

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه

بحث فى بيان أثر فكرة المرافق العامة وفكرة السلطة
فى تكوين القانون الإدارى وفى تحديد نطاق تطبيقه

بقلم الدكتور محمد فؤاد مرهنا

أستاذ القانون العام بجامعة الاسكندرية

تمهيد

تختلف مبادئ القانون الإدارى فى طبيعتها عن مبادئ القانون الخاص .
فالقانون الإدارى ، باتفاق الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر ، يتميز
بأنه يمنح الإدارة حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع بمثلها الأفراد .
وهو لا يعامل الخاضعين لأحكامه على قدم المساواة كما هو شأن القانون المدنى
وغيره من فروع القانون الخاص ، ولكنه يرمى جانب المصلحة العامة
ويفضلها دائماً على المصلحة الخاصة ، ويفرد للسلطة العامة الأمانة على هذه
المصلحة العامة مركزاً متميزاً عن مركز الأفراد الذين تتعامل معهم أو ترتبط
بهم برابطة من روابط القانون .

وليس معنى هذا أن السلطة الإدارية لا تخضع فى كل أعمالها وتصرفاتها
لغير أحكام القانون الإدارى ، فأن جانباً من نشاط هذه السلطة يخضع لأحكام
القانون الخاص ، بل أن هذا الجانب قد اتسع نطاقه فى العصر الحديث تبعاً
لتطور النظام الاجتماعى والاقتصادى .

غير أن « القانون الإدارى » لا يشمل قواعد القانون الخاص التى تسرى
على السلطة الإدارية فى علاقاتها بالأفراد فى بعض الأحوال ، ولكنه يقتصر
على المبادئ والقواعد التى تختلف عن مبادئ وقواعد القانون الخاص وتتميز
عنها بأنها تمنح الإدارة فى علاقاتها بالأفراد حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع
بمثلها الأفراد فى ظل القانون الخاص ، وهذه هى وحدها المبادئ والقواعد
التي يشملها تعريف القانون الإدارى بوصفه فرعاً مستقلاً من فروع القانون .

حقيقة يلاحظ أن القانون الخاص يتجه في تطوره الحديث نحو رعاية المصلحة العامة في صورة تحمل معنى التقارب بين مبادئ القانونين العام والخاص . لكن مبادئ وقواعد القانون الإداري لا تزال مع ذلك ورغم هذا التطور مختلفة ومستقلة عن مبادئ وقواعد القانون الخاص .

والقانون الإداري ، هذا التحديد ، أثار أخيراً في فرنسا وفي مصر وما يزال يثير نقاشاً فقهيّاً حول تحديد الأساس الذي يقوم عليه بناؤه وحول تحديد نطاق تطبيق مبادئه وأحكامه .

ثار هذا الجدل الفقهي أولاً في فرنسا مهد القانون الإداري وانتهى في السنوات الأخيرة الى خلق حالة من الشك في سلامة مركز القانون الإداري في العصر الحديث وسلامة الأساس الذي قام عليه بناؤه منذ نشأته وهو فكرة المرافق العامة . وبدأنا نقرأ للفقهاء الفرنسيين مؤلفات وبحوث تتحدث عن أزمة القانون الإداري (١) وأزمة المرافق العامة . وأعلن بعض الفقهاء في صراحة انقضاء نظرية المرافق العامة وزوال أهميتها كأساس للقانون الإداري . وتردد صدى هذا الجدل الفقهي الفرنسي في مصر وكان له أثر ظاهر في بعض المؤلفات والبحوث التي ظهرت أخيراً عندنا .

ونظراً لأن مبادئ القانون الإداري وأحكامه غير مقننة وأن مهمة إنشائها تقع أولاً على عاتق القضاء والفقهاء ، فإن البحث في تحديد الأساس أو المعيار الذي يرجع اليه في بناء القانون الإداري وفي تحديد نطاق تطبيقه يعتبر بحق أهم ما يجب أن توجه اليه عناية القضاء والفقهاء في الوقت الحاضر .

ولهذا رأينا أن نقدم هذا البحث نعرض فيه رأينا في تحديد أساس القانون الإداري في مصر والمعيار الذي يتبع الرجوع اليه في تحديد نطاق تطبيقه .

Waline : Situation actuelle du droit administratif en France. Juris - (١)
classer administratif : Preface; Drago : Les crises de la notion d'établissements
publics 1950; De corail : La crise de la notion juridique de service public en droit
administratif français 1954

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه فى فرنسا

يرجع الفضل فى إنشاء مبادئ القانون الإدارى الفرنسى الى جهود مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص . وأحكام هاتين المحكمتين هى المصدر الحقيقى لمبادئ القانون الإدارى فى فرنسا . ويكاد دور الفقه الفرنسى ينحصر فى استخلاص المبادئ التى تتضمنها هذه الأحكام وتفسيرها وتحديد نطاقها وإقامة نظريات عامة للقانون الإدارى على أساسها .

وقد أقام القضاء الإدارى الفرنسى بناء القانون الإدارى على أساس فكرة المرافق العامة . فكان ينشئ المبادئ التى تلائم نشاط المرافق العامة وتكفل لها سيراً منتظماً فى تحقيق أهدافها ، كما كان يحدد نطاق تطبيق القانون الإدارى واختصاص القضاء الإدارى بالرجوع الى فكرة المرافق العامة .

وكانت المرافق العامة فى المرحلة الأولى من تاريخ حياة القانون الإدارى كلها تقريباً مرافق إدارية بحيث يمكن تعريفها بأنها « نشاط إدارى يعجز الأفراد والجماعات الخاصة عن القيام بمثله (أو لا يجدون مصلحة فى القيام بمثله) تقوم به سلطة إدارية مستخدمة فى إدارته ما تتمتع به بوصفها سلطة عامة من امتيازات ووسائل (حقوق السلطة وامتيازاتها) » .

ولهذا فقد كان القانون الإدارى فى تلك المرحلة هو حقاً قانون المرافق العامة أى القانون الذى يحكم المرافقة العامة (الإدارية) فى جميع أوجه نشاطها . وكانت المرافق العامة كذلك هى المعيار الذى يرجع اليه فى تحديد اختصاص القضاء الإدارى . وعلى أساس قضاء مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص أنشأ فريق من فقهاء القانون العام فى فرنسا وعلى رأسهم Bonnard, Jèze, Duguit نظرية المرافق العامة .

غير أنه مع تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية اتسع ميدان نشاط الدولة الادارى وبدأ تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي ، فأنشئت مرافق عامة صناعية وتجارية لم تعد تلامها المبادئ والأحكام السابقة التي أنشأها القضاء لتحكم المرافق الادارية .

وتبع هذا التطور في تحديد ميدان نشاط الدولة ، تطور آخر في أحكام القضاء الادارى . ففضى مجلس الدولة في بعض أحكامه بأن القانون الادارى لا يطبق بصفه مطلقة على كل الروابط والعلاقات المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية ، ولكنه يطبق على جزء معين منها فقط ، ويطبق القانون الخاص على جزء آخر ، بمعنى أن هذه المرافق تخضع للقانونين العام والخاص معاً . وقضى كذلك بأن القضاء الادارى لا يختص بنظر كل المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة ولكن القضاء العادى يختص ببعض هذه المنازعات .

