة الافتراضية) أن يكون القرار الجديد مختلفاً عن القرار الباطل من حيث المضمون وأن اتحد معه في الغرض، مما يؤدي إلى أن يتحمل المكلف بالقرار الجديد التزامات أخرى غير ما أعلن به، وهذا ما يتعارض والغرض من إجازة التحول.

الحقيقة أن هذا الاعتراض يتجاهل عناصر التحول وشروطه، ومن أهم هذه الشروط شرط التوافق بين ا لقرار الباطل والقرار الجديد لا في الغرض فقط، بل في العناصر الأخرى أيضاً على النحو الذي سيرد تفصيله، لذلك فإن اختلاف المضمون على النحو الذي يؤدي إلى تسوء وزعزعة المركز القانوني للمكلف بالقرار الجديد لا يمكن أن يحصل، ذلك أن إجراء التحول مقيد بإجراءات قانونية وقضائية ومحاط بضمانات تكفل الحفاظ على المراكز القانونية التي نشأت عن القرار السابق بقدر كبير، وبذلك لا ينطوي القرار الجديد على مفاجأة بالنسبة للمكلف، وقد يكون القرار الجديد أكثر فائدة ونفعاً له من القرار السابق، ولذلك فإن مركزه القانوني لن يتضرر كثيراً من القرار الجديد، بل قد يكون فيه تحسين لمركزه بما يجعله أفضل مما كان عليه في القرار السابق.

إضافة إلى ما تقدم فإن هدف التحول في نطاق القانون الإداري يكون في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة التي تعلق على المصلحة الخاصة للأفراد وبذلك فإن إجازة التحول في نطاق هذا القانون له ما يبرره ويسنده أكثر مما هو عليه الحال في نطاق القانون الخاص، ولهذا فإن تحول القرار الإداري المعيب وارد جداً وأن تحمل المكلف به بعض الأضرار (١).

٥ -

من حجج المعارضين لفكرة التحول هو أن هذه الفكرة قد تشجع على إهمال الإدارة وعدم مراعاة ضمانات إصدار القرار الإداري

(١) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٣٦.

والاعتراض الأخير على أعمال التحول ينصب على أن إجازة التحول تكون ذات أثر سيء في النشاط الإداري، ويؤدي إلى إهمال الجهة الإدارية، إذ مما يزيد عناء الجهة الإدارية واهتمامها أن تدرك أن تصرفها يتعرض للبطلان إذا ما شابه عيب ولا يتحول إلى تصرف آخر، وبذلك يسوء النشاط الإداري وتكثر المخالفات الإدارية.

ويرد على هذا الاعتراض بأن التحول لا يؤدي إلى إهمال الإدارة وتكاسلها لأن أعماله يتم تحت رقابة القضاء أو من قبله، وبعد اتخاذ الإجراءات القضائية التي تكفل علانية الدعوى، مما يؤدي إلى التشهير بعيوب الإدارة وإهمالها الأمر الذي يضع الإدارة في موقف لا تحسد عليه أمام الأجهزة الإدارية العليا وأمام الرأي العام، فضلاً عن ذلك قد تنتزب على الإدارة المسؤولية القانونية بسبب تصرفها الباطل، وجملة هذه المحاذير قد تدفع الإدارة إلى العناية بتصرفاتها وبتفادي إصدار قرارات معيبة، وبذلك يكون

نظام التحول حافظاً للإدارة لكي تحرص في تصرفاتها ولا تتسرع في إصدار قرارات غير مشروعة حتى لا يظهر إهمالها وتقصيرها ولا تتعرض للمسؤولية القانونية.

إلى جانب أن الاعتراض المذكور قد ينطبق من باب أولى على سلطة الإدارة في سحب قراراتها الإدارية، أو إلغائها، ومع ذلك لا يوجد في الفقه الإداري عامة من يعارض فكرة سحب القرارات الإدارية في حدود معينة لذلك هناك من الفقه والقضاء من يطالب بعدم الأخذ بفكرة التحول مع أن آثار السحب والإلغاء قد تشكل خطراً على الحقوق المشروعة للأفراد أكثر مما هو عليه الأمر في مجال التحول، لا بل أن التحول قد يطال حتى القرارات المنعقدة كما سنرى فيما بعد، وبذلك يصبح التحول ضرورة ملجئة للإدارة لإعادة التوازن للنشاط الإداري الذي قد يختل بسبب كثرة القرارات المعيبة^(٢).

(٢) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٣٦، ٣٧.

الرأي الراجح:

بعد إلقاء نظرة سريعة على من يعارض ومن يؤيد أعمال فكرة التحول، فإننا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن الأخذ بهذه الفكرة تشجع على أن يولد من القرار الباطل قرار صحيح وهذا يستند إلى مبدئين:
أ- مبدأ أصولي يقضى بأن أعمال النص أفضل من إهماله.
ب- مبدأ تقتضيه مصلحة المرفق العام واستمرار قيامه بدوره في تحقيق المصلحة العامة وتقديم الخدمات للجمهور حيث يقتضى ذلك استقرار الأوضاع الإدارية^(١).

كما أن الحكم بإلغاء القرار الإداري الباطل دون أعمال فكرة التحول قد يسهم في إيجاد (فراغ إداري) حيث يترتب على الحكم بالإلغاء زوال القرار الإداري سواء كان فردياً أو تنظيمياً والذي كانت رغبة الإدارة من وراء إصداره هو تحقيق المصلحة العامة لكنها وقعت في عيب أصابه وكان مصيره الإلغاء، لذلك تتحمل الإدارة عبء إصدار قرار جديد غير الذي قضي بإلغائه بعد أن تتأكد من سلامة أركانه وخلوه من العيوب ولا شك في أن الفترة ما بين الحكم بإلغاء القرار الإداري وبين إصدار قرار إداري جديد من شأنه إحداث نوع من عدم الاستقرار بل يؤثر سلباً على المراكز القانونية التي نشأت بناء على القرار الباطل المحكوم بإلغائه، ولا شك أن مواجهة هذه المثالب من السهولة بمكان إذ تم الأخذ بفكرة التحول في القرارات الإدارية بحيث يصبح القرار الجديد المولود من القرار الباطل جاء متفقاً وأحكام القانون ومحققاً لأهداف الإدارة ومساهماً في استقرار النشاط الإداري لذلك فإن هذه الفكرة مؤيدة ومدعومة من غالبية الفقه الإداري.

الفرع الثالث

أسانيد التحول

أشرنا في نهاية الفرع السابق إلى أن هناك شبه إجماع على أعمال فكرة التحول في مجال القرار الإداري إلا أن المؤيدون لهذه الفكرة قد اختلفوا فيما بينهم حول سبب التحول وأسانيده وذلك على النحو التالي:

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

أولاً: التحول تأكيداً لاحترام الإدارة للقواعد القانونية:

يتميز النشاط الإداري بأنه يستهدف تحقيق المصلحة العامة أو النفع العام، وحتى تستطيع الإدارة تحقيق هذا الهدف، فإنه يكون منطقياً الاعتراف لها بمجموعة من الامتيازات والسلطات تتمتع بها في مواجهة الأفراد وترجح كفتها عليهم، وهي امتيازات تتسم بطابع السلطة العامة وبمقتضاها تستطيع الإدارة أن تلزم الأفراد بإرادتها المنفردة، وتصدر من جانبها قرارات إدارية تكون نافذة من تلقاء نفسها بدون حاجة إلى رضي الأفراد أو قبولهم، بل أنها تستطيع أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر - بالقوة - عند الضرورة وهو ما يتضمن تقييداً لحقوق الأفراد ومساساً أكيداً بحقوقهم وحياتهم^(٢).

غير أن تحقيق مهمة الإدارة الأنفة الذكر لا تنحصر في تلك الامتيازات والحقوق التي تجعل الإدارة في مركز أقوى وأسمى من مركز الأفراد الذين يتعاملون معها، بل تمتد لتشمل فوق ذلك ما يفرضه المشرع من قيود على حريتها في تحديد أساليب ممارسة نشاطها، وهذه القيود يقصد المشرع من ورائها الحد من حرية الإدارة وتحديد الطريق الذي يجب أن تسلكه بهدف تحقيق التوازن بين الامتيازات والسلطات الممنوحة لها وبين حقوق وحيات الأفراد.

وهكذا ظهرت الحاجة إلى فرض رقابة فعّالة على نشاط الإدارة حتى لا تتحرف عن حدود اختصاصها وغايتها، وذلك بإلزامها باحترام القوانين والخضوع لها في كل ما تقدم من أعمال وما تصدره من تصرفات على أساس من مبدأ المشروعية أو سيادة القانون.

وعلى أساس ذلك يجب على الإدارة أن تلتزم في إصدار قراراتها باحترام مبدأ المشروعية وهو المبدأ الذي يهيمن على جميع تصرفاتها، فإذا خالفته بالخروج عليه وجب عليها الرجوع في قراراتها المخالفة للقانون والعودة إلى نطاق المشروعية.

والنتيجة المنطقية لهذا المبدأ ان الإدارة حين يجب عليها أن تتقيد بأدئ ذي بدء بالقانون، فإنه يجب عليها من باب أولى إن هي خالفته - أن تحترمه -

(٢) DELAUBA DERE, A: Droit administrative, 1973, p.250.

د/ سامي جمال الدين (الرقابة على أعمال الإدارة) القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، بدون سنة طبع، ص ١١.

بالرجوع عن قراراتها المخالفة للقانون، أو أن تقوم بتحويل تلك القرارات غير المشروعة إلى قرارات صحيحة إذا توافرت في القرارات المعيبة عناصر التحول وشروطه.

وأن المبدأ نفسه - مبدأ المشروعية - يخول القضاء سلطة تحويل القرارات الإدارية المعيبة إلى قرارات إدارية صحيحة ضمن شروط فكرة التحول.

وربما يظن البعض أن أعمال التحول قد يثير صراعاً بين مبدأ المشروعية من جهة ومبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية من جهة ثانية، إذ قد يهدر التحول تلك الحقوق والمزايا بأثر رجعي.

والحقيقة أن هذا الافتراض أو التخوف يبدو من الناحية النظرية فيه جانب كبير من الصحة، غير أنه من الناحية العملية فإن التحول يخفف كثيراً من حدة التناقض بين احترام مبدأ المشروعية واحترام مبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية التي رتبها القرار المعيب، حيث أن التحول يراعى مبدأ المشروعية من جانب ومبدأ احترام استقرار الأوضاع والمراكز القانونية من جانب آخر فالتحول يحاول بقدر الإمكان إعادة تلك الأوضاع والمراكز إلى وضعها الصحيح - القانون - على أساس من مبدأ المشروعية ، على خلاف نظرية سحب القرارات الإدارية التي تهدر بأثر رجعي تلك الحقوق والمراكز وتغلب مبدأ المشروعية على الأقل في مدة السحب ، أما التحول فهو يخلق مراكز قانونية جديدة ويمحو مراكز قانونية قديمة - غير مشروعة - بأثر رجعي - وقد يتحقق من جراء ذلك مزايا وحقوق أفضل للأفراد في ظل القرار الجديد من المزايا والحقوق التي رتبها القرار السابق.

وعلاوة على ذلك نعتقد أن الحقوق المشروعة لا تكتسب إلا في ضوء احترام مبدأ المشروعية، وأن احترام هذا المبدأ يقتضي إبطال القرارات غير المشروعة وإحلال قرارات صحيحة محلها.

وهكذا نرى أن التحول هو الذي يرسخ المراكز والأوضاع القانونية ولكن بالاستناد إلى قرارات إدارية مشروعة، خاصة وأن التحول يتم ضمن

ميعاد معين يمنع بعد انقضائه إجراءاته، باستثناء القرارات المنعومة - كما سنرى - فيضمن الأفراد إلى ضمان حقوقهم ومزاياهم^(١).

ثانياً: التحول يساهم في تحقيق المصلحة العامة:

تستهدف الإدارة من إصدار قراراتها الإدارية تحقيق المصلحة العامة، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد لإشباع الحاجات العامة للجمهور، وحماية النظام العام، والإدارة هي الوحيدة - بواسطة نشاطها في دائرة القانون العام - التي يمكنها أن تصل مباشرة إلى الغايات التي حددتها النصوص التشريعية، ولذلك إذا ما أصدرت الإدارة قراراً إدارياً معيباً - لأي سبب من الأسباب - فإن هذا القرار سينتهي إلى العدم آجلاً أو عاجلاً^(١)، ولكن إذا ما حققت الإدارة على الرغم من بطلان هذا القرار مصالح عامة أخرى شرعية، فمن الأنسب تحويل هذا القرار - الباطل - إلى قرار آخر صحيح حتى لا نغفل ناحية الحاجة العامة التي تلتزم الإدارة بإشباعها.

وعلى سبيل المثال إذا أصدرت الإدارة قراراً إدارياً معيباً يتعلق بالصحة العامة فيمكن الإبقاء عليه عن طريق التحول إذا أتضح أنه يمكن توجيه هذا القرار إلى الإشباع الشرعي لمصلحة عامة أخرى مثل - تنظيم المباني - التي على الإدارة مراعاتها قانوناً ، ففي هذه الحالة نظراً لالتزام الإدارة بمراعاة المنفعة العامة بوجه عام وبيعض أوجهها المحددة بوجه خاص، فإنها تجد نفسها مقيدة في اختيار أو ممارسة نشاطها، لذلك فإنها تحاول عن طريق التحول أن تجعل تصرفها مطابقاً وموافقاً لفكرة المصلحة العامة^(٢).

فالمصلحة العامة هي التي تحكم جميع الروابط القانونية في نطاق القانون العام ومن بينها فكرة تحول القرارات الإدارية.

(١) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٤٨.

(١) ولكن قد يبقى القرار الإداري معيباً وينتج آثاره ما لم يلغ عن طريق القضاء أو يسحب من الإدارة.

(٢) د/ عبد القادر خليل، نظرة سحب القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة ١٩٦٤، ص ٤١٠.

وبناء على ذلك عندما يتضح للإدارة عدم صحة قراراتها الإدارية، وأن المصلحة العامة تقتضي تحويل القرارات الباطلة إلى أخرى صحيحة، فإنها تقوم - بناء على سلطتها التقديرية - بتحويلها دون أن تلقى بالاً إلى ما قد تنشاه تلك القرارات من حقوق ومصالح للأفراد، ذلك أن هذه المزايا والحقوق ليست لها صفة الاستقرار والثبات أمام مصلحة المرفق العام.

أما إجراء التحول عن طريق القضاء فإن فكرة المصلحة العامة تبيح للقضاء الإداري وبمناسبة دعوى إلغاء القرارات الإدارية المعيبة تحويل تلك القرارات إلى قرارات أخرى صحيحة، بمعنى آخر أن القضاء الإداري عندما يطعن أمامه بقرار إداري لعدم مشروعيته، فإنه وانطلاقاً من فكرة المصلحة العامة يحاول أن يجد مجالاً للإبقاء على القرار الإداري عن طريق تحويله من قرار باطل إلى آخر صحيح إذا أمكن ذلك طبقاً لأحكام فكرة التحول وشروطها.

ولكن يجب أن نذكر أن تحويل القرارات الإدارية المعيبة ربما يتنازع مع مبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية التي تولدت عن تلك القرارات، لذلك يجب أن يوجد يتحقق قدر من التوازن بينهما، ولهذا فإن الفقه والقضاء قد استقروا على أن التحويل يجب أن يكون ضمن المدة المحددة للطعن بالقرارات الإدارية، وسوف نعرض لهذا الموضوع لاحقاً.

ومع التحوط المطلوب في هذا الصدد نعتقد أن أعمال التحول لا يتعارض ومبدأ استقرار المراكز والأوضاع القانونية، بل نرى أن التحول سيضمن استقرار تلك المراكز والأوضاع، لأن الآثار التي تترتب على القرار الجديد ستكون بأثر رجعي تمتد إلى لحظة صدور القرار المعيب فضلاً عن أن عنصر التوافق بين القرار السابق والقرار الجديد سيخلق نوعاً من التوازن والتكافؤ بين الحقوق والالتزامات الواردة في القرارين^(١).

ثالثاً: التحول يتفق وقرينة الصحة في القرارات الإدارية:

يرى البعض أنه يمكن إسناد تحول القرار الإداري المعيب إلى مبدأ افتراض الشرعية في القرارات الإدارية التي تصدرها الجهة الإدارية، فيقول أن هذا المبدأ (افتراض شرعية القرارات الإدارية) يؤكد أن القرارات الإدارية

(١) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٤٩.

التي تصدرها السلطة الإدارية يجب أن يفترض صحتها، ولهذا تكون نافذة ومنتجة لأثارها القانونية حتى تعلن الإدارة العامة عن عدم شرعيتها، وأنه قد تقرر هذا بهدف توفير السرعة في الأعمال الإدارية وبقصد حماية الإدارة من كثرة اعتراضات الأفراد التي تعطل مزاوله الإدارة لنشاطها وسلطاتها العامة أو تعليقها^(٢).

وبناءً على ذلك فمن المنطقي إذا ما ظهر عدم شرعية قرارات السلطة الإدارية - التي عدت صالحة بعد صدورها حتى لا يتعرقل حسن سير المرافق العامة - فإن للمبدأ نفسه- أي افتراض قرينة الصحة- أثره في تلمس صحتها عندما يظهر في القرار الباطل عناصر كافية ولازمة لإشباع بعض مصالح الإدارة العامة الأخرى بصفة شرعية.

وبعد عرض الآراء التي حددت الأساس القانوني لفكرة تحول القرار الإداري المعيب ومناقشتها نرى أن احترام مبدأ المشروعية يصلح أن يكون أساساً لتبرير أعمال فكرة تحول القرار الإداري لأن التحول يجعل تصرفات الإدارة تدور في إطار مبدأ المشروعية وتتطابق مع سيادة القانون، ويضمن استقرار الحقوق والمراكز القانونية للأفراد في إطار من مبدأ المشروعية^(١).

المبحث الأول

شروط وطرق تحول القرار الإداري

نتعرض في هذا المبحث إلى بيان الشروط الواجب توافرها لتحول القرار الإداري وذلك في مطلب أول على أن يكون موضوع المطلب الثاني كيفية إجراء هذا التحول وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

شروط تحول القرار الإداري

نتناول في هذا المطلب بيان موضوع التحول وهو قرار إداري يجب الإشارة إلى مفهومه وأركانه وتميزه عن غيره من الأعمال الإدارية التي لا

(٢) د/ محمد عبدالله حمود، المرجع السابق، ص ٥٠.

(١) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٥١.

يجوز التحول فيها، ثم نشير إلى صور عيوب هذا القرار والمتمثلة في بطلانه أو انعدامه بحسب الأحوال وأخيراً نوضح مدى إمكانية تولد قرار صحيح من هذا القرار الباطل وذلك في فروع ثلاث على النحو التالي:

الفرع الأول

أن يكون موضوع التحول قراراً إدارياً

أولاً: ماهية القرار الإداري:

استقر الفقه والقضاء على تعريف القرار الإداري بأنه (إعلان الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إنشاء أو تعديل أحد المراكز القانونية على أن يكون ذلك جائراً وممكناً قانوناً وأن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة)(١).

ويركز الفقه الفرنسي في تعريفه القرار الإداري على القوة التنفيذية لهذا القرار حيث يدخل هذه القوة ضمن التعريف ومن ثم يصبح المقصود بالقرار الإداري هو (إعلان الإدارة عن إرادتها بقصد إحداث أثر قانوني تجاه الأفراد وبشرط صدوره عن سلطة إدارية بالشكل الذي يؤدي إلى تنفيذ القرار تنفيذ مباشر)(٢).

ثانياً: شروط القرار الإداري:

يشترط لكي يعد العمل الصادر عن الجهة الإدارية قراراً إدارياً أن يتوافر فيه الشروط الآتية:
١- أن يكون تصرفاً قانونياً:

(١) د/ محمد أنس جعفر (القرارات الإدارية) الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٥، دار النهضة العربية، ص ٤١، د/ سليمان الطماوي (النظرية العامة للقرارات الإدارية) الطبعة الخامسة، سنة ١٩٨٤، دار الفكر العربي، ص ١٧٠. حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الطعن رقم ٤٣٨٦٦ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢١/٦/٢٠١٦م. وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ١٩٩٧، جلسة ١/٣/١٩٩٩. وحكم الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية في الطعن رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥، جلسة ٣٠/٩/٢٠١٥، وحكم التمييز الصادر في الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٢٠١٣، جلسة ٢١/١/٢٠١٤.

(٢) Hauriou "précis de droit administrative". 1951 p. 350, Rivero. J "Droit administrative précis" Dalloz dou zieme edition. 1987. P. 110.

من التعريف السابق يتضح أن تصرف الإدارة الانفرادي كان بقصد إحداث تغيير في المراكز القانونية أما عن طريق إنشاء مركز قانوني جديد مثل تعيين موظف أو تعديل في مركز قانوني قائم مثل ترقية موظف أو إنهاء مركز قانوني مثل إنهاء خدمة الموظف (٣).

يتضح من ذلك أن الأعمال المادية التي تقوم بها إحدى السلطات الإدارية لا تنشأ ولا تعدل مراكز قانونية وأن هذه الأعمال قد تتم من غير قصد مثل أن يتخذ أحد المحافظين قرار يتعلق بأمور تخص محافظة أخرى أو تتعلق بوحدة محلية لا تتبعه فإن هذا العمل لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري فهو مجرد عمل مادي ويدخل ضمن هذه الأعمال المادية الآتي (٤):

- الأعمال الفنية التي يقوم بها رجال الإدارة المختصين بحكم وظائفهم مثل المهندسين الذين يقومون بإعداد التصميمات والرسومات الفنية لمشروعات الأشغال العامة.
 - الأعمال التي تقوم بها الإدارة تنفيذاً للقرارات والأوامر الإدارية مثل القبض على الأفراد والاستيلاء على الملكية وهدم المنازل الآيلة للسقوط.
 - المنشورات والتعليمات والقرارات التي تصدر من جانب الإدارة وحدها لأنها لا تحدث أثر تجاه الأفراد.
 - الأعمال القانونية غير المشروعة التي تصل فيها عدم المشروعية إلى إنعدام العمل وفقد طبيعته القانونية.
 - أعمال الإدارة التي تشبه أفعال الأفراد مثل حوادث السيارات والسكك الحديدية.
- يتضح مما سبق أن التحول قاصر على قرار إداري بالمفهوم الدقيق ولا يمتد تطبيق فكرة التحول إلى الأعمال المادية الإدارية المشار إليها سلفاً.

٢- يجب أن يصدر التصرف القانوني من إحدى السلطات الإدارية في الدولة:

(٣) د/ محمد كامل ليلة (مبادئ القانون الإداري) طبعة ١٩٦٨ - ١٩٦٩، دار النهضة العربية، ص ٨٦١.

(٤) د/ أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٤٢.

يجب لكي يدخل التصرف القانوني ضمن القرارات الإدارية التي تقبل التحول أن يصدر هذا القرار من سلطة إدارية من سلطات الدولة ولا يشترط صدوره من سلطة معينة أو من عضو معين حيث يمكن أن يشترك في إصدار القرار الإداري أكثر من عضو المهم أن يصدر التصرف القانوني في حدود الوظيفة الإدارية لمصدره وأن يتعلق بالوظيفة^(٣).

ولتحديد طبيعة العمل الصادر من الجهة الإدارية لبيان ما إذا كان هو قرار إداري أم غير ذلك يتبع الفقه أحد المعيارين^(١):
أ- معيار شكلي:

يعتمد هذا المعيار على الجهة أو الهيئة التي أصدرت القرار والشكل الذي صدر فيه دون البحث في مضمون القرار ومحتواه وبالتالي إذا صدر التصرف من إحدى الجهات الإدارية التابعة للسلطة التنفيذية فإنه يعد عمل إداري وفق هذا المعيار.
ب- معيار موضوعي:

ويركز على مضمون العمل في ذاته دون النظر إلى السلطة التي أصدرته ويرى أنصار هذا المعيار أن التنظيم القانوني للدولة يقوم على فكرتين:

الفكرة الأولى: المراكز القانونية:

وهي التي يوجد الفرد فيها أمام القانون وتنقسم هذه المراكز إلى مراكز قانونية عامة وهي التي تنظم بقواعد عامة مجردة دون تمييز بين فرد وآخر، ومراكز قانونية خاصة وهي تنظم بقواعد تختلف من فرد إلى آخر مثل اختلاف مقدار الضريبة باختلاف القدرة المالية للممول.

ويرتب الفقه^(٢) على التفرقة بين المراكز القانونية العامة والخاصة نتيجة مضمونها أن المراكز القانونية العامة يمكن تغييرها بحسب مقتضيات المصلحة العامة ولا يصح مواجهة هذا التغير بفكرة (الحق المكتسب) أما

(٣) د/ محمد فؤاد مهنا (السلطة الإدارية) طبعة ١٩٥٨، ص ٥٤٤، وحكم التمييز البحرينية في الطعن رقم ١٦٧، لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٨.

(١) د/ أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٢) د/ أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٤٤.

المراكز القانونية الخاصة لا يجوز تعديلها إلا بموافقة أصحابها ولهم حق التمسك بفكرة (الحق المكتسب).

الفكرة الثانية: الأعمال القانونية، وتنقسم هذه الأعمال إلى ثلاثة أنواع كما يلي:
النوع الأول: الأعمال المشروعة:

وهي التي يترتب عليها إنشاء أو تعديل مركز قانوني عام فهي تضع قواعد جديدة أو تعدل قواعد قانونية موجودة أو تلغيها.

النوع الثاني: أعمال شخصية:

وهي التي يترتب عليها إنشاء أو تعديل مركز قانوني شخصي مثل العقد.

النوع الثالث: أعمال شرطية:

وهي الأعمال التي تتعلق بفرد معين وتسد إليه مركز قانوني عام مثل التعيين في إحدى الوظائف العامة.

والمأخوذ به عملاً في القضاء الإداري المصري والفرنسي هو المعيار الشكلي^(٣)، وتطبيق هذا المعيار لا تعد أعمال السلطة التشريعية المتعلقة بسير أعمال البرلمان باستثناء ما يصدر من البرلمان من قرارات بشأن الموظفين العاملين بالوظائف العامة بالمجلس هؤلاء تعتبر القرارات الصادرة بشأنهم قرارات إدارية، أما ما عدا ذلك فهي أعمال تشريعية، كذلك لا تعد قرارات إدارية أحكام القضاء وقرارات النيابة المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائية والتصرف فيها وأعمال الضبط القضائي التي تتصل بالكشف عن الجرائم هذا بالإضافة إلى الأعمال الإدارية التي سبق ذكرها فكل ذلك يخرج عن نطاق القرار الإداري.

٣- يجب أن يصدر التصرف القانوني بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة:

ولا شك أن ذلك الشرط يميز ما بين القرار الإداري والعقد الإداري والذي يتطلب توافق إرادتين هما إرادة الإدارة من جهة وإرادة المتعاقد معها من جهة أخرى، وإذا كانت العقود الإدارية لا يطعن فيها إلغاءً أمام القاضي الإداري إلا أنه يجوز الطعن فيها أمام القاضي العادي إذا شاب العقد أي عيب من العيوب التي تستوجب البطلان في العقود العادية^(١)، كما يجوز المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه العقود بالإضافة إلى جواز إبطال

(٣) د/ ماجد راغب الطلو (القانون الإداري) مكتبة دار المعارف بالإسكندرية، ص ٤٦.

(١) د/ أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٤٩.

بعض التصرفات الصادرة من الإدارة والتي تخالف ما تم الاتفاق عليه في العقد وتعرف هذه التصرفات باسم القرارات القابلة للانفصال والتي سنتعرض لها عند الحديث عن إمكانية تحول العقد الإداري.

ولا يعني صدور التصرف بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة أن يصدر من موظف واحد وإنما يجوز أن يصدر القرار من أكثر من شخص أشتركوا في تكوينه طالما أنهم جميعاً يعملون لحساب جهة إدارية واحدة مثل قرار مجلس الكلية^(٢).

٤- يجب أن يكون الهدف من التصرف القانوني إحداث أثر قانوني معين:

لا يعتبر التصرف الإداري قراراً إدارياً إلا إذا كان من شأنه أن يحدث أثر قانوني معين ومن ثم إذا لم ينتج التصرف أي أثراً قانونياً سواء كان ذلك راجع إلى طبيعته أو بسبب السلطة الإدارية ذاتها والتي لم تقصد من وراء تصرفها تحقيق أثر معين فإن هذا التصرف لا يعد قراراً إدارياً^(١).

٥- يجب أن يكون التصرف الصادر عن الإدارة نهائياً:

يشترط حتى يقبل تحول التصرف القانوني الصادر من الإدارة في شكل قرار إداري أن يكون هذا القرار نهائياً أي أنه لا يحتاج إلى سلطة غير التي أصدرته تتولى التصديق عليه^(٢).

ولكي يكون القرار الإداري نهائياً وقابلاً للتنفيذ يجب أن تكتمل جميع المراحل المتعلقة بأعداده والمتمثلة في الاقتراح والمناقشة والتوجيه والتصديق^(٣).

نخلص مما سبق إلى أن أول الشروط الواجب توافرها حتى يمكن أعمال التحول في القرارات الإدارية أن تكون بصدد قرار إداري بالمفهوم الفقهي والقضائي على النحو السالف ذكره، ويثير الفقه^(٤) التساؤل حول مدى إمكانية تحول الأعمال التشريعية والأعمال القضائية وأعمال الحكومة خاصة أعمال السيادة وذلك على النحو التالي:

(٢) د/ محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص ٥٤٥.

(١) د/ محمد فؤاد مهنا، المرجع السابق، ص ٥٤٦.

(٢) د/ عبد الغنى بسيوني (ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة) طبعة ١٩٨٣ منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٦٩.

(٣) د/ طعيمة الجرف (رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة) بدون سنة نشر، ص ٢٨١.

(٤) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، من ص ٦٤ إلى ص ٦٦.

١- مدى إمكانية تحول الأعمال التشريعية:

وهنا لا بد أن نبين أن إعلان إرادة الدولة على الوجه الأكمل يتحقق في التشريع، والقانون الذي تصدره السلطة التشريعية المختصة لا يكون باطلاً إلا إذا خالف الأوضاع التي رسمها الدستور من حيث الشكل والإجراءات، أو إذا خالف المبادئ والقواعد التي وضعها الدستور من حيث موضوعه، فإذا كان العيب مرده عم استكمال الإجراءات الدستورية فليس ثمة قانون إطلاقاً، ولذلك لا يمكن أن يوافق القانون الباطل قانوناً آخر صحيحاً، أما إذا كان العيب منصباً على خرق الدستور من حيث موضوعه، فلا مجال للتحول أيضاً لأن أي قانون يسعى إلى الغرض نفسه سوف يصطدم بالنص الدستوري ولذلك يكون غير جائز^(٥).

إذن فالأصل أنه لا مجال لإعمال التحول بالنسبة للتشريع، ولكن مع ذلك يجوز تحول التشريع في حالات معينة، فمثلاً إذا كان الدستور يتطلب إجراء تعديله - سواء بتغيير نص قائم أم إضافة حكم جديد- إجراء خاصاً مثل حضور عدد معين من النواب وموافقة أغلبية معينة قد لا يتطلب في القانون العادي، ثم صدر قانون دستوري وافق عليه البرلمان بدون أن تتحقق الأغلبية المطلوبة، فالقانون بوصفه تشريعاً دستورياً يكون باطلاً، بيد أنه إذا كان مضمونه مما يقع في اختصاص المشرع العادي، وكان صدوره يوافقه قانوناً أغلبية عادية فليس هناك ما يمنع من تحول التشريع الدستوري الباطل إلى تشريع عادي.

وكذلك الأمر إذا عكسنا الصورة، فإذا اصدر المشرع العادي قانوناً عادياً وافقت عليه الهيئة التشريعية بأغلبية تزيد عن تلك التي يتطلبها إجراء التعديل وكان القانون في حقيقته مخالفاً لقاعدة من القواعد الدستورية التي يجوز تعديلها بقانون دستوري، فإن القانون يكون باطلاً بوصفه قانوناً عادياً لكن يمكن أن يتحول من قانون عادي إلى قانون دستوري بوصفه معدلاً للنص الدستوري، ولكن يلزم لجواز ذلك أن يتحد المشرع الدستوري والمشرع العادي^(٣).

(٥) د/ أحمد يسرى، تحول القرار الإداري، مجلس الدولة المصري، السنوات ٨، ٩، ١٠، لسنة ١٩٦٠، ص ٢٤٧.

(٣) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

٢- مدى إمكانية تحول الأعمال القضائية:

أما بالنسبة للأعمال القضائية فإن القضاء لا يعبر في الحقيقة عن إرادة الدولة وإنما هو إنفاذ لهذه الإرادة في المنازعات التي تعرض عليه، ولما كان الأمر كذلك فإن عمله وهو الحكم لا يمكن أن يكون محلاً للتحويل حتى ولو كان باطلاً علاوة عن أن قيود الشكل أمام المحاكم تحول دون إجراء التحويل على الأحكام القضائية حتى لو تصور جوازه.

٣- مدى إمكانية تحول أعمال الحكومة (أعمال السيادة):

أما بالنسبة لأعمال الحكومة (أعمال السيادة) فهي تلك الطائفة من أعمال السلطات الإدارية والتي لا يمكن أن تكون محلاً للطعن أمام القضاء، فهذه الأعمال لا تقبل التحويل على الرغم من أنها من قبيل القرارات الإدارية، ذلك أن المشرع في مختلف الدول يستثنى هذه التصرفات من رقابة القضاء نظراً لتعلقها بسياسة الدولة العليا.

الفرع الثاني

بطلان القرار الإداري الأصلي

أن اصل نشأة نظرية البطلان تعود إلى القانون المدني الذي ميز بين نوعين من البطلان الأول ويعرف بالبطلان النسبي وهو البطلان الذي يقبل التصحيح من جانب أصحاب المصلحة ، والنوع الثاني هو البطلان المطلق والذي يجعل التصرف هو والعدم سواء، كما أن فقهاء القانون المدني يشيرون إلى أن البطلان النسبي يقصد به التصرف القابل للإبطال أي أنه تصرف صحيح يترتب أثره حتى يقضي ببطلانه، أما البطلان المطلق فيقصد به الانعدام ومعناه أن التصرف يعتبر غير موجود منذ ميلاده وبالتالي لا يترتب عليه أثر^(١) ولمعرفة درجات البطلان وأثارها على القرار الإداري نتعرض للآتي:

(١) حكم القضاء الإداري الصادر في الطعن رقم ١٢١٤٩، لسنة ٢٠١٤ق، جلسة ٢٠١٠/٤/١٠، وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ١٢١٢ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٢٠٠٨/٢/١٧.

أولاً: درجات البطلان في فقه القانون العام:

ولقد أخذ القضاء الإداري بنظرية البطلان في القانون المدني وقسم القرارات الإدارية من حيث مضمون النظرية إلى (قرارات قابلة للإبطال، وقرارات منعدمة) وحول معيار التمييز بين نوعي البطلان على النحو السالف ذكره نجد اختلافاً بين فقهاء القانون العام بشأن تحديد الأسباب التي تؤدي إلى قابلية القرار للبطلان والتي تؤدي إلى انعدامه أو كما يعرف باسم (تدرج البطلان) على النحو الذي سطره منذ سنوات استأذنا الدكتور/ رمزي طه الشاعر ومن ثم نجد أن بعض الفقه يميز بين نوعي البطلان في القرار الإداري بحسب المخالفة الجسيمة التي شابته القرار.

حيث يرى الفقه (١) أن صدور قرار إداري من شخص لم يشغل الوظيفة الإدارية أساساً أو انقطعت علاقته بهذه الوظيفة لأي سبب من الأسباب يهوى بالقرار إلى درجة الانعدام ، كذلك القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية وتشكل اعتداء على أي من السلطتين التشريعية والقضائية (٢).

كما يشير البعض الآخر (٣) إلى ضرورة أن يكون الهدف من القرار الإداري متعلقاً بسير المرافق العامة بانتظام واطراد ومن ثم فإنه لا يكفي لاعتبار القرار الإداري صحيحاً أن يصدر من جهة إدارية وإنما يجب أن يكون الغرض منه تحقيق الصالح العام.

كذلك يعتبر خروج الإدارة عن القاعدة القانونية بشكل واضح مثل خروج مصدر القرار على قواعد الاختصاص المحددة له في النص القانوني بشكل واضح ودقيق يصيب القرار الصادر منه بالعوار والذي يؤدي إلى انعدامه لأن الموظف في هذه الحالة يعد مغتصب للسلطة (٤).

(١) LaFFerriere (E), Traite de La juridiction adminidtrative Tome // Paris p.475 etc.

(٢) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٣) Auby (J.M) (La theorie de l'inexistence de actes administraTIF, etude de contrenieux alministratif) these . paris 1651 p. 102 etc.

(٤) DUGUIT (L.) (Traite de droit constitutionnel) 3eme ed. Tome 111 1929 p. 767.

من خلال ما سبق يتضح أن الفقه استخدم عدة معايير للتفرقة بين القرار الإداري الباطل والقرار الإداري المعدوم وتتمثل هذه المعايير في الآتي:

١- معيار اغتصاب السلطة:

إتجه البعض إلى اعتبار اغتصاب السلطة هو المعيار المعول عليه في هذا الخصوص فكلما كان القرار معيباً باغتصاب السلطة لا بمجرد عدم الاختصاص، كان القرار منعماً. عيب هذا المعيار:

ومما يؤخذ على هذا الاتجاه أنه لم يتفق على تحديد صور اغتصاب السلطة نفسها، فيرى بعض الفقه أن صور اغتصاب السلطة تتمثل بصور قرار من فرد عادي، أو من موظف لا يتمتع بسلطة إصدار قرارات إدارية أو من موظف سابق لم يعد يتمتع بهذه الصفة بسبب انتهاء رابطة الوظيفة كما في حالة الفصل أو الاستقالة أو العزل وأيضاً في حالة اعتداء السلطة الإدارية على اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية، والبعض يضيف إلى ذلك حالة اتخاذ الجهة الإدارية قرار تستهدف من ورائه غرضاً خارج أغراض فكرة المرفق العام، والاعتداء على الحرية الفردية والملكية الخاصة، واعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا تربطها بها علاقة تبعية^(٣).

٢- معيار الوظيفة العامة:

إتجه البعض إلى فكرة (الوظيفة العامة) يستمدون منها معيار التفرقة بين القرار الباطل والقرار المنعّم، فكل عمل منقطع الصلة بالوظيفة الإدارية هو عمل معدوم. عيب هذا المعيار:

إذا أمكن إرجاع عمل الإدارة إلى وظيفتها الإدارية سواء كانت قد مارست تلك الوظيفة في حدودها المشروعة أو أنها تجاوزت تلك الحدود فيعتبر هذا العمل عملاً إدارياً يحتفظ بصفته الإدارية وأن أول أركان الوظيفة الإدارية أن تمارس من قبل سلطة إدارية ولذلك فإن اغتصاب السلطة هو أبرز

(٣) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٧٣.

حالات انعدام القرارات الإدارية أما ركن الوظيفة الثاني فهو أن تقتصر السلطة الإدارية على ممارسة اختصاص يتعلق بموضوع إداري لذلك ليس للإدارة أن تتناول موضوعاً لا يملك الفصل فيه إلا المشرع أو القضاء ويضاف إلى ذلك حالة عدم الوجود المادي للقرار الإداري، ومثالها توهم الإدارة وجود قرار لم يوجد بعد أو أن يصدر قرار إداري مشروع أو غير مشروع، ثم يصدر قرار بسحبه أو إلغائه من السلطة المختصة بذلك فعندئذ يصبح ذلك القرار معدوماً.

٣- معيار شكل القرار:

وذهب جانب من اتجاهات الفقه إلى فكرة شكل القرار واعتمدنا معياراً للتمييز بين القرار الباطل والقرار المنعدم ومفاد هذه الفكرة أنه إذا تبين للأفراد أن مظهر القرار وشكله يدلان على صدوره من جهة إدارية مختصة كان عليهم أن يلتزموا به وليس لهم الامتناع عن تنفيذه حتى وأن ظنوا به اختلالاً أما إذا كان مظهر القرار وشكله ينفي عنه هذا الاعتقاد كان القرار معدوماً غير جدير بالاحترام، ومن ثم عليهم عدم الالتزام به.

عيب هذا المعيار:

والحقيقة أن هذه الفكرة لا تصلح معياراً للتمييز بين القرار الباطل والمنعدم، وذلك للنفوت في المستوي الثقافي والقانوني بين الأفراد.

ثانياً: درجات البطلان في قضاء مجلس الدولة الفرنسي:

لقد مر مجلس الدولة الفرنسي باعتباره المصدر الأساسي الذي جاء منه القضاء الإداري في الدول العربية خاصة مصر بأربع مراحل لأعمال التفرقة بين القرار الإداري الباطل والقرار الإداري المنعدم وذلك على النحو التالي^(١):

المرحلة الأولى:

يعتبر القرار الإداري معدوم إذا خالف قواعد الاختصاص مخالفة جسيمة بمعنى أن يصدر القرار الإداري من فرد لم يشغل الوظيفة قانوناً أو انقطعت صلته بها لأي سبب.

(١) د/ رأفت دسوقي محمود (فكرة التحول في القرارات الإدارية) رسالة دكتوراه ، عين شمس عام ٢٠٠٢ ص ١٧٩ وما بعدها.

المرحلة الثانية:

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي القرار الصادر من السلطة الإدارية معدوما متى كان يشكل اعتداء على اختصاصات أي من السلطتين التشريعية أو القضائية أو يشكل اعتداء على الحرية الفردية أو الملكية الخاصة^(١).

المرحلة الثالثة:

حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن قرار المحافظ الصادر باعتبار الأعمال الانتخابية التي بدأت منعومة وإعادتها من جديد هو قرار منعدم لأن المحافظ قد تدخل به في عملية يختص بها القضاء الإداري^(٢).

المرحلة الرابعة:

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن تدخل السلطة الإدارية في الأعمال التشريعية والاعتداء عليها هي قرارات منعومة مثال ذلك إذا أصدر رئيس الجمهورية قرارا بتعيين أحد القضاة هو قرار منعدم لأن التعيين في الوظائف القضائية هو من الموضوعات المحجوزة للمشرع وحده والذي أصدر بشأنه القانون الصادر في ١٧ يوليو ١٩٧٠ والمعدل في ٤ أغسطس ١٩٧٥^(٢).

ثالثا: درجات البطلان في قضاء مجلس الدولة المصري:

من خلال استقراء بعض أحكام القضاء الإداري المصري يمكن استنباط بعض أسباب انعدام القرار الإداري وهي على النحو التالي:

١- انعدام القرار الإداري لتخلف ركن الاختصاص:

أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن صدور القرار الإداري من جهة غير منوط بها إصداره قانوناً يجعل القرار معيب بعيب جسيم ينحدر به إلى حد العدم وذلك إذا وصل اعتداء مصدر القرار على اختصاصات جهة إدارية أخرى لها شخصيتها المستقلة ومن ثم فإن اعتداء أي قرار على اختصاصات السلطة التشريعية أو القضائية يهوي بالقرار إلى درجة

(١) C.E.7 JANEVIR 1982, Union des association de parents d' elere de L' enseignemint libre, 1992. P. 32.

(٢) د/ رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص ١٨٠.

(٢) C.E 15 Mai 1981 , philippe Maurice. Act juridiques 1982 p.86 et suiv de conclasons de alain Bacquet.

الانعدام^(٣)، ومن ثم فإن صدور القرار الإداري من فرد عادي أو من سلطة في شأن موضوع معين تختص به سلطة أخرى يشوب القرار بمخالفة جسيمة تؤدي إلى انعدامه^(٤).

٢- انعدام القرار لتخلف ركن الشكل:

الأصل أن التصرف القانوني الصادر عن الإدارة لا يبطل لتخلف الشكل إلا إذا نص القانون على الشكليات الجوهرية، ويقصد بهذه الشكليات أن عدم مراعاتها قد يغير من القرار ومضمونه ومن ثم فإن أحكام القضاء الإداري مستقرة على أن القانون إذا حدد شكليات معينة كانت جوهرية وتخلفها يجعل القرار الإداري منعدم، أما إذا كانت ثانوية فإن تخلفها لا يؤثر على صحة القرار، وفي حالة عدم وجود نصوص قانونية تنظم ركن الشكل في القرار الإداري فإن مرجع تحديد جوهرية الشكليات أو ثانويتها إنما يرجع إلى قاض الموضوع^(١).

٣- الانعدام لتخلف ركن المحل:

استقرت أحكام القضاء الإداري على أن القرار يعتبر معدوماً في حالة انعدام ركن المحل نتيجة استحالة تحقق الأثر القانوني الذي يهدف إليه القرار^(٢).

٤- الانعدام بسبب تطبيق القرار بأثر رجعي:

الأصل أن القرارات الإدارية تنفذ بأثر مباشر اعتباراً من تاريخ صدورها ولا يجوز نفاذها بأثر رجعي إلا إذا وجد نص في القانون يسمح

(٣) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٧٧٧ لسنة ٣٦ ق. علين، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٩. وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٤، جلسة ١٩٩٤/٦/٢٧.

(٤) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٣٩٤٦ لسنة ٣٧ ق. عليا، جلسة ١٩٩٥/٤/١٨. وحكم الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية الصادر في الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٠١١، جلسة ٢٠١٢/٢/٢١.

(١) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٤٩٢ لسنة ٣٦ ق. عليا، جلسة ١٩٩٤/٢/٦. وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٢٩١٠، سنة ١٩٩٠، جلسة ١٩٩٢/٣/٢٩.

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٢٤٤٥ لسنة ٣٠ ق، عليا، جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠.

بذلك، ومن ثم فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الرجوع بتاريخ نفاذ القرار الإداري إلى تاريخ سابق على صدوره وإلا كان هذا القرار معدوماً^(٣).

نخلص مما سبق إلى أن حالات الانعدام التي تعرض لها مجلس الدولة المصري كانت على سبيل المثال ومن ثم يصعب أن يستخلص منها معيار عام يمكن إعماله للتمييز بين القرار المعدوم والقرار الباطل^(٤).

ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث نسبياً إلى الحالات التي يكون فيها القرار الإداري منعماً بقولها إن الإنعدام لا يكون إلا حيث يكون مصدر القرار مغتصباً للسلطة أو إذا شاب القرار غش أو تدليس أو إذا بلغت المخالفة التي علقت به أو اعتورته حداً من الجسامة يفقده ليانه ويجرده من صفته ويزيل عنه مقوماته كتصرف قانوني^(٥).

وإذا كنا قد أشرنا إلى أن القرار الإداري المعيب قد يكون العيب فيه بسيط ومن ثم يكون القرار قابل للإبطال وبين القرار الإداري الذي يشوبه عيب جسيم ينزل القرار منزلة العدم ومن ثم فإن الآثار المترتبة على القرار الباطل تختلف بحسب درجة البطلان على النحو التالي:

الآثار المترتبة على القرار الباطل:

١- يعتبر هذا القرار صحيحاً ويرتب كافة آثاره القانونية وتنشأ عنه حقوق وتفرض بشأنه التزامات طالما أن جهة الإدارة لم تتدخل بشأن سحبه أو إلغاؤه وأن القضاء الإداري لم يتعرض له إلغاءً.

٢- القرار الإداري الباطل واجب التنفيذ ومن ثم يسأل كل من يعترض تنفيذه.

٣- القرار الباطل قرار مستمر العمل بها إلى أن يتم التدخل بشأنه إدارياً أو قضائياً.

٤- إن الطعن في القرار الإداري الباطل يكون أمام القضاء المتخصص وهو القضاء الإداري وحده دون غيره.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع الصادرة بتاريخ ١٨/٤/١٩٩٣، ملف رقم ٨٦/٣/٨٧٣.

(٤) د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٥) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٤٧٥٩ لسنة ٤٦ق، عليا، جلسة ٢١/٥/٢٠٠٨.

- الأثار المترتبة على القرار الإداري المردوم:
- ١- القرار المردوم لا ينشئ حقا ولا يفرض التزاما لأنه ولد ميت أي أنه عدم والعدم لا يرتب أثر.
 - ٢- إن عدم الالتزام بتنفيذ القرار الإداري المردوم لا يرتب عليه أي مسؤولية تجاه الأفراد الممتنعين عن تنفيذه.
 - ٣- القرار الإداري المردوم يمكن تجاهل وجوده دون حاجة لتدخل جهة الإدارة أو أحكام القضاة وأن كان هذا الأثر صعب تطبيقه عمليا لتخلف القدرة الفنية والقانونية على تكيف صحة القرار من عدمه.
 - ٤- القرار الإداري المردوم يمكن الطعن فيه أمام القضاء العادي تأسيساً على أنه واقعة مادية لا أكثر ومن ثم لا حاجة لوجود قاض متخصص لنظر المنازعات الناشئة عن القرار المردوم.
 - ٥- الانعدام يكون من تاريخ صدور القرار لأنه مولود فاقد الحياة(١).
- نخلص مما سبق إلى أن القرارات التي تقبل التحول هي القرارات المعيبة وليست القرارات الصحيحة، ونرجى الحديث عن تحول القرار الباطل والقرار المردوم إلى موضع آخر عندما نتناول صور التحول.

الفرع الثالث

توافر عناصر القرار الإداري الجديد واتجاه نية الإدارة إليه

أولاً: توافر عناصر القرار الإداري الجديد:

يجب أن يجد القرار الإداري الجديد مصدره في القرار الباطل أو بمعنى آخر يجب أن يتضمن القرار الباطل معظم عناصر القرار الإداري الجديد ومن ثم لا يؤثر في أعمال التحول وجود عنصر جديد في القرار الجديد لم يتضمنه القرار الباطل(٢)، ومن ثم لا مجال لإعمال التحول إذا كان القرار الباطل والقرار الصحيح وحدة واحدة أو كانت عناصرهما تغطي بعضها

(١) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٩، جلسة ١٩٩٣/٦/٢٢، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٥٧٤٣ لسنة ٥٠ق، جلسة ٢٠٠٨/١/١٩، الحكمان غير منشوران.

(٢) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٦.

البعض، ولا يعد تحولاً أيضاً أن تقوم الجهة الإدارية أو القضاء بإزالة العيب الذي يشوب القرار ويظل محتفظاً بالطبيعة نفسها ومرتباً لذات الآثار التي يمكن أن يربتها وكأنه قرار صحيح منذ البداية لأن هذه الحالة تعد من حالات التصحيح التي سنعرض لها فيما بعد^(٣).

ومن ثم فإن القرار الجديد الذي يتم التحول إليه يجب ألا يختلف سواء من حيث الشكل أو الموضوع عن القرار الباطل الذي تولد منه وذلك على النحو التالي:

١- عدم اختلاف القرار الباطل عن القرار الجديد من حيث الشكل :

الأصل أنه لا يشترط في القرار الإداري شكل معين حيث أن القرارات الإدارية ليس لها أشكال ولا أنواع محصورة لذلك أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن (.....عيب الشكل في القرار الإداري هو أن يصدر هذا القرار بالمخالفة للأشكال الجوهرية التي أكد عليها القانون.....)^(١)، كما أكدت ذات المحكمة على أنه (.....إذا كان المشرع قد ألزم جهة الإدارة بضرورة مراعاة إجراء معين قبل إصدار قرارها وجب عليها أن تلتزم بهذا الإجراء التمهيدي وإلا شاب قرارها عيب البطلان وضرب لذلك مثل مضمونه أن إعلان ذوي الشأن بقرار الإحالة وتاريخ الجلسة في محل إقامة المعلن إليه أو في محل عمله هو إجراء جوهري يترتب على إغفاله عدم تحقق الغاية التي هدف إليها القانون ومن ثم فإن ذلك يعد عيب شكلي يبطل قرار الإحالة.....)^(٢).

ولقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن عيب الشكل هو العيب الذي يجب أن يؤثر في مضمون القرار^(٣).

(٣) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٨٩.

(١) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٧١ لسنة ١٨٠٠ ق.عليا، جلسة ١٢/٥/١٩٧٩. وحكمها الصادر في الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٤٠٠ ق.عليا، جلسة ٦/١٢/١٩٩٨، وحكم الاتحادية العليا لدولة الإمارات الصادر في الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٢٦ ق.عليا، جلسة ٢/١٠/٢٠١٠، وكذلك حكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٧/٣/٢٠٠٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٢٤٢٢ لسنة ٢٧ ق.عليا، جلسة ١٢/١١/١٩٨٣.

(٣) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٢٥ لسنة ٤٣ ق.عليا، جلسة ٢٠/٢/٢٠٠١.

ولا يترتب على إغفال الشكل بطلان القرار إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الإجراء من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على إغفالها عدم تحقق المصلحة التي نص عليها القانون، ومن ثم يمكن للقرار الإداري الباطل الذي يتطلب شكل معين أن يتحول إلى قرار إداري جديد لا يتطلب هذا الشكل أو يتطلب شكل أخف منه بشرط ألا يترتب على تخلف الشكل الجديد بطلان القرار ومن ثم إذا كان القرار باطل بسبب تخلف الكتابة فإنه يمكن أن يتحول إلى قرار إداري غير مكتوب (غير شكلي)^(٤).

ويرى الفقه^(٥)، أن التوافق الشكلي بين القرار الباطل والقرار الجديد يرتكز على الأشكال والإجراءات الجوهرية ولا يشمل العناصر الشكلية غير الجوهرية بمعنى ضرورة أن تتوافق العناصر الشكلية الأساسية بين القرار المعيب والقرار الصحيح، ومن ثم يجب أن يوجد في القرار المعيب الأشكال التي يجب توافرها في القرار الجديد وفي هذه الحالة تنتقل كل العناصر الشكلية التي يتضمنها القرار الباطل إلى القرار الجديد.

ويؤكد ضرورة ذات الأشكال بين القرار الباطل والقرار الجديد هو ضرورة أن يكون القرار الجديد مستوفى للشكل الذي تتطلبه القواعد القانونية في مثل هذه النوعية من القرارات^(٦).

وهو ما أكده البعض^(١)، من ضرورة أن يتوافر في القرار الإداري الجديد الأشكال المطلوبة فيه والتي استمدها من القرار الباطل بشرط أن تكون هذه الأشكال كافية في ذاتها لميلاد القرار الإداري الجديد.

أثر عيب الشكل في القرار الإداري على تحول القرار:

يثور التساؤل حول ما إذا كان عيب القرار الإداري الأول لتخلف الشكل من شأنه أن يولد قرار إداري جديد أم لا؟؟

اختلف الفقه في الإجابة على ذلك حيث ذهب البعض^(٢)، إلى أنه إذا كان القرار الأول معيب لتخلف ركن الشكل فإنه لا يجوز إجراء التحول بشأنه

(٤) د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

(٥) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٩١.

(٦) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤١٤.

(١) د/ رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٢) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤١٥.

وذلك لأن شكلية القرار قد تكون مفروضة على الإدارة بنصوص قانونية وجب مراعاتها حتى تصبح قراراتها صحيحة ومن ثم فإن عدم مراعاة الإدارة لهذه الشكليات أو بمعنى آخر عدم احترام الإدارة لتلك النصوص يعيب قرارها من الناحية الشكلية حتى وأن كان هذا القرار صحيح من الناحية الموضوعية، ويرجع سبب عدم التحول في هذه الحالة إلى أن استكمال الشكل المطلوب يتطلب في كثير من الأحوال التغيير في مضمون القرار ومن ثم فإذا كانت الشكلية المطلوبة غير متوافرة في القرار الأول وكان القرار الجديد يستلزم وجودها أيضا فلا يجوز التحول من قرار إداري باطل إلى قرار إداري صحيح.

ويرى البعض الآخر^(٣)، أنه يجوز إجراء تحول القرار الباطل بسبب عيب الشكل في قرار إداري صحيح إذا توافر في القرار الجديد العناصر الشكلية المطلوبة لوجوده.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الثاني ونؤكد على أن تكون الشكلية المطلوبة توافرها في القرار الجديد قد توافرت فيه وإلا ولد هذا القرار أيضا معيب.

٢- وحدة السلطة المختصة بإصدار القرار الباطل والقرار الجديد:

يشترط لمشروعية القرارات الإدارية أن تصدر من الذي يملك الاختصاص بإصدارها فإذا صدر القرار من غير المختص بذلك فإنه يعد مشوبا بعيب عدم الاختصاص.

ولقد كان عيب عدم الاختصاص أول العيوب التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي للطعن بإلغاء القرارات الإدارية المعيبة، لما لركن الاختصاص من أهمية كبيرة^(٤).

وفي مجال تحول القرارات الإدارية يشترط أن تكون السلطة المختصة بإصدار القرار الجديد هي نفسها المختصة بإصدار القرار الأصلي (الباطل) بمعنى أن تكون السلطة الإدارية المختصة أصلا بإصدار القرارين المعيب والجديد الذي يتحول إليه، حتى يمكن أن يكون هناك توافر في الاختصاص

(٣) د/ عبد الفتاح حسن (القضاء الإداري) طبعة ١٩٨٢، ص ٢١٢، د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٤٧.

(٤) د/ عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص ١٩١.

بين القرارين ، أما إذا كان بطلان القرار الأول يعود إلى عيب عدم الاختصاص بالذات، فلا يمكن إجراء التحول لعدم تحقق شرط التوافق ، لأن القرار الجديد يكون في الغالب معيباً بالعيب نفسه فلا يتحقق شرط صحته^(١).

ولكن هناك من يرى إمكان تحول القرار المعيب بعيب عدم الاختصاص إذا كان يشترط لصحة القرار المعيب أن يتم إصداره بواسطة سلطتين إداريتين وكان بطلانه يعود إلى تخلف إقراره بواسطة إحدى السلطتين ، فهنا يتم التحول إن كان اختصاص السلطة الأخرى كافياً لصحة وجود قرار إداري آخر يحتوي القرار الباطل على عناصره، وذلك يحدث عندما يتحول القرار الباطل بسبب عيب عدم الاختصاص إلى قرار تمهيدي لإصدار قرار إداري نهائي، ومثل ذلك أن تقترح جهة إدارية فصل موظف دون أن يكون ذلك من اختصاصها فإن هذا القرار يمكن تحويله إلى قرار آخر صحيح، كأن يتحول إلى تقرير سنوي بعدم كفاية الموظف إذا كانت السلطة التي أصدرته هي ذاتها المختصة بإصدار هذا التقرير، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما أشار إليه الفقه من أنه إذا اقترحت سلطة إدارية فصل موظف وكان هذا الاقتراح باطلاً لأنه ليس من اختصاصها أن تتخذ مثل هذا القرار الإجرائي، فإنه يمكن تحويله إلى قرار حقيقي إذا كان لا بد من موافقة هذه الجهة التي أصدرت القرار الإجرائي على تجديد التعيين ، لأن قرار الاقتراح المعيب سيتحول من اقتراح بالفصل إلى قرار صحيح بعدم الموافقة على تجديد تعيين الموظف لسنة أخرى، كما أشار ذات الفقه إلى مثال آخر في حالة تعيين موظف فهو غير صحيح إذا كانت الجهة التي أصدرته لا تملك الاختصاص بالتعيين ، بل تملك حق اقتراح التعيين فقط، أما التعيين فهو من حق سلطة إدارية أعلى ففي هذه الحالة يمكن تحويل القرار المعيب إلى قرار آخر إجرائي صحيح^(٢).

وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي إلا أننا نعتقد بأن التحول إنما يجري على القرارات الإدارية النهائية التي تحدث أثراً في المراكز القانونية كما سبق القول، فلا نرى إمكانية تحول الأعمال والإجراءات التمهيدية لأنها لا تأخذ وصف القرارات الإدارية النهائية ولا تحتوي على عناصرها، وبالتالي

(١) د/ أحمد يسري ، المرجع السابق، ص ٩٨ .

د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤١٧ .

(٢) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤١٧ وما بعدها.

فلا مجال للتحول في هذه الحالة، فضلاً عن أن الاقتراحات والتوجيهات في الأمثلة المذكورة لا يمكن أن توصف بالقرارات الإدارية لكن يمكن إعمال التحول فيها^(٣).

وكذلك لا يمكن إعمال التحول إذا كان القرار الجديد يخرج على اختصاص الجهة الإدارية التي أصدرت القرار المعيب ذلك لأن القرار الجديد سيكون معيباً بعبء عدم الاختصاص.

والحالة التي ينبغي بحثها هي حالة اختلاف الاختصاص بين القرارين ولكن مع وحدة الشخص الطبيعي الذي يتولى جهتي الإدارة في الوقت نفسه، إذ قد يبدو لأول وهلة أن وحدة الشخص الطبيعي الذي يتولى جهتين إداريتين قد يؤدي إلى وحدة الاختصاص أو توافقه بينهما، لكن الأمر على خلاف ذلك إذ أن وحدة الشخص الطبيعي لا تؤدي إلى وحدة الاختصاص أو توافقه بين جهتي الإدارة ذلك لأن الاختصاص هو إجراء شكلي يتعلق بأداء سلطات الدولة لوظائفها ولا يؤثر فيه أن يتولى شخص طبيعي واحد اختصاص جهات إدارية متعددة، وهو عنصر يتصل بالوظيفة العامة وبتنظيم أدائها وبنطاق جهة الإدارة بذاتها وليس بالشخص الطبيعي الذي يتولى أمرها^(١).

ولكن هناك من يرى إمكانية إجراء التحول في هذه الحالة لتحقيق شرط توافق الاختصاص، وذلك لعدم إمكان فصل توافق الاختصاص عن الشخص الطبيعي نفسه الذي يتولى الاختصاص في ذات الوقت^(٢).

وهناك من يخالف هذا الرأي^(٣)، تأسيساً على أن الاختصاص يتعلق بتنظيم وظائف السلطات في الدولة، وأن هذا التنظيم يتطلب استقلال الاختصاصات المنوطة بالسلطات الإدارية بغض النظر عن الشخص الطبيعي الذي يتولى أمر تلك السلطات، وأن وحدة الشخص الطبيعي الذي يقوم بأمر جهتين إداريتين قد يفرضه ظرف طارئ ولمدة مؤقتة، مما لا يجوز أن نجعل من ذلك قاعدة لتوحيد الاختصاص أو توافقه بين أكثر من جهة إدارية واحدة، وتبعاً لذلك لا نرى إمكانية تحول القرار الإداري الباطل الذي يكون من

(٣) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٩٥، ٩٦.

(١) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(٢) د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٣٩٧.

(٣) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ٩٦.

اختصاص جهة إدارية معينة إلى قرار إداري آخر صحيح إذا توافرت عناصر التحول الأخرى وتخلف عنصر توافق الاختصاص بين الجهة التي تختص بإصدار القرار الأول والجهة التي تختص بإصدار القرار الجديد حتى مع وحدة الشخص الذي يقوم على أمر الجهتين.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي لذات الأسباب.

٣- وحدة السبب بين القرار الإداري الباطل والقرار الإداري الجديد:

يعرف الفقه^(٤)، السبب بأنه (حالة واقعية أو قانونية تتطلب تدخل رجل الإدارة بما له من سلطة باتخاذ قرار إداري معين ومن ثم فإن هذه الحالة مستقلة عن إرادة مصدر القرار لكنها تعد المحرك لهذه الإرادة وتدفعه إلى إصدار قراره).

والأصل أن الإدارة حرة في اختيار أسباب القرار الإداري إلا إذا ألزمها المشرع بسبب أو أسباب محددة على سبيل الحصر ومن ثم فإن صدور القرار الإداري دون مراعاة هذا السبب أو تلك الأسباب يلحق به عيب البطلان^(٥).

ولقد استقرت المحكمة الإدارية العليا على أن القرار الإداري لا بد أن يكون له سبب صحيح سواء كان حقيقي، أما إذا كان وهمي تخلف ركن السبب وترتب عليه بطلان القرار وليس انعدامه^(١).

ورغم ضرورة أن يكون للقرار الإداري سبب إلا أن الإدارة غير ملزمة بالإفصاح عن هذا السبب إلا إذا ألزمها القانون بذلك.

وحول تحول القرار الإداري المعيب بتخلف ركن السبب يرى الفقه^(٢)، أنه يمكن التحول من القرار الباطل إلى قرار جديد صحيح طالما كانت أسباب القرار الباطل صالحة ومعقولة لكي تكون أسباب للقرار الجديد، أما إذا كانت لا تصلح لذلك فلا يصح التحول لأن القرار الجديد سيولد أيضاً معيب بعيب تخلف ركن السبب.

(٤) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٥) حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة ١١/٢/١٩٧٨، القاعدة رقم ١٣٣، ص ٢٣.

(١) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٣٩٢٩ لسنة ٣٨ ق.عليا، جلسة

١٩٩٥/٣/٢٨.

(٢) د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٤٦، د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق،

ص ٢٢٩.

٤- وحدة الهدف بين القرار الإداري الباطل والقرار الإداري الجديد: لا شك أن جهة الإدارة تهدف من القرار الإداري إلى تحقيق الصالح العام ومن ثم فإذا كان هدف الإدارة تحقيق مصالح أخرى فقد القرار الإداري ركن الغاية وأصبح مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة (١)، وإذا حدد المشرع للإدارة أهداف معينة فأنها تصبح ملزمة بعدم السعي إلى تحقيق أسباب أخرى غير التي فرضت عليها قانوناً حتى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة (٢).

ومن ثم إذا صدر القرار الأصلي لتحقيق أغراض لا تتعلق بالصالح العام أو صدر بهدف تحقيق نفع شخص لمصدر القرار أو لغيره أو لتحقيق غرض سياسي فإنه يكون قراراً باطلاً لإساءة استعمال السلطة ومن ثم إذا كانت النتيجة العملية التي هدفت إليها الإدارة من وراء قرارها الباطل يمكن تحقيقها بناءً على القرار الإداري الجديد فإنه في هذه الحالة يجوز إجراء التحول، ويؤكد الفقه على ذلك تأسيساً على أن الغرض القانوني هو الرابطة المشتركة بين القرار الإداري الباطل والقرار الإداري الصحيح ومن ثم فإن التحول يتم في الحدود التي يتحقق فيها نفس الاثر القانوني ولكن عن طريق القرار الجديد أي أن الفيصل هو الغرض القانوني لمصدر القرار وليس الوسيلة القانونية المهم أن يكون هدف الإدارة من وراء قرارها الأصلي الباطل هو تحقيق المصلحة العامة إلا أن قرارها شابه عيب إساءة استعمال السلطة دون قصد (٣).

ثانياً: الإرادة المفترضة لدى جهة الإدارة نحو القرار الإداري الجديد: لا يكفي لإجراء تحول القرار الإداري المعيب أن يحتوي على عناصر قرار آخر صحيح، بل يجب أن تنصرف نية الإدارة وأرادتها إلى هذا القرار، فالتحول لا يتم إلا إذا كان له أساس من نية الإدارة ذاتها، فهو ليس أمراً متروكاً لسلطة القاضي التحكيمية (٤)، بل يجب أن يقوم الدليل من ظروف

(١) د/ محسن خليل (القضاء الإداري) طبعة ١٩٨٣، ص ٤٩٩.

(٢) د/ محمد عبد العال السناري (مبدأ الشرعية والرقابة على أعمال الإدارة) ١٩٩٨، ص ٥٤٣.

(٣) د/ رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٤) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٦.

ووقائع الدعوى وملابساتها على أن نية الإدارة كانت تتصرف إلى إصدار القرار الجديد لو أنها علمت ببطلان القرار الأصلي وقت إصداره ، فالإدارة عندما أصدرت قرارها استهدفت غاية عملية معينة فسلكت طريقاً قانونياً معيناً تمثل في قرارها الأصلي الذي أصدرته فإذا ثبت بطلان هذا القرار وكان هناك طريق آخر - قرار آخر - يوصل إلى هذا الغاية ذاتها وثبت للقاضي أن الإدارة كانت ستتخذ هذا القرار الجديد بوصفه الطريق القانوني الصحيح الذي يفضي إلى هذه الغاية - فإنه سوف يطبق التحول حالاً(٥).

الحقيقة أن القرار الأصلي - الباطل - هو بلا شك يقوم على إرادة موجودة للجهة الإدارية، فهل معنى ذلك أن القرار الجديد هو الآخر محل إرادة حقيقية للإدارة أو إرادة أخرى يمكن أن يفترضها القاضي الإداري؟ الواقع أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء سواء في النطاقين الخاص والعام يجمع على أن التصرف الجديد لا يمكن أن يكون محل إرادة حقيقية موجوداً فعلاً^(٣)، إذ أن الجهة الإدارية لم تفكر إطلاقاً في بطلان القرار الأصلي وإن إرادتهما انصرفت إليه فلا يمكن أن نتصور أن تكون لها إرادة حقيقية بالنسبة للقرار الجديد. وعلى ذلك فالقرار الجديد لا يمكن أن يكتسب الصحة بمقتضى إرادة حقيقية موجودة فعلاً وقت إصدار القرار الأول، فإذا كان القرار الجديد قد أريد فعلاً فإن صحته تستند مباشرة إلى إرادة حقيقية ، وهنا لا مجال للتحول في هذه الحالة، لأن التحول لا يدور حول تفسير لإرادة موجودة أصلاً. وإذا كان وجود الإرادة الحقيقية مانعاً من إجراء التحول، فهل يستلزم وجود إرادة احتياطية أو احتمالية لقيامه؟

إن الفقه والقضاء يجمعان على أن مثل هذه الإرادة (الاحتياطية أو الاحتمالية) غير مطلوبة لإجراء التحول لأن الإدارة لا يمكن أن يكون لها إرادة احتمالية أو احتياطية، إذ أنها لم تكن تعلم بالبطلان ولم تتوقعه، ولم تفكر بقرار احتياطي على وجه الاحتمال، بل أن هذه الإرادة الاحتمالية يجب أن لا

(٥) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٧.

(٣) د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٣٩٩، د/ محمد عبد الله

حمود، المرجع السابق، ص ١٠١.

تكون موجودة وإلا فإن الأمر لا يدخل في نطاق التحول، وإنما يدور حول تفسير لإرادة الجهة الإدارية^(٤).

وكذلك لو رجعنا إلى نص المادة (١٤٤) مدني مصري لرأينا أنها لا تتطلب بأي حال من الأحوال إرادة حقيقية أو احتمالية متجهة إلى التصرف الجديد، ولكن لما كانت الإرادة هي الركن الأساسي في التصرف القانوني، إذ لا يستطيع التصرف أن يخرج إلى الوجود بدونها، وأن نص المادة المذكورة يتطلب كذلك أن يقوم التصرف الجديد على الإرادة إلا أن هذه الإرادة ليست حقيقية ولا احتمالية لذلك يجب البحث عن إرادة افتراضية أو تصورية يفترضها القاضي عند إجراء التحول.

وبناء على ذلك يجب أن لا يكون بطلان القرار الأصلي معلوما للجهة الإدارية عند اتخاذها له، وإلا كان ذلك مانعا من إجراء التحول لما يتضمنه من وجود للإرادة الاحتمالية لدى الجهة الإدارية وقت إصدار القرار الباطل إلى إنشاء القرار الجديد، وفي هذا ما ينفي الإرادة الافتراضية التي لا يمكن أن تقوم إلا في حالة عدم وجود إرادة أخرى^(١).

فالإرادة التي يقوم عليها القرار الجديد هي إرادة افتراضية يفترض القاضي الإداري وجودها من العناصر التي تظهر أمامه في ملف الدعوى والتي تبرر قيام هذا الافتراض فهي الإرادة التي يمكن أن تكون لدى جهة الإدارة عند إصدار قرارها الباطل لو أنها علمت بالبطلان، إذ يكفي أن يفترض أن رجل الإدارة الذي أصدر القرار الباطل كان يصدر القرار الجديد الناتج عن التحول لو تبين عيب القرار الأصلي، ويرجع في تكوين الإرادة الافتراضية إلى وقت صدور القرار الباطل وليس إلى وقت لاحق مثل وقت رفع الدعوى أو وقت صدور الحكم بالتحول، فالعبرة بما كانت ستكون عليه إرادة الإدارة وقت إصدار القرار الباطل لو علمت ببطلانه ولا يمكن أن يعتد بأي إرادة سابقة أو لاحقة لإصدار القرار^(٢)، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي أن يدخل الإرادة اللاحقة عند تكوين الإرادة الافتراضية وسيلة تساعد في التعرف

(٤) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(١) د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٠٠، د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٢) د/ أحمد يسرى، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

عليها بل هي مجرد استدلال أو موجه غير ملزم للقاضي ولا يجوز الاستناد إليها فقط للتعرف على الإرادة الافتراضية^(٣).

على أن مفهوم الإرادة في نطاق القانون العام يختلف عنه في نطاق القانون الخاص، فالدولة وسلطاتها الإدارية ليست شخصاً طبيعياً من أشخاص القانون الخاص يعبر بنفسه عن إرادته، وإنما هي أشخاص معنوية تباشر تصرفاتها واختصاصاتها بواسطة أشخاص طبيعيين يعبرون عن إرادتها وليس عن إرادتهم الشخصية، ولذلك يجب عند تكوين الإرادة الافتراضية للإدارة عند إعمال التحول النظر إلى إرادة السلطة الإدارية وحدها، وليس البحث عن إرادة الموظف أو الهيئة التي تتولى أمرها، وإن كانت تلك الإرادة تؤثر في تكوين إرادة الشخص المعنوي ولكن ليس هي ذاتها^(٤).

وكذلك الأمر إذا كان القرار الإداري صادراً من جهة لا يتولى أمرها شخص طبيعي واحد بل مجموعة من الأشخاص الطبيعيين على شكل هيئة إدارية تتولى أمورها وتصدر باسمها مجموعة من القرارات الإدارية وتعبر عن إرادتها فعندئذ يجب البحث عن إرادة هذه الهيئة التي تتولى الإدارة مجموعة من الأشخاص وليس عن إرادة الشخص الذي يتحدث باسمها، أو عن الإرادة الخاصة لكل شخص من أشخاص هذه الهيئة.

وتبدو أهمية ذلك عند تغيير شخص مصدر القرار (سواء أكان شخصاً واحداً أم هيئة من عدة أشخاص) بين صدور القرار وبين إبطاله وإعمال التحول، إذ قد يكون الموظف الجديد (الخلف) مختلفاً والموظف الأصلي (السلف) الذي أصدر القرار الباطل وله وجه نظر وتقدير يختلف عن وجهة نظر وتقدير الأول، فقد يرى أن المصلحة العامة تقتضي إبطال قرار اتخذه سلفه أو عدم ملاءمة ذلك القرار لمتطلبات الصالح العام^(١).

ففي هذه الحالة لا يعتد بإرادة الموظف الجديد وإن اختلف مع إرادة سلفه، إذ أن إرادة مصدر القرار متى خرجت إلى الوجود وأحدثت أثارها القانونية فإنها لا تعبر عن إرادته الشخصية ولا ترتبط بشخصه وإنما عن

(٣) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٠٣

(٤) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٧ - ٦٤٨.

(١) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٠٤.

إرادة السلطة الإدارية وتبقى قائمة ومستمرة وإن تغير شخص مصدرها لأي سبب من الأسباب^(٢).

فالعبارة إذن بما ستكون عليه إرادة السلطة الإدارية وقت إصدار القرار الباطل فيما لو كانت على علم بالبطلان.

وإذا كانت إرادة السلطة الإدارية هي التي يجب البحث عنها عند تكوين الإرادة الافتراضية لإجراء تحول القرارات الإدارية الفردية الصادرة من جانب الإدارة وحدها دون تدخل المكلف بها، غير أنه في القرارات التي تتطلب في صدورها مشاركة من جانب المكلف بها، إذ لا يمكن للإدارة أن تصدرها بإرادتها المنفردة، بل يجب أن تتعاون فيها إرادة الإدارة وإرادة المكلف^(٣)، فعندئذ يتعين على القاضي عند تكوين الإرادة الافتراضية أن يدخل الإرادتين معاً^(٤).

ولما كانت الإرادة الافتراضية هي معيار أعمال التحول في نطاق القانون العام، فإنه يتعين علينا الإجابة عن هذا التساؤل، كيف يمكن أن نستكشف هذه الإرادة؟ متى يمكن افتراض أن القرار الآخر كان يراد من قبل الجهة الإدارية عند العلم ببطلان القرار الأول؟؟

الحقيقة أن الفقه والقضاء لم يقدم لنا إجابة واضحة ومحددة عن هذا التساؤل ولا توجد هناك معايير محددة يمكن الاعتماد عليها للكشف عن هذه الإرادة الافتراضية، ولذلك فإن الكشف عن هذه الإرادة يضع أمام القاضي الإداري واجباً شاقاً، إذ يجب عليه البحث عن الإرادة التصورية في لحظة إصدار القرار الإداري الباطل، وهي إرادة لم توجد في الواقع لا حقيقة ولا احتمالاً، لأن الإدارة لم تفكر إطلاقاً ببطلان القرار الإداري، ومن جهة أخرى لا يمكن أعمال التحول دون التثبت من هذه الإرادة وتقريرها، لأن كل أعمال التحول بدون هذا الشرط يكون منعماً، إذن ما هو الحل؟

الواقع أن التثبت من هذه الإرادة التصورية (الافتراضية) يجب أن يتم في ملف القرار الباطل وما يحتويه من أوراق وبيانات، وبدئ ذي بدء يجب أن نستبعد فكرة أن الإرادة الحقيقية الموجهة إلى القرار الباطل يجب أن تكون متجهة كذلك إلى القرار الجديد لأن ذلك يعني أن القرار الجديد كان قد أُريد حقيقة مع القرار الباطل في الوقت نفسه، وعندئذ لا نكون أمام فكرة التحول

(٢) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤٢٧.

(٣) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(٤) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص ١٠٢.

د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

كما سبق أن أشرنا إلى ذلك، بل أن الأمر يدور حول تطبيق الإرادة الحقيقية للإدارة على القرار الجديد، وهنا سيكون التحول مستبعداً لأن ذلك يعني أن دور القاضي سينحصر في الكشف عن الإرادة الحقيقية للقرار الجديد، مما يجعله يقوم بتفسير هذه الإرادة وليس لإعمال التحول عن طريق افتراض الإرادة^(١). وعندما يقوم القاضي بمهمة الكشف عن الإرادة الافتراضية فيجب عليه أن لا يخلتق بدون مبرر إرادة معينة للإدارة، بل يجب أن يسترشد بالغرض أو الغاية التي ثبت أن الإدارة كانت تسعى إليها عند إصدار قرارها المعيب.

وهنا يتجه جانب من الفقه^(٢)، إلى أن الغرض القانوني للتصرف هو المعول عليه للكشف عن الإرادة الافتراضية فالتحول يقع في الحدود التي يتحقق الأثر القانوني نفسه في جوهره عن طريق التصرف الجديد بمعنى آخر يفترض أن القرار الجديد كان إرادة الجهة الإدارية إذا كان الغرض القانوني المقصود في القرار الباطل متحققاً في جوهره في القرار الجديد.

ويرى البعض أن افتراض الإرادة على فكرة الغرض القانوني لا يمكن التسليم به ذلك لأن لكل تصرف نتائج قانونية محددة تختلف عن تلك التي يرتبها تصرف قانوني آخر، لا بل أن هذا الأساس يؤدي إلى الوقوع في التناقض ولكي يحقق القرار الجديد الغرض القانوني نفسه للقرار الباطل يجب أن يكون هو نفسه لا قرار جديد يختلف عنه في النوع والمضمون وأن هذا يتعارض وفكرة تحول القرار الإداري^(٣).

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الفقه^(٤) من أن معيار الكشف عن هذه الإرادة ليس معياراً شخصياً يرجع فيه للبحث عن النوايا الحقيقية لرجل الإدارة بل هو معيار موضوعي يتمثل في التثبت من احتواء القرار الباطل للعناصر الكافية لتكوين القرار الجديد وفي إمكان تحقيق الأهداف التي أرادت الإدارة تحقيقها من إصدار قرارها المعيب فهذه العناصر الموضوعية تصبح قرينة على إمكانية افتراض انصراف إرادة الإدارة إلى اتخاذ القرار الجديد لو أنها علمت ببطلان قرارها السابق لحظة إصداره.

(١) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٢) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٣) د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٤) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٠٨.