وقد أحدث هذا التطور في محيط الفقه الفرنسى أثراً مختلفاً بالنسبة لأنصار نظرية المرافق العامة وخصوصها .

فأنصار نظرية المرافق بقوا على ولائهم لهذه النظرية وإن كان بعضهم قد عدل نظريته اليها وأنشأ نظرية معدلة للمرافق العامة تتفق والتطور الجديد في أحكام القضاء . وعلى رأس هؤلاء في فرنسا De Laubadère, Rolland ، وفي بلجيكا Buttgenbach

أما خصوم نظرية المرافق العامة فقد كان منهم أقلية على رأسها Hauriou أعلنت عداها لنظرية المرافق العامة منذ بدء ظهورها ، وهؤلاء كانوا يرون من مبدأ الأمر أن أساس القانون الأدارى هو فكرة السلطة لا فكرة المرافق العامة .

ومنهم فريق آخر اتخذ من هذه الأحكام القضائية سنداً لمهاجمة فكرة المرافق العامة والدفاع عن فكرة السلطة في صور مختلفة . ومن هذا الفريق الأخير من اكتفى بهدم فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الأدارى دون أن يحاول إقامة أساس جديد مكانها .

ونتكلم فيما يلي عن فكرة المرافق العامة وتطورها ثم عن فكرة السلطة في صورها المختلفة .

(أولاً) نظرية المرافق العامة :

مؤسسو هذه النظرية في فرنسا ثلاثة من أعلام فقه القانون العام هناك ، وهم Bonnard, Jèze, Duguit . وتلخص نظرية Duguit في قوله بأن الدولة ليست شخصاً يتمتع بالسيادة والسلطان لها إرادة ذاتية أعلى من إرادة الأفراد ، ولكنها مجموعة مرافق عامة تعمل لخدمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة . والقانون لا يستمد قوته الملزمة من سلطان الدولة وإرادتها العليا ، ولكنه يستمدّها من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها وموافقها لحاجات المجتمع أي لحاجات المرافق العامة (١) .

والقانون الإداري وفقاً لهذه النظرية هو قانون المرافق العامة يستمد قوته الإلزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة وصلاحيته لتحقيق أغراض المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد في خدمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة .

فهو ينشأ لتحقيق أغراض المرافق العامة ويستمد قوته الإلزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة ويتحدد نطاق تطبيقه بالرجوع للمرافق العامة . بمعنى أن السلطة العامة لا تملك أي حق من حقوق السلطة ولا يكون استخدامها لحقوقها وامتيازاتها مشروعاً خارج نطاق المرافق العامة وأغراضها .

فالموظف العمومي يكتسب هذه الصفة لأنه يعمل في خدمة مرفق عام ولأن ضمان سير المرافق العامة يوجب انشاء قواعد مستقلة تسرى على الموظفين الذين يعملون في خدمة المرافق العامة ، هذه القواعد المستقلة هي قواعد القانون الإداري .

والعقود الإدارية تخضع لقواعد مستقلة تختلف عن قواعد العقود المقررة في القانون المدني لأن هذه العقود تتعلق بتنفيذ مرفق عام ولا يمكن ضمان سير هذه المرافق إذا أخضعنا مثل هذه العقود للقواعد المدنية .

ومسئولية الإدارة عما يقع منها من أخطاء في إدارتها للمرافق العامة لا تحكمها قواعد المسؤولية المدنية وإنما تخضع لقواعد مستقلة ، هي قواعد المسؤولية الادارية . وهكذا بالنسبة لكل أوجه نشاط المرافق العامة (١) .

وكذلك يتحدد اختصاص القضاء الإدارى بالرجوع الى فكرة المرافق العامة فلا تكون محاكم القضاء الإدارى مختصة بنظر النزاع الا اذا كان متعلقاً بمرفق عام .

هذه هي نظرية المرافق العامة كما أنشأها مؤسسو مدرسة المرافق العامة (٢) ، وأهم ما يميز هذه النظرية أنها تفرض على سلطان الإدارة قيوداً خارجة عن إرادتها في صورة المرافق العامة، فلا يتاح لها أن تستخدم حقوقها وامتيازاتها كسلطة عامة لإزاء الأفراد الا حيث يكون عملها متعلقاً بمرفق عام (٣) . وقد أقر مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص هذه النظرية في مجموعة من أهم أحكام المبادئ التي أصدرها ، كان أولها الحكم الصادر في قضية Blanco سنة ١٨٧٣ ، كما أنها نالت في أول ظهورها تأييداً يشبه الاجماع من جانب الفقه (٤) وظلت محتفظة بهذا التأييد من جانب الفقه والقضاء زمناً غير قصير (٥) .

تطور نظرية المرافق العامة : الى سنة ١٩١٤ كانت المرافق العامة بوجه عام كلها مرافق إدارية وكان من السهل تعيين الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القانون الإدارى ونطاق تطبيق القانون الخاص ، وبين اختصاص القضاء العادى واختصاص القضاء الإدارى ، بالرجوع الى المرفق العام، وفقاً لرأى أنصار مدرسة المرافق العامة .

(١) بمعنى أن أموالها تعتبر أموالاً عامة وحساباتها حسابات عامة وهكذا .

(٢) Bonnard ' Jeze ' Duguit .

(٣) أنظر Buttgenbach : Théorie générale des Modes de gestion des services publics en Belgique 1952 p 4—9 .

(٤) De laubadere : Traité de droit administratif 1953 p 42 no 48

(٥) أنظر Vedel : Conseil d'état études et documents 1954 P 22

غير أنه بعد سنة ١٩١٤ زاد عدد المرافق الصناعية والتجارية زيادة كبيرة وظهر منها أنواع تباشر نفس النشاط الذى يتولاه الأفراد ، وزاد اشتراك الأفراد فى أعمال النفع العام التى تقوم بها الحكومات (١) وظهرت المشروعات الخاصة ذات النفع العام، وأصبح القانون الخاص يطبق على المرافق الصناعية والتجارية ، كما منحت المشروعات الخاصة ذات النفع العام بعض امتيازات المرافق العامة (٢) . وكان من أثر هذا التطور بالنسبة لنظرية المرافق العامة أن المرافق العامة لم تعد وحدها معياراً كافياً لتعيين الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القانون الإدارى ونطاق تطبيق القانون الخاص ، وبين اختصاص القضاء العادى واختصاص القضاء الإدارى، كما كان الحال قبلاً (٣) . وبدا هذا الاتجاه واضحاً فى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى التى قضت فى المنازعات الخاصة بالعقود المتعلقة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية بأن العقد لا يعتبر إدارياً إلا إذا تضمن شروطاً استثنائية تغيّر الشروط التى تتضمنها عادة عقود القانون الخاص (٤) . واستند خصوم نظرية المرافق العامة الى هذه الأحكام للقول بانقضاء نظرية المرافق العامة (٥) .