المطلب الثاني

كيفية تحول القرار الإداري وميعاده

إن تحول القرار الإداري قد يكون إما من خلال الإدارة ذاتها ودون حاجة للطعن في القرار المعيب ، وإما أن يكون هذا التحول بناءً على تدخل من القاضي الإداري وكلاهما يجب ان تراعى مواعيد التحول بشأنه وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

التحول الإداري للقرار الإداري

لا شك أن الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري الباطل تكون الأجدر على بيان مدى توافر عناصر القرار الجديد ومن ثم تعمل سلطة التحول بشأنه^(١).

ويثور التساؤل حول هل يجوز للجهة الإدارية التي أصدرت القرار الباطل أن تقوم بتحويله إلى قرار إداري آخر بالرغم من أن هذا القرار خضع لتصديق السلطة العليا المتمثلة في السلطة المركزية؟؟

يرى البعض^(٢)، أن التوافق الشكلي بين القرار الباطل والقرار الصحيح يجيز أعمال التحول طالما قامت به الجهة الإدارية المختصة تحت إشراف السلطة العليا (الجهة الرئاسية) بمعنى أنه يجب أن تصدق هذه السلطة الأخيرة على القرار الجديد وفي هذه الحالة يحدث التحول، ومن ثم فإن الجهة التي تملك إجراء التحول قد تكون هي السلطة الإدارية مصدرة القرار أو السلطة الرئاسية لها.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الرأي السابق تأسيساً على أن اعتماد القرار أو التصديق عليه مسألة تتعلق وفي المقام الأول بدخوله حيز النفاذ والتطبيق، أما مرحلة اكتمال أركانه أو عناصره أو تخلف أي منها يتعلق بمرحلة سابقة على هذا التصديق ومن ثم تكون الجهة الإدارية التي أصدرت القرار قبل اعتماده هي صاحبة الاختصاص في تحويله وذلك لأن من شروط التحويل أن

(١) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

(٢) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٢٠.

تتجه نية الإدارة إلى القرار الإداري الجديد منذ علمها ببطلان قرارها الذي أصدرته، كما أنها وحدها التي تملك تحديد الهدف من القرارين الباطل والصحيح، ومن ثم لا يصح للسلطة الرئاسية أن تقوم بإجراء هذا التحول في القرار الإداري المعيب إلا إذا اعتمدت القرار الجديد واتضح لها عيوب القرار الأول وفي هذه الحالة نعتبر أن تصديقها على القرار الإداري الجديد هو بمثابة إعادة دراسة تحليلية واقعية وقانونية للقرار الإداري الجديد حتى تتلاشي عيوب البطلان التي أدت إلى إنهاء العمل بالقرار الأول والمعني والمعتمد منها.

ولا شك أن قيام الجهة الإدارية مصدرة القرار بإجراء تحويل قرارها الإداري المعيب إلى قرار إداري صحيح هو نوع من أنواع الرقابة الإدارية وهي رقابة الإدارة لنفسها تلك الرقابة التي تتحرك بأحد طريقين:
الطريق الأول: التحول عن طريق التظلم من القرار الإداري المعيب:

بما أن القرار الإداري من شأنه إحداث أثر قانوني معين إما أن يكون إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو الغاؤه على النحو السالف ذكره فإن الطبيعي هو امتداد أثر القرار الإداري إلى المخاطب به والذي قد يجد فيه ما يمس حقوقه فيقوم بالتظلم منه إما إلى الجهة مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية له، وتتطلب دراسة هذا التظلم وبيان مدى صحته من عدمه أن تقوم الجهة الإدارية سواء كانت مصدرة القرار أو الجهة الرئاسية لها بدراسة مدى توافر أركانه وعند ثبات ما به من عوار تبحث في مدى إمكانية تحوله إلى قرار إداري صحيح خشيية الغاء القرار المعيب من القضاء وتحميل جهة الإدارة المسؤولية الناتجة عن هذا الإلغاء^(١).

أنواع التظلم الإداري:

تتعدد أنواع وصور التظلم وفقاً للزاوية التي ينظر إليه من خلالها وعليه فإن التظلم الإداري منظوراً إليه من حيث الجهة الإدارية التي يقدم إليها، ينقسم إلى تظلم ولائي وآخر رئاسي، كما يقسم التظلم الإداري من حيث الإلتزام بتقديمه إلى تظلم اختياري وآخر وجوبي، وذلك على النحو التالي:

(١) د/ سامي جمال الدين (الرقابة على أعمال الإدارة) المرجع السابق، ص ٢١١. وحكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٣١ق، علماً، جلسة ١٢/٧/١٩٨٥.

النوع الأول: التظلم الإداري من حيث الجهة المقدم إليها: التظلم الإداري الولائي:

يملك صاحب الشأن أن يقدم تظلماً إدارياً إلى مصدر القرار الإداري قبل مفاصلة مشروعية القرار قضائياً ويعد تقديم هذا التظلم اختيارياً من حيث المبدأ العام، ما لم يقضي القانون بغير ذلك، وعليه يمكن تعريف النظام الولائي بأنه التظلم الذي يقدم إلى الجهة مصدرة القرار مطالباً إياها أن تعيد حساباتها بالنظر في القرار المعيب، إما بسحبه، أو تعديله، أو إلغائه، وبمعنى آخر، هو التماس يقدم إلى من صدر منه القرار المشكوك منه، ويطلب فيه الإدارة بدراسة قرارها ومراجعتها^(٢).

وترجع أهمية هذا النوع من أنواع التظلم إلى أنه يتيح لرجل الإدارة الذي صدر عنه القرار الإداري المتظلم منه فرصة مراجعة قراره وبحث تصرفه وتمحيصه من جديد، فإذا استبان له خطأ ما في تصرفه، فإنه يقوم من تلقاء نفسه بتصحيح تصرفه الخاطئ ويكون ذلك إما بسحب قراره أو إلغائه أو تعديله بما يتفق مع القانون.

٢- التظلم الإداري الرئاسي:

بمقتضى التظلم الرئاسي يتوجه الفرد المتضرر من القرار إلى رئيس من صدر عنه ذلك القرار محل التظلم، لكي يقوم ذلك الرئيس بموجب سلطته الرئاسية بإعادة النظر ومراجعة ذلك القرار، بما يؤدي عند ثبوت عدم مشروعيته إما إلى سحبه أو إلغائه أو تعديله أو عند ثبوت عدم ملاءمته زمانياً من حيث توقيت صدوره أو مكانياً من حيث نطاق سريانه إلى محاولة إزالة تلك النتائج الضارة المترتبة عليه^(٣).

وهذه السلطة المعطاة للرئيس الإداري تحددها القوانين والأنظمة والتي تسمح للرئيس الأعلى برقابة نشاط مرؤوسيه ودراسة ملف الموضوع بموضوعية تمكنه من اكتشاف أوجه الخلل والقصور في إدارته وتقييم أداء مرؤوسيه وضمان تحقيق التنسيق المنشود لرفع كفاءة الإدارة.

(٢) د/ سليمان الطماوي (النظرية العامة للقرارات الإدارية) طبعة ١٩٩١، ص ١٩.

(٣) د/ عبد الله محمود (الأحكام الجزائية والموضوعية للتظلم الإداري) طبعة ١٩٩٤، ص ٤٢. حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوى رقم ٣٨٢٧٥ لسنة ٦٠ق، جلسة ٢٠٠٩/٢/٧، غير منشور.

وتتضح أهمية التظلم الإداري الرئاسي بالمقارنة مع التظلم الإداري الولائي في أنه يمثل أداة رقابية على أعمال المرؤوسين وقد يساعد على اكتشاف أوجه الخلل والقصور في الجهة الإدارية، التي يشرف عليها الرئيس الإداري الأعلى فضلاً عن تزايد احتمالات توفر ضمانات الحيدة والموضوعية في نظر التظلم والفصل فيه من قبل الرئيس الإداري، وهو أمر قد لا يتوافر في التظلم الولائي، لا سيما عندما يؤيد مصدر القرار قراره ويأبى التراجع عنه، الأمر الذي قد يؤدي إلى تجاهل التظلم المقدم إليه، أو إلى رفضه دون وجه حق.

النوع الثاني: التظلم الإداري من حيث الالتزام القانوني بتقديمه:

١- التظلم الاختياري:

يقصد بالتظلم الاختياري قيام المتظلم اختياريًا بعرض أوجه الطعن الموجهة من جانبه إلى القرار الإداري الصادر بشأنه على جهة الإدارة، طالباً منها إنصافه سواءً من خلال إزالة وجه عدم المشروعية الذي شاب القرار محل التظلم ومن ثم القيام بسحبه أو تعديله، أو من خلال إزالة وجه عدم الملاءمة المنطوي عليه ذلك القرار.

ويمثل التظلم الاختياري الأصل العام المتبع في مجال الطعون والتظلمات الإدارية، ذلك أنه غير محدد بحالات معينة لا يجوز تقديمه إلا بصددها، كما هو الحال بالنسبة للتظلم الوجوبي المحددة قانوناً حالاته على سبيل الحصر، وهو ما يستفاد منه أن الشخص المعني بهذا التظلم يكون متمتعاً بحرية كبيرة بصدده تتمثل من جانب أول في إمكان إقدامه على تحريك هذا التظلم أمام جهة الإدارة مصدره القرار أو لذي جهتها الرئاسية، أو على العكس الإحجام عن تحريكه أمامها، كما أنه يتمتع من جانب ثان بحرية الجمع في آن واحد فيما بين تحريكه لهذا التظلم أمام جهة الإدارة المعنية، وبين إقامة الدعوى أو الطعن أمام القضاء ضد القرار الإداري محل التظلم، ودون أن يتقيد في تلك الأخيرة بسبق تقديم التظلم إلى جهة الإدارة مثلما عليه الحال في التظلم الوجوبي^(١).

(١) د/ عبد الغني بسيوني، قضاء الإلغاء، الاسكندرية، ١٩٨٣، المرجع السابق، ص ٢٤١، وحكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٣٦١٦ لسنة ٤٦ق، عليا، جلسة ٢٣/١٢/٢٠٠٦، وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ٢٢/١٢/٢٠٠٣.

وبمعني آخر فإن الشخص المعني يمكنه اللجوء مباشرةً وفوراً إلى القضاء طالباً إليه الغاء القرار محل الطعن القضائي، ودون أن يلزم بسبق اللجوء - في نفس الموضوع - إلى جهة الإدارة، ويتبين لنا من ذلك مدى ما يتمتع به الشخص المعني هنا من حرية واسعة في اللجوء الاختياري أو عدم اللجوء إلى جهة الإدارة، دون أن يخشى من وراء مسلكه هذا عدم قبول دعواه أمام القضاء إذا ما فضل اللجوء بصورة فورية ومباشرة أمامه، وهو الأمر الذي لم يكن يتمتع بمثله ذلك الشخص إذا تعلق الأمر بإحدى حالات التظلم الوجوبي المحددة قانوناً على سبيل الحصر والإلزام^(٢).

٢- التظلم الوجوبي:

يكون التظلم وجوبياً إذا ألزم المشرع الشخص المعني بالالتجاء بتظلمه إلى الإدارة قبل رفع دعواه أمام القضاء فإذا أقام دعواه مباشرة دون اتباع هذا الإجراء أي تقديم التظلم وانتظار البت فيه كانت غير مقبولة^(١).

وإذا كان الأصل في مجال الطعون المقدمة أمام القضاء الإداري هو عدم توقف تحريكها على سبق تقديم طعن إداري ينصب على محلها أمام الجهة الإدارية المختصة، فإن ثمة استثناءات لا يجوز فيها قبول تلك الطعون القضائية إلا عند ثبوت تقديم هذا الطعن الإداري مسبقاً، وبصورة إلزامية أمام جهة الإدارة، وانتظار البت فيه.

والتظلم الوجوبي ليس إجراء مقصوداً لذاته، بل هو مجرد افتتاح للمنازعة الإدارية الهدف منه تقليل عدد القضايا بقدر المستطاع ودون أي إخلال بتحقيق العدالة، بحيث لو رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه أجابت مطلبه، وانتهت المنازعة في مراحلها الأولى وإذا رفضته أو لم تبت فيه خلال الموعد المحدد لجأ إلى القضاء^(٢).

(٢) د/ محمد خليفة الخليلي (التظلم الإداري)، طبعة ٢٠٠٩، ص ٤٢.

(١) د/ حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، عالم الكتب، القاهرة ١٩٨٨، ص ١٠٧، وما بعدها، د/ خميس السيد إسماعيل، قضاء مجلس الدولة، ط ٣، ١٩٩٣، ص ١٥٧، وكذلك د/ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ولاية قضاء الإلغاء ١٩٩٠، ص ٧١، د/ محمد خليفة، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٧٣٩١ لسنة ٤٦ق، عليا، جلسة ٢٥/٥/٢٠٠٥، كذلك حكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ١٩٧، لسنة ٢٠٠٦، جلسة ١٧/٦/٢٠٠٨.

وبذلك يتبين لنا أن مفهوم التظلم الوجوبي يتضح من خلال وجوب تقديمه في الحالات المحددة قانوناً أمام جهة الإدارة بصورة مسبقة على رفع الدعاوى القضائية، وإلا فإن الأثر المترتب على مخالفة هذا المفهوم سيكون عدم قبول الدعوى أو الطلب المقدم أمام القضاء.

من هنا فإن الحكمة الكامنة من وراء الإلزام بتقديم التظلم الوجوبي قبل رفع الدعوى إنما تنبئ من خلال تعميق الشعور بالثقة في الإدارة واعطائها الفرسة لإصلاح أخطائها ذاتياً لكي تتراجع عن قرارها بتصحيح موقفها، وبما يغني عن السير في الخصومة الإدارية وضياع الوقت والجهد والمال في مباشرة الدعاوى القضائية^(٣).

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية عن تلك الحكمة من وراء التظلم الوجوبي في العديد من أحكامها حيث قضت (أن الحكمة من التظلم السابق على رفع دعوى الإلغاء سواء كان التظلم مقدماً إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار، إن كانت من الجهة التي تملك سحبه أو الرجوع فيه، أم إلى الهيئات الرئاسية، وهو التظلم الذي جعله المشرع شرطاً لقبول طلب إلغاء القرارات الخاصة بالموظفين العموميين إن الحكمة من هذا التظلم هي الرغبة في التقليل من المنازعات بانهاؤها في مراحلها الأولى بطريق أيسر للناس، وذلك بالعدول عن القرار المتظلم منه إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه)^(٤).

ويلاحظ أن التظلم الوجوبي كان محل نقد بعض الفقهاء وذلك من وجهين، الأول: أن النص على نوع وجوبي من التظلم هو أمر يضع الموظف المتظلم موضع الإذلال حيث يقابل التظلم في بعض الأحيان بنوع من المكابرة والاستعلاء من السلطات الرئاسية للموظفين يستعلى بخصوصها مصدر القرار عن الرجوع فيه، وهذا نهج غير قانوني أصلاً والوجه الثاني: أن من أصول التنظيم القانوني ألا تنظر المسألة أمام درجة واحدة من درجات التقاضي لمرتين بمعنى أن لا يجوز أن يكون الرئيس الإداري حكماً وخصماً وفي ذات

(٣) د/ علي خطار شطناوي، التظلم كشرط لقبول دعوى الإلغاء، المجلة القضائية الأردنية، المعهد القضائي عمان، العدد ١٢، ١٩٩٨، ص ١٤.

(٤) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٧ق، عليا، جلسة ١٩٦٦/٣/٥.

الوقت أيضا جهة استئنافية فالأولي دائما أن يكون التظلم لمن يعلو مصدر القرار على أقل تقدير^(١).

أهمية التظلم الإداري:

تختلف أهمية التظلم بالنسبة للأفراد عنه بالنسبة للإدارة كما يلي:

أهمية التظلم بالنسبة للأفراد:

يمثل التظلم الإداري أهمية على صعيد القضاء، فمن شأن هذا التظلم حسم المنازعة الإدارية في مهدها، من خلال تلقي جهة الإدارة المعنية للتظلمات الإدارية والفصل فيها ابتداءً أن يقلل من عدد الدعاوى الإدارية والطعون القضائية وهذا يخفف العبء على كاهل القضاء ويحقق العدالة من أقرب طريق^(٢).

وفي هذا الشأن أوضحت المذكرة التفسيرية لقانون مجلس الدولة المصري رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الذي استحدث التظلم الوجوبي بقولها (الغرض من ذلك هو تقليل الوارد من القضايا بقدر المستطاع وتحقيق العدالة الإدارية بطرق أيسر للناس، بإنهاء تلك المنازعات في مراحلها إن رأت الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه، فإن رفضته أو لم تبت فيه في خلال الميعاد المقرر، فله أن يلجأ إلى طريق التقاضي^(٣)).

من جهة أخرى تتجلى أهمية التظلم الإداري بالنسبة للأفراد في جانبين مهمين ، أولهما أنه يحقق للأفراد ما يحققه الطعن القضائي، وبخاصة فيما لو استجابت الإدارة له، وبالتالي يتجنب الأفراد إجراءات التقاضي المعقدة والطويلة وبأسرع وقت ممكن، وثانيهما أنه إجراء من وسهل لا يتطلب

(١) د/ ماهر عبد الهادي، الشرعية الإجرائية في التأديب، بدون دار نشر، طبعة ١٩٨٠، ص ٣٩٧.

(٢) د/ عمرو محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ج ، ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٦، ص ٢٣٩، د/ عبد الرؤوف بسيوني ، أحكام التظلم في القانونيين المصري والكويتي ، دراسة فقهية وقضائية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٩، وكذلك د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ٢٠٠٨، ص ٦٨٣، د/ محمد خليفة، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) د/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٣٧، وكذلك د/ سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دعاوى الإلغاء، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٩١، ص ١٢٠.

شكليات معينة، كشرط الميعاد والشروط الشكلية الأخرى والشروط الموضوعية في الطعون القضائية فضلا عن أنه لا يكلف نفقات مالية باهظة^(٤).

والتظلم دائما يحقق مصلحة صاحب الشأن ، حيث يمكنه من الوصول إلى حقه دون جهد أو نفقات في التقاضي، مع عدم الإضرار به، حيث بوسعه اللجوء إلى القضاء للطعن بالقرار.

أهمية التظلم الإداري بالنسبة للإدارة:

مما لا شك فيه أن التظلم الإداري يحقق قاعدة مفيدة للإدارة ويمكن إبراز أهم تلك الفوائد ، على النحو التالي"

١- يخلق التظلم نوعاً من التفاهم بين الإدارة وذوي الشأن، بعيداً عن ساحات القضاء وكيد الخصوم، لا سيما في إطار الوظيفة العامة، وفي هذا تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر (أن التظلم هو الاصل في مجال استخلاص ذوي الشأن لحقوقهم، ورفع الظلم عنهم لجهة الإدارة وهي الخصم الشريف، يتعين أن تعطي الحق لأصحابه دون تكبدهم مشقة القضاء وإجراءاته)^(١).

من جهة أخرى، يعزز التظلم من نزاهة الإدارة العامة في نفوس المتعاملين معها، حيث تزداد ثقتهم بها إذا ما راعت في التظلم الإداري الحيطة والنزاهة، بعيداً عن التعصب والهوي الشخصي، فضلاً عن تجنب الإدارة أحكام القضاء التي قد تقضي بإلغاء أو بطلان قراراتها مما قد يسبب لها إحراجاً وظيفياً وضرراً مالياً^(١).

٢- قد يدفع التظلم الإداري بالإدارة إلى إلغاء قرارها أو سحبه أو تعديله لعدم المشروعية والملاءمة وهو ما لا يمكن القيام به عن طريق

^(٤) د/ أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، ص ٣٧٠، د/ محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة ، طبعة ١٩٩٨، ص ٨٣. د/ محمد خليفة ، المرجع السابق، ص ٣٠، ٣١.

^(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة بجلسة ١٢/٧/١٩٨٥، مجلة نقابة المحامين المصرية لسنة ٣١، ص ٨٣.

^(١) د/ عبد الله محمد أرجمند، فلسفة الإجراءات التأديبية للعاملين بالخدمة المدنية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في دولة الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، ط١، مطابع البيان، دبي ١٩٩٨، ص ٣٥١، د/ محمد خليفة، المرجع السابق، ص ٣١.

الطعن القضائي الذي يقتصر دوره في الأصل على رقابة المشروعية المتمثلة بإلغاء القرار الإداري المعيب^(٢).

٣- من شأن اللجوء للتظلم لتقليل فرص التصادم بين الفرد والإدارة، وإظهار الإدارة في حالة قبولها للتظلم بمظهر من يحترم القانون ويعمل أحكامه، ولو ترتب على ذلك سحبها لقرار أصدرته وفي ذلك إعلاء لشأن الإدارة لدى الأفراد، واستشعارهم لحسن النية في تعاملهم معها، الأمر الذي يؤدي إلى مزيد من التعاون بين الإدارة والأفراد مما يحقق المصلحة العامة^(٣).

٤- إن صدور القرار الإداري المعيب لا يعني بالضرورة أن الإدارة المعنية قصدت وجود هذا العيب ورمت إلى تحقيقه بل قد يكون صدوره نتيجة خطأ أو سهواً أو تأويلاً في تطبيق نصوص القانون وأحكامه، وحتى لو افترضنا أن مصدر القرار أراد هذه النتيجة عن علم ومعرفة، فالتظلم يرفع حقيقة الأمر إلى السلطة الرئاسية لمصدر القرار، والتي تملك تعديل قراراته أو إلغائها أو سحبها، إذا اقتضت بمشروعية هذا التظلم وصحة أسبابه، وبهذا يتم فض النزاع ودياً^(٤).

ورغم هذه الأهمية التي يمثلها التظلم الإداري، إلا أن يعاب عليه بأن الجهة الإدارية المقدم إليها التظلم تتمتع بسلطات تقديرية واسعة في النظر والبت فيه، فضلاً عن عدم توافر اعتبارات الحيادة والنزاهة أحياناً وبخاصة أن الإدارة هنا ستكون خصماً وحكماً معاً في ذات النزاع مما يخلق عدم الاطمئنان إلى موضوعية وحيادة الجهة التي فصلت في التظلم الإداري^(٥).

يضاف إلى ذلك أن الجهة الإدارية قد لا تعترف بالخطأ وقد تدخل المجاملات والمصالح بين الرؤساء والمرؤوسين التي تحول دون تصويب الوضع أو رفع التعدي المشكوك منه^(٦).

(٢) د/أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٣٧١، و د/ عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٣) د/ عبد العزيز خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص ٦٨٢.

(٤) د/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦١٥.

(٥) د/ علي شطناوي، القضاء الإداري الأردني، مرجع سابق، ص ١٧٩، د/ محمد خليفة، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٦) د/ مصطفى وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، ص ١٦٩.

الطريق الثاني: التحول بإرادة الإدارة ودون تظلم:

لا شك أن الإدارة تملك وإيرادتها المنفردة سلطة مراجعة قراراتها الإدارية فإذا تبين لها أن ما أصدرته يدخل في عداد القرار الإداري المعيب الذي يمكن للقضاء الإداري الحكم ببطلانه وتبين لها من خلال باقي عناصر هذا القرار أن من شأنه ميلاد قرار إداري جديد صحيح وكان لديها إرادة مفترضة (النية) على النحو السالف ذكره فإن الجهة مصدرة القرار تقوم بتحويله من تلقاء نفسها ولا يعد اعتراض المخاطب بالقرار على التحويل بمثابة عائق لها طالما أن هذه الجهة تقوم بعملها من خلال مبدأ المشروعية، وفي هذه الحالة لا يكون أمام المخاطب بالقرار إلا اللجوء للقاضي الإداري والمطالبة بالغاء القرار الإداري الجديد تأسيساً على أن الجهة الإدارية تهدف من وراء تحول قرارها إلى تحقيق أهداف ومصالح غير التي هدفت إليها لحظة غاصداره، أو أن يقيم الدليل على أن القرار الأول والذي تم تحوله إلى قرار آخر كان صحيحاً والتحول كما أشرنا قاصر على القرار الباطل^(٤).

أشكال التحول الإداري:

١- التحول الصريح:

إن الجهة الإدارية مصدرة القرار الإداري المعيب تملك تحويله دون المرور بالقضاء الإداري ويتم ذلك عن طريق إعلان جهة الإدارة برغبتها في ترتيب آثار اركان القرار الإداري المعيب والتي تمخص عنها القرار الإداري الجديد مع تطابق وحدة الشكل والغاية بين القرارين القديم والجديد على النحو السالف ذكره وهنا يعد ذلك (تحول صريح من جانب الإدارة)^(٥).

٢- التحول الضمني:

يشير الفقه^(١)، إلى أن هناك نوع آخر من التحول تقوم به جهة الإدارة يسمى التحول الضمني ويحدث ذلك إذا ترتب على القرار الإداري المعيب آثار تتفق مع الآثار التي يمكن ترتيبها على القرار الإداري الجديد الصحيح بشرط أن تكون هذه الآثار التي حدثت بالفعل كلها أو معظمها من المفترض عدم

(٤) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٢١.

(٥) د/ محمود حلمي (عيوب القرار الإداري) مجلة العلوم الإدارية، العدد الثاني، ١٩٦٧، ص ١٠٤، وما بعدها.

(١) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤٣٠.

حدوثها نتيجة القرار الإداري المعيب بالبطلان، فإذا لم تتعرض الجهة الإدارية للتعليق على هذه الآثار بتعديلها أو إلغاؤها فإن ذلك يعني أنها قبلت بها وأن قبول الآثار هو مرحلة تالية لقبول القرار ذاته والذي تم التحول إليه أي أن الجهة الإدارية في مثل هذه الحالة تكون قد ارتضت ضمناً بتحويل القرار الإداري المعيب إلى قرار إداري صحيح.

الفرع الثاني

التحول عن طريق القضاء الإداري

في الواقع أن دور القاضي الإداري ليس هو البحث عن وسيلة أو مبرر لبقاء قرار إداري باطل وبالتالي يقتصر دور القاضي الإداري في حالة الطعن أمامه على قرار إداري أن يبحث عن الشروط القانونية التي إذا اكتملت تحول القرار من قرار معيب بالبطلان إلى قرار جديد صحيح وليس للقاضي الإداري دور في هذا التحول إلا البحث عن عناصر القرار الإداري الجديد ومن ثم فإن هذا التحول لا يعد تحول قضائي وإنما تحول قانوني كشف عنه القاضي الإداري، وخير دليل على ذلك أنه إذا تبين للقاضي الإداري أن القرار الباطل المطعون فيه قد تحصن من الإلغاء إما بسبب عدم التظلم منه أو بسبب فوات مواعيد الطعن فيه في هذه الحالة تغل يد القاضي الإداري عن البحث عن عناصر التحول إذ أن هذا التحول فقد أول شروطه وهو بطلان القرار المراد تحويله.

كما أن القاضي الإداري عندما يعمل قواعد التحول يجب عليه أن يبحث عن أركان القرار الإداري الجديد ويستخلصها من القرار الإداري الباطل أي أنه مقيد بهذا القرار الأخير ومن ثم لا يجوز له إضافة عنصر جديد إلى عناصر القرار الباطل حتى يصبح القرار الجديد صحيح، كما أن القاضي الإداري إذا لم يوضح في حكمه أن نية الإدارة أنصرفت إلى القرار الإداري الجديد كان التحول باطلاً الأمر الذي يؤكد على أن التحول الذي يقوم به القاضي الإداري ليس تحول قضائي بالمفهوم الواسع وإنما هو تحول قضائي من جهة الشكل وليس المضمون بمعنى أن القاضي الإداري مقيد بشروط وعناصر ومواعيد التحول على النحو السالف واللاحق ذكره، ومن ثم لا يجوز للقاضي الإداري أن ينصب نفسه بدلاً من الإدارة لبيدها قراراً صحيحاً بدلاً

من قرارها الباطل، كما لا يقتصر دوره على تفسير إرادة الإدارة وإنما يهتم فقط بنية مصدر القرار لحظة إصداره للقرار الباطل وما كان يمكن أن تتصرف إليه هذه النية لو علم ببطلان القرار الإداري الذي أصدره^(١).

فإذا تأكد للقاضي الإداري أن القرار الباطل يتولد عنه قرار إداري جديد يمكنه تحقيق الأهداف التي ترغب جهة الإدارة في تحقيقها في هذه الحالة يفترض القاضي الإداري أن نية مصدر القرار انصرفت إلى القرار الإداري الجديد إذا علمت الإدارة ببطلان قرارها الأول شريطة أن يكون هذا الافتراض لا يقوم دليل من الأوراق على عكسه.

وإذا كان من المتعارف عليه أن القاضي الإداري قاضي إنشائي يتعاطم دوره عن القاضي العادي نتيجة عدم تقنين القانون الإداري وأن ذلك الدور الإنشائي جعل منه قادر على البحث في القوانين الأخرى لاستنباط ما يراه من نظريات وأحكام وقواعد ومبادئ يستعين بها من مكانها ويدخل عليها من التعديلات سواء الشكلية أو الموضوعية ما يجعل منها وسائل قانونية أو مصادر قانونية يستعين بها لفض المنازعات المعروضة عليه، ولقد أشرنا سلفاً إلى أن فكرة التحول في التصرفات القانونية مأخوذة من القانون المدني وما سطره بشأنها من نظريات وأحكام، لذلك فإن دور القاضي الإداري بشأن تحول القرار الإداري المعيب إلى قرار إداري باطل مقيد بالآتي:

١- القاضي الإداري لا يحل محل الجهة الإدارية:

جرى العمل على أن القاضي الإداري ليس له أن يحل محل الإدارة في إصدار قرار إداري أو تعديله أو إحداث تغيير في مضمونه، وأن دور القاضي الإداري قاصر على إما قبول دعوى الإلغاء والحكم بإلغاء القرار الإداري المعيب أو رفض الدعوى ومن ثم لا يجوز له أن يقوم بإصدار قرار جديد محل القرار المعيب وهو ما قرره مجلس الدولة المصري من أن القاضي الإداري لا يملك إدراج اسم موظف في كشوف الترقيات ولا أن يصدر ترخيص بالبناء رفضت جهة الإدارة إصداره وإنما يقتصر دوره فقط على إما إلغاء القرار المطعون فيه أمامه أو القضاء بمشروعيته^(٢).

(١) د/ رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٢) د/ عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٧٧، ص ٢٩٦.

ومن جانبنا نرى أن أعمال قواعد التحول للقرار الإداري المعيب إلى قرار إداري صحيح لا يعني إحلال القاضي الإداري محل الجهة الإدارية في إصدار قراراتها ولا يعني أن القرار الإداري الناتج عن التحول يصبح قرار إداري قضائي نظراً لما قام به القاضي الإداري وإنما يظل التحول قانوني وأن الهدف منه المحافظة على المراكز القانونية التي قد تمخضت عن هذا القرار وذلك بهدف استمرار سير المرافق العامة من أجل تحقيق الصالح العام وذلك كله يدخل في نطاق المشروعية وليس نطاق الملاءمة بدليل أن القاضي الإداري بحث عن النية المفترضة للجهة مصدرة القرار قبل أعمال التحول.

٢- القاضي الإداري وسلطة توجيه الأوامر للإدارة:

للحديث عن مدى سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر لجهة الإدارة من عدمه نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد مر بمرحلتين بشأن هذا المبدأ وكان لمجلس الدولة المصري موقفه المشدد على النحو التالي: موقف مجلس الدولة الفرنسي قديماً:

كان مجلس الدولة الفرنسي يوجه أوامر إلى الإدارة في الفترة التي كان يعتبر فيها مجرد هيئة استشارية لها، وهي الفترة التي اصطلح على تسميتها بفترة القضاء المحجوز، أو المعلق على موافقة رئيس الدولة (من عام ١٧٩٩ إلى عام ١٨٧٢) وكان المجلس يعتمد في الأوامر التي كان يصدرها إلى الجهات الإدارية، على تبعيته المباشرة لرئيس الدولة^(١).

أما بعد تطبيق نظام القضاء البات أو المفوض الذي أصبح للقضاء الإداري الفرنسي بمقتضاه سلطة الفصل في المنازعات الإدارية بأحكام نهائية غير معلقة على موافقة رئيس الدولة، فإن القضاء الإداري قد فرض بعض القيود الذاتية على سلطاته في الرقابة على أعمال الإدارة، ومن بين هذه القيود أنه امتنع، بمحض اختياره عن توجيه أوامر إلى جهة الإدارة^(٢).

(١) د/ يسري محمد العصار، مبدأً خطور توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة، دار النهضة، طبعة ٢٠٠٠، ص ٣٩ وما بعدها.

(٢) CHEVALLIER: L'interdiction pour le juge administrative de faire acte J' administration, A.J.D.A.1972,P.76

وتطبيقاً لذلك فقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومن بعده المحاكم الإدارية على أنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يمارس عملاً إدارياً ويتفرع عن هذا المبدأ من ناحية أن القاضي الإداري لا يملك توجيه أوامر إلى جهة الإدارة، ومن ناحية أخرى، أنه لا يملك الحل محل الإدارة، وبذلك يكون القضاء الإداري قد ربط بين قاعدة حظر توجيه أوامر إلى الإدارة وقاعدة حظر الحل محلها، على الرغم من اختلاف أساس كل منهما فالقاعدة الأولى تستند إلى السياسة القضائية ذات الطابع العملي للقضاء الإداري، والقاعدة الثانية تجد سندها في مبدأ الفصل بين السلطات.

وعادة ما يشير مجلس الدولة الفرنسي والمحاكم الإدارية إلى مبدأ حظر توجيه أوامر إلى الإدارة وحظر الحل محلها وهم بصدد بحث مسألة اختصاصهم بالمنازعات المطروحة أمامهم، وهي أول مسألة يتعين على أية محكمة أن تفصل فيها قبل بحث شروط قبول الدعوى، ومن ثم الفصل في موضوعها بعد ذلك، أما إذا كان الطلب الأصلي للمدعي يدخل في اختصاص القضاء الإداري، كأن يكون موضوعه إلغاء قرار إداري أو تقرير المسؤولية العقدية أو التقصيرية للإدارة، وكان المدعي قد طلب من المحكمة، بالإضافة إلى ذلك توجيه أمر إلى جهة الإدارة أو الحل محلها في القيام بأي عمل، فإن المحكمة تقضي باختصاصها بالطلب الأصلي وحده وتفصل في موضوعه، وتعلن عدم اختصاصها بالطلب الأخر، وفي هذا الصدد نجد عبارة تتردد في كثير من أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحاكم الإدارية بمقتضاها أن القضاء الإداري لا يختص بإصدار أوامر إلى الإدارة كما لا يختص بالحل محلها في القيام بأي عمل من الأعمال الإدارية^(١).

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الإداري الفرنسي لم يتعرض في أحكامه للقيمة القانونية لمبدأ حظر توجيه أوامر لجهة الإدارة وحظر الحل محلها، ويرجع هذا إلى أنه يهتم بالحل العملية ويتجنب الخوض في الاعتبارات النظرية حتى لا يقيد نفسه بقيود تمنعه من تغيير قضائه وفقاً لمقتضيات التطور الذي تفرضه المصلحة العامة، وهذا المنهج أفضل، في اعتقاد البعض^(٢) من المنهج الذي اتبعه القضاء الإداري في مصر، في هذا

(١) د/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) د/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ٤١.

الموضوع ذاته والذي أدي به إلى إسباغ قيمة دستورية على مبدأ حظر توجيه أوامر إلى جهة الإدارة مما يمثل قيداً شديداً على حريته في هذا المجال. ومن أهم التطبيقات القضائية لرفض مجلس الدولة الفرنسي الحكم باختصاصه بإصدار أوامر إلى جهة الإدارة أو بالحلول محلها في القيام بعمل من الأعمال الداخلة في اختصاصها^(٣):

- قضي مجلس الدولة بعدم اختصاصه بتوجيه أمر إلى الإدارة بالقيام بأشغال عامة، أو بإلغاء أشغال عامة كانت قد نفذتها.
 - كما قضي المجلس بعدم اختصاصه بالترخيص لإحدى وحدات الإدارة المحلية باصلاح وترميم سور يحيط بملكية خاصة ويجاور طريقاً من الطرق العامة، بدون الحصول على موافقة المالك، وذلك على الرغم من وجود احتمالات لسقوط السور وتعطيل حركة المرور في الطريق العام.
 - وقضي مجلس الدولة الفرنسي كذلك بعدم اختصاصه بتوجيه أمر إلى إحدى الجهات الإدارية بتنظيم مناقصة لتنفيذ بعض أعمال كانت الجهة الإدارية قد قررت تنفيذها بواسطة التعاقد المباشر.
 - ورفض مجلس الدولة الفرنسي الحكم باختصاصه بإحلال المدعي محل الشخص الذي أرست عليه الجهة الإدارية عقداً من عقود الإلتزام كما قرر عدم اختصاصه بتوجيه أمر إلى الإدارة بإحلال المدعي محل الشخص الذي تعاقدت معه.
 - ورفض المجلس كذلك الحكم باختصاصه بالحلول محل جهة الإدارة في إصدار لائحة إدارية من اللوائح التي أناط إليها المشرع سلطة إصدارها.
 - وقرر مجلس الدولة أنه لا يختص بتوجيه أمر إلى جهة الإدارة بتعيين شخص معين في وظيفة عامة، أو بإعادة موظف إلى عمله، أو بمنح أحد الموظفين درجة وظيفية معينة اعتباراً من تاريخ محدد.
- أما المحاكم العادية فإنها تتبع سياسة مختلفة في مواجهة الإدارة فهي تعترف لنفسها بالحق إلى توجيه أوامر في الجهات الإدارية وتوقيع غرامة

(٣) د/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ٤٢، ٤٣، ٤٤.

تهديدية عليها في حالات الاعتداء المادي أو أعمال الغصب الصادرة عن جهة الإدارة، والتي تختص بها في فرنسا جهة القضاء العادي^(١).
وقد نشأت نظرية الاعتداء المادي أو أعمال الغصب في قضاء محكمة تنازع الاختصاص في فرنسا، وهي تعني صدور نشاط مادي تنفيذي عن جهة الإدارة يكون مخالفا للقانون مخالفة صارخة جسيمة، ويتضمن مساساً بحق الملكية أو بإحدى الحريات العامة، وقد تتمثل هذه المخالفة الجسيمة للقانون في التصرف بدون قرار إداري بالمرة أو بناء على قرار منعدم كأن تنفذ الإدارة قراراً كان قد صدر حكم قضائي بإلغائه، أو صدور تصرف عن الإدارة بدون سند من القانون كأن تلجأ الإدارة للحجز الإداري بدون أساس من القانون، أو أن يصدر قرار إداري صحيح ولكن تشوب أعمال تنفيذه مخالفة جسيمة للقانون.

ويجب لإنطباق نظرية الاعتداء المادي أو أعمال الغصب أن تنطوي أعمال التنفيذ الصادرة عن جهة الإدارة والمخالفة للقانون على عدوان على حق الملكية أو إحدى الحريات العامة، مثل حرية الاعتقاد وحرية ممارسة الشعائر الدينية والحريات الشخصية والحريات الفكرية وغيرها، ويترتب على توافر شروط الاعتداء المادي أو أعمال الغصب في عمل من الأعمال الصادرة عن جهة الإدارة انعقاد الاختصاص لمحاكم القضاء العادي بنظر المنازعة الناشئة عن هذا العمل، ويستند اختصاص المحاكم العادية بهذا العمل إلى مبدأ من المبادئ التي سادت في القانون الفرنسي لمدة طويلة، هو أن المحاكم العادية هي حامية حق الملكية والحريات العامة، ويرجع السبب في ظهور هذا المبدأ إلى الظروف التاريخية الخاصة بنشأة جهة القضاة الإداري في فرنسا حيث أن مجلس الدولة كان في بداية إنشائه عام ١٧٩٩ جزءاً من الإدارة العامة ولم يستقل عنها إلا بعد صدور القانون الذي منحه سلطة القضاء البات أو المفوض بتاريخ ٢٤ مايو ١٨٧٢^(٢).
مجلس الدولة الفرنسي والتراجع عن المبدأ^(٣):

(١) د/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ٥١، ٥٢.

(٢) د/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٣) د/ خليفة سالم الجهمي، تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي،

انتقد جانب من الفقه الإداري موقف مجلس الدولة الفرنسي لتبنيه مبدأ حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة، وشكك في مدى مشروعيته، وأرجع موقف المجلس بهذا الصدد إلى عدم رغبته في الاصطدام المباشر بالإدارة، والحفاظ على صورته كهيئة قضائية موكول إليها مهمة إقامة العدل، وحماية الحقوق والحريات حتى ولو كان أحد طرفي الخصومة هو الدولة، وهذا الوضع جعل القاضي الإداري محاصر بين أمرين: أولهما، تحقيقه للعدالة وإنزاله حكم القانون على ما يعرض عليه من منازعات، وثانيهما: إرتهان تنفيذ أحكامه بإرادة جهة إدارية ذات حساسية شديدة لما تتمتع به من امتيازات، ومحاولة التوفيق بين هذين الأمرين ليس بالأمر الهين، ولعل هذا هو ما دفع بالمجلس إلى إظهاره نوعاً من المجاملة تجاه الإدارة، فهو حين يصدر حكمه يبدو وكأنه يناشد رجال الإدارة إن ينفذوا حكمه فيقول لهم لقد بينت لكم عدم مشروعية قراركم وانتهي دوري هنا، وعليكم أيها السادة أن تقوموا بالباقي^(١). وقد أدى هذا الوضع إلى تساؤل البعض حول الطبيعة القضائية لمجلس الدولة، وقاد إلى تساؤل أكبر حول سبب وجود القانون الإداري نفسه، وما إذا كان هو أحد فروع الفنون الجميلة أم أنه أحد عناصر النظام الذي تفرضه الدولة على إدارتها، فإذا كانت بعض الأحكام تعد دليلاً على العبقورية الجريئة للقضاء الإداري فأنها تعطي أيضاً مثلاً واضحاً للأخلاق الإدارية السائدة وللفاعلية الحقيقية للنظام القضائي، وللقيود على حركة العدالة داخل قواعد النظام الإداري الذي يعتبر القاضي الإداري هو مبدعها ومنشؤها غير أن وسائله في تحقيق ذلك وإرادته لبلوغ الأهداف المرجوة ليست بمستوي طموحه^(٢).

وقد أتجه فريق من الفقه إلى تنفيذ المبررات التي قيلت كأساس لمبدأ عدم توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة، خصوصاً في ظل تزايد ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها فأوضح الفقه الفرنسي أن تشريعات الثورة التي استهدفت حرمان المحاكم العادية من التدخل في عمل الإدارة

(١) Weil (p.): les consequences d'annulation d' un acte administratif pour excès de pouvoir, these 1952. P.61.

(٢) Waline (M.) Note sous C.E,2 Mai 1962 Caucheteux et Demonts . R.D.P1. 1963. P.279.

خشية عرقلة نشاطها، هي نفسها التي قادت إلى إنشاء القضاء الإداري بل هي أساس وجوده وبالتالي فإن امتناع مجلس الدولة عما يعتقد أنه تدخل في عمل الإدارة مرده قيد ذاتي وضعه على نفسه ولا يعود إلى أي أمر آخر خارج عن إرادته ودون أن تكون هناك ضرورة منطقية لذلك، تكون هناك ضرورة منطقية لذلك، إذ أن الوضع الطبيعي يفرض أن تشمل سلطة القاضي حق إصدار أوامر ضد من يثبت أن ادعائه لا يقوم على أساس من القانون، وأن مجرد كون الإدارة طرفاً في الخصومة لا ينبغي أن يحد من هذه السلطة، باعتبار أن المدعي لا يعنيه في النهاية سوى النتيجة العملية للحكم، وامتداد سلطة القاضي لإصدار الأوامر ليس فيه تجاوز لنطاق الخصومة، وأما وقوفه عند حد الحكم بالغاء القرار المعيب دون أن يرتب على ذلك آثاره اللازمة، يكون كمن وقف في منتصف الطريق، فهو أشبه بمن أراد أن يقتلع شجرة فاكتفي بقطع جذورها فقط تاركاً لعواصف الشتاء مهمة اسقاطها وقد دلت على أن القاضي سيظل في نطاق وظيفته إذا ما أصدر أمر للإدارة باتخاذ القرار الذي يتطلبه تنفيذ الحكم الصادر عنه دون أن يكون قد مارس عملاً إدارياً بضربه مثلاً لنزاع يعرض على أحد القضاة بين اثنين من الصيادين يدعي كل منهما أنه صاحب الحق في الفوز بالحيوان الذي تم صيده فإن القاضي حينما يحدد أياً من الصيادين هو صاحب الحق في الحيوان المتنازع عليه يقوم في الواقع بعمل يدخل في صميم اختصاصه وهو عمل قضائي يتمثل في تطبيق القواعد المنظمة للصيد على النزاع المطروح عليه، وذلك لا يجعل منه صياداً لأن القاضي وهو يقوم بعمله القضائي لا يكتسب صفة أطراف النزاع ، وينطبق هذا المنطق ذاته عند قيام القاضي بتوجيه أوامر للإدارة لاتخاذ الإجراء الإداري الذي يتطلبه تنفيذ الحكم الصادر عنه ضدها، فهو هنا لا يتحول إلى جهة إدارية ولا يعتبر العمل الذي قام به عملاً إدارياً وإنما يظل هذا العمل على طبيعته قضائياً وحذر الفقه الفرنسي من خطورة الوضع المترتب على هذا المبدأ والذي يدفع الأفراد الصادرة لصالحهم أحكام ضد الإدارة إلى رفع دعاوى جديد للمطالبة بالغاء امتناع الإدارة عن تنفيذ تلك الأحكام وتعويضهم عما لحق بهم من أضرار جراء ذلك نتيجة إهدارها لقوة الشيء المقضي به، إذ من شأن هذه السلسلة من الدعاوى أن تقودنا إلى حلقة مفرغة، فالمشروعية لا تتحقق بشكل كامل حينما يجيز النظام القانوني للإدارة

ان تشتري حريتها في مخالفة أحكام القضاء والامتناع عن تنفيذها بمقابل تعويض مادي تؤديه إلى صاحب الشأن، فضلاً على أن هذا التعويض سيتحملة المواطنون في النهاية باعتباره سيتم تمويله من حصيللة الضرائب المفروضة عليهم، وقد انتهى أصحاب هذا الرأي إلى مناشدة القضاء الإداري التخلي عن خجله وحيائه وتسامحه حيال الإدارة، ودعاه إلى التسلح في مواجهتها بالجرأة وإصدار الأوامر إليها باتخاذ الإجراءات التي تكفل تنفيذ أحكامه، لكي تكتمل لهذه الأحكام الفاعلية وتحقق بذلك سيادة القانون في صورة تامة^(١).

وكان الفقه الفرنسي قد عبر من قبل عن هذا الوضع بقوله (...أنه في الصراع بين مجلس الدولة الذي لا يستطيع سوى أن يراقب وبين رجل الإدارة الذي لا يضع في اعتباره قوة الشيء المقضي به، فإن مجلس الدولة يعتبر مهزوماً مقدماً ، ذلك أن الإدارة تقع في نظامنا القانوني أعلى من القاضي أياً كان نوعه، وسيكون أكثر اتفاقاً مع أحكام القانون أن يصبح القاضي الإداري أعلى من الإدارة، ولدينا الاقتناع بأن هذا الانقلاب في الأمور سوف يحدث مستقبلاً...)^(٢).

وقد علق البعض على هذا الوضع بقوله أنه إذا لم يفلح القضاء الإداري في إجبار الإدارة على تنفيذ ما يصدره من أحكام ضدها، فإن ذلك قد يشكل نوعاً من إنكار العدالة، بل أنه يقلب قاعدة التدرج في القانون راساً على عقب لما يتضمنه من تنكر الإدارة للالتزامات المفروضة عليها بمقتضى أحكام الدستور والقانون من احترام قوة الشيء المقضي به، إذ أن الإدارة إذا كانت مصابة بداء التمييز والعلو فإنها ستكون قادرة في ظل العمل بمبدأ حظر توجيه القاضي الإداري أوامر لها على أن تعلو فوق القانون نفسه^(٣)، وهو ما صاغه البعض في عبارة أخرى بقوله أن هذا المبدأ ليس إلا مجرد خرافة قديمة نشأت

(١) Riveri (J.), (le huron au palaisroyal, ou reflexionsnaives SUR le recours exces de pouvoir. Dalloz 1962. Chroniques. P. 37 pour le systime francais de protection des citoyens contre lepreuve des faites) Bruxelles , Bruylant .p. 813.

(٢) Hauriou (M.1): Note SOUS C.E. 22 Juillet 1910. Fobreyues. Sirey. 1911. 3. 121.

(٣) Diqu al ((L.): la Competence liee. These paris. L.G.D.J. 1964. F. 548.

ونمت في ظل نظام قائم على التحكم والاستبداد، ولا يتفق مع القيم الديمقراطية الحديثة، ومن ثم فلا يستقيم وجوده الآن بما يربته من آثار مع دولة سيادة القانون^(١).

ومن اللافت للنظر أن محاكم القضاء العادي الذي كان هذا المبدأ موجهاً إليها في الأساس لم تتردد في توجيه أوامر للإدارة ابتداءً من مرحلة نظر الدعوى حتى صدور حكم فيها ويشمل ذلك أوامر التحقيق وأوامر الحكم، فقد أقرت لنفسها الحق في توقيع غرامة تهديدية على الإدارة في حالات الاعتداء المادي وأعمال الغصب التي تختص بنظرها، فعلي سبيل المثال أصدرت محكمة باريس بتاريخ ١٨/٣/١٩٩٣ أمراً إلى الإدارة بوقف إجراءات ممارسة تقوم بها لتعارضها مع القواعد القانونية التي تكفل حرية المنافسة^(٢)، وأيدت محكمة النقض الفرنسية اتجاه المحاكم العادية إلى عدم الالتزام بمبدأ حظر توجيه القاضي أوامر للإدارة استناداً إلى أن ذلك ليس فيه إخلال بمبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والهيئات القضائية^(٣). وهو ما تأيد في وقت لاحق بقرار المجلس الدستوري الفرنسي.

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي في السنوات الأخيرة التلطيف من حدة النتائج المترتبة على هذا المبدأ من خلال استعمال أسلوب التهديد المالي لإلزام أطراف الخصومة على تنفيذ أوامره^(٤)، إذ ليس هناك أمراً يسوء القاضي كعدم احترام قراراته وأحكامه لا سيما إذا كان هذا القاضي هو الذي يتعهد عملياً بخلق قواعد القانون الإداري التي تسير على هديها الإدارة، فإذا جرد هذا القضاء من الوسيلة لإرغام الإدارة على تنفيذ أحكامه فإن جميع ما يصدره من أحكام ستكون على حد وصف الفقه الفرنسي مجرد شرح نظري للقواعد القانونية ليس لها قيمة أو فاعلية أكثر من المناقشات الأكاديمية أو

(١) Jeze (G.): Principes généraux de droit administrative. Paris 1914. P. 9ets.

(٢) Le Berre (J.M.) les pouvoirs d' injonction et d' o'streinte du Juge judiciaire l' edgard de l' adminidation, A.J.D.A 1979. No. 2. P. 14 Ee.

(٣) Cass. (civ.16) juillet 1986 sivorm de region d' aigues C/Mor Lurevx Bvll Civil T.1.No.211. 1986.

(٤) Cass. Civ.10 Mai 1974., p. 276.J.C.P. 1974.

الكتابات الفقهية^(٥)، مأخوذاً في الاعتبار ما هو مستقر عليه فقهاً وقضاءً من أن وظيفة القاضي أياً كان لا تقتصر على بيان حكم القانون فقط على النزاع المطروح عليه، وإنما هي تمتد إلى سلطة الأمر والإلزام بما فصل فيه ، وبهذين العنصرين معاً يكتمل العمل القضائي وبالتالي فإن انحسار عنصر الأمر والإلزام على أحكام القاضي الإداري يؤدي إلى عدم اكتمال عمله القضائي ويجرد حكمه من قيمته العملية^(٦).

وإزاء هذا الوضع الذي أحاط بمجلس الدولة الفرنسي وفي ظل ما هو منصوص عليه بقانون الاتحاد الأوروبي من إلزام محاكم الدول الأعضاء بإصدار أوامر للإدارة كلما كان ذلك ضرورياً لحماية حقوق الأفراد التي يكفلها لهم النظام القانوني للاتحاد، استجاب المشرع الفرنسي لنداءات الفقه وأصدر في تاريخ ١٦/٧/١٩٨٠ القانون رقم (١٩٨٠/٥٣٩) المعدل بالقانون رقم (٢٠٠٠/٣٢١) الصادر في ١٢/٤/٢٠٠٠ بشأن تنفيذ الأحكام بواسطة أشخاص القانون العام والغرامات التهديدية التي تصدر في المجال الإداري، والذي تم بموجبه النص على وسائل ضاغطة لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام المالية الصادرة ضدها حيث يتعين عليها أن تؤدي المبلغ المحكوم به خلال أربعة أشهر، فإذا امتنعت أو تأخرت عن هذه المدة، فإن سلطة الوصاية الإدارية تتولى تحرير إذن الصرف، أو يفرض عليها المجلس غرامة تهديدية لإجبارها على التنفيذ، ثم تلا ذلك صدور القانون رقم (١٩٩٥/١٢٥) بتاريخ ٨/٢/١٩٩٥ الذي خول محاكم مجلس الدولة بمختلف درجاتها سلطة توجيه أوامر للإدارة والحكم عليها بغرامة تهديدية لضمان تنفيذ الأحكام الصادرة منها ضد الإدارة، إضافة إلى صدور بعض القوانين الأخرى التي تنص على نصوصها لامتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام، ومن قبيل ذلك قانوني ٢٩/١/١٩٩٣ و ٢٤/٧/١٩٩٥ اللذين يمكن وفقاً لهما إحالة الموظف المختص بتنفيذ الأحكام القضائية إلى المحاكمة التأديبية أمام المحاكم التأديبية للميزانية والشؤون المالية، إذا ثبتت مسؤليته عن عدم التنفيذ، حيث يكون معرضاً للحكم عليه بجزاءات مالية جسيمة.

(٥) Walline (M.) le controle juridictionnel et l' administration, lesaire 1949p. 199 etc.

(٦) د/ خليفة سالم الجهمي، المقال السابق،

وقد تأكد أقول مبدأ حظر توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة إلى الأبد، بما قضي به المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم (٩٥/٣٦٠) الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢ الذي انتهى فيه إلى دستورية القانون رقم (١٩٩٥/١٢٥) بتحويل محاكم مجلس الدولة بإصدار أوامر للإدارة وفرض غرامات تهديدية عليها لضمان تنفيذ أحكامه، بحسبان أن ذلك ليس فيه تعارض مع مبدأ الفصل بين الهيئات وإنما هو من مستلزمات مبدأ خضوع الإدارة للقانون^(١).

ولم يقف المشرع الفرنسي عند هذا القدر من تفعيل سلطة القضاء الإداري في مواجهة الإدارة حيث أصدر قانون (٢٠٠٠/٦/٣٠) الذي جرى بمقتضاه توسيع وتفعيل سلطة القضاء الإداري المستعجل في توجيه أوامر إلى الإدارة لحماية الحريات الأساسية وتحسين الإجراءات التحفظية المستعجلة التي يتعين على الإدارة اتخاذها دون تأخير.

وعلى ضوء تلك التشريعات بات من المتاح لمحاكم مجلس الدولة الفرنسي بمختلف درجاتها تقدير ما إذا كان الحكم الصادر عنها يتطلب تنفيذه اتخاذ قرار أو إجراء معين من شخص اعتباري عام أو خاص يكون مكلفاً بتسيير مرفق عام، إن توجه بناءً على طلب صاحب الشأن أمراً إلى ذلك الشخص في نفس الحكم بوجوب اتخاذ القرار أو الإجراء المطلوب لتنفيذ مقتضى الحكم تنفيذاً كاملاً وإذا تقاعس أو تلكأ الشخص المطلوب منه اتخاذ القرار أو الإجراء اللازم لتنفيذ الحكم جاز لصاحب الشأن اللجوء مجدداً إلى المحكمة التي أصدرت الحكم لكي تأمر بفرض غرامة تهديدية على الشخص المذكور لإجباره على تنفيذ الحكم، وليس هناك ما يمنع من الجمع في حكم واحد بين الأمر باتخاذ إجراء أو قرار معين وبين فرض غرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر عن إحدى محاكم المجلس، كل ذلك إذا توافرت الشروط التالية^(١):

(١) أشار إليه د/ خليفة سالم الجهمي، المرجع. Cass. Civ No 6v295 J.C.P.1995. السابق

(١) د/ حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ الأحكام الإدارية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٨٤، ص ٤٩٩ وما بعدها.

- أ- أن يكون هناك حكم قضائي صادر عن إحدى محاكم مجلس الدولة متضمناً إلزاماً للإدارة باتخاذ إجراء أو قرار معين.
- ب- أن يكون هذا الحكم قابلاً للتنفيذ سواء من الناحية القانونية أو المادية.
- ج- أن يثبت امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم أو عدم مباشرتها للإجراءات اللازمة لتنفيذه^(٢).

موقف القضاء الإداري المصري:

لقد تأثر القضاء الإداري في مصر، منذ نشأته في عام ١٩٤٦ بالاتجاه التقليدي الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ ١٨٧٢ فيما يتعلق بحظر الحل محل جهة الإدارة وحظر توجيه أوامر إليها، وذلك على الرغم من أن حظر حلول القاضي الإداري محل الإدارة هو وحده الذي يستند إلى أساس قانوني يتمثل في مبدأ الفصل بين السلطات، أما حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة فهو لا يقوم، وفقاً للرأي الراجح في الفقه، على أي سند من الدستور أو القانون، وإنما يرجع إلى السياسة القضائية العملية التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي نتيجة للظروف التاريخية التي صاحبت نشأته^(٣).

وإذا كان القضاء الإداري في فرنسا - قديماً - قد تجنب تحديد القيمة القانونية لمبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة لكي لا يقيده نفسه ويحتفظ بحرية كاملة في العدول عن هذا المبدأ، إذا فرضت مقتضيات التطور هذا العدول، فإن القضاء الإداري المصري قد اتبع منهجاً مغايراً حيث أسبغ قيمة دستورية على هذا المبدأ، ومن شأن هذا تقبيد مبادرات القضاء في اتجاه وضع نهاية لسياسته في الامتناع عن توجيه أوامر للإدارة^(٤).

وبناء على ذلك قضت محكمة القضاء الإداري (..... عند الفصل في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية لمجاوزة حدود السلطة الحكم بتعديل القرارات المطعون فيها أو تصحيحها، بل يترك ذلك للإدارة العاملة وحدها تقوم به كنتيجة مباشرة للحكم الصادر بالإلغاء....) وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة

(٢) صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٨، ص ٣٦٦ وما بعدها، د/ محمد سعيد الليثي، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٤٩١ وما بعدها.

(٣) د/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٤) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٠ ق، عليا، جلسة ١/١/١٩٨٤.

بعدم اختصاصها بالحلول محل الإدارة في (اعتبار طالبة ناجحة في امتحان النقل من السنة الأولى للسنة الثانية ثم السماح لها بامتحان النقل من السنة الثانية للثالثة ومنها للرابعة إذ أن هذين المطلبين هما من صميم اختصاص الجهات الإدارية ذات الشأن).

وقضت محكمة القضاء الإداري بعدم اختصاصها بإصدار حكم بترقية موظف لأن ذلك من شأن جهة الإدارة الذي لا يجوز للمحكمة أن تحل محلها فيه^(١).

كما قضت محكمة القضاء الإداري بعدم اختصاصها بتوجيه أمر إلى وزارة الداخلية بإعادة موظف إلى عمله لأن القانون المنظم لمجلس الدولة قد قصر اختصاص المحكمة على إلغاء القرارات الإدارية التي تخالف القانون دون أن يكون من سلطتها إصدار أمر إلى الإدارة بإجراء شيء معين بذاته^(٢). ولقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا حدود قاعدة حظر حلول القاضي الإداري محل الإدارة وذلك بمناسبة دعوى إلغاء موجهة ضد قرار تخطت به جهة الإدارة أحد الموظفين في الترقية، وأكدت المحكمة أن هذه القاعدة لا تعني حرمان القاضي من التعقيب على قرار الجهة الإدارية وبيان حكم القانون فيه، ويدخل في ذلك إلغاء قرار تخطى صاحب الشأن في الترقية وبيان أنه هو الأولي بهذه الترقية، ولكن دون أن تقوم المحكمة بالحلول محل الإدارة في إجراء هذه الترقية بقرار منها ولما كانت جهة الإدارة تلتزم ، بناءً على نصوص القانون بتنفيذ أحكام القضاء وتحقيق الآثار الحتمية التي تترتب عليها، فإن مقتضى تنفيذ هذا الحكم هو أن تقوم جهة الإدارة بعد ذلك بمنح الترقية للموظف المستحق وفقاً لما قرره حكم المحكمة^(٣).

ويلاحظ أن القضاء الإداري في مصر يتبع سياسة مرنة فيما يتعلق بتحديد اختصاصه بالدعوى التي ترفع بهدف استصدار أمر إلى جهة الإدارة أو الحلول محلها، فهو لا يقرر عدم الاختصاص بها بطريقة مطلقة أو جامدة

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٤٨/٦/٥، مجموعة أحكام السنة الثانية، ص ٧٨٥ وما بعدها.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٤٩/١/٥، مجموعة السنة الثالثة، ص ٢٢٠.

(٣) حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٥٩/٢/١٧، مشار إليهم في د/ يسري العصار، ص ٥٧، ٥٨.

وإنما يقضي بعدم الاختصاص فقط في الحالة التي لا يمكن له فيها تكييف الطلب المقدم إليه بصورة تجعله يدخل في اختصاصه، أما إذا كان هناك وجه لإعادة تكييف الطلب بحيث يندرج في اختصاصات القضاء الإداري فإنه يحكم باختصاصه بهذا الطلب ويفصل في موضوعه . وبناء على ذلك إذا طلب المدعي من المحكمة الإدارية اصدار أمر إلى جهة الإدارة بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل معين، أو طلب منها الحلول محل الإدارة في القيام بعمل من الأعمال الداخلة في اختصاصات هذه الأخيرة وأمكن للمحكمة تكييف الطلب بأنه يتضمن عناصر دعوى الغاء لقرار إداري معين، فإنها تحكم باختصاصها بهذه الدعوى وتفصل في موضوعها باعتبارها من دعاوى الإلغاء^(٤).

نخلص مما سبق أن أعمال تحول القرارات الإدارية لا يقتصر على الجهة الإدارية بل للقضاء أيضا سلطة أعمال التحول، وأن هذه السلطة يمكن أن يستخدمها القاضي الإداري من تلقاء نفسه بمناسبة فحص مشروعية القرارات الإدارية إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب الغاء لقرار إداري معيب يتضمن عناصر قرار إداري صحيح لتفادي الحكم بالإلغاء كما يمكن أعمال التحول إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب إعلان انعدام قرار إداري لتفادي إعلان الإنعدام^(١).

دعوى التحول:

يجوز قيام القاضي الإداري بأعمال التحول بدعوى مستقلة تقوم على طلب أصحاب الشأن يمكن تسميتها بدعوى تحول القرار الإداري قياسا على دعوى تحول العقد المنصوص عليها في القانون المدني إذ أن القياس في المسائل المدنية جائز فقهاً وقضائياً أما إذا كان موضوع الدعوى تنفيذ قرار إداري محصن بمضي المدة المقررة للطعن بالإلغاء فلا محل لأعمال التحول سواء من قبل القاضي الإداري مباشرة أو بناء على طلب الخصوم وذلك لأن عمل التحول في هذه الحالة سيؤدي إلى نتائج غير منطقية ، هي إمكان تحول القرارات الإدارية في اي وقت والبحث عن النية المحتملة أو الافتراضية

(٤) د/ يسري العصار، المرجع السابق، ص ٦٢.

(١) د/ عبد المنعم جيرة، المرجع السابق، ص ٣٠٢، د/ محمد—ود حلمي، المرجع

السابق، ص ١٠٤، د/ محمد عبد الله ، المرجع السابق، ص ١٢٦.

للإدارة لو علمت أن قرارها يشوبه أي عيب من العيوب مما يؤدي إلى عدم استقرار المراكز والأوضاع القانونية وتعرض حقوق الأفراد ومراكزهم للخطر.

والتحول يمكن أن يطبقه القاضي الإداري من تلقاء نفسه إذا توافرت شروطه، دون الحاجة إلى أن يطلبه منه أي طرف من أطراف النزاع، بل أنه يستطيع إعمال التحول ضد إرادة أطراف النزاع الحالية إذا ما تحقق من توافر شرط الإرادة الافتراضية عند صدور القرار الباطل، وقد أعملت المحكمة الإدارية العليا التحول من تلقاء نفسها دون أن تطلبه منها الإدارة أو المكلف، بل عدته من العيوب القانونية التي شابت حكم المحكمة الإدارية (أول درجة) المطعون فيه والذي ألغته المحكمة الإدارية العليا، إذ لم يطبق القاضي الإداري التحول من تلقاء نفسه^(٢).

من جهة أخرى يمكن أن يقوم القاضي بإعمال التحول بناء على طلب الإدارة أو المكلف بالقرار وسلطته في جميع هذه الأحوال ليست مطلقة أو تحكيمية^(٣)، وإنما تخضع للشروط والقيود التي سبق أن عرضناها.

ولكن ربما يقول البعض ما جدوي أن تقوم الإدارة بطلب التحول عن طريق القضاء وهي التي تملك سلطة إعماله، الواقع أن الفائدة التي يمكن أن تجنيها الإدارة عند طلب التحول عن طريق القضاء دون أن تقوم بإعماله بنفسها هي أنها عندما تقوم بإعمال التحول بنفسها فإن قرارها الجديد يخضع لرقابة القضاء ومن المحتمل أن يكون قراراً باطلاً أيضاً، لذلك فإن طلب إعمال التحول عن طريق القضاء يضمن لها صحة التحول، وعدم الطعن به مجدداً أمام القضاء فيما لو أعملته بنفسها.

ويختلف التحول الذي يقوم به القاضي المدني عن التحول الذي يطبقه القاضي الإداري إذ أن التحول في نطاق القانون الخاص يتم بقوة القانون فالقاضي المدني لا يقوم من تلقاء نفسه بتحويل التصرف القانوني الباطل إلى تصرف آخر صحيح، وإنما يجب أن يحكم بالتحول إذا توافرت الشروط المنصوص عليها قانوناً ولهذا يكون من الخطأ الحديث عن تحول قضائي في نطاق القانون الخاص، لأن التصرف القانوني الجديد يستند إلى نصوص

(٢) د/ محمد عبدالله حمود، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٣) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

القانون مباشرة، ولذلك يمكننا القول أن دور القاضي المدني في إجراء تحول التصرف القانوني الباطل ليس منشأ وإنما هو مقرر لحكم القانون فقط، وهذا الأمر على خلاف القاضي الإداري الذي يملك جانباً من التقدير في مجال إعمال التحول.

ويرى جانب من الفقه المدني أن عبء اثبات تحقق شروط التحول يقع على الطرف الذي يتمسك به^(١).

ويتجه البعض الآخر^(٢) إلى أن الذي يتمسك بإعمال التحول لا يتحمل عبء إثبات وجود شروطه، وإنما يجب فقط اقتناع القاضي بتوافر هذه الشروط في الحالة المعروضة أمامه سواء أكان ذلك من خلال أدلة الإثبات التي يقدمها الطرف الذي طلب إجراء التحول أم من خلال الأدلة والعناصر التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من وقائع النزاع.

ونحن نميل إلى الرأي الأول الرافض لذلك لأن الفيصل في إعمال التحول هو الإرادة الافتراضية وقت إنشاء التصرف بالنسبة للمتعاقدين في نطاق القانون الخاص، فضلاً عن أن إعماله في نطاق هذا القانون هو تطبيق لنصوص قانونية، وكذلك الحال بالنسبة للتحول في نطاق القانون الإداري فهو إعمال للإرادة الافتراضية للإدارة وقت صدور القرار الإداري الباطل، ولا يعتد بالإرادة اللاحقة وإن كانت موجهة ضد إعمال التحول. الأمر الذي يتطلب البحث عن هذه الإرادة من خلال أطراف النزاع هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى تعذر إقامة دعوى تحول القرار الإداري منفصلة عن دعوى الإلغاء أو على الأقل يطلب في صيغة الدعوى الغاء القرار الباطل وتحويله إلى قرار صحيح.

الفرع الثالث

ميعاد إجراء التحول

أن فكرة التحول في القرارات الإدارية غير منظمة بنصوص تشريعية وإنما هي مجرد اجتهادات فقهية تم استنباطها من خلال نظرية تحول

(١) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٢) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٢٨.

التصرفات القانونية المدنية المعيبة إلى تصرفات قانونية صحيحة وأصبح من باب أولى أعمال فكرة التحول في مجال القانون العام حفاظاً على دوام سير المرافق العامة وتقليلاً من فرص الإلغاء القضائي للقرارات الإدارية، وشرنا الى موقف المؤيدين والمعارضين لهذه الفكرة في ذاتها، والاختلاف ظاهرة طبيعية وصحية بين الفقهاء ، بدليل ان اختلاف المؤيدين لفكرة التحول في القرارات الإدارية المعيبة فيما بينهم بشأن ميعاد إجراء هذا التحول حيث اتجه البعض(١)، إلى أنه يجب لتحول القرار الإداري المعيب أن يكون هذا القرار أصبح مستقراً بمعنى انتهاء المدة الزمنية المقررة للطعن في هذا القرار بالإلغاء من جانب الأفراد وكذلك انتهاء المدة التي يمكن للإدارة خلالها سحب قراراتها الباطلة وليس المدعومة، ويرجع سبب هذا الاتجاه إلى الحكمة من اشتراط فوات هذه المدة هي أن القرار الإداري المعيب في تلك الفترة يكون قابل للإبطال عن طريق القضاء وبالتالي إذا تدخلت الإدارة خلال هذه المدة فإن تدخلها يكون بمثابة تصحيح لهذا القرار المعيب وليس تحويلاً له ، كما يرى اصحاب الاتجاه السابق أن القرار القابل للإبطال لا يجوز تحويله إلا إذا تقرر إبطاله بالفعل سواء بحكم من المحكمة أو بقرار يصدر من جهة الإدارة وذلك تأسيساً على (قرينة الصحة) وهي قرينة ملازمة للقرار الإداري.

ويرى البعض الآخر(٢)، أن إجراء تحول القرار الإداري الباطل يلزم أن يكون خلال المدة التي يجوز فيها الطعن فيه بالإلغاء والتي يجوز لجهة الإدارة أيضاً أن تسحبه وذلك لأن فوات هذه المدة يعني استقرار القرار المعيب ويأخذ بالتالي شكل القرار الصحيح ويتعذر على القاضي الإداري إلغاؤه وكذلك يمتنع على الجهة الإدارية التدخل بأي شكل من أجل سحبه.

ولقد سبق لمحكمة القضاء الإداري الحكم بأنه إذا أصبح القرار الإداري نهائياً ولم يطعن فيه أحد وترتب عليه وضع قانوني ثابت فإنه لا يجوز التحول عنه أو المساس به إلا لأسباب جدية طارئة(٣).

وهذا يؤكد على فكرة نفي إجراء التحول في القرار الباطل إلى قرار صحيح خلال المواعيد القانونية المقررة للطعن في القرار الباطل.

(١) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤١٢.

(٢) د/ محمود حلمي، المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٣) حكم القضاء الإداري الصادر في الدعوى رقم ١٠٠١ لسنة ٥٣/٥/١٩٥٣.

ونحن نرى ضرورة التفارقة بين تحول نوعين من القرارات من حيث المدة على النحو التالي:

١- ميعاد تحول القرار الإداري القابل للإبطال:

أشرنا إلى أن هذا القرار قد لحق به أحد العيوب التي تجيز للمخاطب به أن يتظلم منه للجهة التي أصدرته أو الجهة الرئاسية لها وذلك خلال المواعيد القانونية المقررة كما يجوز لذات الجهة أن تراجع نفسها بشأن هذا القرار خلال نفس مواعيد التظلم، كما أنه يجوز للمخاطبين بالقرار الطعن فيه أمام القضاء الإداري خلال مواعيد قانونية محددة قانوناً يتم احتسابها من تاريخ الفصل في التظلم إيجاباً أو سلباً، وأن الأثر المترتب على عدم مراعاة هذه المواعيد هو تأكيد قرينة مشروعية القرار الإداري ومن ثم يصبح القرار القابل للإبطال قرار صحيح محصناً من الطعن فيه إلغاءً قضائياً أو سحباً إدارياً وذلك بهدف استقرار المراكز القانونية.

٢- ميعاد تحول القرار الإداري المنعدم:

بما أن القرار المنعدم أو المعدوم هو قرار ولد ميتاً ومن ثم لا يرتب أثر ولا تملك الإدارة أو القضاء إعادته للحياة مرة أخرى في ذاته لذلك فإن الجهة التي أصدرته غير مقيدة بموعد معين تعمل فيه سلطتها بسحبه ، كما أن القضاء الإداري يعتبر أن هذا القرار بمثابة عمل مادي يمكن الطعن فيه دون التقيد بمواعيد الطعن بالإلغاء، الأمر الذي يجوز معه أعمال تحول القرار الإداري المنعدم في أي وقت^(١). رغم أن الاتجاه الحديث في القضاء الإداري يفيد سحب القرار المنعدم بذات المدة اللازمة لسحب القرار الباطل حفاظاً على استقرار المراكز القانونية.

(١) د/ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢١٦.

المبحث الثاني

طبيعة التحول وعلاقته بالأنظمة المشابهة

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول طبيعة التحول في ضوء ما ذهب إليه المؤيدون والمعارضون على النحو السالف ذكره، أما المطلب الثاني نعرض فيه للتفرقة بين تحول القرار الإداري الباطل وما يشبه ذلك من موضوعات أخرى ، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

طبيعة تحول القرار الإداري الباطل

أشرنا سلفاً إلى إختلاف بين الفقهاء حول مدى إمكانية إعمال فكرة تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح قياساً على تحول التصرفات القانونية في مجال القانون الخاص وانتهينا إلى تأييد الاتجاه الذي يرى هذه الفكرة في مجال القانون العام، ثم ذكرنا شروط هذا التحول تفصيلاً وأوضحنا كيفية إجراؤه بمعنى بيان الجهات التي تقوم به والمتمثلة إما في الجهة الإدارية مصدرة القرار وإما في القضاء الإداري.

ويبدو أن سلسلة الاختلافات الفقهية لاحد لها إذ أن كل آراء الفقه مقدره وتحترم لأنها مسببة ومسندة من أصحابها وأن سنن الكون الاختلاف وأن الآراء لا بد أن يكون منها الراجح وهو المعمول به، أما الآخر فلا يعني أنه خطأ وإنما يعني أن العمل يتجنب اللجوء إليه لذلك اختلف الفقه حول الطبيعة التي يمكن اسباغها على تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

الطبيعة الإدارية لتحول القرار الإداري الباطل

يعتمد أصحاب هذا الاتجاه على معيار شكلي يتمثل في النظر إلى الجهة التي تقوم بإعمال التحول ومن ثم يصبح التحول للقرار الإداري الباطل ذو طبيعة إدارية إذا قامت به الجهة الإدارية تلقائياً من خلال الرقابة الذاتية لها، ومن هنا أثير التساؤل حول هل تختلف هذه الطبيعة الإدارية إذا تم تحريك

الرقابة الإدارية للقرار الباطل بناءً على تظلم مقدم من المخاطب بالقرار؟؟ البعض يرى (١)، أن المعايير المطبقة لتمييز العمل الإداري عن العمل القضائي لا تعتمد على معيار الجهة التي اختصت بنظر النزاع وإنما المعيار العملي يتطلب أن نكون بصدد نزاع يدخل في اختصاص القاضي ولا يمنع من أن يكون في ذات الوقت من اختصاص جهة الإدارة ومن ثم فإن القرار الإداري الباطل الذي تم التظلم منه لجهة الإدارة يعني أن هناك نزاع وخصومة فعلية بين المخاطب بالقرار وبين القرار المطعون فيه ، الأمر الذي يجعل من قيام جهة الإدارة بأعمال قواعد تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح تدخل ضمن فكرة الأحكام بمفهومها الواسع، لذلك يعتقد أصحاب هذه الفكرة أن التحول في هذه الحالة هو بمثابة عمل قضائي.

إلا أن البعض الآخر (٢)، يرى أن تقديم تظلم لجهة الإدارة أو عدم تقديمه لا ينفى الطبيعة الإدارية لتحول القرار الإداري الباطل تأسيساً على أن الأحكام يجب أن تصدر من جهة قضائية أسند إليها القانون مهمة الفصل في المنازعات، كما أن القاضي يجب أن يتصف بالحياد بين الخصوم، ومن ثم يتمتع عليه الفصل في بعض القضايا التي تتوافر فيها حالة من حالات التحي أو عدم الصلاحية أو الرد والمعروفة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهذا معناه أن القاضي لا يصح أن يكون خصم وحكم في ذات الوقت ، ومن ثم فإن اعتبار جهة الإدارة وهي تفصل في التظلم المقدم إليها ضد القرار الباطل هي خصم في هذا القرار، ومن ثم لا يصح أن تكون حكم، كما أن الواقع العملي المتبع لدي القضاء الإداري سواء في مصر أو فرنسا يؤكد على هجر المعيار الموضوعي للفرقة بين العمل الإداري والعمل القضائي والمتمثل في وجود نزاع ، وركز على المعيار الشكلي الذي يعتمد على الجهة التي تفصل في النزاع (٣)، الأمر الذي يؤكد على الطبيعة الإدارية للتحول الإداري الذي قامت به جهة الإدارة سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على تظلم

(١) د/ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٦٥ ، ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ١٥، د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٣) Hauriou, (précis de droit administrative), 1951, p.402.

قدم إليها خاصة وأن القرار الإداري لا يترتب عليه أي حجية مثل حجية المقررة للأحكام القضائية.

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية للقرار الإداري الباطل

يتجه البعض^(٤)، إلى أن تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح والذي يتم عن طريق القضاء الإداري يصبح ذو طبيعة قضائية ويأخذ حجية الأحكام وذلك سواء أخذاً بالمعيار الموضوعي أو الشكلي في تمييز العمل القضائي بمعنى أن هناك نزاع بشأن مدى صحة القرار المطعون فيه وهذا أخذاً بالمعيار الموضوعي وفي ذات الوقت يصدر هذا التحول من قاضي إداري ومن ثم يصبح هذا التحول قضائي ومن تطبيقات ذلك ما يلي:

١- تحول القرار الإداري الباطل نتيجة توافر ذات الأسباب في القرار

الجديد:

يرى البعض^(١) أن القرار الجديد يشترط لصحته أن تكون الأسباب التي دفعت جهة الإدارة إلى اتخاذ قرارها الباطل صالحة لأن تكون أسباب معقولة له، حتى يمكن للقاضي أن يقرر إجراء التحول، فإذا كانت الأسباب التي قام عليها التصرف الأصلي غير سليمة أو كانت سليمة ولكنها غير صالحة لأن يقوم عليها القرار الجديد، فإن التحول بذلك يصبح غير ممكن اللجوء إليه، ولا يكون له ما يبرره لما يشوب القرار الجديد هو الآخر من بطلان لتخلف سببه.

واتجهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع إلى فكرة التحول دون أن تشير إليها صراحة، وكان قبولها للفكرة مواكباً لتفهم القسم القضائي لها، معبراً عن فهمها العميق لعناصر الفكرة وأهميتها العملية بما تشيعه من

(٤) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

(١) د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

استقرار للأوضاع والمراكز، وما توفره من الهيبة والثقة في القرار الإداري (٢).

ولقد انتهت إلى أنه (إذا كان الثابت أنه في من أغسطس سنة وهو التاريخ الذي أوصت فيه لجنة شئون الموظفين بالهيئة العامة لشئون البترول بوضع السيد/..... في درجة وكيل قسم (من ٥٥ إلى ٧٥ جنيهاً في الشهر) ولم تكن لسيادته أي صلة بالهيئة حيث كان لا زال موظفاً في الإصلاح الزراعي، ومن ثم لا أثر لهذه التوصية على حالة سيادته أصلاً، ونقل الموظف المذكور إلى الهيئة العامة لشئون البترول - أياً كان التكييف القانوني لهذا النقل - إنما يتم إلى درجة مالية مقابلة للدرجة التي كان يشغلها في الإصلاح الزراعي.