غير أن جمهور الفقهاء يرون الى اليوم برغم هذا التطور ، أن نظرية المرافق لا تزال باقية كمنظريّة أساسية من نظريات القانون الإدارى (٦) ،

(١) عن طريق شركات الامتياز وشركات الاقتصاد المختلطة والنقابات المهنية .

(٢) De Laubadère المرجع السابق ص ٤٦ ، ٤٧

(٣) ظلت المرافق العامة الإدارية وحدها هى المعيار الذى يصلح وحده أساساً للقانون الإدارى أما غير المرافق الإدارية فلم تعد تصلح وحدها أساساً لتحديد نطاق تطبيق القانون الإدارى وتحديد اختصاص القضاء الإدارى .

(٤) Clauses exorbitantes du droit Commun أنظر الإشارة لهذه الأحكام فى مقال Vedel السابق الإشارة اليه (23 P 1954 etudes et documents Conseil d'etat) وكذلك فى مقال Waline السابق الإشارة اليه (Juris - Classeur administratif, Preface)

(٥) سوف نشرح بالتفصيل رأى هذا الفريق من الفقهاء فى الفقرة التالية

(٦) De Laubadère المرجع السابق ص ٥٦٢ فقرة ١٠٥٥ وأنظر أيضاً

ويرون كذلك أن وجود المرفق العام لا يزال شرطاً أساسياً لازماً لتطبيق أحكام القانون الإداري (١) وتقرير اختصاص القضاء الإداري . وكل ما أحدثته التطور الحديث في مركز المرفق العام كميّار لتطبيق أحكام القانون الإداري ينحصر في أن وجود المرافق غير الإدارية (الصناعية والتجارية والمهنية) لم يعد وحده كافياً للقول باختصاص الروابط القانونية التي تتعلق بنشاط هذه المرافق لسلطان القانون الإداري وأخضاع النزاع الذي ينشأ عنها لسلطان القضاء الإداري . وقد أقر مجلس الدولة هذا الرأي في بعض أحكامه (٢) .

= Ralland : *Precis de droit administratif* 1937 P 1 et 16; Waline : *Manuel elementaire de droit administratif* 1936 P 336 et la 6em ed P 306 ; Duez et Debeyre : *Traite de droit administratif* 1953 P. 536

بل أن الأستاذ Ralland يعتبر المرافق العامة أساس القانون الإداري وإن كان قد عمد إلى تطوير نظرية المرافق العامة بحيث تلائم الظروف الجديدة . وهو يعرف القانون الإداري طبعاً سنة ١٩٣٧ بأنه « مجموع القواعد المتعلقة بتنظيم وسير المرافق العامة وتنظيم علاقة هذه المرافق بالأفراد » (Ralland : *Precis de droit administratif* P. 1)

De Laubadère : *Traite*, P. 47 (١)

(٢) يلاحظ أن نفس الأحكام التي استند إليها خصوم نظرية المرافق العامة في التدليل على انقضاء فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الإداري تشير كلها بصراحة إلى المرافق العامة وتقييم الحكم في النزاع المعروض عليها على أساس المرافق العامة وإن كانت تشترط لتقرير اختصاص القضاء الإداري وتطبيق أحكام القانون الإداري توافر عنصر تكميلي آخر .

في قضية Feray du Coudray التي عرض De Corail وقائعها والحكم الصادر فيها للتدليل على أن أساس القانون الإداري هو فكرة السلطة لا المرافق العامة ، يلاحظ أن الحكم الذي أصدره مجلس الدولة في هذه القضية (10 Janvier 1949 R. 50) بنى صراحة على أساس المرافق العامة . فقد كان موضوع النزاع يدور حول مسؤولية إحدى المنظمات المهنية للألبان Groupements Interprofessionnels Laitiers بسبب امتناعها عن إصدار بعض القرارات . قرر مجلس الدولة في حكمه صراحة أن هذه المنظمات « مكلفة بالاشتراك في تنفيذ مرفق عام ولهذا فإن القرارات التي يتعين عليها إصدارها في حدود اختصاصها تعتبر قرارات إدارية » . وواضح من منطوق الحكم أن مجلس الدولة اتخذ الاشتراك في تنفيذ مرفق عام أساساً بنى عليه حكمه باعتبار قرارات هذه المنظمات قرارات إدارية يختص بنظرها القضاء الإداري وتخضع لأحكام القانون الإداري . ومع ذلك فقد حاول De Corail في تعليقه على هذا الحكم أن يقول أن هذه المنظمات تتمتع وفقاً لنصوص قانون إنشائها بإمتهادات السلطة وأنها تستخدم هذه الامتيازات في مباشرة نشاطها وأن عنصر السلطة هذا هو الذي اتخذ أساساً لتطبيق القانون =

(ثانياً) نظرية السلطة^(١) :

تقوم هذه النظرية على أساس أن الدولة تتمتع بحق السيادة والسلطان ، ولها تبعاً لذلك إرادة ذاتية أعلى من إرادة المحكومين ، ولا يخضع سلطانها لأي قيد الا ما تفرضه هي على نفسها بارادتها من قيود . والأدارة ، بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة ، لا يمكن أن تخضع لسلطان القانون العادي الذي ينظم الروابط والعلاقات بين الأفراد ، وانما يحكمها قانون آخر مستقل عن القانون العادي ، يحدد حقوقها وامتيازاتها واختصاصاتها . وهي وحدها بما لها من إرادة ذاتية عليا هي التي تنشئ قواعد هذا القانون .

وأخطر عيوب هذه النظرية في صورتها الأصلية أنها تطلق يد السلطة العامة في مباشرة نشاطها دون أن تفرض على سلطانها أي قيد خارج عن إرادتها ، فهي لا تقدم لنا معياراً يرجع اليه في رسم حدود سلطة الادارة وامتيازاتها إزاء الأفراد ، اللهم الا ما تفرضه على نفسها من قيود^(٢) .

هذه هي فكرة السلطة التي يعتبرها فريق من فقهاء القانون العام الفرنسي^(٣) أساس القانون الاداري . غير أنه يلاحظ أن أنصار هذه النظرية

== الاداري وتقرير اختصاص القضاء الاداري (De Corail: La crise de la notion Juridique de service public 1954 P. 187) . كذلك استندت محكمة تنازع الاختصاص صراحة الى فكرة المرافق العامة في حكمها الصادر في قضية Comités Centraux de ravitaillement حيث قررت بصدد بحث مسؤولية هيئة التموين عن تلف مواد التموين التي تتولى نقلها ، تطبيق أحكام المسؤولية الادارية واختصاص القضاء الاداري بنظر النزاع على أساس أن هيئة التموين المنسوب اليها الضرر تقوم بمهمة إدارية تتعلق بمرفق عام « mission administrative de service public » . ومع ذلك يقول De Corail في التعليق على هذا الحكم أن عنصر السلطة الكامن في هذا النشاط المرفق والذي عبرت عنه المحكمة بقولها mission administrative هو أساس الحكم ويتجاهل كلية إشارة الحكم الصريحة الى المرفق العام (De Corail المرجع السابق ص ١٨٨) .