وعلى مقتضى ما تقدم تكون الدرجة التي شغلها هذا الموظف عند بدء عمله بالهيئة هي تلك التي تعادل الدرجة التي كان يشغلها في الإصلاح الزراعي، ونظراً لأن هذه الدرجة الأخيرة هي مدير قسم تعادل الدرجة التي كان يشغلها في الإصلاح الزراعي، ونظراً لأن هذه الدرجة الأخيرة هي مدير قسم من (٣٥ - ٤٥ جنيهاً في الشهر) فإن الدرجة المعادلة لها في الهيئة ، والتي تكون له قانوناً هي درجة محاسب "ب" في الوظائف الفنية العالية أو إداري شأن ومربوطها (من ٣٠ إلى ٤٥ جنيهاً في الشهر)، دون أي عبرة بتوصية لجنة شئون موظفي الهيئة المشار إليها على الأساس السالف ذكره (٣).

ولقد استخلصت الجمعية من الواقعة محل الفتوى أن القرار الصادر بنقل السيد المذكور إلى وظيفة وكيل قسم (من ٥٥ إلى ٧٥ جنيهاً في الشهر) هو قرار باطل إذ أنه صدر بنقله إلى وظيفة لا تقابل الدرجة التي كان يشغلها في الإصلاح الزراعي (جهة عمله السابقة) ورغم بطلان هذا القرار إلا أنه يمكن أن يقوم على أجزائه الصحيحة قرار آخر صحيحاً ، وهو نقله إلى وظيفة مدير قسم (من ٣٥ - ٤٥ جنيهاً في الشهر)

(٢) الفتوى رقم (١١٠) الصادرة بتاريخ ١١/٢/١٩٦٤. الموسوعة الإدارية الحديثة مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام ١٩٤٦ وحتى ١٩٨٥، الطبعة الأولى ١٩٨٦ - ١٩٨٧.

(٣) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٧١.

ولا يقدر في ذلك إن لم تكن قد أشارت إلى شيء من ذلك ولا إلى أن النية الافتراضية لمصدر القرار، والصادر بشأنه القرار (المعروض حالته) ما كانت إلا لتتجه إلى القرار الصحيح بنقله إلى وظيفة مدير قسم، فعناصر التحول وقد توافرت فالقرار الأصلي باطل والقرارين الأصلي الباطل والصحيح يتوافقان ويمكن إقامة هذا الأخير دون حاجة إلى أية عناصر من خارج القرار الباطل يضاف أخيراً أن النية الافتراضية ولم يقدّم الدليل العكسي على عدم توافرها فإنها قائمة بدعمها عدم علم مصدر القرار الأصلي ببطلانه وقت إصداره. وهو ما سبق للجمعية العمومية إقراره بقولها أن القرار الصادر بندب وكيل حسابات الشئون البلدية والقروية بطناً للعمل مديراً منفذاً لمجلس تنسيق الخدمات بطناً في غير أوقات العمل الرسمية غير جائز لأن الندب لا يكون إلا في نطاق الوزارات والمصالح ومجلس تنسيق الخدمات جمعية خاصة والجمع بين العمل في الحكومة وبعض الجهات الخاصة لا يكون بطريق الندب بل يكون بطريق الإذن أو الترخيص من الوزير المختص وفقاً لحكم المادة (...) من القانون (...) لسنة

ولما كانت المادتان (...) من قانون موظفي الدولة تنظمان أحكام الندب وتتمثل هذه الأحكام في أن ندب الموظف لا يجوز في غير نطاق وزارات الدولة ومصالحها سواء كان الندب طول الوقت أم نصف الوقت، وقد سبق للجمعية أن فسرت عبارة المصالح بحيث تشمل المؤسسات العامة. وعلى ذلك فإنه متى أجازت لأحد موظفيها العمل بإحدى الهيئات الخاصة في غير أوقات العمل الرسمية، كانت هذه الإجازة في حقيقتها إذناً أو ترخيصاً بالعمل وفق نص المادة (...) من قانون موظفي الدولة وتقضي بأنه لا يجوز للموظف أن يؤدي أعمالاً للغير بمرتب أو بمكافأة ولو في غير أوقات العمل الرسمية، على أنه يجوز للوزير المختص أن يأذن للموظف في عمل معين بشرط أن يكون ذلك في غير أوقات العمل الرسمية^(١).

ولما كان قرار الندب والحال كذلك باطلاً لبطلان الندب الذي قصره المشرع على جهات محددة ليس من بينها الجمعيات الخاصة التي يعتبر منها مجلس تنسيق الخدمات بطناً، وكان القرار رغم بطلانه يتوافق فيه عناصر

(١) الفتوى رقم ٤٤٨ ، المرجع السابق، بتاريخ ١٩٦٢/٧/٢

تصرف آخر ولكن ليس ندباً فإنه يتحول إلى قرار آخر بالموافقة على العمل في غير أوقات العمل الرسمية، ورغم اختلاف القرارات من حيث الأثر والمضمون إلا أن القرار الذي تحول إليه القرار الباطل بالنذب يحقق الغرض من هذا القرار الباطل، كما أنه يمكن الوقوف على اتجاه إرادة الإدارة ونية الصادر بشأنه القرار إلى القرار الصحيح لو كانا يعلمان بطلان القرار الأصلي الصادر بالنذب^(٢).

٢- تحول القرار الإداري نتيجة توافر ركن المحل في القرار الجديد:

يعتبر المحل ركناً أساسياً من أركان القرار الإداري، يقوم إلى جانب باقي أركانه التي تتمثل في الشكل والسبب والاختصاص والغاية. ويتميز محل القرار - باعتباره أحد الأعمال القانونية- بأنه المركز الذي تنتج إرادة مصدر القرار إلى إحدائه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة، وسواء كان هذا الأثر هو إنشاء مراكز قانونية معينة أو تعديلها أو إلغاؤها وهي كثيرة لا تقع تحت حصر، وبالمثل فإنه لا يمكن حصر الصور التي يأخذها محل القرار الإداري.

ويحرص القضاء الإداري في تعريفه للقرار الإداري على التأكيد أن محل هذا القرار هو إحداث أثر قانوني معين ينبغي أن يكون ممكناً وجائزاً قانوناً وعلى الإدارة الالتزام في قراراتها أن تحترم سائر القواعد القانونية التي تحكم موضوع القرار، وإلا صدر مخالفاً للقانون أو مشوباً بعبب مخالفة القانون وفقاً لما اصطلح عليه الفقه والقضاء الإداري^(١).
اختلاف البحث في محل القرار باختلاف سلطة الإدارة:

للحكم على مشروعية القرار الإداري يجب تحديد نطاق حرية التقدير التي تملكها الإدارة وهي بصدد إصدار القرار وهي إما تتمتع بسلطة تقديرية وإما تباشر اختصاصاً مقيداً.

وتتحقق السلطة التقديرية حين تملك الإدارة تحديد الكيفية التي تتصرف بها ومضمون هذه التصرفات طبقاً للقوانين واللوائح في حين أنها

(٢) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٧٢. أشار إلى الفتوى السابقة.

(١) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

تتصرف على نحو محدد لا تكون لها فيه سلطة الخيار في حالة مباشرتها الاختصاص المقيد.

والذي لا يمكن إغفاله أنه لا توجد سلطة تقديرية كاملة للإدارة، حيث اندثرت منذ زمن طويل فكرة القرار التقديري الذي لا تخضع فيه جهة الإدارة لمبدأ المشروعية، ولأن هناك ثلاثة أركان للقرار الإداري يكون اختصاص الإدارة مقيداً بشأنها وهي أركان الاختصاص والسبب والغاية، كما لا يوجد اختصاص مقيد بالكامل حيث يترك القانون للإدارة تحديد وقت إصدار القرار حتى في الحالات التي يفرض عليها إصدار قرار معين^(٢).

ولا تعني السلطة التقديرية تحلل الإدارة من الخضوع لرقابة القضاء فهي دائماً تخضع لهذه الرقابة وإن كان نطاق هذه الرقابة يضيق عنه في حالة الاختصاص المقيد، فالرقابة القضائية على تصرفات الإدارة ليست حقيقية على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية وإنما تختلف بحسب المجال الذي تتصرف فيه ومدى ما تتمتع به من حرية وتقدير لأهمية التصرف، وهي تضيق حقيقة في مجال السلطة التقديرية، حيث لا يلزم القانون الإدارة بنص يحد من سلطتها أو يقيد من حريتها في وسيلة التصرف أو التقدير، إلا أن هذا لا يعني أبداً أنها سلطة مطلقة وأن الرقابة القضائية في هذه الحالة منعدمة، بل إن الرقابة القضائية موجودة دائماً على جميع التصرفات الإدارية لا تختلف في طبيعتها وإن تفاوتت فقط في مداها، وهي تتمثل في هذا المجال التقديري في التحقق من أن التصرف محل الطعن يستند إلى سبب موجود مادياً وصحيح قانوناً وأنه صدر مستهدفاً الصالح العام^(١).

ويتمثل عيب المحل (عيب مخالفة القانون) في صورة المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، حيث تتجاهل السلطات العامة القواعد القانونية الملزمة لها، فلا تحترم قاعدة الأقدمية عند الترقية في الوظائف العامة في الأحوال التي يجب الإلتزام بالأقدمية قانوناً أو أن تمتنع عن تنفيذ قانون من القوانين حين تكون القاعدة القانونية المدعي بمخالفتها واضحة لا تحتل الخطأ في التفسير وتتعمد الإدارة الخطأ في التفسير، وهنا يختلط عيب المحل بعيب الغاية حيث يتعين البحث في قصد الإدارة من هذا التفسير الخاطئ فربما كان

(٢) Moreau (j), DROIT administrative, Dalloz , paris. 1982. P. 133.

(١) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

انحراف الإدارة في استعمال سلطاتها لتحقيق غرض غير ما حدده القانون، وقد يكون الخطأ غير متعمد يبرره غموض القاعدة القانونية وعدم وضوحها واحتمال تأويلها إلى الوقائع، فإذا كانت صحة القرار الإداري تستوجب أن يقوم على وقائع صحيحة مستفادة من أصول ثابتة في الأوراق تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار، فإن القضاء الإداري يحكم ببطلان القرار لانعدام أساسه ومخالفته القانون إذا لم تتحقق تلك الحالة الواقعية بالشروط التي يتطلبها القانون^(٢).

والتوافق بين القرار الباطل والتصرف الصحيح باعتباره أحد شروط التحول لا يعني تطابقهما، ولا يعني تشابههما من كافة الوجوه.

ولقد أدركت المحكمة الإدارية العليا ذلك وطبقته بقولها (إن مصلحة المعامل بوزارة الصحة كانت قد اصدرت قراراً بتعيين أحد العمال بوظيفة "مبخر" ولما طالب العامل بتطبيق قواعد كادر العمال قررت الإدارة أنه معين على وظيفة مساعد مبخر لأنه لم يكن بالمصلحة درجة مبخر خالية بالميزانية وأنه لا يمكن حمل التعيين على تلك الوظيفة وإلا لكان القرار معدوماً لأنه لا يصادف محلاً ، ورأت المحكمة تحول القرار إلى قرار آخر يوافق وهو تعيين المدعي في وظيفة مساعد مبخر، وفي هذا حمل للقرار محمل الصحة فيتحول من قراراً باطلاً إلى قراراً صحيحاً مطابق للقانون ما دام يحتمل الصحة في تأويل له على وجه من الوجوه بما لا يعطل أثره كلية^(٣).

ومحل القرار الأصلي هو تعيين العامل في وظيفة مبخر، ولأنه لم يصادف محلاً فهو قرار معدوم لا يستطيع أن يرتب أي أثر قانوني، ولو كان البناء القانوني لا يعرف فكرة التحول لكان البطلان مصيره المحتوم، ولكنه بإعمال التحول يمكن الإبقاء على الإرادة بتحول القرار إلى قرار آخر يتوافق

(٢) د/ طعيمة الجرف، قضاء الإلغاء، طبعة ١٩٧٨، ص ٢٥٣. وحكم الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٧٨٣ لسنة ٤٨ق، عليا، جلسة ٢٠٠٥/٣/١، وحكما الصادر في الطعن رقم ٥٥٥٧ لسنة ٤٨ق، عليا، جلسة ٢٠٠٧/١٠/٢٧، وحكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٢٠٠٥، جلسة ٢٠٠٦/١٠/١٠، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٥٨٤ لسنة ٢٠٠٤ جلسة ٢٠٠٥/٦/١٣، وحكم التمييز البحرينية الصادر في الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٢٠٠٥، جلسة ٢٠٠٦/٢/٢٠.

(٣) د/ رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص ٢٢٩. حيث أشار إلى حكم الإدارية العليا السالف ذكره.

معها، وإن اختلف أثره القانوني (المحل) فهو التعيين بوظيفة مبرر في القرار الباطل، وفي القرار الصحيح هو التعيين في وظيفة مساعد مبرر بما بينهما من فوارق في الدرجة والأجر.

وهو نفس الاتجاه الذي أكدته المحكمة حين قررت تحول قرار أمين الجامعة رقم الصادر في بمد بعثة المدعية حتى أكتوبر بدون مرتب إلى قرار بمد البعثة مع صرف مرتبها طوال مدة البعثة كأثر حتمي لمد البعثة وكذلك عن الأيام الفعلية التي قضتها بمقر البعثة بعد حصولها على الدكتوراه^(١).

والفارق بين المحل في القرارين واضح فالقرار الباطل يقضي بمد البعثة دون حصول المدعية على مرتبها عن فترة المد، والقرار الصحيح يقضي بحصولها على مرتبها عن هذه الفترة.

ومعني ذلك أن منطق التحول يقبل اختلاف التصرف الجديد الصحيح عن التصرف الأصلي الباطل من حيث الآثار التي تترتب على كل منهما حيث أن النصوص التي تعالج هذه الفكرة تتحدث عن تحول التصرف الأصلي إلى تصرف آخر، وعلى ذلك فتحويل ترخيص سلاح الدفاع عن النفس إلى ترخيص سلاح للصيد يتضمن اختلافاً بين آثار القرار الأول عن آثار القرار الباطل على عكس تحويل نزع الملكية إلى عقد بيع حيث أن الآثار واحدة^(٢).

ولقد سبق لمحكمة القضاء الإداري قديماً أن طبقت الفكرة دون أن تشير إليها بوضوح، فأجازت تحول قرار إعاره من القطاع الخاص إلى جهة حكومية إلى قرار تعيين بالمكافأة وقررت أن الطريق الذي رسمه القانون لشغل الوظيفة العامة لا يكون إلا عن طريق التعيين فيها.. ومن حيث أن المدعي شغل وظيفة بالهيئة العامة للتصنيع وهي من أشخاص القانون العام، وذلك بقرار وصف بأنه إعاره، إلا أن التكييف القانوني السليم لهذا القرار هو أنه قرار تعيين بمكافأة شاملة، ومن ثم فإن هذه المكافأة تشمل كل عناصر المرتب التي قدرتها الإدارة وجعلتها مناط الأجر الذي يحصل عليه ولا اعتداد بما كان يتقاضاه المدعي في شركة، وما طرأ علي راتبه

(١) حكم الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٠٠، لسنة ٣٤ق، عليا، جلسة ١٩٩٦/١/٦، وحكمها في الطعن رقم ٢٧٥، السنة ٣٧ق، عليا، جلسة ١٩٩٧/٧/١٢.
(٢) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤١٩.

فيه من زيادة كما لا يستحق بدل إعاره لأن الإعاره غير جائزة من القطاع الخاص إلى الحكومة وإنما التكليف القانوني لقرار شغل الوظيفة العامة هو أنه قرار تعيين بالمكافأة التي حددت له في القرار^(٣).

الفرع الثالث

الطبيعة الإدارية القضائية لتحويل القرار الإداري الباطل

ونحن نرى:

إذا كان تحويل القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح يتطلب توافر عدة شروط على النحو السالف ذكره ومنها أن ما تبقى من عناصر صحيحة في القرار الباطل يرقى إلى تكوين قرار إداري صحيح فإن هذه العناصر لا يمكن إغفال أثارها وهي من صنع الإدارة ليس هذا فحسب وإنما كان من ضمن الشروط الضرورية أن تتجه نية الإدارة إلى القرار الإداري الصحيح والذي يعرف بالمولود الجديد الذي جاء من رحم باطل تتمثل هذه الإرادة في قبول الجهة الإدارية لهذا المولود إذا علمت ببطلان القرار الأول وهذا أيضاً جانب هام وضروري في حق الإدارة بمعنى أن قيام القاضي الإداري بإعمال فكرة تحويل القرار الإداري الباطل يستلزم منه أن يظهر هذه النية.

كما أن دور القاضي عموماً هو تكليف الوقائع واختيار النصوص القانونية التي تعالجها وتطبيقها على تلك الوقائع وأن كان دور القاضي الإداري أكثر من ذلك لأنه ينشئ القاعدة القانونية المراد تطبيقها وذلك بالبحث في النصوص التشريعية المعمول بها وغيرها من القواعد والمبادئ القانونية التي يمكن التعديل فيها بما يتلاءم مع طبيعة النزاع الإداري ومن ثم فإن فكرة التحويل تستند إلى التنظيم التشريعي لها في القانون الخاص وقد أشرنا إلى أن القاضي الإداري لا حرج عليه في إعمال هذه النصوص وبذلك يكون حكمه بتحويل القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح هو حكم كاشف عن وضع قانوني صحيح حتى وإن كان مصدره تصرف باطل، لأن القاضي

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠٠٠ق، جلسة ١٩٦٩/١٢/١، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة ٢٤ غادية، المبدأ ٢١، ص ١٣٣.

الإداري لا يملك سد أي نقص في أركان القرار الإداري حتى وإن كان يملك إصدار أوامر لجهة الإدارة على النحو الذي أشرنا إليه سلفاً ما بين صراحة أعمال مبدأ عدم توجيه القاضي الإداري لأوامر لجهة الإدارة وبين التخفيف من أعمال هذا المبدأ.

مما سبق نميل إلى أن طبيعة تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح تكون طبيعة مزدوجة حيث يصح وصفها بأنها طبيعة إدارية فقط إذا اقتصر الأمر عند دور الجهة الإدارية، وإذا أمتد الأثر إلى تدخل القضاء الإداري كنا بصدد طبيعة إدارية قضائية معاً فلا توجد طبيعة قضائية فقط ولا شك أن هذا اجتهاد فقهي قد يكون مقبول وقد يكون عكس ذلك.

المطلب الثاني

تحول القرار الإداري الباطل والتصرفات المشابهة

بعد أن انتهينا من إظهار فكرة تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح وذكرنا شروطه وكيفية إجراؤه والجهات المختصة بهذا الإجراء وميعاده وطبيعته كان من الواجب أن نجرى مقارنة توضيحية لتحول القرار الإداري الباطل مع التصرفات الأخرى التي من شأنها التصدي لعيوب القرار الإداري سواء بتصحيحه أو إلغاؤه أو تفسيره أو ما شابه، وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

تحول القرار الإداري الباطل والقرار المتعلق بتفسيره

أوجه الشبه بين تحول القرار وبين تفسيره:
قد تصدر الإدارة قرارات يشوبها الغموض أو تحتاج إلى بعض التفسيرات الضرورية لدخول هذه القرارات حيز التطبيق لأن الخلاف بشأن عدم وضوح إرادة الإدارة من وراء قرارها يعد عائق يمنع أو على الأقل يوقف نفاذ القرار لذلك إتجه الفقه الإداري^(١)، إلى أحقية الجهة الإدارية

(١) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٧١، د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

مصدرة القرار أن تقوم بإصدار قرار جديد مفسر للقرار الأول المشوب بالإبهام وعدم الوضوح وبما أن القرار المفسر يسري بأثر رجعي يعود إلى تاريخ صدور القرار الأصلي الغامض إلا أن هذه الرجعية مجرد رجعية شكلية وليست موضوعية لأنها لم تغير من هدف القرار وعناصره الموضوعية وإنما كشفت عن حقيقة مضمونه بالحالة التي صدر بها منذ ميلاده^(٢).

والنظام القضائي الفرنسي يعترف بوجود دعوى مباشرة يطلق عليها (دعوى تفسير القرار الإداري) يمكن لرافعها وهو المخاطب بالقرار الإداري أن يطلب من القاضي الإداري تفسير قرار إداري معين كما يمكن للقاضي العادي بصدد نزاع معروض عليه مرتبط بتطبيق قرار إداري معين وتبين للقاضي العادي غموض هذا القرار أن يطلب من القاضي الإداري تفسير هذا القرار لإعمال أحكامه^(٣).

ولقد سبق وأن أشرنا إلى أن تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري صحيح يقوم على أن الأخير توافرت مقومات وجوده على أثر بطلان الأول ومن ثم لا يوجد انفصال بين القرار الأول الباطل والقرار الجديد الصحيح ومن ينظر إلى دور الجهة الإدارية في تفسير القرار الغامض يظن أن ذلك تحول للقرار على شاكلة التحول المشار إليه سلفاً ومن ثم توجد بين القرار الباطل وتفسيره أوجه شبه تتمثل في الآتي:

- ١- وحدة الجهة الإدارية.
 - ٢- وجود قرارين إداريين قد يكون الأول باطل أو غامض ساهم في إيجاد قرار إداري جديد أو على الأقل كان سبباً لوجوده.
- أوجه الاختلاف بين تحول القرار الإداري الباطل وبين تفسيره:

- ١- وإذا كان التفسير ينصب على الكشف عن الإرادة الحقيقية للجهة الإدارية وهي إرادة موجودة واتجهت لإحداث الأثر القانوني للقرار الإداري منذ صدوره فإنه بذلك يختلف عن التحول الذي يقوم أساساً للكشف عن إرادة تصورية (افتراضية) وغير حقيقة وغير موجودة

(٢) د/رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

(٣) Auby et Drago: TRaite de contentieux administrative L.G.D.J 1984 3edition p. 378etc.

وقت صدور القرار الباطل، فهي إرادة تفترضها الإدارة أو القضاء الإداري عند أعمال التحول، ويكشف عنها من خلال الظروف والأحوال التي أحاطت بالإرادة الحقيقية للجهة الإدارية وقت إصدار القرار الباطل.

٢- التحول هو إنقاذ للإرادة من البطلان عن طريق الافتراض أما التفسير فهو أعمال للإرادة الحقيقية والكشف عنها وإزالة الغموض الذي وقعت فيه وقت صدور القرار الإداري.

٣- لا يعد التفسير وسيلة (كما هو الحال في التحول) يمكن بها للقرار الباطل أن يرتب آثار القرار الصحيح، لأن الإرادة الحقيقية للجهة الإدارية قد اتجهت إلى هذا القرار منذ صدوره فالقرار الإداري لم يتغير بسبب هذا التفسير وإنما كان صحيحاً ومنتجاً لآثاره منذ صدوره، إلا أن الغموض والإبهام قد لابساه عند الإعلان عن إرادة الجهة الإدارية، والقرار الباطل الذي لم تتجه إليه إرادة الإدارة يظل باطلاً وعاجزاً عن ترتيب أي أثر من آثار القرار الصحيح، لذلك فإن التحول هو الوسيلة الوحيدة لاستنتاج القرار الصحيح من القرار الباطل وليس التفسير.

٤- تتسحب آثار القرار المفسر إلى تاريخ القرار الأول بشرط أن يقتصر دوره على تفسير ما غمض من معاني هذا القرار، أما إذا لجأت الجهة الإدارية إلى خلق أو استحداث أحكام جديدة تحت ستار عملية التفسير، فإنها تصدر بذلك قراراً آخر يختلف عن قرارها الأول من جميع جوانبه ويتقضي الأمر تطبيقه بأثر فوري من تاريخ صدوره.

٥- والتفسير على النحو السابق مداره الكشف عن الإرادة الحقيقية لجهة الإدارة أي الإرادة الموجودة فعلاً ولم يتم التعبير عنها بوضوح، وذلك على خلاف فكرة التحول التي اهتم القاضي الإداري عند تطبيقها بالكشف عن إرادة افتراضية يتصور قيامها وقت إصدار القرار الباطل فالإرادة حقيقية وموجودة في التفسير، أما في التحول هي إرادة غير قائمة ولم تكن موجودة، بل هي إرادة تصورية يبحث عنها القاضي الإداري في واقعة القرار الباطل مثل الظروف التي عاصرت إصداره.

- ٦- إن القرار الناتج عن أعمال التفسير هو ذاته القرار الذي اتجهت إليه الإرادة الحقيقية لجهة الإدارة من يوم صدوره، فالقرار لا يغيره التفسير إذ هو قرار صحيح منذ صدوره، وذلك على خلاف القرار الباطل الذي يطبق بشأنه التحول فينتج لنا قرار آخر يختلف عنه^(١).
- ٧- أن التحول يختلف عن التفسير بخصوص الآثار التي ترتبت على كل منهما، إذ أن آثار القرار الإداري الجديد عند أعمال التحول تختلف عن آثار القرار الباطل من حيث النوع والمضمون، في حين أن التفسير تظل آثاره القرار (المفسر) نفسها قبل أو بعد التفسير، ولا يطرأ أي تغيير عليها.
- وفي النهاية تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الدائرة الجنائية أصدرت حكم حديث نسبياً مضمونه أن تفسير القرار الإداري حق للقضاء الإداري وكذلك للقضاء العادي وأن النص على اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية لا يمنع القضاء العادي من تفسير القرار الإداري بهدف تطبيق ما ورد به من أحكام^(٢).

الفرع الثاني

تحول القرار الإداري الباطل والسحب الجزئي للقرار الباطل

يعرف الفقه^(٣)، السحب بأنه تجريد القرار الإداري من قوته القانونية بأثر رجعي وذلك بموجب قرار إداري جديد تصدره الجهة الإدارية، حقيقة أن سحب القرار الإداري هو وسيلة تملكها الجهة الإدارية لتصحيح ما وقعت فيه ويدخل ذلك ضمن الرقابة الذاتية لجهة الإدارة.

ولقد كانت القاعدة المطبقة هي اقتصار هذا السحب على القرارات الإدارية غير المشروعة (الباطلة)، لكن أصبح الاتجاه الفقهي والقضائي

(١) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٣٦٦، ٣٦٧.

(٢) حكم النقض الصادر في الطعن رقم ٢٥٩٢ لسنة ٧٩ق نقض جنائي، جلسة ٢٠١٠/٤/٢١.

(٣) د/ حسنى درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، طبعة ١٩٨١، ص ٢٩٣. د/ صلاح الدين فوزي، المبسوط في القانون الإداري، طبعة ٢٠٠٠ - ٢٠٠١ دار النهضة العربية، ص ٩٢١.

الحديث^(٤)، يميل إلى التخفيف من هذا التشدد بمعنى جواز سحب القرارات الإدارية الصحيحة طالما أنه لم يترتب عليها وجود مراكز قانونية استقرت وهذا يتعلق بالسحب الكلي وهو لا يثير أي خلاف بينه وبين تحول القرار الإداري الباطل لوضوح الإجراءات والآثار بموت القرار الأول بشكل نهائي وانقطاع صلته بالقرار الإداري الجديد وهذا في السحب الكلي عكس التحول على النحو السالف ذكره.

ولكن المشكلة تظهر بوضوح وتحتاج لإعمال التفرقة بين تحول القرار الإداري الباطل وبين سحبه إذا تعلق السحب بجزء من القرار فهو بذلك يقترب من حيث الشبه بتحول القرار الإداري.

أوجه الشبه بين تحول القرار الإداري الباطل والسحب الجزئي:

تشير محكمة القضاء الإداري إلى أنه (.....إذا صدر القرار مخالفاً للقانون، فإنه يجوز تصحيحه، أو سحبه سحباً جزئياً حتى يتفق مع أحكام القانون، ويشترط أن يتم التصحيح خلال المدة المقررة وهي الستين يوماً التالية لتاريخ صدوره قبل أن يتحصن القرار وإذا تداركت الجهة الإدارية ما شاب قرارها الأول من عيوب فقامت بسحبه جزئياً يكون قرارها بمنأى عن الإلغاء....)^(١).

ولقد ولدت نظرية سحب القرار الإداري على يد القضاء، حيث رفض الالتزام بتطبيق أحكام القانون المدني على المنازعات الإدارية، واضطر في بحثه عن نقطة التوازن بين المصالح العامة والمصالح الخاصة إلى صياغة النظرية، جاء بعد ذلك دور الفقه ليوصل الفكرة ويشرح اسانيدھا القانونية مستهدياً في ذلك بأحكام القضاء.

وتنطلق النظرية من نقطة أن الإدارة قد تبين أنها ارتكبت خطأ ما بعد اصدارها القرار الإداري، وأن الخطأ تمثل في عدم مشروعية القرار، وترى الإدارة سحب هذا القرار أخذاً بالقاعدة الأصلية التي تقضي بأن الخطأ لا يجوز إغفاله والإبقاء عليه وهو لا يكسب أحداً حقاً أو يضي عليه مركزاً قانونياً جديراً بالاحترام، وحيث لا يجوز الاعتداد بذلك لأنه يقابل هذه القاعدة،

(٤) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٥١، ١٥٢.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٣١ ق، جلسة

١٩٥٨/١١/١٥.

قاعدة أخرى أحق بالرعاية وأولي بالتقديم من مقتضاها كفالة الاستقرار وتوفير الطمأنينة بحفظ المراكز القانونية وجعلها بمنجأة من الزعزعة والاضطراب ولو كانت مشوبه بعد فوات الوقت الذي عينه القانون للاعتراض عليها من جانب ذوي الشأن بالطعن فيها بطريق دعوى الإلغاء وبالتقابل والمعادلة من جانب السلطة الإدارية التي أصدرتها عن طريق التقرير بسحبها^(٢).

ويترتب على هذا السحب - سواء قامت به الإدارة أو كان بناء على طعن إداري - إلغاء القرار منذ صدوره بحيث يندثر كلية^(٣). وقد ترى الإدارة أن العور قد أصاب بعضاً من نصوص القرار فتجد نفسها مضطرة لسحب هذه الأجزاء فيما يعرف بالسحب الجزئي للقرار الإداري تفادياً للطعن عليها بالإلغاء الجزئي، وإن كان ذلك يقوم إلى جوار السحب الكلي كأداة لتتقية القرار الإداري من عيوب عدم المشروعية التي قد تصيب بعض نصوصه.

إلا أن السحب الجزئي لا يقوم فقط بسبب مخالفة القرار المعيب جزئياً في بعض نصوصه، بل أنه وسيلة الإدارة للتخلص من هذه النصوص إذا ثبت عدم ملاءمتها لمقتضيات الصالح العام، وقرار الإدارة بالسحب الجزئي هو أيضاً قرار إداري يجب أن تتوافر له أركان وشروط صحته.

ومعني ذلك أنه ليست العيوب القانونية وحدها هي مسوغ الإدارة في سحب قراراتها بل أن هناك عيوب الملاءمة التي تنتج عن عدم مراعاة قواعد ملاءمة إصدار القرار ومناسبته، وتلك عيوب غير قانونية، هذا بالإضافة إلى أن الإدارة غالباً ما تراعى، وهي في سبيلها إلى سحب قراراتها جزئياً معايير أخرى تتعلق بواقع الأنشطة الإدارية والعملية، وتلك مأخذ تقلل من أهمية النظرية وتدفعنا إلى الريبة والحذر كلما صادفنا تطبيق من تطبيقاتها، هذا بالإضافة إلى أن لفكرة جوانب قانونية، ويترتب عليها إندثار الأجزاء التي قامت الإدارة بحسبها بعد أن ترتبت عليها أوضاع ومراكز قانونية، والإدارة غالباً ينقصها التأهيل القانوني اللازم لمثل هذا العمل القضائي، خاصة وأنه

(٢) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٤٢١.

(٣) Debbsch (ch), institutions et droit administratifs, T11. 1978.P.

138.

مشار إليه في المرجع السابق، حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٥٥٠٩ لسنة ٥٣ق، عليا، غير منشورة، جلسة ١٩/١٢/٢٠٠٩.

يترتب على إعمالها العديد من الصعوبات والمشاكل، ليس هذا فقط، بل يجب على الإدارة أن تبحث في نصوص القرار لمعرفة أيهما يمثل جوهر القرار حيث يجوز لها سحب نصوص القرار التي تقع في دائرة أثاره أو أدواته ويستغلق السحب إذا تعلق الأمر بالنصوص التي تمثل أساس القرار^(١).

وتستطيع الإدارة أمن تختار بين طريقتين الإلغاء أو التعديل، فإن هي سلكت طريق الإلغاء فهي تهدف إلى إلغاء القرار بالنسبة للمستقبل فحسب، ويشترط لمزاولته أن ينشأ القرار الإداري المطلوب سحبه صحيحاً ثم يشوبه عيب لاحق من حيث القانون أو الملاءمة. وما دام هذا القرار قد صدر صحيحاً فإن سحبه بعد ذلك عندما يطرأ عليه عيب لا يمحو أثاره في الماضي وإنما تقتصر أثاره على المستقبل فحسب، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري بأن قرار وزير الصحة بإلغاء قيد المدعي على الدرجة الثانية لا يعتبر سحباً لقرار القيد فإن السحب لا يرد إلا على قرار باطل وأثره يستند إلى الماضي (وتقصد المحكمة بذلك الإبطال) أما هنا فقرار القيد صدر صحيحاً وإلغاء الوزير لهذا القرار يقتصر أثره على المستقبل^(٢).

أما إذا كان قرار الإدارة قد صدر باطلاً في جزء منه، كان لها أن تسحبه في هذا الجزء وتبقى على القرار صالحاً منتجاً أثاره فيما بقى منه وذلك ما يتمخص عنه تعديل موضوعي للقرار الإداري، فالقرار الصادر بتسريح المدعي من الخدمة لا يتضمن سحباً كلياً للقرار الصادر بطرده منها بل هو - كما وصفته الإدارة ذاتها- تعديل للقرار المذكور بتخفيف العقوبة التأديبية الواردة فيه من الطرد إلى التسريح من حيث الآثار التي تترتب على كل منهما، مع الإبقاء على المبدأ المشترك بينهما وهو الإقصاء من الوظيفة العامة، ومع جعل هذا التعديل بأثر رجعي بإسناده إلى تاريخ تنفيذ قرار الطرد المشار إليه فإن الأمر لا يعدو أن يكون تعديلاً بأثر رجعي لبعض آثار القرار الأول^(٣).

(١) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٤٢٢.

(٢) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٣٤٥، د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص

٤٢٣، وحكم التمييز البحرينية في الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٢٠٠٧ جلسة ٢٠٠٨/٣/٣١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته ٢١ سبتمبر سنة ١٩٦٠ الطعن رقم ٤٣، ٤٤، ٤٥،

السنة ٢٠١٢. المجموعة الخامسة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا، ص ١٢٤٣.

وإذا كان الثابت من الأوراق أن المدعي قد جوزي في سنة بخمسة عشر يوماً من راتبه، وقد أجرت الجهة الإدارية حركة ترقيات إلى الدرجة الرابعة في سنة، وكانت أقديمة المدعي تسمح بترقيته إلى تلك الدرجة، إلا أنه لما كان من غير الجائز ترقيته قانوناً لعدم انقضاء المدة التي يمنع ترقيته خلالها بسبب توقيع الجزاء سالف الذكر عليه فقد حجزت له الإدارة درجة لمدة سنة طبقاً لنص المادة (.....) من القانون رقم (.....) لسنة ثم عدل الجزاء إلى ثلاثة أيام فقط، ونقل إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي في سنة، ورقى إلى الدرجة الرابعة بعد مرور ثلاثة أشهر على نقله.

ومن حيث أن تعديل الجزاء .. هو في حقيقته سحب للجزاء السابق الموقع عليه ومن ثم يترد أثر هذا التعديل بأثر رجعي إلى تاريخ صدور قرار الجزاء الأول، وبذلك يستحق الترقية وجوباً إلى الدرجة الرابعة بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ زوال المانع من الترقية أي اعتباراً وليس من التاريخ الذي رقي فيه فعلاً^(١).

نخلص من ذلك إلى أن أوجه الشبه بين تحول القرار الإداري الباطل وبين سحب القرار الإداري ينحصر في الآتي:

- ١- وحدة الجهة الإدارية المختصة بتصويب ما شاب قرارها الباطل مع اختلاف درجات المعالجة.
- ٢- وجود قرار جديد ناتج من قرار إداري قديم إما أنه باطل كلية أو البطلان الي شابه جزئي لكنه في الحالتين باطل.
- ٣- السحب والتحول يجب أن يتم كل منهما خلال المواعيد المقررة للإلغاء ويستثنى من ذلك سحب القرار الصادر بناءً على غش أو تدليس يمكن سحبه في أي وقت^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٦ يناير سنة ١٩٧٥، الطعن رقم ٦٩٦، السنة ٤١ق، السنة العشرون، ص ١٧٧، القاعدة ٥٦، مشار إليه والسابق لدى د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٤٢٤، وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢٠١٠ جلسة ٢٠١١/٦/٨.

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١١٧٠٤ لسنة ٥٩، جلسة ٢٠١٤/٥/١٨، وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢٠٠٢/٥/٤، ود/ محمد سعيد أمين، سحب القرار الإداري، دار النهضة العربية، ص ٨.

أوجه الاختلاف بين تحول القرار الإداري الباطل وبين سحبه:
 نشير إلى أن هناك من يرى^(٣)، أن التحول ما هو إلا مظهر من مظاهر السحب ولذلك لا يوجد اختلاف في النظام القانوني الخاص بكل منهما إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه البعض^(٤)، من وجود اختلاف بين الأمرين يتمثل في النقاط الآتية:

- ١- أن السحب يؤدي إلى اعدام القرار الإداري بأثر رجعي، وكأنه لم يصدر قط^(٥)، وقد يتعذر إصدار قرار إداري جديد في موضوع القرار المسحوب لتغير الاختصاص أو لفوات المدة المحددة لصدور القرار الإداري، في حين يؤدي التحول إلى استخراج قرار جديد من القرار الباطل، وعدّ هذا التحول منتجاً لأثاره من تاريخ صدور القرار الباطل، بمعنى أن سحب القرار الإداري لا يؤدي حتماً إلى إصدار قرار جديد ولا إلى استخراج قرار آخر من القرار الباطل إذا كان القرار المسحوب باطلاً، بل أن الأمر لا يتعدى قيام الإدارة باعدام القرار المسحوب بأثر رجعي أي أنها تمحو أثاره بالنسبة للماضي والمستقبل أما التحول فهو تكوين قرار إداري جديد من عناصر القرار الباطل، ويختلف عنه ربما في النوع أو في المضمون.
- ٢- من ناحية أخرى أن السحب قد ينصب على القرارات المشروعة أو المعيبة حسب القواعد التي سبق بيانها، في حين أن التحول لا يجري إلا على القرارات الباطلة أو المنعومة ولا يطال القرارات الصحيحة، لا بل أن التحول ممتنع إذا كان القرار الإداري الاصل صحيحاً.
- ٣- والاختلاف الآخر بين التحول والسحب يتمثل في الجهة المختصة بإجراء كل منهما، فالتحول قد يكون إدارياً تقوم به الجهة الإدارية المختصة، وقد يكون قضائياً يطبقه القاضي الإداري بمناسبة الفصل في دعوى الغاء القرار الإداري، في حين يكون السحب إدارياً تجريه الإدارة دائماً ويترتب على ذلك اختلاف في الطبيعة القانونية للتحول

(٣) د/ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٤) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٥٥.

(٥) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٧٦٨ لسنة ٥٦ق، عليا، جلسة ٢٣/٤/٢٠١١، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٨٥ جلسة ٢٦/١/٢٠١٦.

عنها للسحب، فالتحول قد يكون قراراً إدارياً إذا أعملته الإدارة وقد يكون حكماً قضائياً إذا طبقه القضاء، أما السحب فيكون دائماً ذا طبيعة إدارية.

الفرع الثالث

تحول القرار الإداري الباطل وتصحيحه

قد يصيب القرار الإداري بعض العيوب التي تؤدي إلى بطلانه وتقوم الإدارة في هذه الحالة بمحاولة تصحيح هذا العيب سواء قبل صدور حكم قضائي بإلغاء القرار المعيب أو تنفيذاً للحكم الصادر بالغاؤه وبما أن القرار الإداري يتكون من أركان وعناصر خمس على النحو المشار إليه سلفاً والمتمثلة في ركن الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية^(١) لذلك نجد اختلاف بين ما يجوز تصحيحه من قرارات إدارية باطلة وذلك بحسب عنصر القرار الإداري الذي تخلف فيه ، على النحو التالي:

١- تصحيح عيب الشكل:

يرى البعض^(٢)، أن القضاء الإداري الفرنسي والمصري قد أعطى مفهوم الشكليات الواجب توافرها في القرار الإداري معني واسع يتجاوز حرفية النصوص المقررة للشكليات والإجراءات التي يجب توافرها في القرار الإداري وذلك بهدف إسباغ مزيد من الحماية لحقوق وحرية الأفراد ومن ثم استقرت أحكام محكمة القضاء الإداري المصري على أن قبول ذوي الشأن للقرار المعيب بسبب عيب في الشكل لا يعني أن هذا القرار زال عنه صفة البطلان ومن ثم فإن تصحيح الإجراءات بعد صدور القرار لا يطهره من العيب الذي لحق به منذ ميلاده^(١)، وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا بقولها (.....) إن الشكلية أو الإجراءات الذي استلزمت النصوص القانونية توافره عند إصدار القرار الإداري يعد بمثابة الحلقة الأولى من سلسلة متصلة من

(١) Laubade'ne (A) et Gaudemet (Y) et verezia.J.C."Triaite de droit adminitratif L.G.D.J Paris 1999.p.50.

(٢) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٣٤٩، ٣٥٠.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الطعن رقم ٦٧٨٩ لسنة ٤٦ق، جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١.

الإجراءات ومن ثم فإن إجراء أي تصحيح لاحق على القرار الأول لا يسقط عنه عدم المشروعية... (٢).

ومن ثم يرى البعض (٣)، أن فكرة تصحيح القرار الباطل لا تستطيع أن تسعف إرادة الجهة الإدارية من الضياع وتقف عاجزة عن تصحيح عيب مخالفة الشكل ولن يكون هناك سوى أعمال فكرة تحول القرار الإداري، ويطلق على الشكل في هذه الحالة الشكل الجوهرية (٤)..

ونحن من جانبنا نرى ضرورة التفرقة بين الشكليات الجوهرية والتي تلزم النصوص القانونية بالمفهوم الواسع (قانون - لائحة - تعليمات) الجهة الإدارية بضرورة مراعاتها عند إصدار قراراتها الإدارية هي التي تهوى بالقرار الى درجة البطلان ومن ثم فإن التصحيح اللاحق لهذه الشكلية أو هذا الإجراء لا يرقى إلى مرتبة تصويب القرار من العيوب، على عكس الشكليات الثانوية والتي يمكن التغاضي عنها متى توافرت الشكليات الجوهرية إذ أن تخلفها لا يمنع من إجراء تصحيح لها مستقبلاً وفي وقت لاحق على صدور قرار إداري يعد مشروعاً منذ ميلاده ومن ثم يقتصر أعمال فكرة التحول على تخلف الشكليات الجوهرية فقط.

٢- تصحيح القرار لعيب عدم الاختصاص:

الأصل العام أن القرار الإداري المشوب بعيب عدم الاختصاص يعد مخالفاً لمبدأ المشروعية الذي يرتب بطلان القرار المعيب به بحيث لا يصح هذا البطلان إجراء لاحق، وهذه النتيجة ما هي إلا تطبيق منطقي لتعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام (٥).

وقد جاء قضاء محكمة القضاء الإداري واضحاً في تأكيد هذا المبدأ العام والذي ذهب إلى (... إن القرار الباطل بسبب عدم الاختصاص لا يصح

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٣٤ ق. ع جلسة ١٧/١٢/١٩٨٩ ، مجموعة أحكام السنة ٣٥ ، ص ٥١٦ .

(٣) د/ رأفت دسوقي محمود، المرجع السابق، ص ٣٥١ .

(٤) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٤٠ ق، عليا، جلسة ٦/١٢/١٩٩٨، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٦١٩٦ لسنة ٤١ ق ، عليا، جلسة ٢/٤/٢٠٠٢، حيث بين أثر تخلف الشكليات الجوهرية الثانوية على القرار الإداري حيث أكد على أن القرار الإداري لا يبطل لتخلف الشكل إلا في حالة أن ينص القانون على ذلك .

(٥) د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى الغاء القرار الإداري ، طبعة ٢٠٠٨ ، ص ٩٢ .

بالاعتماد فيما بعد من صاحب الشأن ، بل يجب أن يصدر منه إنشائياً بمقتضى سلطته المخولة له^(٦).

وهذا القضاء ينكر على السلطة مصدرة القرار الحق في تصحيحه وتنقيته مما شابه من مخالفة لقواعد الاختصاص، وإن كان لا يسلبها حقها في أن تصدر قراراً جديداً في نفس موضوع القرار المعيب متلاشياً في إصداره ما شاب سابقه من مخالفة لقواعد الاختصاص، ومن الطبيعي أن يسري القرار الجديد من تاريخ صدوره لأنه قرار جديد وليس استكمالاً أو امتداداً لقرار سابق.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا كان لها في هذا الشأن موقف آخر نقضت به القضاء السابق حيث تواترت أحكامها على إجازة تصحيح القرار المعيب بعدم الاختصاص باعتماده من السلطة المختصة، ومن ثم يتحول من قرار باطل إلى قرار صحيح، ويسري من تاريخ صدوره^(١)، وإن كانت قد اشترطت لصحة ذلك ألا يتضمن التصحيح تغييراً في مضمون القرار أو ملاءمة إصداره^(٢).

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا مبدأ التصحيح اللاحق للقرار الصادر عن سلطة غير مختصة إذا ما تم اعتماده من السلطة المختصة حيث ذهبت إلى أن قرار فصل نجل الطاعن من المدارس الفنية الأساسية العسكرية وإن كان صادراً من غير مختص حيث صدر عن مجلس إدارة المدرسة في حين أنه كان يتعين إصداره من مجلس إدارة المدارس، إلا أن هذا القرار قد تم التصديق عليه من مجلس إدارة المدارس، الأمر الذي يفيد تصحيح عيب

(٦) محكمة القضاء الإداري، الصادر في الدعوى رقم ١٤٢٢ لسنة ٥ ق. جلسة ١٩٥٣/١٢/٢١، المجموعة السنة ٨، ٢٩٣، وكذلك حكمها في ١٥/٦/١٩٥٣، قضية رقم ٦٤٤ لسنة ٦ ق، وحكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٣٠ ق، عليا، جلسة ١٩٨٨/٣/٥.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٥ ق. عليا، جلسة ١٩٦١/٦/٣، المجموعة ، السنة ٦، ص ١٢٢١، وفي ٩/٥/١٩٥٩، طعن رقم ٢١٧ لسنة ٤ ق. المجموعة السنة الرابعة ، ص ١٢٤٢، وحكمها الصادر في الطعن رقم ١٩٣٨ لسنة ٤ ق، عليا، جلسة ١٩٩٩/١٢/٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة ١٩٧٧/٥/٢٢، المجموعة السنة ٢٢، ص ١٧٥، وحكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٧٧٩ لسنة ٣٠ ق. عليا، جلسة ١٩٨٨/٣/٥، — وحكمها الصادر في الطعن رقم ١٢٠٥ لسنة ٥١ ق، عليا بجلسته ١٧/٤/٢٠٠٧.

عدم الاختصاص الذي شاب القرار الصادر بفصل المذكور... حيث أن جهة الإدارة تملك تصحيح ما يشوب القرار الإداري من عيب في الاختصاص حيث لا يتعلق الأمر بصحة موضوع القرار^(٣).

وإذا كان قضاء المحكمة الإدارية العليا قد استقر على جواز تصحيح القرار المشوب بعيب عدم الاختصاص لصدوره من غير مختص إذا قام المختص باعتماده - على نحو ما رأينا - فإنها قد ذهبت إلى مدى أعمق في هذا الشأن حيث أجازت تصحيح عيب عدم الاختصاص بإجراء تشريعي لاحق يصير بمقتضاه مصدر القرار مختصاً بإصداره بعد أن كان غير ذلك يوم إصداره له وجاء قضاؤها في هذا الشأن بأنه (لم يعد جدوي من إلغاء القرار المطعون فيه استناداً إلى أن المحكمة التأديبية كانت هي المختصة وقت إصداره ليعود الأمر ثانية إلى ذات السلطة الرئاسية التي سبق لها أن أفصحت عن رأيها فيه فتصر على موقفها وتصحح قرارها بإعادة إصداره بسلطتها التي خولت لها في هذا القانون، وتعود بذلك المنازعة في دوره لا مسوغ لتكرارها ويعتبر القانون الجديد والحالة هذه وكأنه صحح القرار المطعون فيه بإزالة عيب عدم الاختصاص الذي كان يعتوره)^(٤).

وهذا القضاء جاء منافياً لما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري "الدائرة الاستئنافية" في هذا الخصوص من أن التشريع اللاحق لا يصحح ما شاب القرار من عيب عدم الاختصاص، ذلك لأن الحكم على مشروعية القرار يكون من خلال القوانين القائمة وقت صدوره دون ما يصدر من قوانين لاحقة هذا فضلاً عن أن القول بغير ذلك من شأنه أعمال لأحكام القانون الجديد بأثر رجعي وهو ما لا يجوز بغير نص قانوني صريح^(١).

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في الطعن رقم ٥٢٨٤ لسنة ٤١ق، الدائرة الثالثة، جلسة ١٧/٦/١٩٩٧، وكذا لك حكمها في الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٣٠ق، جلسة ٥/٣٦/١٩٨٨.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في الطعن رقم ٢٣١ لسنة ١٦ق. المجموعة السنة ١٩، ص ١٠٣.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في الدعوى رقم ١٣٢٤ لسنة ٢ق. جلسة ١٥/١١/١٩٧١، المجموعة، السنة ٣، ص ١٩٨.

بل إن هذا القضاء يتعارض مع ما استقرت عليه الأحكام الحديثة للمحكمة الإدارية العليا والتي ذهبت إلى أن (... العبرة في تقدير ما إذا كان القرار صحيحاً أو غير ذلك هو بكونه كذلك وقت صدوره)^(٢).

وقد كان قضاء المحكمة الإدارية العليا بما يجيزه من تصحيح للقرار الإداري الصادر عن سلطة غير مختصة باعتماده من السلطة المختصة يجد مبرره في الاعتبارات العملية ، والتي بموجبها لا داعي للحكم بالإلغاء ولا مبرر له طالما أن المختص الأصيل قد وافق على القرار المعيب هذا القرار يصبح كما لو كان قد صدر أصلاً عن صاحب الاختصاص الأصلي، كما أنه لو أصبح غير المختص مختصاً بمقتضى تعديل تشريعي فلا داعي لإبطال القرار لان مصدره أصبح مختصاً بموجب هذا التعديل^(٣).

وقد واجه هذا الموقف القضائي انتقاداً فقهياً واسع النطاق تأسيساً على أن العبرة للحكم على مشروعية القرار تكون بالوقت الذي صدر فيه لا في وقت لاحق، ومن ثم طالما أن القرار وقت صدوره كان قد صدر عن جهة إدارية غير مختصة فإنه يصبح معيباً بعبء عدم الاختصاص، ويظل القرار معيباً حتى ولو قامت الجهة المختصة في وقت لاحق باعتماد القرار المعيب^(٤).

وإذا كان التطور القضائي للمحكمة الإدارية العليا يجد سنده في الاعتبارات العملية ، فإن تلك الاعتبارات لا يجوز تغليبها على حماية مبدأ المشروعية الذي يجب أن يظل دائماً فوق جميع الاعتبارات العملية^(٥). وانتهي بعض الفقه إلى أن هذا القضاء محل نظر، للأسباب الآتية:

أ- الأصل في بحث مدى سلامة القرار الإداري يكون بالرجوع إلى تاريخ صدوره ، بصرف النظر عن الظروف الواقعية والقانونية اللاحقة.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في الطعن رقم ٦١٦ لسنة ٣٧ق. جلسة ١٩٩٩/٤/٤، دائرة أولى ، غير منشور.

(٣) د/ محمد رفعت عبد الوهاب، د/ حسين عثمان، القضاء الإداري، سنة ٢٠٠٠، دار المعارف بالإسكندرية، ص ١٢١، د/ عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٤) د/ محمد رفعت عبد الوهاب، د/ حسين عثمان، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(٥) د/ عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ١٩٨.

- ب- تعتبر قواعد توزيع الاختصاص بلا خلاف من النظام العام.
- ج- لا يسوغ القول بأن إلغاء القرار في مثل هذه الحالات شكلية لا مبرر لها طالما في وسع من أقر الجزاء أو صار مختصاً به توقيعه من جديد، إذ قد تكون للموظف مصلحة في التمسك بذلك، لأن القرار الجديد سوف يصدر من تاريخه وبغير أثر رجعي.
- د- وأخيراً ليس من المستبعد إذا ما ألغى القرار فعلاً أن يعدل المختص أو من صار مختصاً به عن إصداره من جديد إذا ما تواجد مرة أخرى في الظروف التي دفعت إلى إصدار القرار المعيب وما تلاها من ظروف لاحقة^(١).

ويرى أصحاب الرأي السابق أن انتقادات الفقه لموقف المحكمة الإدارية العليا والتي أجازت فيه تصحيح القرار الإداري المشوب بعيب عدم الاختصاص بالتصديق عليه من سلطة الاختصاص أو بصدور تعديل تشريعي يمنح السلطة التي أصدرت القرار رغم عدم اختصاصها في السابق اختصاصاً بإصداره نرى أن تلك الانتقادات قد صادفت صواباً لإستنادها إلى أسس قانونية تسمو على أية اعتبارات عملية إضافة إلى أن مسابرة منطوق المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص من شأنه إرساء قاعدة جديدة وهي رجعية القوانين والقرارات الإدارية وهو ما لا يجوز بغير نص صريح.

ومن جانبنا لا نرى إمكانية أعمال تحول القرار الإداري في هذه الحالة لأن القرار الأول صدر مكتمل الأركان بأستثناء ركن الاختصاص ثم جاء اعتماد صاحب الاختصاص ومن ثم فإن ذلك يعد تصحيح وليس تحول.

٣- تصحيح القرار لعيب عدم توافر السبب:

نعرض في هذه الجزئية موقف القضاء الإداري من إمكانية أعمال السبب الصحيح في القرار المطعون فيه أثناء نظر دعوى الإلغاء، وهذا في الشق الأول، أما الشق الثاني نشير فيه إلى دور الجهة الإدارية تجاه أعمال السبب الصحيح بعد صدور حكم بإلغاء القرار الإداري المعيب ، وذلك على النحو التالي:

(١) د/ عبد الفتاح حسن، القضاء الإداري، ص ٢٧٨، د/ عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٩٦.

الشق الأول: دور القاضي الإداري في إحلال السبب الصحيح:

لقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على اعطاء القاضي الإداري مكنة احلال السبب الصحيح في القرار المطعون فيه بدلاً من الغاؤه^(٢). وبمراجعة بعض أحكام القضاء الإداري المصري من خلال حالات الطعن بالإلغاء على القرار الإداري المشوب بعيب تخلف أحد أركانه نجد أن هناك أحكام أجازت للقاضي الإداري إحلال السبب الصحيح للقرار المطعون فيه محل السبب الظاهر من الأوراق ومثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري قديماً والذي أشار إلى أنه (.....) إذا أمكن حمل القرار الإداري على وقائع كشفت عنها أوراق الدعوى التي صدر على أساسها القرار فإنه يكفي إسباغ الصحة عليه^(١).

وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا وهي بصدد نظر الطعن في قرار تأديبي بأنه (.....) أن ما هو قائم في حق المذكور من تهاون لحمل القرار على سبب صحيح هو ركن مبرر للإبقاء عليه بغض النظر عن الوصف القانوني الذي أورده للواقعة التي أستند إليها^(٢).

إذا كانت الأحكام السابقة أشارت إلى أن القاضي الإداري يملك إحلال السبب الصحيح للقرار الإداري المطعون فيه محل السبب الذي يشوب القرار بعيب يجوز معه الحكم بالغاء القرار، إلا إن المحكمة الإدارية العليا رفضت الأخذ بفكرة احلال القاضي الإداري للسبب الصحيح حيث قضت بأنه (....) ما كان يسوغ على أية حال أن يقوم القضاء الإداري مقام الإدارة في إحلال سبب آخر محل السبب غير الصحيح الذي قام عليه القرار، ذلك أنه متى كان الأمر متعلقاً بسلطة تقديرية، يترك فيها القانون للجهة الإدارية قرراً من الترخيص على مقتضاه ملاءمة منح الترخيص أو رفضه، لم يجز للقضاء أن يترجم

(٢) DEBBACH (CH.) et RICCI (J.C) Contentieux administrative)

7e.ed. Dalloz . 1999- p.701- 702.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٩٥٣/٥/٢٦، مجموعة احكام السنة السابعة، ص ٧٦٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٥٨/١/٢٥، مجموعة احكام السنة الثالثة، ص ٦٣٥. وحكمها الصادر في الطعن رقم ١٢٧٣٧ لسنة ٥٩ق، عليا، جلسة ٢٦/١١/٢٠١٤، وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ١٩ لسنة ٢٠١٠ جلسة ١٤/١٢/٢٠١٠.

عنها إحساسها لاقتناعها بتحقيق الاعتبارات الموضوعية أو عدمه التي تبني عليها تصرفها التقديرية، ولا أن يصادر حريتها في اختيار الأسباب التي يقوم عليها قرارها، لأن هذا المسلك من شأن الإدارة وحدها لا يجوز فيه قيام القضاء مقامها فيما هو حرى بتقديرها ووزنها للأسباب وعلى ذلك يقتصر دور القضاء الإداري على مراقبة صحة السبب التي تذرعت به الإدارة في رفضها للترخيص...^(٣).

وأكدت المحكمة هذا المسلك في حكم لاحق تقول فيه (.....) أنه لا حجية فيما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن في مكنة المحكمة أن تحل هذا السبب الصحيح محل السبب الذي بني عليه القرار، لأنه ما كان يسوغ أن يقوم القضاء الإداري مقام الإدارة في إحلال سبب آخر محل السبب الذي قام عليه القرار، ذلك أن دور القضاء الإداري يقتصر على مراقبة صحة السبب الذي تذرعت به جهة الإدارة في إصدار قرارها، ولا يسوغ له ان يتعداه إلى ما وراء ذلك بافتراض أسباب أخرى يحمل عليها القرار....^(٤).

ولكن من جانب آخر يجوز للقضاء أن يفرض رقابته على السبب الحقيقي للقرار الإداري بصرف النظر عن الأسباب الوهمية التي تذكرها الإدارة.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها أنه (.....) لا جنح على الجهة الإدارية إن هي أعلنت سبباً وهمياً للقرار الإداري الصادر بنقل المطعون ضده من السلك الدبلوماسي إلى هيئة البريد هو كونه زائداً عن حاجة العمل بالوزارة إخفاء للسبب الحقيقي وهو عدم صلاحيته لتولى وظائف السلك الدبلوماسي، وعلى المحكمة أن تسلط رقابتها على السبب الحقيقي دون السبب الظاهري ولا يعد ذلك منها من قبيل إحلال سبب مكان آخر لأن السبب في الواقع من الأمر سبب واحد لم يتبدل هو عدم الصلاحية لتولى وظائف السلك الدبلوماسي، أما السبب الآخر وهو كون المطعون ضده زائداً عن حاجة

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٦/١١/١٩ في الطعن رقم ٦٢٠ لسنة ١١ق، عليها المجموعة، السنة الثالثة عشر، ص ٢٢٩.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٦٧/١٠/٢١ في الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ١١ق. عليها المجموعة السنة الثالثة عشر، ص ٦.

الوزارة فلا يعد أن يكون سبباً ظاهرياً أو صورياً للقرار الإداري قصدت الوزارة بإيرازه رعاية لمصلحة الموظف المنقول.....^(١).

الشق الثاني: الإدارة وفكرة إحلال السبب الصحيح بعد حكم الإلغاء:

الأصل أن الإدارة لا تملك إصدار قرار جديد يحقق غاية قرار سبق للقضاء إلغاؤه ، لأن الإلغاء القضائي بمثابة نهاية للقرار الإداري لا يحق للإدارة بعده أن تتخذ قراراً بالمضمون ذاته، وإلا ضاعت حجة الأحكام القضائية وانعدم استقرار المراكز القانونية ، غير أنه من الثابت والسابق ذكره أن ذلك لا يحول دون جواز إصدار قرار إداري بمضمون القرار الملغى ذاته إذا كان الإلغاء راجعاً إلى أحد جوانب المشروعية الخارجية (الشكل - الاختصاص) بشرط أن يكون القرار الجديد مستوفياً للأشكال القانونية ومراعياً لقواعد الاختصاص^(٢)، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذه التفرقة حيث قررت في حكم حديث لها (.....) ومن حيث أنه بات مسلماً ضرورة التفرقة في تحديد آثار حكم الإلغاء بين إلغاء القرار لافتقاده السبب الموضوعي الذي يحمله على الصحة لانتفاء المخالفة في حق العامل لعدم صحتها، أو لأن الواقعة المنسوبة إليه بفرض وقوعها لا تشكل ذنباً إدارياً يسوغ للسلطات التأديبية التدخل لتوقيع العقاب محل الحكم بالإلغاء، وبين إلغاء القرار لعيب في الشكل والإجراءات أو لتجاوز الاختصاص، ففي الحالة الأولى تكون المحكمة قد حسمت النزاع وقضت في قوة الحقيقة القانونية في الوقائع المنسوبة إلى العامل وتضمنها القرار محل الإلغاء بما لا يسوغ معه للجهة الإدارية استئناف النظر من جديد في الوقائع المشار إليها وإلا كان ذلك انتهاكاً لحجية الحكم المذكور، أما في الحالة الثانية فإن المحكمة لا تتطرق إلى مراجعة سلوك العامل من جديد وإنما هي تفصل في مدى سلامة القرار من حيث الشكل الذي يتطلبه القانون أو الإجراءات التي أوجب ترتيبها أو السلطة المختصة بإصداره، ومن ثم فإن القضاء بإلغاء القرار لسبب من هذه الأسباب لا يخل بحق السلطة التأديبية في ممارسة سلطاتها من جديد تنفيذاً لمقتضى الحكم على الوجه القانوني الصحيح، بعد تنقية القرار مما شابهه من عيوب شكلية وإصداره

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٨/١/٦ في القضية رقم ٢٤٧، المجموعة، السنة الثالثة عشر، ص ٣٨٣.

(٢) د/ عبد المنعم عبد العظيم جيرة، المرجع السابق، ص ٣٩٧ وما بعدها.

على الوجه الذي يتطلبه القانون...^(٣)، وبناء على ذلك إذا كان القرار التأديبي مشوباً بعدم الاختصاص كأن يصدر عن مجلس ادارة الشركة وليس من رئيس مجلس الإدارة فإن ذلك ليس من شأنه أن يغل يد الشركة المطعون ضدها في اتخاذ ما يدعو إليه مقتضي الحال بمراعاة الأوضاع القانونية المقررة^(١). ومعني ذلك أن إلغاء القرار لمخالفة قواعد الاختصاص لا يحول دون إمكانية إصدار الإدارة لقرار جديد بمضمون القرار الملغي ذاته بعد مراعاة هذه القواعد واستناداً إلى ذلك قضي بأنه (... إلغاء القرار التأديبي استناداً إلى قصور شاب التحقيقات التي أجريت بشأنه وهي عدم سماع شاهدي الاثبات الوحيدين، فليس من شأن هذا الإلغاء أن توصل الأبواب في وجه الجهة الإدارية وتغل يدها في ممارسة اختصاصها ، وبالتالي لها أن تعيد التحقيق وتستكمل الإجراءات وتصدر القرار التأديبي على وجهه الصحيح...^(٢)). وفي المقابل قضي (... بأنه لا يجوز لجهة الإدارة إصدار قرار جديد بفصل المدعي لذات الأسباب التي صدر بها قرار سابق بفصله وحكمت المحكمة بالغائه وصيرورة هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به ويترتب على ذلك عدم مشروعية القرار الجديد الصادر بفصل المدعي لمخالفته مقتضي قوة الشيء المقضي به ، ذلك أن القرار الجديد لا يعدو أن يكون إحياء للقرار السابق المقضي بالغائه وترديداً لمقتضاه في محله وسببه...^(٣)). والتساؤل الذي يفيد بحثنا الآن هو: إذا رجع إلغاء القرار الإداري لمخالفة الالتزام بالتسبب الوجوبي فما مدى سلطة الإدارة في إصدار قرار جديد؟؟

سلطة الإدارة في إصدار قرار جديد بعد مراعاة الالتزام بالتسبب:

لا جدال أنه إذا قضي بإلغاء القرار لعيوب تتعلق بالمشروعية الداخلية إلى جانب عيب في الشكل يتعلق بالتسبب فإنه لا يجوز اصدار قرار بمضمون القرار الأول ذاته حتى ولو بعد مراعاة التسبب الوجوبي، أما إذا كان الإلغاء راجعاً إلى عدم التسبب أو عدم كفايته فقط فإن الإلغاء يكون لعيب

(٣) حكم الإدارية العليا في ١٥/٦/١٩٨٥، س ٣٠، العدد الثاني، ص ٣١٤.

(١) حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة ٨/٦/١٩٨٥، س ٣٠، العدد الثاني، ص ١٢٧.

(٢) حكم القضاء الإداري الصادر بجلسة ١٥/٦/١٩٨٥ سبقت الإشارة إليه.

(٣) حكم القضاء الإداري الصادر بجلسة ٢٤/٤/١٩٨٢، س ٢٧، ص ٥٠٨.

شكلي، ومؤدي ذلك أنه يجوز إصدار قرار جديد بعد مراعاة التسبب^(٤)، وقد رأى البعض ان الإلغاء هنا نظري محض وقد يكون عديم الفائدة بالنسبة للأفراد غير أنه لا يجوز التقليل بصورة مطلقة من أحكام الإلغاء في هذه الحالة، وذلك لأن إلغاء القرار لعيب في الشكل يتمثل في مخالفة شكلية جوهرية كالتسبب - في حالة كونه تسبباً وجوبياً - يؤدي في بعض الأحيان إلى تغيير مضمون القرار لو اتبعت بصده الشكليات الأخرى المقررة بل قد يكون من شأنه العدول عن إصدار القرار كلية^(٥)، غير أنه إذا رأت الإدارة إصدار قرار جديد فإنه يجب عليها أولاً أن تقوم بتنفيذ حكم الإلغاء تنفيذاً كاملاً ، إذ بهذا الأسلوب وحده تحقق قواعد الشكل والاختصاص الغاية المقصودة منها باعتبارها ضماناً أساسية للأفراد والقول بغير ذلك يجرّد الإلغاء لعيب في الشكل أو الاختصاص من قيمته العملية، وتطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه على الإدارة قبل أن تشرع في إعادة توقيع الجزاء التأديبي على الموظف الذي ألغيت العقوبة السابق توقيعها عليه لعيب في الشكل أن تعيد الموظف أولاً لوظيفته^(١)، وقياساً على ذلك أيضاً فإن إلغاء قرار الفصل بغير الطريق التأديبي لعدم التسبب يلزم الإدارة بإعادة الموظف المفصول إلى عمله حتى لو اعترمت إصدار قرار جديد بالفصل ويجب على الإدارة ثانياً، إن هي رأت إصدار قرار جديد أن تراعي أن يكون هذا القرار مستقلاً عن القرار الملغي الذي لم يعد قائماً لأنه يترتب على حكم الإلغاء اعتباره كأن لم يكن ، وبالتالي إذا اقتصر القرار الجديد على تصحيح القرار الملغي فإنه يكون قراراً منعماً ، وذلك لسببين : فمن ناحية أنه يحاول إحياء القرار الملغي بعد اخفائه من النظام القانوني وهذا أمر ليس في المستطاع تحقيقه، ومن ناحية ثانية أنه يتضمن إهدار لحكم الإلغاء واعتداء من السلطة الإدارية على استقلال القضاء وضياع لقوة الشيء المقضي به مما لا يساعد على استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة أنه إذا ألغت المحكمة

(٤) C.E., 13 Juillet 1968, 'Geruon', cite par (R.)Hostiou, prec., p.270. note n.14.

(٥) د/ عبد المنعم عبد العظيم جيرة، المرجع السابق، ص ٤٠٢.

(١) E., 31 Mai 1957, Sieur Balpetre, Rec, p.362, conclusion 'TRICOT' R.D.P. 1957, n.259.

الإدارية قراراً صادراً بالترخيص بفتح صيدلية استثناء من القواعد العامة وذلك لعدم كفاية تسبيب هذا القرار فإنه لا يجوز للمحافظ بقرار لاحق أن يقوم بإعادة تسبيب القرار الملغي، لأن القرار الأخير لم يعد قائماً بسبب الغائه قضائياً ومن ثم فإن القرار الجديد يكون منعماً أي كأن لم يكن^(٢). وهذا الحكم يدين بشدة لا تسامح فيها محاولة تصحيح قرار أُلغى قضائياً لعدم كفاية التسبيب، ولا يكتفي المجلس بتقرار بطلان القرار وإنما يقرر انعدامه واعتباره كأن لم يكن، إن هذا الحكم يبرهن بطريقة لا تدع مجالاً للشك بتصميم المجلس على فرض احترام نصوص قانون سنة بشأن التسبيب الوجوبي، فالتسبيب الذي لا يرتبط بالقرار نفسه يظل أمراً لا معنى له، إن الإدارة ملزمة في هذه الحالة بإعادة دراسة الوقائع من جديد وربما انتهت إلى قرار مختلف عن القرار الملغي، باختصار أن الانعدام في هذا الحكم يرجع إلى جسامة المخالفة التي يتضمنها القرار فليس كل تصحيح لقرار غير مسبب تسبباً كافياً يعتبر منعماً إلا إذا كان التصحيح لهذا القرار يتضمن اعتداء على حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به.

الاختلاف بين تصحيح القرار وبين تحول القرار:

أ- بهذا تختلف فكرة تحول القرار الإداري الباطل عن فكرة التصحيح اللاحق للقرار بإدخال سبب جديد عليه، إذ أن في نطاق التحول تقوم الجهة المختصة (إدارية أو قضائية) بإعماله باستخلاص قرار جديد من عناصر القرار الباطل، وبذلك يتطلب التحول ضرورة تغيير في نوع القرار أو في مضمونه في الأقل، ليكون القرار الجديد الذي تترتب عليه الآثار قراراً مختلفاً عن القرار السابق - الباطل - وإن جمعتما غاية عملية واحدة^(٣).

ب- كما يختلف التحول عن فكرة إحلال السبب الصحيح في العلة من أجازتهما إذ أن الغاية من إجازة التحول هي إنقاذ إرادة الإدارة من البطلان، وضمان استقرار الأوضاع والمراكز القانونية بينما الحكمة

(٢) C.E., 20 Mai 1989, Mme Nardin", note Roualt, Le Quotidien Juridique 1989, p.2.

(٣) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص ٢٦٤، وكذلك د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٤١٠.

من إجازة التصحيح اللاحق للقرار بإدخال السبب الجديد فهو أن الإدارة تستطيع بعد إبطال القرار أن تعود مرة أخرى فتصدره سليماً مستندة إلى سبب جديد - صحيح - لهذا يكون من الاقتصاد في الإجراءات إقرار هذا النوع من التصحيح^(١).

ج- ويختلف التحول عن إحلال السبب الصحيح أيضاً في أن التحول يتطلب عدم إدخال أي عنصر في القرار الجديد لم يكن موجوداً في القرار الباطل، في حين على العكس من ذلك فإن إحلال السبب الصحيح محل السبب الباطل يحمل في طياته واقعة جديدة لم يتضمنها القرار الباطل تتمثل في السبب الجديد (الذي يؤدي إلى تصحيح القرار الباطل) الذي لم تعلن الإدارة عنه وقت إصدارها للقرار^(٢).

د- وإذا كانت الجهة المختصة بإعمال التحول (القضاء أو الإدارة) تستطيع من تلقاء نفسها إعماله متى توافرت شروطه دون أن يتطلب في ذلك مطالبة المكلف بالقرار بإجرائه فإن الأمر على العكس من ذلك في نطاق إحلال الصحيح إذ لا يجوز للقاضي أن يقوم بإحلال السبب الصحيح محل السبب الباطل من تلقاء نفسه دون أن يتمسك به جهة الإدارة لأن نطاقه لا يكون إلا في مجال السلطة التقديرية وفي هذا المجال لا يستطيع القاضي أن يحل نفسه محل الإدارة^(٣).

هـ- أخيراً فإن الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الباطل تستطيع إعمال التحول إلى جانب القضاء الإداري سواء بنفسها أو بناءً على تظلم من المكلف بالقرار، في حين نجد في مجال إحلال الأسباب أن القضاء وحده هو الذي يتولى ذلك بناءً على طلب الإدارة وحدها دون المكلف بالقرار.

نخلص مما سبق أنه في حالة إحلال السبب الصحيح يظل القرار قائماً دون أن يرد أدنى تعديل عليه، ويقتصر دور القاضي على إحلال السبب الصحيح محل السبب الباطل الذي كان قائماً وقت صدور القرار والذي خفي

(١) د/ أحمد يسري ، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

(٢) د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق ، ص ٤١١.

(٣) د/ أحمد يسري ، المرجع السابق، ص ٢٦٣، وكذلك د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٤١١.

على مصدره، في حين نجد في نطاق التحول أن القرار الجديد يختلف من حيث النوع أو المضمون عن القرار السابق، كما أن سلطة الجهة المختصة بإعمال التحول أكثر اتساعاً وتقديراً من سلطة القاضي في إحلال السبب الصحيح.

٤- التصحيح وعيب مخالفة القانون (المحل):

إن محل القرار الداري هو المركز التي تنتجها إرادته إرادة الجهة الإدارية بقرارها والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة سواء تمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية معينة. وقضاء المحكمة الإدارية العليا مستقر على أن مشروعية القرار إنما تبحث على أساس الأحكام القانونية المعمول بها عند صدوره وعلى ضوء الظروف والملابسات التي كانت قائمة آنذاك دون أن يدخل في الاعتبار ما جد منها بعد ذلك^(١).

فالاصل هو الرجوع إلى التاريخي الذي صدر فيه القرار للحكم على مشروعيته ومدى اتفاه مع القوانين القائمة وقت صدوره وما يستمد من ظروف يكون من شأنها زوال السند القانوني للقرار أو تعديل المركز القانوني الذي أنشأه^(٢).

ومؤدي ذلك أن العبرة في بحث مدى قانونية الأثر الناشئ من القرار هي الأحكام المعمول بها عند صدوره، فمتى كان هذا الأثر غير جائز قانوناً بحسب الأحكام القانونية المعمول بها عند صدوره كان القرار غير مشروع، ولا يكون بمكنة الجهة الإدارية الزعم بتصحيح هذا العيب وذلك القرار استناداً إلى ما يصدر من قواعد قانونية سواء في صورة قانون أو لائحة تجيز مثل هذا الأثر الذي قصد القرار إلى تحقيقه.

(١) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٨٠١ السنة ١٢ق، عليا، جلسة ١٩٦٧/٣/١١، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٤٢٥٧، السنة ٤١ق، عليا، جلسة ١٩٩٩/٥/٩، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٣١٦٥، السنة ٤١ق، عليا، جلسة ١٩٩٩/٢/٢٧، وحكمها الصادر في الطعن رقم ١٠٩١٩، السنة ٤٣ق، عليا، جلسة ١٩٩٩/١٢/٢١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في الطعن رقم ٢٠٧٤، السنة ٢٩ق، عليا، جلسة ١٩٨٦/٦/٢٩. وحكمها الصادر في الطعن رقم ٧١٨٥ لسنة ٦٣ق، عليا، جلسة ٢٠٠٩/٤/١٤.

ومثل هذا القرار المعيب بعيب مخالفة القانون بسبب مخالفته الأثر الناشئ عنه لحكم القانون لا يمكن أن يرد عليه التصحيح وإن كان يرد عليه التحول فهو قرار باطل أو منعدم، فإذا تبين للقاضي الإداري وهو يقضي ببطلانه أو انعدامه توافقه مع عناصر قرار آخر صحيح يحقق الغرض الذي كانت تنشده جهة الإدارة وتسعى إلى تحقيقه ولو بشكل جزئي، ثم ثبت له أن النية التصورية لجهة الإدارة ولمن صدر القرار بناء على طلبه - بالنسبة للقرارات التي يتوقف صدوره على طلب ذوي الشأن - كانت تتجه إلى القرار الصحيح إذا علمت ببطلان القرار الأصلي، فإنه لا يملك أن يقضي بالتحول.

الخلاصة:

مما سبق يتضح لنا الآتي:

- ١- إن تصحيح القرار الإداري جائز إذا تخلفت بعض عناصره ويتعذر ذلك بالنسبة لباقي العناصر على النحو المشار إليه سلفاً.
- ٢- أن تصحيح القرار الإداري يشبه تحول القرار الإداري في أن كلاهما مشوب بالبطلان وأن اختلفت درجاته كما أنهما متشابهان من حيث الجهة المختصة بإجراء أي منهما.
- ٣- إن تصحيح القرار الإداري الباطل لا يؤدي إلى ميلاد قرار إداري آخر على عكس التحول الذي يولد بشأن القرار الباطل قرار آخر صحيح.
- ٤- التصحيح يقوم على الإرادة الصريحة لجهة الإدارة أما التحول يقوم على الإرادة المفترضة لجهة الإدارة.

المبحث الثالث

أثار تحول القرار الإداري الباطل ومدى إعمال فكرة التحول

على العقد الإداري

بعد أن أتهينا من بيان أصل فكرة التحول في التصرفات القانونية ومدى إمكانية إعمالها في مجال القانون العام وذكرنا الاختلافات الفقهية بين المؤيدين والمعارضين للفكرة ، ثم شروط إعمال التحول في القرار الإداري الباطل مروراً بالجهات المختصة بذلك والميعاد المحدد له مع بيان طبيعته ،

ثم تطرقنا إلى أوجه الشبه والاختلاف بين تحول القرار الإداري الباطل وبين التصرفات التي تقترب من حيث الشكل من فكرة التحول ولختم الفكرة رأينا أن نشير إلى آثار تحول القرار الإداري الباطل ولكن تبين لنا أن العقد الإداري هو أيضاً من التصرفات القانونية التي تصدر عن الإدارة وإن كانت تصرفات تحتاج إلى إرادتين على عكس القرار الإداري إلا أن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى هو هل أعمال فكرة تحول التصرفات القانونية الباطلة إلى مشروعة والمأخوذة من القانون الخاص وبالذات من باب تحول العقد الخاص يمكن إعمالها فقط على القرار الإداري دون إمكانية تطبيقها على العقود الإدارية؟؟

لذلك رأينا أن نخصص ولو مطلب واحد نتناول فيها مدى إمكانية تطبيق فكرة التحول على العقود الإدارية والسبب في تخصيص الجزء البسيط من البحث في هذه الجزئية رغم أهمية العقد الإداري وما سطر بشأنه من مؤلفات عديدة يرجع إلى الطبيعة الخاصة التي يتميز بها هذا العقد عن عقود القانون الخاص على النحو الذي سيرد ذكره ، ومن ثم نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

آثار تحول القرار الإداري الباطل

الفرع الأول

إنهاء العمل بالقرار الإداري الباطل

أشرنا سلفاً إلى أن من شروط تحول القرار الإداري أن يتقرر بطلانه إما برغبة من الجهة الإدارية وحدها أو بناءً على تظلم يقدم إليها ، وإما أن يحكم القاضي الإداري ببطلان القرار المطعون فيه وتحوله إلى قرار إداري صحيح ، وهذا معناه أن التحول يهدم القرار الباطل منذ صدوره ويمحو آثاره^(١).