La puissance publique (١)

Auto - Limitation (٢)

(٣) من أبرز أنصار هذه النظرية في فرنسا Hauriou , Vedel , Berthelemy , Rivero

أنظر Berthelemy : Traite elementaire de droit administratif onzieme ed 1926 ; Berthelemy et Rivero : Cing ans de reformes administratives, supplement a la 13em ed . du Troite 1938 ; Hauriou : Precis elementaire de droit administratif 3eme ed . 1933 ; Vedel : Conseil d' état : études et documents 1954 P 21 et suiv ,

اختلفوا في مجال التطبيق ، في تصويرهم لها . فرسم لها كل منهم صورة عملية تخالف الصورة التي رسمها غيره .

فقبل أن تظهر نظرية المرافق العامة وتشغل مكانها المرموق الذي سبقت الإشارة إليه في محيط الفقه والقضاء الفرنسيين ، كان أنصار نظرية السلطة يرون أن أعمال السلطة الإدارية نوعان : أعمال سلطة (١) وأعمال إدارة مدنية (٢) . وأن أعمال السلطة هي تلك التي تصدر في صورة أوامر ونواهي Actes de commandement وهذه الأعمال وحدها هي التي تخضع للقانون الإداري ويدخل نظرها في اختصاص القضاء الإداري . أما أعمال الإدارة المدنية فهي الأعمال التي لا تأخذ صورة الأوامر والنواهي كالعقود . وهي لا تدخل في نطاق القانون الإداري ولا في اختصاص القضاء الإداري وإنما يحكمها القانون الخاص وتدخل المنازعات التي تنشأ عنها في اختصاص محاكم القضاء العادي .

وعلى هذا يكون المرجع في تحديد أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه في نظر أصحاب هذا الرأي ، هو طبيعة العمل الذي تقوم به الإدارة . فاذا كان من أعمال السلطة كان القضاء الإداري هو المختص وكان القانون الإداري هو الواجب التطبيق . أما إذا كان عملاً من أعمال الإدارة المدنية فإنه يخضع للقانون الخاص ولقضاء المحاكم العادية .

ويعتبر من أعمال السلطة على هذا الأساس الأوامر التي تصدرها سلطات البوليس لصيانة الأمن العام بعكس العقود التي تعقدها السلطة الإدارية فإنها تعتبر كلها من أعمال الإدارة المدنية ولو كانت متعلقة بمشروعات تنفيذها الإدارة العامة بمقتضى ما لها من سلطة عامة . ولا يعتبر موظفاً عمومياً من عمال السلطة الإدارية سوى أولئك الذين يكون لهم حق إصدار أوامر ، ونواهي ملزمة ، وهؤلاء وحدهم يعتبرون في مركز قانوني أو لأخعي

Actes d'autorité (١)

Actes de gestion (٢)

وفقاً لأحكام القانون الإداري . أما من عداهم فيعتبرون في علاقتهم بالدولة في مركز تعاقدى ويخضعون لأحكام القانون المدني (١) .

وبعد ظهور المرافق الصناعية والتجارية وتغير نظرة القضاء الإداري إزاء نظرية المرافق العامة الكلاسيكية كما أوضحنا ذلك فيما تقدم عادت نظرية السلطة للظهور في صورة جديدة وان تكن غير مقطوعة الصلة بصورتها الأصلية القديمة (٢) .

وخلاصة نظرية السلطة في صورتها الجديدة أن أساس القانون الإداري هو السلطة *La puissance publique* لا المرافق العامة ، وإن القانون الإداري لا يطبق إلا حيث تستخدم الإدارة الامتيازات المقررة للسلطة العامة (٣) أو حيث يوجد عمل أو تصرف يقوم على فكرة السلطة ، بمعنى أن طبيعة العمل ذاته ، وطبيعة الوسائل التي يستخدمها من قام بالعمل ، هي التي يرجع إليها في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري (٤) .

Berthelemy : Traite elementaire de droit adminstratif onzieme edition 1926 (١)

P 56 et 57 et 1087 - 1088

لم يعمل بهذا الرأي إلا فترة قصيرة بدأ القضاء الإداري بعدها يطبق نظرية المرافق العامة وبدأ جمهور الفقهاء ينتصرون لنظرية المرافق العامة كما سبق البيان .

(٢) يقول الأستاذ Waline عن نظرية السلطة في صورتها الجديدة أنها

“ Une tentative de rajeunissement d'une theorie longtemps dominante ” (Waline : situation actuelle du droit adminstratif en France, Juris - Classenr administratif, Preface P. 6)

Waline : Juris - classeur administratif Preface P. 6 (٣)

“ ... c'est la nature du procede de droit utilisé, du comportement de (٤) l'auteur de l'acte, de l'operation accomplie qui est a la base du regime administratif et partant de la Compétance de la Juridiction administrative ” (De Corail : La Crise de la notion juridique de service public en droit administratif francais, preface de M. Couzinet P 10) .

ويؤخذ على نظرية السلطة في هذه الصورة :

١ - أنها تكاد تطلق يد السلطة الادارية في مباشرة نشاطها وفي استخدام وسائل السلطة في أداء وظائفها . فلا نكاد نثبن في صورتها السابقة معياراً محدداً يرجع اليه في تعرف مدى حق السلطة الادارية في استخدام حقوق السلطة لإزاء الأفراد وفرض القيود على حرياتهم وحقوقهم .

٢ - إنها وإن كانت تصلح أساساً لتحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى بالنسبة للقرارات الادارية والأعمال التي تنطوي على مظهر السلطة واستخدام السلطة الا أنها لا تصلح لتحقيق هذه الغاية حيث يكون العمل المنسوب للسلطة الادارية خطأ أو أهمالاً ، لأن الخطأ أو الإهمال عمل بطبيعته غير إرادى ولا يمكن تصور استخدام وسائل السلطة فيما يقع من أعضاء السلطة الادارية من أخطاء غير مقصودة . وعلى هذا فان تطبيق معيار السلطة يؤول الى أن مسئولية السلطة الادارية عن خطأها تبقى دائماً وفي كل الأحوال خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادى وهو ما يخالف حكم القانون الادارى الفرنسى في هذا الشأن (١)

٣ - أنها لا تتفق وأحكام القضاء الادارى الفرنسى في هذا الشأن . ذلك أن أحكاماً كثيرة لهذا القضاء لا تطبق فكرة السلطة ولا تستند اليها في تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى (٢) .