(١) د/ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

ومن ثم يتجه البعض^(١)، إلى أن تحول القرار الإداري هو تصرف يكشف عن عدم مشروعية القرار الأول منذ صدوره ، ومن ثم يجب أن تمتد آثار التحول إلى تاريخ صدور هذا القرار الباطل.

بينما يرى آخرون^(٢)، أن التحول لا يقتصر دوره على الكشف عن الأوضاع القائمة قبل إعماله بل أنه يتحول إلى عنصرين أساسيين أولهما تقرير عدم مشروعية القرار السابق، وثانيهما تكوين القرار الجديد، وإذا كان تقرير عدم المشروعية يعد من الأمور الكاشفة للوضع السابق على إعمال التحول فإن الأثر المترتب على التحول هو تكوين قرار إداري جديد يحدث تغيير في النظام القانوني ويؤدي إلى إزالة قرار إداري قائم ونافذ ، ومن ثم فإن هذا العمل إنشائي وبذلك لا يصح التسليم بأن التحول في القرار الإداري الباطل ذو أثر كاشف فقط.

التحول قرار كاشف ومنشئ:

ونحن نميل إلى الرأي الأخير للأتي:

أولاً: أن إعمال فكرة تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار صحيح هو عمل كاشف عن ما شاب القرار الإداري الأول من عيوب تهوى به إلى درجة البطلان وهذه العيوب مرافقة له ومولوده معه منذ صدوره وقد أشرنا سلفاً إلى كيفية تصحيح هذه العيوب دون المرور بفكرة تحول القرار الإداري.

ثانياً: كما أن التحول عمل منشئ من وجهة نظرنا لعدة أسباب هي:

- ١- أن القاضي بحث في مدى صحة القرار الإداري الأول وقرر بطلانه وهذا أمر كاشف ولكنه في ذات الوقت بحث فيما تبقى من هذا القرار من عناصر يمكن الاعتماد عليها في تكوين قرار إداري آخر بصرف النظر عن الجهة التي تقوم بذلك (الإدارة، القضاء الإداري).
- ٢- إن تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري جديد يؤكد على إنهاء العمل بالقرار الأول ولقد أشرنا سلفاً إلى أن درجات عيوب القرار قد تجعله قابل للبطلان أو بمعنى آخر باطل بطلان نسبي وهو ما يعرف (بالقرار الباطل) وبين أنعدم القرار (المعدوم أو المنعدم)

(١) د/ عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

(٢) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٤٠.

وأوضح فقهاء القانون الإداري أن القرار المنعدم لا يرتب أثر مهما طال زمن وجوده أما الباطل قد يرتب آثار ومراكز قانونية يصعب المساس بها مستقبلاً لذلك أشرنا إلى ميعاد التحول وربطنا بينه وبين ميعاد دعوى الإلغاء بحيث لا تكون المراكز القانونية الناشئة عن هذا القرار قد استقرت وعلى فرض أن البعض يرى إمكانية ترتيب آثار للقرار الباطل منذ صدوره يصعب المساس بها فعلى الأقل يعد تحول هذا القرار إلى قرار صحيح تأكيداً على وقف العمل بالقرار الأول.

٣- إن الجهة المختصة بإجراء تحول القرار الباطل تبحث عن النية المفترضة لجهة الإدارة وهي بمثابة الإجابة على السؤال الآتي وهو هل الإدارة لم يكن لديها مانع من إحلال القرار الجديد محل القرار الأول إذا تقرر بطلانه؟؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب تكون شروط تحول القرار الإداري قد اجتمعت ويجوز إعماله وهذا يعني أن البحث في هذه النية ذو طبيعة مختلطة كاشف عن وجودها من قبل ومظهراً لها في مراحل التحول وهذا عمل إنشائي.

الفرع الثاني

رجعية اثر التحول

تقوم فكرة التحول على أساس بطلان القرار الإداري الأصلي الذي صدر بأثر مباشر وبدأ ولايته من يوم نفاذه، وذلك على خلاف القرار الصحيح الذي تحول إليه القرار الباطل، فإنه يسري باثر رجعي، ويحمل تاريخ ميلاد القرار الأصلي، ويتحدد أثر فكرة التحول في نشوء قرار إداري جديد يختلف عن القرار الباطل، ويحدث اثره من تاريخ صدور القرار الأصلي لا من تاريخ رفع الدعوى ولا من تاريخ صدور الحكم، بل يحل محله في الزمن والتاريخ إذ أن أعمال التحول إنما يستند إلى وقت صدور القرار الباطل^(١). ويجب ليحل القرار الصحيح محل القرار الباطل ويحتل موقعه الزمني وإن اختلف معه أثراً ومضموناً ألا يحتاج إلى عمل جديد من جانب

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٣، د/ رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

الجهة الإدارية أو من جانب الأفراد بالنسبة لبعض القرارات، لأن القرار الصحيح يقوم على عناصر موجودة فعلاً في واقعة القرار الباطل بما في ذلك الإرادة الافتراضية التي يقوم على تكوينها القاضي الإداري وقت صدور القرار الأصلي^(٢).

لا شك في أن منطوق البطلان يقوم على ترتيب اثره بالنسبة للماضي فالقرار الباطل يجب أن يمحي من الوجود القانوني منذ تاريخ إصداره باعتباره كأن لم يكن أي أن البطلان والرجعية متلازمان والتحول لا يثار إلا بوجود قرار باطل^(٣).

لا شك في أن منطوق البطلان يقوم على ترتيب اثره بالنسبة للماضي فالقرار الباطل يجب أن يمحي من الوجود القانوني منذ تاريخ إصداره باعتباره كأن لم يكن أي أن البطلان والرجعية متلازمان والتحول لا يثار إلا بوجود قرار باطل^(٤).

ويؤكد القضاء الإداري المصري على الأثر الرجعي للتحويل حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنه (.....) لما كانت الإدارة قد سلمت بخطئها وقامت بتصحيح وضع المدعي فإن قرارها الجديد لا يعدو أن يكون تصحيحاً أو تحويلاً للقرار المعيب إلى قرار آخر صحيح، ومن المقرر أن تحول القرار ليس له صفة إنشائية، بل صفة مقررة فحسب تتسحب إلى الوقت الذي صدر فيه القرار الأول القابل للإبطال وهذا ما يعرف بالأثر الرجعي للتحويل، وأساسه أن التحول يتضمن إبطالاً ضمناً وغير مباشر والإبطال له أثر رجعي ينسحب إلى اللحظة التي نشأ فيها القرار فإذا تحول القرار المعيب إلى آخر صحيح، فإنه بذلك يكون قد حل قرار آخر محل القرار الذي أعلنت الإدارة بطلانه منذ اللحظة التي نشأ فيها القرار المعيب....^(١).

فالقرار الصادر بتعيين المدعي في وظيفة براد سويتش ببلدية القاهرة قرار منعدم، رغم ثبوت صلاحيته للعمل بهذه الوظيفة، حيث انعدم محل هذا

(٢) د/ أحمد يسري، المرجع السابق، ص ٢١٠.

(٣) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(٤) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسته ١٥/١٢/١٩٦٩، مجموعة أحكام السنة ٢٤، ص ١٤٤.

القرار لعدم وجود هذه الوظيفة في ميزانية بلدية القاهرة، إلا أنه رغم إنعدام القرار الأصلي الذي انصرفت فيه النية الحقيقية إلى تعيين المدعي في وظيفة براد سوينش فإنه يوافق عناصر قرار آخر صحيح يمكن أن يتحول إليه هذا القرار المنعدم دون إضافة أية عناصر من خارج القرار الباطل، وذلك بتعيين المدعي في وظيفة عامل تليفون منذ صدور قرار تعيينه في الوظيفة التي سبق اختياره لشغلها^(٢).

ويؤسس بعض الفقه إلى هذا الاثر الرجعي على أن التحول يتضمن إبطاً ضمناً وغير مباشر في جميع الأحوال، والإبطال له أثر رجعي ينسحب إلى اللحظة التي نشأ فيها القرار، فإذا تحول القرار المعيب إلى آخر صحيح فإنه بذلك يكون قد حل قرار آخر محل القرار الذي أعلنت الإدارة بطلانه منذ اللحظة التي نشأ فيها القرار المعيب ولا يمكن أن تمر فترة زمنية بين إنتاج آثار القرار الأول وقرار التحويل لأن القرار الصحيح مبني على القرار المعيب والتحويل يبطل هذا الأخير ضمناً فإذا لم تلحق آثار القرار الصحيح المتحول باللحظة التي انسحب إليها الإبطال لانهارت جميع آثار القرار المعيب ولم ينقذها القرار الجديد^(٣).

ويرى البعض^(٤)، أن الأثر الرجعي للتحول في مجال القرارات الإدارية يستند في وجوده على حماية المشروعية من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى الأمر الذي يتطلب الرجوع بالتحول إلى الماضي حيث تاريخ صدور القرار الإداري الباطل.

ونحن من جانبنا نؤيد فكرة الأثر الرجعي لإعمال التحول بشأن القرار الإداري الباطل شريطة مراعاة المراكز القانونية والحقوق المكتسبة من وراء هذه القرارات المعيبة ولا شك أن حماية الغير من قرار إداري معيب قد يتولد عنه بعض المنافع للآخرين يؤكد على ضرورة تغيير إجراء التحول في القرارات الإدارية الباطلة بموعد زمني على النحو الي أشرنا إليه سلفاً

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٩٥٩/٣/٢١، الصادر في الطعن رقم ٩٢١، السنة ٣٣.عليا.

(٣) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤٣٣، د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(٤) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٤١.

والواضح أن القضاء الإداري في اتجاهاته الحديثة قيد ايضاً فكرة سحب القرار الإداري بموعد زمني محدد حفاظاً على آثار هذا القرار بالنسبة للغير حسن النية مثل إلغاء قرارات الترقية فيما تضمنته من تخطي الطاعن، كذلك قرارات التعيين على سبيل المثال وليس الحصر.

ويترتب على أعمال الأثر الرجعي للتحويل أن الإدارة تملك إصدار قرارات جديد تعالج من خلالها الأوضاع القانونية والمادية التي ترتبت على القرار الباطل وذلك حماية للحقوق والمراكز الناتجة عن مثل هذا القرار ويعد ذلك استثناءً من مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية^(١).

ويشير الفقه^(٢) إلى أن الاستثناء من مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية جائز إما بنص القانون^(٣) أو تنفيذاً لحكم القضاء خاصة الأحكام الصادرة بالإلغاء بالإضافة إلى أن هناك طائفة من القرارات الإدارية تتضمن آثاراً رجعية نظراً لأنها محاطة بظروف خاصة تحيط بها مثل القرارات المؤكدة والمفسرة والرجعية في حالة سحب القرارات الإدارية أو في حالة تصحيح القرارات الإدارية المعيبة، وحيث أن التحويل يتضمن إلغاء ضمني للقرار الإداري فإنه بذلك يقترب من الإلغاء القضائي والسحب الإداري ويمكن أن يترتب عليه نفس آثارهما ومنها أعمال رجعية القرار الإداري.

الفرع الثالث

ميلاد قرار إداري جديد صحيح

يترتب على أعمال فكرة التحويل للقرار الإداري الباطل نشؤ قرار إداري جديد توافرت عناصره بالكامل في القرار الباطل واتجهت نية الإدارة إلى إصداره، ويحدث هذا القرار أثره بأثر رجعي على النحو السالف ذكره^(٤).

(١) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٣٨. حكم الإدارية الصادر في الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٢٢ق، عليا، جلسة ١٩٨٤/٦/٢٣.

(٢) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٣٩، د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٣) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٣٠١٧ لسنة ٤٠ق، عليا، جلسة ١٩٩٨/١/٣، وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ١٦٦ لسنة ١٩٨٥ق، عليا، جلسة ١٩٨٦/٣/١٣.

(٤) د/ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

ويرى البعض^(٥)، ضرورة الربط بين امتداد آثار القرار الصحيح مع بقاء جميع آثار القرار المعيب بمعنى أن آثار القرار الصحيح تبدو في الظهور منذ لحظة إبطال القرار الأصلي وليس من تاريخ صدور القرار الأصلي وإلا إنهارت جميع آثار القرار المعيب.

ويتجه البعض^(٦)، إلى أن آثار القرار الجديد الصحيح تختلف عن آثار القرار الأصلي المعيب وذلك لأن آثار القرار المعيب تزول بأثر رجعي بمجرد أعمال التحول تبعاً لزوال هذا القرار، حيث لا يعقل أن يزول القرار وتبقي آثاره نافذة ومنتجة فضلاً عن أن التحول من شأنه أن يؤدي إلى وجود قرار إداري جديد صحيح له آثاره الخاصة.

ونحن لا نشاطر الرأي الأخير على إطلاقه بمعنى أن زوال القرار الأصلي ومحو آثاره بأثر رجعي وإعمال القرار الجديد منذ لحظة صدور القرار الأصلي وليس منذ تاريخ القضاء ببطلانه فإن ذلك تصويب للأعمال غير المشروعة نؤيده لكن مع مراعاة الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة من وراء القرار الإداري الباطل وإلا لم يكن الهدف من التحول تطبيق مبدأ المشروعية بإعمال صحيح القانون بالمفهوم العام وبالتالي يغدو التحول بمثابة وسيلة للاعتداء على آثار القرار خاصة من جانب الإدارة.

وحول حجية القرار الإداري الجديد ربط البعض^(١)، بين حجية هذا القرار وأحكام الإلغاء بقولهم أن أثر التحول لا يقتصر على مصدر القرار والمخاطبين به ولكنه يسري في مواجهة كافة إذ أن التحول يتضمن الغاء للقرار الإداري الأصلي والذي شابهه عيب من عيوب عدم المشروعية والتي أشرنا إلى بعضاً منها سلفاً وفي هذه الحالة يقتصر دور القاضي الإداري في دعوى الإلغاء على التأكد من عدم مشروعية القرار لكي يقضي بالغاؤه أو يثبت من مشروعيته لكي يقضي برفض دعوى الإلغاء وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا بقولها (.... أن موضوع دعوى الإلغاء هو اختصام قرار إداري معين وأن القاضي الإداري يجب عليه وزن هذا القرار في ذاته

(٥) د/ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٦) د/ محمد عبد الله حمود، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(١) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٣٤٣ وما بعدها.

بميزان القانون وله إما أن يلغيه أو يحصنه من الإلغاء فإذا تقرر الغاؤه كان حكم الإلغاء حجة على الكافة^(٢).

وهو ما استقرت عليه أحكام محكمة القضاء الإداري منذ زمن طويل حيث أوضحت أن الهدف من حجية حكم الإلغاء والتزام الكافة به إنما مرجعة إلى تحقيق الصالح العام ومن ثم يصبح لكل شخص الحق في التمسك بحكم الإلغاء^(٣).

ومن جانبنا لا نشاطر الرأي الأخير فيما ذهب إليه وذلك للأسباب الآتية:

١- أن تحول القرار الإداري الباطل قد يتم عن طريق الإدارة ومن ثم يكون إلغاء القرار الإداري الأصلي قد حدث ضمناً بتصرف الإدارة ولم يتقرر بحكم قضائي ومن ثم لا يجوز إسباغ حجية الأحكام على ما عداها من أعمال أخرى.

٢- يجب التفرقة بين القرارات الإدارية الفردية والقرارات التنظيمية فالذي يعد حجة على الكافة هي القرارات الأخيرة وليست الأولى لأنها تخص المخاطبين بها فقط.

٣- على فرض الأخذ بحجية القرار الجديد فإن هذه الحجة لا يصح أن تقيد حق المخاطبين بهذا القرار أو المتضررين منه من الطعن فيه بالإلغاء.

٤- إن تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار إداري آخر لا يجزم بأن القرار الإداري الجديد هو صحيح خالي من عيوب عدم المشروعية وذلك لأن قرينة الصحة هي قرينة ملازمة للقرار الأصلي والقرار الجديد حتى يتقرر عكسها.

ونخلص مما سبق إلى أن القرار الإداري الجديد يمكن أن يتمتع بالحجية المطلقة كما ذهب إليه السالف ذكره وذلك عند إجراء التحول بمعرفة القاضي الإداري لأنه يشير صراحة أو ضمناً في حيثيات حكمه بالتحول إلى بطلان القرار الأصلي ومن ثم الغاؤه وإحلال القرار الجديد محله.

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٤٧ ق. علماً، جلسة

٢٠٠٠/١١/٦.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسته ١٩٥٦/٣/١٣، مجموعة

أحكام السنة العاشرة، ص ٢٤٨.

المطلب الثاني

مدى إمكانية تطبيق فكرة التحول على العقد الإداري

الفرع الأول

ماهية العقد وشروطه

إن العقود الإدارية هي إحدى وسائل الإدارة في تحقيق أهدافها والاكتر شيوعاً لذلك يجب معرفة ما يميز تلك العقود عما تبرمه الإدارة من نوعية أخرى من العقود، إذ أنه لا تعد كافة العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها عقوداً إدارية وإنما يخضع بعضها لقواعد القانون المدني وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا من أنه (..... إن الذي ينبغي المبادرة إلى التنبية إليه هو أنه ليس كل عقود تبرمه جهة الإدارة بعقد إداري حتماً، فكثيراً ما تلجأ هذه الجهة إلى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص من جهة أخرى في ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضي القانون الخاص ولا تعني بأمرها مبادئ القانون الإداري، وليس بكاف أبداً مجرداً يكون أحد طرفي التصرف شخصاً إدارياً عاماً يقول بأن هذا التصرف أو العقد إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام وتختص حتماً بالفصل في منازعاته هذه المحكمة فالشخص الإداري العام قد يبرم عقداً مدنياً كما قد يبرم عقداً إدارياً سواء بسواء.....)^(١).

كما أن الإدارة لا تتمتع بحرية مطلقة في إبرام العقود الإدارية وإنما يرد على سلطاتها في التعاقد عدة قيود يجب مراعاتها ، ولدراسة العقد الإداري نتناول الآتي:

ماهية العقد الإداري:

(١) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٦٢ق، عليا، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ وحكم النقض المدني الصادر في الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٦٠ق، جلسة ١٩٩٤/٥/٢٩. وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/١/٢٦، وحكم الاتحادية العليا الاماراتية الصادر في الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٢٢ق، جلسة ٢٠٠٦/١١/٧، وحكم التمييز البحرينية الصادر في الطعنة رقم ٣٥٥ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٠٠٦/٢/٢٧

عرفت المحكمة الإدارية العليا العقد الإداري بطريقة غير مباشرة وذلك بقولها (..... أن مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه وإن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بهدف خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها لمصلحة الأفراد الخاصة وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط وكان مقرره بمقتضى القوانين واللوائح)^(٢).

من هذا التعريف يتضح أن العقد الإداري شأنه شأن أي عقد آخر يقوم على أركان ثلاث هي الرضا والمحل والسبب ولكنه يتميز عن باقي العقود بالخصائص التي تتعلق به والمتمثلة في شروطه.

شروط العقد الإداري:

أولاً: أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام:

لكي يتصف العقد الذي تبرمه الإدارة بأنه عقد إداري يتعين أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام، ومن ثم لا تعد من العقود الإدارية الاتفاقات المبرمة بين الأفراد العاديين أو بين أشخاص القانون الخاص والتي لا تكون الإدارة طرفاً فيها ولو كان موضوع العقد يرتبط بأداء خدمة عامة^(١).

وهو ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا بقولها (..... إن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية وذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة)^(٢).

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٦٨/٢/٢٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٨٦٥ - ١٩٨٠، ص ٥٥٧ وما بعدها. وحكم الدستورية العليا الصادر في الطعن رقم ٧ لسنة ٢٢ق، دستورية جلسة ٢٠٠١/٥/٥.

(١) د/ إبراميم محمد علي، أثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٣.

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٦٤/٣/٧، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في عشر سنوات، ص ١٠٤٢. وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٢٠١٠/٦/٢٢.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها على أنه يشترط لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة أحد طرفيه حيث قضت بأن (..... حقيقة التعاقد في واقعة الحال أنه تم بين الوقف كشخص اعتباري من أشخاص القانون الخاص وبين الطاعن وبالتالي يتخلف في شأنه حتى يعتبر عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفي التعاقد من أشخاص القانون العام، وينحسر الاختصاص في شأنه عن القضاء الإداري وينعقد لجهة القضاء المدني)^(٣).

ويرجع الفقه^(٤)، شرط وجود جهة إدارية طرفاً في العقد لكي يعتبر عقد إداري أساسه طبيعة القواعد الإدارية لأن قواعد القانون العام إنما خلقت لتحكم نشاط السلطات الإدارية لا نشاط الأفراد، ومن ثم فإن العقد المبرم بين الأفراد لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً حتى ولو كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة ذات نفع عام أو أنه يستهدف غرض من أغراض النفع العام ومن ثم فإن العقد المبرم بين ملتزمي المرافق العامة وبين المنتفعين يعد عقداً مدنياً، كما أن العقود التي يبرمها ملتزموا المرافق العامة أو مقاولو الأشغال العامة مع الأفراد الذين يعاونونهم في تنفيذ التزاماتهم تعد أيضاً عقوداً مدنية، وبالتالي لا يكفي لاعتبار الإدارة طرفاً في العقد أن تتدخل لدى بعض المقاولين ودعوتها لهم لتقديم عطاءاتهم لإقامة مباني لأفراد تهدمت مساكنهم، فإن ذلك لا يجعل من العقود التي أبرمها هؤلاء الأفراد مع المقاولين عقوداً إدارية لأن الإدارة لم تكن طرفاً في التعاقد وإنما تدخلت للحصول على أفضل الشروط لمصلحة الأفراد.

وتعد أهم الأشخاص المعنوية العامة الدولة والتي يوجد إلى جانبها أشخاص القانون العام الإقليمية أو المحلية كالمحافظة أو المدينة أو القرية، وكذلك أشخاص القانون العام المصلحية أو المرفقية وذلك كالهيئات العامة أو المؤسسات العامة ومن ثم فإن العقود التي يبرمها أي شخص من هؤلاء الأشخاص يعد عقداً إدارياً.

ولم تقتصر أشخاص القانون العام على ما قد سلف حيث اعترف القضاء الإداري بوجود أشخاص معنوية عامة أخرى تمثلت في النقابات

(٣) حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٨٧/٢/٢١، مجموعة احكام الإدارية العليا السنة ٣٢ق، عليا، الجزء الأول، المبدأ رقم ١٢٧، ص ٨٥٣.

(٤) د/ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، ط ١٩٩١، ص ٥٩ وما بعدها.

المهنية المختلفة كنقابة المحامين والأطباء والمهندسين، وبطر كخانة الأقباط الأرثوذكس والمجلس الملي العام والمجلس الصوفي الأعلى، ونتيجة لذلك تعتبر العقود التي تبرمها تلك الأشخاص عقود إدارية.

ثانيا: أن يتعلق العقد بإدارة أو تنظيم مرفق عام:

لا يكفي وجود الإدارة كطرف في العقد للقول لكي يكون عقد إداري وإنما لابد وأن يكون موضوع العقد يرتبط بالمرفق العام وهو ما أكدته أحكام محاكم مجلس الدولة حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه (....) تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد الإداري تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة.....^(١).

ولقد أكدت ذات المحكمة على ذلك في حكم آخر لها بقولها (.....) وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الإدارية، بل إن المعيار المميز لهذه العقود عما عداها من عقود القانون الخاص ليس في صفة المتعاقد بل في موضوع العقد متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله^(٢).

وهو ما رددته المحكمة الإدارية العليا بقولها (....) إن مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد اطرافه وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الافراد الخاصة^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوى رقم ٨٧٠ لسنة ٥٥ق، جلسة ١٩٥٦/١٢/٩، مجموعة أحكام السنة الحادية عشر، ص ٨٦، د/ إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوى رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ق، جلسة ١٩٥٧/٢/٢٤، وحكمها الصادر في ١٨/٣/١٩٧٣، مجموعة أحكام السنة ٢٧، القاعدة رقم ٩٢، ص ١٨٩. حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٦٧٦٠ لسنة ٤٢ق، عليا، جلسة ٢٠٠٠/٢/١٥.

(٣) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ق، عليا، بجلسة ١٩٦٨/٢/٢٤، مجموعة الأحكام من عام ١٩٥٥ - ١٩٩٥، المبدأ رقم ٢، ص ٩١ وما بعدها، د/ جمال عثمان جبريل، د/ إبراهيم محمد علي، العقود الادارية وأثار العقد الإداري، طبعة ٢٠٠١ - ٢٠٠٢.

ثالثاً: تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة^(٤):

انتهينا فيما سبق إلى عدم كفاية اتصال العقد بالمرفق العام حتى يكتسب الصفة الإدارية وذلك لاحتمال أن تكون الإدارة قد تخيرت أسلوب القانون الخاص لحكم علاقتها القانونية، لذا فقد استلزم القضاء والفقهاء الإداريين ضرورة أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام أي أن تضمن عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، حتى يمكن أن يتصف العقد بالصفة الإدارية^(٥).

ولقد ذهبت أحكام القضاء الإداري المختلفة إلى وجوب أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص حتى يمكن وصفه بأنه عقد إداري نذكر منها حكم محكمة القضاء الإداري والمتضمن (.... غير أن مجرد صلة العقد بالمرفق العام - وإن كان شرطاً لازماً - فإنها ليست العقود الإدارية بمعناها القانوني الصحيح التي تبرمها جهة الإدارة وبين تلك العقود المدنية التي تبرمها أيضاً جهة الإدارة ذاتها تحقيقاً لمصلحة معينة.. العبرة إذا بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى شروط العقود الخاصة بين الأفراد...)^(١).

كما جاء بحكم آخر لذات المحكمة أنه (... متى اتصل العقد بالمرفق العام على أية صورة من الصور سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد، مشترك في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المألوفة في العقد...)^(٢).

(٤) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٩٨٧ لسنة ٦ق، عليا، جلسة ١٩٦٠/٣/١٧، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٣١ لسنة ٣١ق، عليا، جلسة ١٩٨٦/١/٢٥، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٤٨ق، عليا، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٤.

(٥) د/ عبد الرؤوف هاشم، تطور معيار العقد الإداري، ط ١٩٩٨، ص ٣٥.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بجلسته ١٩٥٦/١٢/٩ أشار إليه د/ عبد الله حنفي، العقود الإدارية، ط ١٩٩٩، ص ٤٨.

(٢) حكم القضاء الإداري الصادر بجلسته ١٩٥٦/١٢/١٦، مجموعة أحكام السنة ١١، ص ٨٧، أشار إليه د/ جورج شفيق، معيار تمييز العقد الإداري، ص ٤٨. وحكم التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم ٥٠٦ لسنة ٢٠٠١، ق، عليا، جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٧.

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها أن (.... مناط العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررّة بمقتضى القوانين واللوائح.....)(٣).

نخلص من هذه الأحكام إلى أنه يتعين لوصف العقد بأنه إداري أن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وفي الواقع أن هذه الأحكام لم تضع تعريفاً محدداً لتلك الشروط مما ترك المجال للاختلاف الفقهي حيث تعددت تعريفات الفقه للشروط الاستثنائية(٤)، حيث ذهب البعض إلى القول بأن تلك الشروط هي التي تتضمن عدم المساواة بين طرفي العقد وذلك بمنح الشخص العام مركزاً أعلى من المتعاقد معه في حين عرفها آخرون بأنها تلك الشروط التي تحمل السمة الإدارية وتعطي الإدارة حق الرقابة غير المألوفة في حين عرفها فريق ثالثاً بانها الشروط التي لا توجد عادة في القانون الخاص سواء لمخالفتها للنظام العام أو لأن السلطة الإدارية هي التي تستخدمها من أجل تحقيق المصلحة العامة، كما ذهب البعض إلى تعريف الشروط الاستثنائية بأنها الشروط التي تمنح أحد المتعاقدين مزايا وحقوق أكثر من الآخر أو تحمل أحد طرفي العقد بالتزامات أشد وأمام عدم اجتماع الفقه على تعريف مانع جامع للشروط الاستثنائية فإن الأمر يترك في ذلك للقضاء الذي يتولى بحث كل حالة على حدة.

نخلص مما سبق إلى أن العقد الإداري يقترب من العقد الخاص في الآتي:

١- العقد الإداري هو أقرب إلى عقود الإذعان المعرفة في القانون المدني وهي نوعية من العقود الخاصة التي يتدخل القاضي بشأنها لحفظ

(٣) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ق، عليا، بجلسة ١٩٦٨/٢/٢٤، سابق الإشارة إليه.

(٤) د/ محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٥، وما بعدها حيث أشار سيادته إلى كافة الآراء الفقهية السابقة.

التوازن بين المتعاقدين وهو أمر متبع في مجال أعمال نظريات فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

٢- إن أول إجراءات إبرام العقد هو إعلان الرضا عن طريق الإيجاب والقبول وأن اختلفت طرق التعبير عنها في العقد الخاص عن العقد الإداري.

٣- إن أي عقد يرتب من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين أطرافه. ورغم ذلك نجد اختلافات جوهرية بين العقد في القانون الخاص والعقد الإداري يمكن الإشارة إليها في الآتي:

- ١- إن أعمال مبدأ سلطان الإرادة له دوره المميز في مجال عقود القانون الخاص ويكاد يندثر في مجال العقد الإداري وخاصة كيفية التعاقد.
- ٢- إن العقد الإداري يحتوي على شروط استثنائية لا مثل لها في عقود القانون الخاص.
- ٣- إن موضوع العقد الإداري مرتبط بسير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة على عكس العقد الخاص هدفه تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف العقد.

مدى إمكانية تحول العقد الإداري:

نظراً للاختلاف بين العقد الإداري والعقد الخاص أثير التساؤل حول مدى إمكانية أعمال فكرة التحول للعقد الإداري الباطل إلى عقد إداري آخر أو إلى عقد من عقود القانون الخاص؟؟

يذهب البعض^(١) إلى أن العقد الإداري الباطل الذي يبرمه شخص معنوي عام بهدف تسيير مرفق عام وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام لا تنطبق عليه فكرة التحول إلى عقد إداري آخر صحيح نظراً لتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقد القانون الخاص ومن واجب الإدارة تعديل هذا العقد الباطل عن طريق ما ورد به من التزامات ذلك عن طريق إعادة التوازن المالي للعقد.

تطبيق قواعد تحول العقد الخاص على العقد الإداري بشكل مغاير:

(١) د/ رأفت دسوقي، محمود ، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

ونحن نرى أن فكرة تحول التصرفات القانونية الباطلة إلى تصرفات قانونية صحيحة لا يوجد ما يمنع من تطبيق أحكام الفكرة على النحو الوارد بالقانون المدني على جميع تصرفات الإدارة سواء كانت فردية مثل القرار الإداري على النحو المشار إليه سلفاً أو كانت تصرفات تحتاج في وجودها إلى إرادة أخرى إلى جانب إرادة الإدارة مثل العقد الإداري، إلا أن ذلك يتطلب إعادة النظر في شروط التحول بالنسبة للعقد الإداري من جهة وشكل التحول المتوقع من جهة أخرى وذلك على النحو التالي:

١- إعمال قواعد البطلان على العقد الإداري:

من المتعارف عليه أن العقد الخاص يتطلب في وجوده أركان ثلاث هي (الرضا والمحل والسبب) مع اقتران ركن الرضا بأهلية المتعاقد إذ لا صحة لوجود الرضا بدون أهلية - من وجهة نظرنا - وهذه الأركان يجب توافرها في العقد الإداري ، ومن ثم إن إصابة العقد الإداري بأي عيب من هذه العيوب أمر يصعب تحقيقه وذلك في ضوء ارتباط هذا العقد بسير مرفق عام، لذلك فإن طريقة إبرامه تحكمها قواعد محددة نص عليها في الغالب قانون المناقصات والمزايدات وإن مراحل إعداد هذه العقد طويلة - لا مجال للتعرض لها تفصيلاً في هذا المقام- منها الدخول في عملية التعاقد سواء كانت مناقصة أو ممارسة أو اتفاق مباشر أو حتى مزايدة وذلك منذ شراء كراسة الشروط ودفع مبلغ التأمين الابتدائي ثم تقديم المظاريف الفنية والمالية ثم فحص المظاريف وانتهاء بإرساء العملية وإبرام العقد الإداري في شكله النهائي بعد سداد التأمين النهائي ولا شك أن هذه كلها مراحل تخضع للدراسة الدقيقة والمتأنية من أطراف التعاقد سواء الجهة الإدارية المتعاقد معها أو من جانب المتعاقد الآخر وإن ما يكتشف بعد إبرام العقد من عيوب الغش والتدليس الذي يرتكبها المتعاقد مع الإدارة يعطى الإدارة الحق في فسخ العقد وليس تحويله.

٢- أركان العقد الإداري لا يحل بعضها محل بعض:

أشرنا فيما سبق إلى أن التحول يعني وجود تصرف باطل تتوافر فيه عناصر تصرف آخر صحيح وبإنزال ذلك على العقد الإداري نجد أن أحد أطرافه هي جهة إدارية تتمتع بالسلطة والسيادة والعديد من الامتيازات التي لا يملكها أحد أطراف العقد الخاص كما أن المعيار الثاني والمميز للعقد الإداري

بخلاف أطرافه هو تضمنه شروط استثنائية لا مثيل لها في مجال عقود القانون الخاص بالإضافة إلى ارتباطه بتسيير المرفق العام ، ومن ثم فإن فقدان أي ركن من هذه الأركان لا يعني تحول العقد وإنما يعني خروج العقد بكامل أركانه وتحوله إلى عقد آخر يعمل به في مجال القانون الخاص إن أمكن ، ومن ثم تنفصم الصلة بين العقد الجديد والعقد الأول وهذا عكس ما أشرنا إليه عند الحديث عن التحول في القرار الإداري الباطل وأثار ذلك .

ورغم ما سبق فإنه لا يوجد لدينا مانع من إعمال فكرة التحول في مجال العقود الإدارية ولكن ليس بالمفهوم الواسع للتحول وإنما يمكن أن يكون التحول في مسمى العقد وما ينطبق عليه من قواعد قانونية مثل استبدال نظام عقد تقديم خدمات بنظام عقد توريد ولكلا منهم أحكامه القانونية الخاصة به ولكن مع بقاء كامل أركانه من وجود الإدارة طرفاً في العقد ووجود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص بالإضافة إلى ارتباط العقد بتسيير مرفق عام .

نخلص مما سبق إلى أنه من المتصور تحول العقد الإداري إلى عقد خاص على النحو الذي سيرد ذكره لكن من الصعب تحول العقد الإداري إلى عقد إداري آخر لبطلان العقد الأصلي وإنما يجوز التحول في نطاق محدود هو نطاق المسمى أو تخصيص الأهداف وتغيير النظام القانوني المطبق على العقد الجديد واختلافه عن النظام القانوني المطبق على العقد الأول .

الفرع الثاني

تحول العقد الخاص إلى عقد إداري أو إلى قرار إداري

قد تلجأ الإدارة إلى وسائل القانون الخاص إذا قدرت أنها ملائمة لتسيير المرافق العامة^(١)، وفي هذه الحالة فإنها تبرم عقد من عقود القانون الخاص ولا شك أن فكرة تحول التصرف الباطل إلى تصرف قانوني صحيح أساس وجودها العقود الخاصة وما سطره المشرع المدني من نصوص على النحو السالف ذكره، الأمر الذي يمكن معه تحول العقد الخاص الباطل إلى عقد آخر سواء كان عقد من عقود القانون الخاص وهذا لا خلاف عليه أو إلى عقد

(١) د/ عمر حلمي ، معيار تمييز العقد الإداري، طبعة ١٩٩٣، ص ٦٣ .

إداري وهذا ما خلّت القواعد من تأكيده صراحة وقد يتحول العقد الخاص إلى قرار إداري ، وذلك على النحو التالي:
أولاً: تحول العقد الخاص إلى عقد إداري:

يرى البعض^(٢) أنه ليس هناك من أركان أو اشتراطات التحول ما يمنع من تطبيقه على عقد خاص تقرر بطلانه وتحوله إلى عقد إداري توافرت أركانه طالما اتجهت نية اطرافه إلى العقد الجديد ويشير أصحاب هذا الرأي إلى فتوى صدرت عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري مضمونها^(٣) أن التصرف وإن اسماه المالك وفقاً خيراً - ألا أنه لم تجتمع لهذا التصرف أركان نشوء الوقف الخيري - طبقاً لاحكام القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ - ذلك أن احتفاظ المالك المذكور لنفسه بربع الأطنان الموقوفة مدى الحياة، يسبغ على هذا الوقف طابع الوقف الأهلي الذي حرمه القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥١ ، كما وأنه يشترط - من ناحية أخرى - لصحة الوقف أن يكون بإشهار رسمي ، الأمر غير المتوافر في هذه الحالة.

ولكن أمام اقرار المالك بتنازله عن ربع الأطنان المشار إليها، والذي كان قد سبق أن احتفظ بها لنفسه مدى الحياة - كما أقر بأن تلك الأطنان هي تبرع خالص غير مشروط لصالح مستشفى الجمهورية، وبأنه مستعد لتسليمها فوراً، وقد أشّر السيد المحافظ على هذا الكتاب لتحويله إلى السكرتير العام للتنفيذ، وعلى ذلك فإن نية المالك قد اصبحت صريحة واضحة في جعل التصرف في الأطنان - سالف الذكر - تبرعاً غير مشروط، وبقبول هذا التبرع من السكرتير العام للتنفيذ تكون قد توافرت أركان عقد تقديم المعاونة وهو عقد إداري يتعهد بمقتضاه شخص برضائه واختياره بالمساهمة عيناً أو نقداً في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة، وينعقد بإيجاب مقدم المعاونة وقبول الإدارة ، دون اشتراط الرسمية التي يتطلبها انعقاد عقد الهبة المدنية.

وقد أحسنت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع صنفاً فهي لم تتفهم الفكرة فقط بل استطاعت ان توصلها فالمالك أخطأ السبيل، ولم يستطع أن يختار الأداة القانونية التي تحمل إرادته الحقيقية إلى الوجود الخارجي،

(٢) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم ٦٦٢ بتاريخ ١٩٦٢/٦/٢٥.

فوق عقده باطلاً فهو وإن كان أفرغ إرادته في صورة تصرف قانوني أسماه وفقاً خيراً دونما علم منه ببطلان هذا التصرف لرغبته في الاحتفاظ لنفسه بريع الأطيان الموقوفة مدة حياته، مما يخالف أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ويسبغ على تصرفه هذا طابع الوقف الأهلي غير مدرك أن القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥١ قد حرم الوقف الأهلي، هذا بالإضافة إلى انهيار ركن آخر من أركان الوقف، وهو اشتراطه أن يكون بإشهار رسمي، وهو ما لم يكن متوافراً في هذه الحالة، إلى هنا نستطيع القول بأن حقيقة التصرف الذي اراده المالك هو عقد هبة مدنية، وهو عقد شكلي اشترط القانون لصحته (الرسمية) وهذا أيضاً لم يكن قد توافر، ومعني ذلك أن عقد الهبة المدنية باطل لعدم توافر شرط الرسمية التي استوجبها القانون^(١).

نعود بعد ذلك إلى الركن الثاني من اركان التحول وهو شرط التوافق وهو يعنى اقامة التصرف الصحيح من واقعة التصرف الباطل دون الاستعانة بأي عنصر خارجي عنه، فالتصرف الأصلي الباطل، وقد انتهينا إلى أنه عقد هبة مدنية يمكن - رغم بطلانه- أن يتكون منه عقد آخر صحيح وإن اختلف عنه في المضمون والأثر والنطاق القانوني وهو عقد تقديم المعاونة الذي يتعهد بمقتضاه شخص برضائه واختياره بالمساهمة عيناً أو نقداً في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة^(٢).

يبقى بعد ذلك ركن النية الافتراضية وهذا قد أوضحته الجمعية وأكدته في فتاوها بصورة لا تحتاج إيضاح، فالمالك - بعد أن كان قد احتفظ لنفسه بريع الأطيان الموقوفة مدى الحياة - عاد وافر بتنازله عنها، وبأنه مستعد لتسليمها فوراً لصالح مستشفى الجمهورية، وهذا أبلغ دليل على نيته في جعل تصرفه تبرعاً غير مشروط، ومع ذلك أنه لم يكن يعلم بطلان تصرفه الاصيلي وقت إبرامه، إلا أنه وعند العلم بهذا البطلان أبان نيته في التبرع غير المشروط.

ويضاف إلى ذلك قرار المحافظ بقبول هذا التبرع بتحويله إلى السكرتير العام للتنفيذ وهذا ركن من اركان عقد تقديم المعاونة^(٣).

(١) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

(٢) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٣) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

ثانياً: تحول العقد الخاص إلى قرار إداري:

قضت المحكمة الإدارية العليا باختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعة المتعلقة بالقرار الصادر بفصل أحد مرشدي هيئة قناة السويس كان يعمل لديها بمقتضى عقد استخدام، ولما طعن على قرار فصله أمام محكمة القضاء الإداري، دفعت الهيئة بعدم اختصاص المحكمة حيث أن علاقة المدعي بالهيئة هي علاقة تعاقدية يختص بنظرها القضاء العادي، إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع ورأت أن عقد استخدام المدعي في وظيفة مرشد بقناة السويس لا يحول دون اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الطعن المقدم منه في قرار فصله حيث أن العقد قد وقع باطلاً لأن وظيفة مرشد بين الوظائف الموصوفة في ميزانية الهيئة على أنها وظيفة دائمة كما أن أهمية هذه الوظيفة تستوجب إدراجها بجدول وظائف الهيئة، وبالتالي اعتبار المدعي في مركز لائحي وليس في مركز تعاقدية.

وقررت المحكمة أن هذه الوظيفة هي في القمة من الوظائف الفنية بالهيئة، وفي الذروة منها دقة وخطورة... ولا يقدر في هذه أو يجرداها من أهميتها المستمدة من طبيعة خصائصها والتي هي مناط تعيين الاختصاص خلو الجداول الوارد بالكادر الخاص بموظفي هيئة القناة من النص عليها بين مختلف الوظائف الفنية والإدارية والكتابية التي تضمنها ومنها ما يشغلها موظفون معتبرون من الفئة العالية وهي دون - المرشدين.. على أن المرتب الرمزي المجرد للمدعي في حد ذاته داخل في نطاق المرتبات المقررة لوظائف الفئة العالية بحسب نظام موظفي الدولة، ومتى كان هذا هو وضع المدعي فلا يغير من الأمر فيما يتعلق بتعيين الهيئة المختصة بنظر دعواه الحالية كون علاقته بهيئة قناة السويس كانت تقوم على رابطة أساسها عقد استخدامه الذي ظل معاملاً بأحكامه، لأنه على فرض صحة هذا التكليف في الجدول المخصص فإن أحكام العقد المقول به ذاتها - وهو ليس عقد عمل رضائي بالمعنى المفهوم في فقه القانون الخاص - تكون هي القاعدة التنظيمية التي تحكم حالته والتي تضعه في مركز لائحي يخضع لأحكام القانون العام^(١).

(١) حكم الإدارية العليا الصادر بجلسة ١١/٢٢/١٩٥٨، أشار إليه د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٩٠. حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٣٠ لسنة ١٧ق، علياً،

ويرى البعض أن عقد استخدام المدعي رغم السلطات التي يتمتع بها بحكم وظيفته هو عقد باطل، ومع ذلك فإن عناصر هذا العقد الباطل تصلح لإقامة قرار إداري يغير علاقة المدعي بالهيئة إلى علاقة تنظيمية وأن الإرادة الافتراضية لطرفي هذا العقد، كانت تتصرف إلى استبقاء قرار تعيينه في وظيفة مدرجة بجدول الهيكل الخاص بموظفي الهيئة ورغم عدم افصاح المحكمة عن ذلك صراحة إلا أنها أقرت اختصاص محكمة القضاء الإداري بالمنازعة الخاصة بقرار فصل المدعي^(٢).

وترى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع جواز التحول في هذه الصورة حيث رأت أن معيار التفارقة بين الوظيفة الدائمة، والوظيفة المؤقتة هو الوصف الوارد في الميزانية وذلك وفقاً لما تقضي به المادة (٤) من القانون رقم (٢١٠) لسنة ١٩٥١ بشأن نظام موظفي الدولة التي تنص على أن الوظائف الداخلة في الهيئة إما دائمة أو مؤقتة حسب وصفها الوارد في الميزانية.

وبالرجوع إلى ميزانية الهيئة العامة للبتترول عن السنة المالية (١٩٥٧/٥٦) التي صدر القرار رقم (٣٦) لسنة ١٩٥٦ بوضع أحد الموظفين على إحدى وظائف رئيس أقسام الواردة بها، يبين أنه ورد في هذه الميزانية في الباب الأول (المرتبات) سبعة وظائف رئيس أقسام (مهندس) ومن ثم تكون درجة رئيس أقسام الواردة في ميزانية الهيئة العامة للبتترول على النحو السالف الذكر من الوظائف الدائمة ويكون شاغلها موظفاً دائماً.

ولا يقدح من ذلك أن الهيئة قد حجبت عنه علاوة المعيشة والعلاوة الدورية ولم تستقطع منه احتياطي المعاش بحجة أنه موظف مؤقت يتقاضى مكافأة شاملة، كما لا يسوغ الاحتجاج بأن الهيئة لم تقصد تعيين المذكور في وظيفة رئيس أقسام فيها، وأنها لو عنت ذلك لأوقفت صرف معاشه عن مدة خدمته السابقة، ذلك أن وقف صرف المعاش إجراء يتعين اتخاذه سواء جرى التعيين على درجة دائمة أو درجة مؤقتة.

جلسة ١٩٧٦/١١/٢٧، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ١٢ق، عليا، جلسة ١٩٩٤/٤/٢.

(٢) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

ف عقد العمل المبرم بوضع المذكور على وظيفة مؤقتة عقد شابه البطلان، ولا يشفع ما تذرعت به الهيئة من أنه ليس له درجة بالميزانية وبأنه لم يصرف علاوة المعيشة والعلاوات الدورية ولم يستقطع منه احتياطي المعاش، وهو رغم بطلانه يتوافق مع قرار تعيينه في وظيفة دائمة هي وظيفة رئيس أقسام الواردة بالميزانية ضمن الوظائف السبع المذكورة بها.

هذا بالإضافة إلى أن الإرادة الافتراضية لمصدر القرار كانت لتنتج إلى تعيينه في وظيفة دائمة لو أنها علمت ببطلان قرارها الأصلي وهو ما ينطبق أيضاً على نية الموظف الافتراضية وفي هذه الحالة إذا تصورنا غياب الاسباب التي اعتبرتها الهيئة مانعاً دون تعيينه في وظيفة دائمة لرأينا مع الفتوى تحول عقد العمل بمكافأة شاملة المبرم بين الهيئة والموظف المذكور إلى قرار إداري بتعيينه على درجة دائمة رغم اختلاف التصرف الأول عن الثاني من حيث مضمونه وأثره ونطاقه القانوني^(١).

وأشارت المحكمة الإدارية العليا^(٢)، استقرار قضائها على قبول تحول عقد القانون الخاص إلى قرار إداري في قضية تتلخص وقائعها في أن المطعون ضده قد التحق بالعمل بجهاز تنظيم الأسرة والسكان في وظيفة مستشار قانوني بعقد عمل تحددت مدته بثلاث سنوات تتجدد تلقائياً وتحددت مكافأته الشاملة بالعقد، ولما طالب المطعون ضده بتطبيق أحكام القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٧١ (المطبق على جهاز تنظيم الأسرة آنذاك) على حالته فيما لم يرد به نص خاص في القرار الجمهوري رقم (٨٦١) لسنة ١٩٧٤ أو العقد المؤرخ في ١١٩٧٥/٩/٧ بحسبان أنه تربطه بالجهاز علاقة وظيفية تنظيمية تحكمها قواعد القانون العام تنكرت لذلك جهة الإدارة الأمر الذي حدا بالطاعن الإلتجاء إلى محكمة القضاء الإداري التي قضت باختصاصها ورأت أن الأعمال المسندة للمطعون ضده بمقتضى العقد إنما هي أعمال دائمة وليست عارضة أو مؤقتة لأنها تحتاج إلى خبرة لا تتوفر في العاملين من شاعلي الفئات الوظيفية بالجهاز.

(١) فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع رقم ٦٢١، جلسة ١٩٦٢/٩/٢٦. سابق الإشارة إليه .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في الطعن رقم ٣١٨١ لسنة ٣٢ق، عليا، جلسة ١١١٩٩١/٢٩.

ولما طعننت الجهة الإدارية في الحكم السابق، رأت المحكمة الإدارية العليا أنه بالنسبة لما تنعى به الجهة الإدارية الطاعنة على الحكم المطعون فيه بمخالفته للقانون لقضائه برفض الدفع المبدئي منها بعدم اختصاص محكمة أول درجة ولائياً بنظر الدعوى تأسيساً على القول بأن المطعون ضده لم تكن تربطه بجهاز تنظيم الأسرة أي علاقة وظيفية عامة دائمة أو مؤقتة تضفي عليه وصف الموظف العام، فإن هذا النص مردود بأنه إذا كانت علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح المتعلقة بالتوظيف، إلا أن هذا لا يمنع من وجود قواعد خاصة تنظيمية تنطبق على فريق من الموظفين دون فريق آخر وهذا هو الحال بالنسبة للموظفين المؤقتين المعيّنين بعقود إذ أنهم يخضعون للأحكام التي يخضع لها جميع الموظفين كما يخضعون إلى جانب ذلك إلى أحكام عقودهم الخاصة فيما تخالف فيه الأحكام العامة بشرط عدم وقوع هذه المخالفة على قواعد مقرررة بقانون.

وحيث وقعت الجهة الإدارية في هذه المخالفة القانونية فعقد المطعون ضده عقد باطل وإن كانت المحكمة قد أشارت إلى ذلك ضمناً فقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الموظف المؤقت الذي يعين بعقد محدد المدة لا يعتبر لذلك في مركز تعاقدية وإنما في مركز لائحي تحكمه قواعد القانون العام ويخضع النزاع بشأنه لاختصاص محاكم القضاء الإداري (....) وليس لاختصاص محاكم القضاء العادي (....) وذلك متى كان يقوم بأعمال دائمة بصفة منتظمة ولا ينطبق على عمله وصف الخدمات العارضة أو المؤقتة.

وبالنسبة لتوافق هذا العقد الباطل مع القرار الإداري الذي يفترض صدوره لتعيين المطعون ضده فقد رأت المحكمة أنه لا يشترط لاعتبار العلاقة الوظيفية مستقرة وليست مؤقتة أو عارضة أن يكون إسناد المركز القانوني في الوظيفة بقرار إداري صادر بالتعيين لأنه ليس ثمة ما يمنع قانوناً من أن يكون تعاقد الإدارة مع الموظف بعقد وأن يكون المتعاقد خاضعاً فيما لم يرد بشأنه نص خاص في العقد ولقوانين الوظيفة العامة فيما تقرره من حقوق وواجبات إذ تصبح هذه العقود شأنها شأن قرارات التعيين^(١).

وعلى ذلك فالأعمال المسندة للمطعون ضده هي أعمال دائمة وبصفة منتظمة وليست عارضة أو مؤقتة والمكافأة التي يتقاضاها شهرياً وإن كانت

(١) د/ رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

تسمى مكافأة فإنها تكون في حقيقتها مرتباً أياً كان مصدر صرفه سواء كان في موازنة الجهة الإدارية أم كان مصدر تمويله جهة أجنبية متى كان هذا التمويل مخصص للصرف مقابل أداء خدمات دائمة للجهة الإدارية المساهمة في قيامها بتحقيق الأغراض التي تستهدفها هذه الخدمات.

والمحكمة بذلك وقد استظهرت بطلان العقد الذي تضمن الاتفاق مع المطعون ضده على أن يلتحق بالعمل بالجهاز في وظيفة مستشار لمدة ثلاث سنوات تتجدد تلقائياً كما اتضح لها توافق عناصر هذا العقد وعناصر قرار داري أو أية أداة قانونية تحقق وضعه في مركز لائحي تنظيمي حيث أن الأعمال المسندة إليه هي من قبيل الأعمال الدائمة وليست عارضة أو مؤقتة وأن المكافأة التي يتقاضها شهرياً هي في حقيقتها مرتب أياً كان مصدر صرفه، فأعملت التحول في هذه الحالة وقررت أن المطعون ضده تربطه بالجهاز علاقة وظيفية تنظيمية تحكمها قواعد القانون العام، ويختص القضاء الإداري وحده بنظر النزاع فيه^(١).

وعن اتجاه الإرادة الافتراضية لقيام التصرف الجديد فعلي القاضي أن يتأكد من ذلك لإتمام التحول، والإرادة هنا ليست إرادة الجهة الإدارية وحدها بل هي إرادة المطعون ضده أيضاً لأن هناك من القرارات الإدارية الفردية ما يتوقف صدوره على إرادة الأفراد، ويقتضي مشاركة من جانبهم بحيث لا يمكن للجهة الإدارية أن تخرجها إلى الوجود بإرادتها وحدها، بل يجب أن تتعاون إرادة الإدارة وإرادة الفرد معاً، ومن الراجح في هذا الخصوص أن إرادة الأفراد لا تمثل سوى الحالة الواقعية التي تسمح للجهة الإدارية بإصدار قراراتها فهي السبب القانوني الذي يسوغ للإدارة التدخل أما عن المركز القانوني الذي ينشأ عن مثل هذه القرارات الإدارية فتكونه إرادة الجهة الإدارية وحدها^(٢).

ونرى أن إرادة المطعون ضده لا بد وأن تكون محل اعتبار القاضي وهو بصدد البحث عن الإرادة الافتراضية في مثل هذا النزاع المطروح وذلك بالإضافة إلى إرادة الجهة الإدارية خاصة وأنه يتعلق بتحول عقد إلى قرار إداري.

(١) د/ سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، ١٩٨٧، ص ٢١٥.

(٢) د/ رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص ٤٤٧، رأفت دسوقي، المرجع السابق، ص

الفرع الثالث

مدى إمكانية تحول القرار القابل للانفصال

يعرف البعض القرارات القابلة للانفصال (... بأنها قرارات إدارية تكون جزءاً من بنية عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناءً على ولايته الكاملة أو تخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد...)^(٣).

ويرى البعض أن القرارات القابلة للانفصال هي عبارة عن تصرفات قانونية تصدر من جانب الإدارة بمفردها - أو السلطات العامة بصفة عامة- في إطار عملية مركبة، مع إمكان تجنيب هذه التصرفات لتمثل على حدة قرارات قائمة بذاتها وصالحة لترتيب أثر قانوني معين، كتصرف قانوني فردي مكتمل ونهائي في حد ذاته دون أن يخل ذلك بباقي المكونات الأخرى للعملية، ودون أن يؤثر على كيان العملية ذاتها أو يعطل أو يحول دون ترتيب الأثر القانوني المرجوة من ورائها، أي النتائج القانونية التي من أجلها قامت الإدارة بإتمام هذه العملية^(١).

وتعرف الإدارية العليا القرار القابل للانفصال على النحو التالي (...). ينبغي التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تعهد بها لإبرام هذا العقد أو تهيباً لمولده ذلك أنه بقطع النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له 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 يتغيها القانون، ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تتفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً كان أو إدارياً وتتفصل عنه، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً، ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقوداً

(٣) د/ عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، ص ٤٥.

(١) د/ جورج شفيق، سارى القرارات القابلة للانفصال، طبعة ٢٠٠٢، ص ٤٤.

لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها ذلك أن المناط في الاختصاص هو التكييف السليم للتصرف ومن المسلم أن الاختصاص المتعلق بالوظيفة من النظام العام.

مثال القرار المنفصل، قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة يعد قراراً منفصلاً إذ هو في طبيعته على ما سلف البيان قرار إداري نهائي اجتمعت له مقومات القرار الإداري...^(٢).

وكما هو واضح فإن القرارات القابلة للانفصال مرتبطة بالعمليات المركبة وتتخذ خلالها وتكون بصدد عملية مركبة في حالة ما إذا كان القرار النهائي في عمل ما يتوقف على تنفيذه اتخاذ عدة قرارات أخرى تكون ضرورية ولازمة لإصدار القرار النهائي فهذا الأخير لا يمكن إصداره إلا بعد اتخاذ عدة قرارات أخرى متتابعة وحتمية لتحقيق العملية التي يعتبر القرار النهائي النتيجة الحتمية لها^(٣).

فالعلاقة المركبة هي - في حقيقتها - عبارة عن سلسلة متصلة الحلقات تمثل الحلقات فيها القرارات التمهيدية أو المساعدة أو المؤازرة أو المعاونة التي تؤدي إلى القرار النهائي.

والمفروض أن يتوافر شرطان أو صفتان في العملية حتى يمكن أن نعتبرها عملية مركبة هذان الشرطان هما: شرط الاستمرارية، بين مكوناتها أو أجزائها أو مراحلها وإجراءاتها والقرارات التي تتخذ خلالها، وشرط النوعية أو الذاتية أو التمييز، أي أن يكون لهذه العملية ذاتية أو خصوصية معينة تميزها عن غيرها من العمليات المركبة الأخرى.

ويتجه الفقه إلى أن القرارات القابلة للانفصال لا تنثور فقط في حالة العمليات المركبة التي تقوم بها الإدارات العامة العادية، كالمصالح والهيئات والأجهزة والإدارات والأقسام، وغيرها من الوحدات الداخلة ضمن التنظيم الإداري للدولة أي الجهاز الإداري، الذي يقوم بالاضطلاع بالعمل الإداري

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ١٧ق، عليا، جلسة ١٩٧٥/٤/٥، السنة ٢٠، ص ٣٠٧. وحكمها الصادر في الطعن رقم ٤٠٥١٠ لسنة ٦٥ق، عليا، جلسة ٢٠١١/٩/٢١.

(٣) CHAPUS, Cours de contentieux administrative les cours. Du Droit 1979 P.248.

بالمعنى المعروف والمفهوم المتعارف عليه، أي إشباع حاجات الأفراد وتقديم الخدمات الإدارية العادية لهم، وتلبية طلباتهم الإدارية... الخ، سواء كانت هذه الإدارات مركزية أو لا مركزية وسواء كانت هذه الأخيرة محلية أو مصلحة، وإنما تنثور أيضاً بالنسبة للعمليات المركبة التي تقوم بها الأفرع الأخرى للسلطة التنفيذية، مثل رئاسة الجمهورية، بل وكذلك بالنسبة للعمليات المركبة التي تقوم بها السلطات العامة الأخرى، كالسلطة التشريعية والسلطة القضائية^(١).

الطعن في القرار القابل للإنفصال لا يؤثر على العقد الإداري:

لقد جرى مجلس الدولة الفرنسي باستمرار ومنذ أمد بعيد على أن الغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها لا يمكن أن يؤدي بذاته إلى الغاء العقد، بل يبقى العقد سليماً وناظراً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء - بناءً على الأثر المطلق لحكم الإلغاء - أمام قاضي العقد، سواء أكان العقد خاصاً أو إدارياً وحينئذ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استناداً إلى سبق الغاء القرارات الإدارية المنفصلة والتي ساهمت في إتمام عملية التعاقد والحكم الرئيسي لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو حكمه الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٩٠٥ في قضية "Martin"، وقد صور المفوض روميو تلك الحالة في مذكرته بهذا الخصوص حيث يقول مخاطباً مستشاري المجلس (...):
 أننا لا ننكر أن قيمة الإلغاء في هذه الحالة نظرياً، فالإدارة تستطيع أن تصحح الوضع بإجراء لاحق، وقد يبقى العقد برغم الإلغاء إذا لم يتقدم أحد المتعاقدين إلى قاضي الموضوع بطلب فسخ العقد، ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد في نفوسكم فأنتم تعلمون تماماً أن دعوى الإلغاء في بعض الحالات لا تؤدي إلا إلى نتائج نظرية، فليس على قاضي الإلغاء إلا أن يبحث فيما إذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى دون أن يهتم بما يترتب على هذا الإلغاء من نتائج سلبية أو إيجابية، فإذا صححت الإدارة الوضع القانوني بإجراء لاحق، فإن هذا يحمل في طياته أسمى آيات الاحترام لحكمكم أما إذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الإلغاء فسيكون لهذا الحكم دائماً أثر هام يتركز في أنه أعلن حكم القانون، ولم يخلق أبواب

(١) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ٤٥.

المحكمة في وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله إياها القانون لكي يراقب قرارات الإدارة وأنه قد نور الرأي العام بحيث يتمتع في المستقبل العودة إلى هذه التصرفات الخاطئة، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ومستلزمات الديمقراطية المنظمة...).

ولقد أقر مجلس الدولة المصري هذه النتائج^(١).

وعلى ذلك يمكن القول بأن شروط طلب الغاء القرار الإداري المنفصل تتحدد في الشروط التالية:

- ١- أن يقدم الطلب من غير المتعاقد أما المتعاقد مع الإدارة فليس له إلا دعوى العقد عن طريق القضاء الكامل.
- ٢- أن تقام الدعوى في الميعاد المحدد لإقامة دعوى الإلغاء ووفقا للإجراءات والشروط المتعلقة بقبول طلبات الإلغاء.
- ٣- أن يقوم طلب الإلغاء على أساس عدم مشروعية القرار المطعون فيه وليس إلى مخالفة الإدارة لأي من التزاماتها التعاقدية.

ولقد أكدت محكمة القضاء الإداري على ذلك منذ سنوات طويلة بقولها (.....) إذا طلب المدعي إلغاء قرار صدر من مصلحة الأملاك باعتماد رسو المزداد على المدعي عليهما الأخيرين بناء على أن هذا القرار خالف القاعدة التنظيمية التي قررها مجلس الوزراء بقراره الصادر في ٤ من نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمقولة أن من مقتضاها وجوب أن يكون البيع في مثل هذه الحالة بالممارسة مع المدعي، فإن طلبه يكون والحالة هذه متعلقا بالغاء قرار إداري صادر من جانب واحد هو جهة الإدارة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح محدثا أثره القانوني في الجانب الإداري من تلك العملية المركبة وبهذه المثابة تختص محكمة القضاء الإداري بنظره.

ومن حيث أنه لا يفدح فيما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته، وذلك لأن مناط الاختصاص هو ما إذا كان ثمة قرار إداري يجوز أن يكون محلا للطعن بالإلغاء أم لا فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار من العملية المركبة فإن طلب إلغاءه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء

(١) المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص

الإداري، على أن وجه المصلحة في الطن ظاهرة، إذا لوحظ أن قرار الإلغاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية (أو الإدارية) كما أن الأغيار الذين لا يستطيعون الطعن في العقد مدنيا لفقدان الحق الذي يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافا في العقد، يمكنهم الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المتصل به، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في هذا الطعن وقد يؤدي إلغاء القرار الإداري إلى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم^(٢).
أثر الحكم بإلغاء القرارات القابلة للإنفصال على العمليات التعاقدية في فرنسا^(١)

القاعدة التقليدية التي تحكم هذه المسألة هو أن الحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات القابلة للإنفصال في العمليات التعاقدية ليس له في حد ذاته أي أثر مباشر على العقد نفسه فهذا العقد يظل قائماً يربط بين طرفيه ومنتجاً لأثاره، إلا إذا قام أحد الطرفين برفع دعوى بطلان العقد أمام القاضي المختص بمنازعات العقد نفسه، طالبا الحكم بالبطلان، استناداً إلى الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء أحد القرارات التي تدخل في تكوينه.

وقد انتقد الفقه هذه القاعدة التقليدية على أساس أن القرار الذي حكم بإلغائه هو جزء من العملية التعاقدية كلها، ومن غير المنطقي أن يظل العقد قائماً وناظراً رغم الحكم بإلغاء جزء منه ، طالماً لم يطلب أحد طرفيه إبطاله^(٢). وفي فرنسا ظل الأمر كذلك حتى عقد التسعينات من القرن العشرين فبدأ الأمر يتطور بصدور بعض الأحكام خاصة في عامي ١٩٩٣ و ١٩٩٤ ، وبصدور قانون في ٨ فبراير عام ١٩٩٥ .

وبناء على هذه الأحكام وهذا القانون بدأ طرح عدة حلول، وبدأت تفتح الأبواب أمام عدة طرق يمكن إتباعها لإيجاد حل مقنع من الناحية الواقعية، وعادل وممكن من الناحية القانونية^(٣).

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الدعوى رقم ١٤٣/١ق، جلسة ١٩٤٧/١١/٢٥ مجموعة أحكام السنة الثامنة ، ص ١٠٤، أشار إليه، المستشار / حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(١) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٣.

(٢) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٣) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٤.

ونستطيع أن نبين المبادئ التي تضمنها هذا التطور في فرنسا في الآتي^(٤):
أولاً: النظر إلى السبب الذي استند إليه الحكم الصادر بإلغاء القرار القابل للإلغاء: وهنا نميز بين فرضين:
الفرض الأول: هو أن يكون سبب إلغاء القرار هو عدم مشروعية شروط العقد ذاته.

في هذا الفرض فإن إلغاء القرار القابل للإنفصال يؤدي إلى بطلان العقد، وهو البطلان الذي أعلنه الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال.
الفرض الثاني: هو أن يكون سبب إلغاء القرار هو عيب في القرار ذاته وليس في شروط العقد:

في هذا الفرض يتعين - في كل قضية على حدة - تقدير درجة العلاقة بين القرار والعقد، فكلما كانت هذه العلاقة أكثر مباشرة كلما كان مبرراً في اعتبار العقد باطلاً.

وتطبيقاً لذلك فإن إلغاء القرار الصادر بالتعاقد أو بإبرام العقد يؤدي إلى بطلان العقد أكثر بكثير من قرار الموافقة على العقد أو التصديق عليه.
ثانياً: مدى ضرورة تدخل القاضي المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد ذاته^(١):

وفقاً للحكم الصادر عام ١٩٩٣ ليس بالضرورة تدخل قاضي العقد لإعلان بطلان العقد، فصدور حكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال يكون قبل تدخل قاضي العقد إذا ما رفع الأمر إليه، فإذا تم رفع الأمر إليه فإن دوره يقتصر فقط على مجرد إعلان بطلان العقد.

ولكن يستطيع أحد الأطراف أن يستند إلى الحكم بإلغاء القرار القابل للإنفصال إذا كانت له مصلحة في ذلك، ويحتج في مواجهة الآخر ببطلان العقد مستنداً مباشرة إلى إلغاء القرار القابل للإنفصال.

وإذا كان هذا الإلغاء يؤدي بالفعل إلى بطلان العقد، فإن قاضي العقد إذا رفعت الدعوى أمامه من الطرف الآخر، سوف يقضي بأن الطرف الأول كان له سنده من القانون في التحلل من التزاماته وأن تصرفه هذا لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته في ذلك.

(٤) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(١) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٦.

ثالثاً: في حالة اللجوء إلى قاضي العقد:

في حالة غياب التسوية الودية بين الأطراف أو عدم تصحيح العيوب في العقد بعد إلغاء القرار القابل للإنفصال يمكن في كل الأحوال رفع الأمر إلى القاضي المختص بنظر منازعات العقد. وهنا نفرق بين فرضين أيضاً^(٢):

الفرض الأول: إذا كان الإلغاء تم بناء على طعن من أحد أطراف العقد فإنه سوف يتمسك بترتيب الآثار الطبيعية لحكم الإلغاء وهو بطلان العقد ذاته، وسوف يقضي له القاضي بذلك.

الفرض الثاني: إذا كان الإلغاء تم بناء على طعن من الغير:

في هذه الحالة فإن الأمر يختلف لأن الغير - أي من ليس طرفاً في العقد - ليست لديه صفة في اللجوء إلى قاضي العقد^(٣).

في هذا الفرض يمكن أن نتصور أن هذا الغير يقوم بتقديم طلب إلى الإدارة بترتيب الآثار الطبيعية لقوة الشيء المقضي به، مثل فسخ العقد مثلاً. وفي حالة رفضها طلبه يستطيع أن يرفع دعوى لتجاوز السلطة ضد موقف الإدارة.

كما أن أمامه طريق آخر نص عليه القانون الصادر في ٨ فبراير عام ١٩٩٥، وهو أن يلجأ إلى القاضي الإداري ويقدم إليه طلب فرض غرامة تهديدية ضد الإدارة حتى تتخذ الإجراءات اللازمة لإعمال مقتضى الحكم الصادر، فتقوم برفع الأمر إلى قاضي العقد، الذي سيرتب النتائج الطبيعية لإلغاء القرار القابل للإنفصال، وإعمال الأثر المنطقي لهذا الإلغاء على العقد فيقوم بإلغائه^(١).

اثر حكم الغاء القرار القابل للإنفصال على العقد الإداري في مصر:

إن دعوى الإلغاء التي ترفع ضد القرارات القابلة للإنفصال في العمليات التعاقدية للإدارة، يتعين أن تستند - كما سبق القول - إلى أحد أوجه الإلغاء في القرار ذاته أي يتعين أن يكون العيب في القرار ذاته، وليس في العقد، وأن يكون هذا العيب من العيوب التي يمكن الاستناد إليها في رفع

(٢) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٣) C.E.22 avril 1988. Labit, R.D.P. 1988.P.1957.

(١) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٦٨.

دعوى الإلغاء، وهي كما هو معروف عيب في الشكل أو الإجراءات، أو عيب عدم الاختصاص أو عيب مخالفة القانون^(٢)، أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره أو تأويله ، أو عيب إساءة استعمال السلطة.

وتطبيقاً لهذه الفكرة فقد قبل القضاء الإداري دعوى الإلغاء ضد القرارات والإجراءات الآتية والمرتبطة بعملية التعاقدات التي تمر بها الإدارة، والمتمثلة في المراحل الآتية^(٣):

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل التعاقد:

قبل القضاء الإداري المصري الطعن بالإلغاء في بعض القرارات التي تسبق عملية التعاقد ذاتها، بعد أن فصلها عن العملية العقدية ، من ذلك مثلاً:

- ١- القرار الصادر بالإذن بالتعاقد.
- ٢- القرار الصادر بإرساء المزاد عن قطعة أرض مملوكة للدولة.
- ٣- القرار الصادر بإرساء عملية المناقصة في عملية توريد.
- ٤- القرار الصادر بشطب اسم أحد المقاولين من الكشف المسجل به أسماء المقاولين المتعاملين مع الإدارة
- ٥- القرار الصادر بالحرمان من دخول المناقصة أو المزايدة.
- ٦- القرار باستبعاد بعض العطاءات.
- ٧- القرار الصادر بالغاء قرار طرح بعض الاراضي الصحراوية للبيع بالمزاد العلني، أي العدول عن التعاقد المرحلة الثانية: مرحلة إبرام العقد^(٤):

قبل القضاء الإداري دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الصادرة والمتعلقة بإبرام العقد.

١- القرارات الصادرة بإبرام العقد:

وفي ذلك تقرر محكمة القضاء الإداري في مصر بأن (....) القرار الذي يصدر من جهة الإدارة بإبرام عقد من العقود يمثل إفصاح الإدارة عن

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٩/٢/١ ، الصادر في الطعن رقم ٨١٢ جلسة ١٩٦٩/٢/١، مجموعة أحكام السنة الثالثة عشر قضائية، مجموعة السنة الرابعة عشر ، ص ٣١٣.

(٣) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٣٠، ١٣١، المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٢١، ١٢٢.

(٤) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٣٢.

إرادتها الملزمة أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانوناً بقصد إحداث أثر قانوني معين...).

ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمراً جائزاً قانوناً لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة. وقبل دعوى الإلغاء ضد قرار إبرام عقد بالطريق المباشر.

٢- القرارات الصادرة برفض إبرام العقد:

يقبل القضاء الإداري الطعن في القرارات الصادرة برفض إبرام العقد على أساس أنها مستقلة عن عملية التعاقد ذاتها، سواء تعلق الأمر بعقد من عقود القانون الخاص مثل امتناع جهة الإدارة عن إبرام عقد تركيب تليفون، أو بعقد من العقود الإدارية.

٣- القرارات الصادرة باعتماد العقد أو عدم اعتماده، كعدم اعتماد عقد البيع.

الخلاصة:

بناء على ما سبق لا تقبل دعوى الإلغاء ضد العقد ذاته أو بنوده أو تنفيذه(١).

قلنا أن القضاء الإداري في مصر يقبل الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المتعلقة بعملية التعاقد طالما أمكن فصلها عن العملية ذاتها، أما القرارات التي لا يمكن فصلها عن عملية التعاقد ذاتها، فلا يقبل الطعن فيها على استقلال ومثال ذلك لا يجوز الطعن بالإلغاء لقرار فسخ العقد حسب ما قرره الإدارية العليا(٢).

نخلص مما تقدم إلى أن الراجح في مجال العقد الإداري هو استحالة تطبيق قواعد التحول عليه لعدم جواز الطعن فيه بالإلغاء وقد أشرنا إلى أن القرار الإداري الذي يقبل التحول هو القرار الباطل والذي قد تقضي بإلغائه المحكمة أو تلغيه الإدارة، سواء بناء على تظلم أو بدون تظلم ومن ثم فهذا الشرط غير متوافر بل يتعذر اعمال وجوده في مجال العقود الإدارية، ولكن بما أن هناك

(١) د/ جورج شفيق، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٢) حكم الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٦٥٤ لسنة ٣٦ ق. عليا، جلسة ١٩٩٤/٣/٢٢، المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١٢٦.

قرارات إدارية ذات صلة بالعقود الإدارية ولكن يمكن فصلها عنه والطعن فيها بالإلغاء لما شابها من عيوب ، إذ لا يوجد ما يمنع من تحويلها ورغم ذلك يتجه البعض^(٣)، إلى أن الحكم الصادر في الطعن ضد القرار المنفصل لا يمتد اثره إلى غيره من القرارات ومن ثم فإذا قبل الدعوى في طعن موجه إلى قرار بإرساء مناقصة فإن الحكم الصادر بإلغاء ذلك القرار لا يؤثر من الناحية النظرية في العقد ذاته وإذا حكم بإلغاء السابقة لا يؤثر ذلك على قرار التعيين الذي يصدر استناداً إليها إلا أنه من الناحية العملية وحسبما يقتضيه تنفيذ الحكم تنفيذاً كاملاً تلتزم الإدارة بفسخ العقد والغاء قرار التعيين بعد ظهور فساد أساسهما القانوني بحكم قضائي نهائي.

ويرجع السبب لعدم إمكانية تحول العقد الإداري الباطل إلى عقد إداري آخر هو وجود بعض النظريات الفقهية والقضائية التي يعمل بها عند حدوث معوقات تنفيذ العقد الإداري مثل نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية ، ونظرية فعل الأمير والتي يعد تطبيقها بمثابة إعادة التوازن بين أطراف العلاقة العقدية بحيث تتجنب القضاء ببطان العقد الإداري نظراً لارتباطه بمرفق عام لكن يمكن تحول العقد المدني إلى عقد إداري وكذلك تحول العقد الخاص إلى قرار إداري.

بهذا نكون قد انتهينا من البحث في فكرة تحول تصرفات الإدارة الباطلة سواء المتمثلة في القرار الإداري أو العقد الإداري.

(٣) المستشار/ حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ١١٨.

الخاتمة

لقد تناولنا فكرة التحول في التصرفات التي تصدر عن الجهة الإدارية بهدف التقليل من حالات البطلان ونظراً لعدم وجود قواعد قانونية مكتوبة تجيز ذلك إلا ما ورد بشأنها في القانون المدني فقد قمنا باعمال القياس في محاولة لإلقاء الضوء على مدى إمكانية تطبيق فكرة التحول للتصرفات الباطلة في القانون الخاص على القرارات الإدارية وكذلك العقود الإدارية كلما أمكن ذلك.

وسطرنا البحث المتواضع في ثلاث مباحث أساسية يسبقها مبحث تمهيدي تعرضنا فيه للأساس والأصل التاريخي لفكرة تحول التصرفات القانونية سواء في العصور القديمة أو في الفقه الإسلامي واستمراراً حتى وصلنا إلى التنظيم التشريعي للفكرة وتأصيلها في القانون الخاص. وأثناء النظرة التاريخية لفكرة التحول وجدنا أنه من الضروري أن نشير إلى الاتجاهات الفقهية بشأنها والتي انقسمت إلى ما بين مؤيد ومعارض ولكل منهم أسبابه.

ثم المحنا في عجالة إلى الأسانيد لفكرة التحول في القرارات الإدارية بمعنى أظهرنا موقفنا مسبباً من الأخذ بها لما تحققه من مزايا عديدة. ثم انتقلنا إلى المبحث الأول والذي خصصناه لشروط وطرق تحول القرار الإداري حيث أشرنا إلى ماهية القرار الإداري وشروطه وركزنا على درجات البطلان سواء في القضاء الإداري الفرنسي أو المصري وذلك في المطلب الأول من المبحث المشار إليه.

أما المطلب الثاني فقد كان من نصيب كيفية تحول القرار الإداري وميعاده، وذكرنا فيه أن التحول قد يكون بإرادة الإدارة سواء بناءً على تظلم قدم إليها من القرار الباطل أو أنها قامت بإجراء التحول من تلقاء نفسها دون تظلم ، ثم ذكرنا دور القضاء الإداري في إجراء وتطبيق هذه الفكرة على الطعون المقدمة إليه في القرارات الإدارية المعيبة، وكان ختام المبحث بيان موعد إجراء التحول.

وجاء المبحث الثاني يتحدث عن طبيعة التحول وعلاقته بالأنظمة المشابهة حيث ورد به طبيعتين للتحول من الوجهة الفقهية، الأولى إدارية، والثانية قضائية، أما ما نؤيده أنها طبيعة خاصة تضم في جانب منها الطبيعة الإدارية وفي جانب آخر الطبيعة القضائية، ولا يمكن الفصل بين الاثنين وكأنهما وجهان لعملة واحدة، وذلك كله في المطلب الأول.

أما المطلب الثاني فقد خصصناه لبيان أوجه الشبه والاختلاف بين تحول القرار الإداري الباطل وبين تفسير القرار وسحبه وتصحيحه. ثم كان ختام البحث في المبحث الثالث والذي تناولنا فيه آثار تحول القرار الإداري الباطل وكان لزاماً علينا قبل أن نغلق باب البحث ونسدل الستار على فكرة التحول أن نتعرض لمدى إمكانية تطبيق هذه الفكرة على العقود الإدارية، لذلك عرفنا العقد الإداري وشروطه، ثم تناولنا كيفية تحوله إلى عقد آخر وظهر لنا إمكانية تحول العقد الخاص إلى عقد إداري وتحول العقد الخاص إلى قرار إداري وصعوبة تحول العقود الإدارية.

وانتهينا من بعد الدراسة المعروضة إلى إمكانية اعمال فكرة التحول على القرارات الإدارية الباطلة دون حرج ودون عائق في حين الأمر صعب التطبيق في مجال العقود الإدارية.
التوصيات:

بعد العرض السابق نوصى المشرع من جهة والقاضي الإداري من جهة أخرى والفقهاء من جهة ثالثة بالآتي:

- ١- محاولة وضع نصوص تشريعية تعالج فكرة تحول القرار الإداري ونظراً لأن القانون الإداري غير مقنن فإنه يمكن وضع نص في قانون مجلس الدولة.
- ٢- ضرورة مساهمة فقهاء القانون العام بكتابات متعددة لمواجهة القصور في المؤلفات المعالجة للفكرة في مجال القانون العام.
- ٣- أن يضع القاضي الإداري نظرية التحول بشروطها وأحكامها تفصيلاً على شاكلة نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية ونظرية فعل الأمير وذلك ليس بغريب على القاضي الإداري لأنه قاضي إنشائي وليس تطبيقي.
- ٤- إذا كان لا يجوز الطعن في العقد الإداري بالإلغاء وإن كان يجوز الطعن فيه بالبطلان أمام القاضي العادي والإداري معاً كما قرر ذلك استاذنا الدكتور/ محمد أنس جعفر في مؤلفه العقود الإدارية فإن اعمال فكرة التحول يمكن اعمالها مع تلك العقود أيضاً أسوة بعقود القانون الخاص وإن كانت العقود الإدارية أولى بالرعاية لارتباطها بالمصلحة العامة، الأمر الذي يؤكد على جواز اعمال فكرة التحول على العقد الإداري.