Waline : Juris - classeur administratif Preface P. 7 et 8 ; De Corall (١)

Préface P. 11 et 12

(٢) في الحكم الصادر في قضية Stein بتاريخ ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قرر مجلس الدولة أن الدولة حين تدير مرفقاً صناعياً أو تجارياً توجد إزاء عملاء المرفق في نفس المركز الذى يوجد فيه أى مقال عادى اللهم إلا إذا وجدت شروط خاصة *Clauses speciales* أو ظروف خاصة متعلقة بسير المرفق *Conditions partielieres de fonctionnement du service* « تضى على العقود الخاصة المبرمة بين الادارة والعملاء صفة العقود الادارية » . ويستفاد من منطوق هذا الحكم أن مجلس الدولة لا يستند في إضفاء صفة العقد الادارى على العقود التي تعقدتها المرافق الصناعية أو التجارية مع عملائها ، لا يستند المجلس في ذلك الى فكرة السلطة . وفي الحكم الصادر في قضية Jacquin بتاريخ ١٤ مايو سنة ١٩٤٨ أقرت المحكمة إختصاص المحاكم العادية بنظر النزاع على أساس أنه ليس في ظروف عمل المرفق فيما يتعلق بالألعاب النارية التي يتولى تنفيذها ما يجعل هذه العملية مختلفة عن مثلها مما يتولاه الأفراد . ومعنى هذا أن المحكمة لم تستند في تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع الى فكرة السلطة وإنما إكتفت بالاستناد إلى قيام تشابه قام بين العملية التي قام بها المرفق ومثلها مما يقوم به الأفراد (أنظر Waline المرجع السابق ص ٧ ، ٨) .

ويبدو لمن يتأمل فيما كتبه Hauriou بصدد تحديد أساس القانون الإداري أنه وان كان يؤيد فكرة السلطة كأساس للقانون الإداري (١) ، إلا أنه لا يطلق يد السلطة العامة في استخدام حقوق السلطة وامتيازاتها ازاء الأفراد ، ولا يكتفي بما تفرضه هذه السلطة على نفسها من قيود بمحض إرادتها ، ولكنه يرى أن القيود المفروضة على حقوق السلطة العامة لم تعد قيوداً خاضعة لأرادتها وحدها أي لم تعد مجرد قيود إرادية اختيارية ولكنها تحولت بارادة هذه السلطة الى قيود موضوعية فأصبحت بذلك نظاماً مفروضاً على السلطة العامة . وهذا النظام المفروض هو نظام المرافق العامة (٢) .

ويكاد رأى هوريو يتفق مع رأى أنصار نظرية المرافق العامة فيما تتعلق بالقيود المفروضة على حق الادارة في استخدام حقوق السلطة إزاء الأفراد . فهذه القيود تتركز في الحالتين في المرافق العامة . وينحصر الفرق بين الرأيين في أن أنصار نظرية المرافق العامة يقولون أن هذه القيود تستمد قوتها الالزامية من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها التي تستمد قوتها بدورها من المرافق العامة ، بينما يرى هوريو أن السلطة العامة هي التي قبلت بارادتها تقييد سلطتها بهذا القيد وأن هذا القيد تحول بارادتها من قيد اختياري الى قيد موضوعي ملزم . والفارق بين الرأيين كما يبدو ليس سوى فارق نظري ليس له أي أثر قانوني طالما أن هوريو يسلم في النهاية بأن فكرة المرافق العامة تفرض سلطانها على الادارة العامة كقيد موضوعي وأن هذا القيد لم يعد يستند الى إرادة ذاتية حرة للسلطة الإدارية .

(١) يرى Hauriou أن القانون الإداري هو قانون السلطة العامة

Uu droit de puissance publique

وهو يعرف هذا القانون بأنه القانون الذي ينظم النشاط القانوني والفني للإدارات العامة Administrations publiques بما في ذلك استخدام الإمتيازات المقررة لها (Précis elementaire de droit adm 3em et 1933 Preface et P. 12

“ Ainsi si le regime administratif repose essentiellement sur le pouvoir, (٢)

il faut reconnaitre que le pouvoir s'est institué C. a d. encadre dans une organisation soumise a une idee, Cette idee est celle d'un service a rendre au public ou du service public . . .

وأنظر أيضاً في شرح هذا الرأي

(Buttgenbach : Théorie generale des modes de gestion des services publics en Belgique 1952 P. 7 et suiv) .

ويبدو كذلك أن الفقيه Vedel وهو أيضاً من أنصار نظرية السلطة ومن خصوم نظرية المرافق العامة لا يأخذ بنظرية السلطة على إطلاقها .

فهو يرى أن نشاط السلطة التنفيذية هو وحده الذى يمكن أن يخضع لأحكام القانون الادارى ولاختصاص القضاء الأدارى . وأن رسالة هذه السلطة (السلطة التنفيذية) تشمل طبقاً لنص المادة ٤٧ من الدستور (الفرنسى) صيانة النظام العام بواسطة البوليس وسد الحاجات العامة للمجتمع عن طريق المرافق العامة . وعلى هذا فلا محل فى نظره لتطبيق القانون الادارى وتقرير اختصاص القضاء الادارى الا حيث يوجد نشاط يتعلق بتنفيذ رسالة السلطة التنفيذية . والسلطة التنفيذية تعمل أصلاً بمقتضى ما لها من حق السيادة الذى يخولها امتيازات خاصة إزاء الأفراد . وعلى هذا فان نشاط السلطة التنفيذية الذى يخضع للقانون الادارى ولاختصاص القضاء الادارى ، هو النشاط الذى تستخدم السلطة التنفيذية فى مباشرته ما تتمتع به من امتيازات خاصة هى امتيازات السلطة العامة . والنشاط المتعلق بصيانة النظام العام هو بطبيعته من هذا النوع . أما النشاط المتعلق بالمرافق العامة فان لا يكون دائماً كذلك نظراً لأنه يوجد فى الوقت الحاضر مرافق تدار وفقاً لأساليب القانون الخاص . ولهذا فانه لا يخضع من هذا النشاط للقانون الأدارى الا ما تستخدم السلطة التنفيذية فى مباشرة حقوق السلطة وامتيازاتها .

وهذه خلاصة رأى Vedel كما حددها هو فى مقال نشره سنة ١٩٥٤ فى مجلة مجلس الدولة الفرنسى (١) .

وإذا لاحظنا أن صيانة النظام العام هو فى حقيقته مرفق عام ، فانه يمكن القول بأن Vedel يشترط لخضوع النشاط الذى تقوم به السلطة الادارية ، للقانون الادارى ، كما يشترط لتقرير اختصاص القضاء الادارى شرطان :

الأول : أن يكون هذا النشاط متعلقاً بمرفق عام .

والثانى : أن تستخدم السلطة التنفيذية فى مباشرته حقها فى السيادة .

(١) Les bases constitutionnelles du droit administratif, conseil d'état :

Etudes et documents 1954 P. 21 et suiv.

ويفهم من هذا أن Vedel يعتبر المرافق العامة عنصراً أساسياً في تكوين القانون الإداري (١).

(ثالثاً) رأى الفقيه Waline في تحديد أساس القانون الإداري :

يرى Waline أن المرافق العامة لا تصلح أساساً للقانون الإداري نظراً لغموض فكرتها وعدم وجود تعريف قانوني محدد لها ، وعدم إمكان الاستناد إليها في تحديد نطاق القانون الإداري تحديداً دقيقاً بسبب خضوع المرافق الصناعية والتجارية للقانون الخاص .

وهو يرى الاستعاضة عن فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الإداري بفكرة المنفعة العامة *l'idee d'utilité publique*

ويقول في تأييد وجهة نظره أن الإدارة حين تستخدم حقوق السلطة وحين تقرر إدارة مرفق عام وفقاً لأحكام القانون الإداري إنما تفعل ذلك لتحقيق مصلحة عامة .

فتمطيق القانون الإداري على المرافق الإدارية دون المرافق الصناعية والتجارية يتقرر وفقاً لما تمليه فكرة المنفعة العامة وحاجة النوع الأول من المرافق دون الثاني لقواعد القانون الإداري .

وكذلك الحال بالنسبة لتطبيق القانون الإداري على العقود التي تبرمها الإدارة فإنه إنما يتقرر وفقاً لما تقتضيه فكرة المنفعة العامة (٢) .

وأهم ما يلاحظ على رأى Waline أنه لا يقدم معياراً محدداً ، لأن فكرة المنفعة العامة لا تحمل معنى محدداً تستقل به وهي إن صلحت عنصراً يدخل

(١) يعترف Vedel في خلال مقاله صراحة في أكثر من موضع بأهمية المرافق العامة في القانون الإداري ، فهو يقرر صراحة في مقاله المذكور ما يلي :
"Ainsi le service public demeure une notion essentielle du droit Administratif."
(المرجع السابق ص ٤١) .

(٢) *Juris classeur administratif* المرجع السابق المقدمة ص ٤ وما بعدها .

في تكوين فكرة المرافق العامة أو فكرة السلطة العامة فإنها لا تصلح معياراً مستقلاً يرجع إليه في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري .

(رابعاً) رأى Chenot

تمهيد : قلنا في أكثر من موضع فيما تقدم أنه في الوقت الذي كان فيه نشاط الدولة محصوراً في النطاق الإداري البحت ، وهو الوقت الذي سادت فيه النظرية الكلاسيكية للمرافق العامة ، كانت المرافق العامة كلها مرافق من نوع واحد يتكون من عناصر متجانسة كلها تدخل في دائرة القانون العام . هذه العناصر هي على التحديد ١- شخص إداري (من أشخاص القانون العام) ، ٢- يباشر نشاطاً عاماً (هدفه النفع العام) ، ٣- وفقاً لأحكام القانون العام .

وعلى هذا الأساس كان هناك توافق تام بين المرافق العامة والقانون الإداري بمعنى أن المرافق العامة كانت تخضع في كل عناصرها للقانون الإداري . فالهيئة التي تدير النشاط هيئة عامة تخضع للقانون الإداري ، والنشاط الذي تديره نشاط عام (نفع عام) يخضع للقانون الإداري . ولهذا لم يكن القضاء ولا الفقه يعني بالفرقة بين الهيئة التي تدير النشاط وبين النشاط ذاته فكلاهما مرفق عام يخضع لأحكام القانون الإداري .

غير أنه مع تطور الظروف الاقتصادية ومع حلول نظريات الاقتصاد الموجه محل نظريات الاقتصاد الحر ، بدأت الدولة تتدخل في الميدان الاقتصادي وتنشئ هيئات جديدة تدير نشاطاً من نوع جديد ، نشاطاً تجارياً وصناعياً من نفس نوع النشاط الذي يتولاه الأفراد . ومع هذا التطور بدأت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي (١) تفرق بين الهيئة التي تدير

(١) من أحكام هذا النوع التي أثارت أعنف وأشد نقاش عرف بين فقهاء القانون العام في فرنسا الحكم الصادر في قضية Monpeurt بتاريخ ٣١ يولييه سنة ١٩٤٢ (D. C. 1942, 138) والحكم الصادر في قضية Bouguen بتاريخ ٢ ابريل سنة ١٩٤٣ (S. 1944. 3. 1) .
قرر مجلس الدولة في الحكم الأول أن لجان التنظيم Comités d'organisation التي أنشأها =

النشاط وبين النشاط ذاته ، وقرر المجلس في بعض أحكامه اعتبار بعض أنواع النشاط الاقتصادي الذي تتولاه الهيئات الجديدة التي أنشأتها الدولة مرافق عامة دون أن يتعرض للهيئة التي تدير هذا النشاط بأى اشارة فلم يقرر ما اذا كان يعتبر هذه الهيئة مؤسسة عامة أى شخصاً ادارياً يدير مرفقاً عاماً وفقاً للتعريف التقليدى للمؤسسات العامة أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص أو شخصاً إدارياً من نوع جديد . وفرق بين أعمال الهيئات التي تدير هذا النشاط فأخضع بعضها للقانون الادارى ، والبعض الآخر للقانون الخاص .

واختلف الفقه الفرنسى في تقديره لهذه الأحكام اختلافاً كبيراً . فانتقد البعض (١) انكار صفة المؤسسة العامة بالنسبة للهيئات التي تدير مرافق عامة وتتمتع في مباشرة نشاطها بامتيازات السلطة العامة ، ورأوا اعتبارها مؤسسات عامة صناعية وتجارية تخضع للقانونين العام والخاص معاً ، ورأى البعض اعتبار هذه الهيئات التي تدير مرافق عامة مؤسسات خاصة ، واعتبرها فريق ثالث أشخاصاً إدارية من نوع جديد (٢) .

رأى Chenot : أما Chenot فوقف إزاء هذه الأحكام موقفاً متطرفاً أثار نقد معظم فقهاء القانون العام الفرنسى (٣) . فقد أغفل الاشارة الصريحة الى المرافق العامة التي وردت في كثير من هذه الأحكام ، وخرج من دراستها برأى شخصى خلاصته أن القضاء الادارى لم يعد يهتم بالنظريات القانونية ، وهو لا يعنيه أن يؤسس أحكامه على نظرية قانونية معروفة أو نظام قانونى معين ، ولكنه تحرر في اتجاهاته الحديثة من سلطان النظريات القانونية ،

== القانون لحصر المواد اللازمة للصناعات والاشراف على توزيعها تحت إشراف الوزير المختص ، قرر المجلس أن هذه اللجان تدير مرفقاً عاماً هو مرفق التوجيه الاقتصادي دون أن تحدد صفة هذه اللجان .

وقرر في الحكم الثانى أن نقابة الأطباء تدير مرفقاً عاماً دون أن يحدد صفة النقابة ذاتها . وهو في كلا الحكمين اعتبر النشاط في ذاته مرفقاً عاماً وأغفل تحديد طبيعة المنظمة التي تدير النشاط .

(١) : Drago : Les crises de la notion d' établissements publics 1950 p 100

(٢) أنظر في كل ذلك De Corail المرجع السابق ص ١٥٣ وما بعدها .

(٣) De Corail p. 167, Waline : Juris - cleseur administratif Preface

فهو ينظر لكل عمل على حدة دون نظر للهيئة التي صدر عنها ، ويقضى في كل حالة إما بتطبيق القانون الخاص أو تطبيق القانون العام وفقاً لطبيعة العمل ذاته وبالرجوع للظروف المحيطة به .

ورتب Chenot على ما تقدم نتيجة أخرى هي أن القضاء الإداري في نظره لا يؤسس أحكامه على نظرية المرافق العامة ، ولكنه ينظر الى طبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن صلته بالمرفق العام ، وأن المرفق العام لم يعد هيئة organisation أو مشروعاً entreprise أو نشاطاً من نوع خاص يرجع اليه القضاء في تحديد نطاق القانون الإداري ، ولكنه أصبح مجرد نظام قانوني regime de droit يطبقه القاضي في الحالات التي يرى فيها أن العمل محل النزاع هو حسب طبيعته وظروفه من نوع الأعمال التي يحكمها القانون العام (١) .

وقد قوبلت آراء Chenot باعتراض ونقد شديد من معظم فقهاء القانون العام في فرنسا . فقبل في نقدها :

١ - أنها تتعارض مع الحقيقة التي تؤيدها أحكام مجلس الدولة الفرنسي . فلا يزال مجلس الدولة يعترف بوجود المرافق العامة ويستند اليها في قضائه (٢) .

٢ - أنها لا تتضمن أى تحديد للعناصر التي يمكن الرجوع اليها في تحديد طبيعة العمل موضوع النزاع وما إذا كان يخضع للقانون العام أو للقانون الخاص (٣) .

٣ - ان إطلاق الحرية للقاضي في أن يحكم في كل ما يعرض عليه من منازعات وفقاً لظروف كل حالة على حدة دون التقيد بالنظريات والمبادئ القانونية يجعل القضاء قضاء تحكيمياً خاضعاً لمحض رأى القاضي وإرادته ويحرم المتقاضين من أهم ضمانات القضاء (٤) .

(١) "Le service public n'est plus une institution, c'est un régime, c'est l'application des règles du droit public a certains actes..."

V. chenot : La notion de service public dans la Jurisprudence économique du conseil d'état (Conseil d'état, études et documents 1950 P. 77 et suiv)

De Corail P° 168 — 169 (٢) و (٣)

(٤) Waline المرجع السابق ص ١٤

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه فى مصر

على أى أساس يمكن إقامة بناء القانون الإدارى المصرى وما المعيار الذى يمكن الرجوع إليه لتحديد نطاق تطبيق هذا القانون (١) ؟

أثار البحث فى تحديد أساس القانون الأدارى ونطاق تطبيقه فى فرنسا نقاشاً فقهياً حاداً عرضنا صورته كاملة فيما تقدم . والمعروف أن القانون الإدارى المصرى كالقانون الإدارى الفرنسى هو قانون غير مقنن . وفى مصر كما هو الحال فى فرنسا لا توجد نصوص تحدد بصفة قاطعة الأساس الذى يشاد عليه بناء هذا القانون أو تحدد نطاق تطبيقه .

فالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة وهو أهم التشريعات الإدارية فى مصر نص صراحة على اختصاص محاكم القسم القضائى بمجلس الدولة بنظر طلبات الغاء القرارات الأدارية سواء أكانت صادرة فى شأن الموظفين العموميين أو فى شأن الأفراد . كما نص على اختصاص هذه المحاكم بنظر المنازعات الخاصة بمرتبات ومعاشات ومكافآت الموظفين العموميين أو لورثتهم ، والمنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر (م م ٨ و ١٠) .

لكن المشرع لم يعن فى هذا القانون بتحديد المعيار الذى يرجع إليه فى تعريف الموظف العمومى والقرار الإدارى والعقد الإدارى ، وهذا معناه أن قانون مجلس الدولة أغفل تعيين أساس القانون الإدارى فى مصر .

(١) نود أن ننبه بصفة خاصة الى ان البحث فى هذا الموضوع ما كان ليثار مطلقا لو أن القانون الإدارى كان ممتنا لان النصوص التشريعية كانت تتكفل فى هذه الحالة بتقرير المبادئ العامة لهذا القانون وتحديد نطاق تطبيقه .

حقيقة يلاحظ أن بعض التشريعات المصرية الحديثة أشارت في نصوص صريحة الى المرافق العامة (١) ، وأورد المشرع في هذه النصوص بعض مبادئ وأحكام القانون الإدارى المتعلقة بالمرافق العامة (٢) ، كما أن المذكرة الأيضاحية لقانون مجلس الدولة الحالى (رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥) والمذكرات الأيضاحية لبعض التشريعات الأخرى ، أشارت صراحة الى المرافق العامة ولمبادئ القانون الإدارى التى تحكمها (٣) .

ولا شك أن ما ورد فى نصوص هذه التشريعات ومذكراتها الأيضاحية يدل على أن المشرع المصرى أقام المبادئ التى تضمنتها بعض هذه التشريعات على أساس فكرة المرافق العامة . لكنه لا يصلح دليلاً قاطعاً على أن المشرع المصرى أراد أن يقيم بناء القانون الإدارى كله على أساس فكرة المرافق العامة أو أنه أراد أن تكون المرافق العامة هى المعيار الوحيد الذى يرجع إليه فى تحديد نطاق تطبيق القانون الإدارى فى مصر . بل أنه يبدو من مراجعة نصوص بعض التشريعات المصرية أو مذكراتها الأيضاحية ، أن فكرة المرافق العامة ذاتها لا تزال محوطة بشئ من الغموض يجعل من المتعذر على الباحث أن يستخلص من نصوص هذه التشريعات معنى محدداً واضحاً للمرفق العام . فى قانون بلدية القاهرة مثلاً (معدلاً بالقانون رقم ٢٧٨ لسنة ١٩٥٤) حددت المادة ٢٠ اختصاصات المجلس البلدى كما يلي :

(١) أنظر القانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥٦ بتعديل قانون إنشاء مجلس بلدى القاهرة والقانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تعديل شروط استغلال المرافق العامة فى دوائر اختصاص وزارة الشؤون البلدية والقروية والمجالس البلدية . والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية فى منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه الإقليمية . والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للركاب بالسيارات .

(٢) أنظر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ بإضافة مادة جديدة الى القانون السابق .

(٣) أنظر بصفة خاصة المذكرة الأيضاحية للقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ السابق

الإشارة إليه .

يختص المجلس بالاشراف على تنفيذ قانونه ولائحته الداخلية ... الخ .
كما يختص باصدار القرارات في المسائل الآتية :

(أولاً)

- ١ - عمليات المياه والانارة والمجارى وشئون النظافة العامة ووسائل المواصلات .
- ٢ - إنشاء الشوارع والميادين والقناطر والمنزهات العامة أو إغلاقها أو حفظها ... الخ .
- ٣ - الأسواق العامة والمذابج والحمامات والمغاسل العامة .
- ٤ - الجبانات .
- ٥ - دور التمثيل والسينما والملاهى وغيرها من المحال العمومية .
- ٦ - الاعلانات على اختلاف أنواعها .
- ٧ - كل ما يتعلق بالمطافى وجميع الاجراءات الخاصة بالوقاية من الحريق .
- ٨ - الشئون الصحية العامة للمدينة .
- ٩ - كل ما يتعلق بالمرافق العامة .

والواضح أن معظم المسائل التي وردت في الفقرات من (١) الى (٨) هي مرافق عامة وفقاً لما استقر على رأى الفقه والقضاء . ومع ذلك فقد نص المشرع في فقرة خاصة هي الفقرة (٩) على المرافق العامة . وقد يوهم هذا الوضع بأن المشرع يعتبر المسائل التي وردت في الفقرات السابقة على الفقرة (٩) مختلفة في نوعها وطبيعتها عن المسائل التي أشار إليها في الفقرة (٩) أى أنه لا يعتبرها مرافق عامة (١) .

(١) تكرر النص بنفس الصيغة ونفس الوضع في قانون بلدية الاسكندرية معد لا بالقانون

٢٧٩ لسنة ١٩٥٤

واستعمل المشرع الدستوري اصطلاح « المرافق العامة » في المادة ٩٨ من دستور جمهورية مصر ، وتكلم في المادة ١٣٧ عن حق رئيس الجمهورية في إصدار القرارات اللازمة لترتيب « المصالح العامة » ، مما قد يثير الشك في حقيقة المقصود من الاصطلاحين .

وبالنسبة للقضاء الادارى في مصر ، يلاحظ أن محكمة القضاء الادارى قررت في بعض أحكامها أن الموظف العمومي هو من يعهد اليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام (١) وأن المؤسسات العامة أشخاص ادارية تقوم على إدارة مرفق عام أو مرافق عامة معينة محددة (٢) ، وأن طبيعة القرار الادارى تحدد بالرجوع الى المعيار الشكلي أى بالرجوع الى السلطة التي أصدرت القرار (٣) وأن النقابات ومنها نقابة المهن الهندسية وان لم تدخل في نطاق المؤسسات العامة الا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام ، ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعاوى الالغاء أمام القضاء الادارى (٤) . وقضت المحكمة الادارية العليا برفض طلب وقف تنفيذ قرار إدارى على أساس أن اجابة هذا الطلب يترتب عليه تعطيل سير مرفق عام (٥).

(١) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسته ٨ مارس سنة ١٩٥٣ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى س ٧ ص ٦١١) .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسته ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى س ٦ ص ٥٣٤) والأحكام الأخرى العديدة التي أصدرتها نفس الدائرة بنفس المعنى .

(٣) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسته ٣٠ يونية سنة ١٩٥٣ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى س ٧ ص ١٨٢٥) وحكمها الصادر في ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ « مجموعة س ١١ ص ٢٠٣ » .

(٤) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسته ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجلة المحاماة س ٣٣ ع ٧ ص ١٠١٥) ويبدو أن المحكمة تأثرت في هذا الحكم بقضاء مجلس الدولة الفرنسى السابق الإشارة اليه في قضيتي Bouguen ، Monpeurt ، فجارت هذا بقضاء في إنكار صفة المؤسسة العامة على نقابة المهن الهندسية وإن كانت خالفت الأحكام الفرنسية في الاعتراف لها صراحة بصفة الشخص الادارى بعكس الحال في فرنسا كما سبق البيان .

(٥) حكم صادر بجلسته ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ (مجموعة المبادئ القانونية التي أصدرتها المحكمة الإدارية العليا س ١ ع ١ ص ٦٤)

ومع ذلك فانه لا يستفاد من مجموع الأحكام التي أصدرها قضاؤنا الإداري الى اليوم ، أنه قطع برأى في تحديد أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه . ولا يزال واجب الفقه يقتضيه أن يبذل مزيداً من الجهد في سبيل تحديد الأساس الذي يتعين أن يشاد عليه بناء القانون الإداري .

- ٣ -

رأينا في تحديد أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه في مصر

لقد أخذت مصر بالنظام الإداري الفرنسي ، فأنشأت قضاءً إدارياً مستقلاً على غرار القضاء الإداري الفرنسي ، وتكون فيها قانون إداري مستقل على غرار القانون الإداري الفرنسي . وتردد الفقه الفرنسي في معرض تحديد أساس القانون الإداري الفرنسي ونطاق تطبيقه بين معيارين سبقت الإشارة إليهما وإلى ما دار حولهما من نقاش وهما فكرة السلطة وفكرة المرافق العامة . فهل يمكن الأخذ بأحد هذين المعيارين في مصر ؟ .

إن الاستناد إلى فكرة السلطة وحدها في بناء القانون الإداري وتحديد نطاق تطبيقه يؤدي إلى إطلاق يد السلطة الإدارية في التدخل في شؤون الأفراد وفرض القيود على حقوقهم وحررياتهم دون أن تكون هناك قيود مفروضة عليها لضمان حقوق الأفراد وحررياتهم ، وهذا يخالف أحكام الدستور المصري . فقد كفل دستور جمهورية مصر حقوق الأفراد وحررياتهم وحرم المساس بها إلا في حدود القانون (١) .

== ويتلخص موضوع القضية التي صدر فيها الحكم فيما يلي :

طلب المدعي وقف تنفيذ القرار الصادر بنزع ملكية أرض مملوكة له لإقامة مستشفى عليها وأثناء نظر الدعوى استبان للمحكمة أن الاستيلاء على الأرض قد تم بمعرفة الإدارة وشرع فعلا في إقامة المستشفى عليها . تمسك المدعي بأن الأرض كانت خالية وقت تقديم طلب وقف التنفيذ . قررت المحكمة رفض طلب وقف التنفيذ وقالت في تبرير حكمها " ... مهما يكن من أمر في قيمة هذا الادعاء (بأن الأرض كانت خالية عند تقديم الطلب) عند نظر أصل الموضوع فإن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد بل يجب أن تعلق المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق بتسيير مرفق عام " .

(١) راجع مواد الباب الثالث من الدستور في تحديد "الحقوق والواجبات العامة" .

وطبقاً لنصوص الدستور لا يجوز للسلطة الادارية أن تتخذ إجراء ماساً بحريات الأفراد وحقوقهم الا في حدود القانون .

وقد رأينا كيف عالج الفقيه Hauriou في فرنسا هذا العيب ، فانه مع انتصاره لفكرة السلطة كأساس للقانون الإدارى يرى أن السلطة الادارية مقيدة في مباشرة نشاطها بقيد موضوعى هو المرافق العامة (١) .

ومع ذلك فانه يبدو أن الرأى القائل بحق السلطة الادارية في تقييد حقوق الأفراد وحرّياتهم دون أن تكون سلطتها في ذلك مقيدة بأى قيد طالما أنها تعمل في سبيل أداء رسالتها العامة مستهدفة المصلحة العامة . يبدو أن هذا الرأى له أنصار في مصر (٢) .

وعلى عكس هذا تبدو فكرة المرافق العامة أساساً صالحاً لبناء القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه، لأن المرافق العامة وفقاً لما استقر عليه رأى الفقه

(١) راجع في عرض رأى Hauriou ماتقدم ص ١٣

(٢) نقرأ في رسالة الدكتور محمد كامل سند ليله عن " النظرية العامة للتنفيذ المباشر في القانون الادارى " ما يلى :

"ان الادارة تتمتع بجانب من السلطة العامة وتستطيع استخدامها في الوقت المناسب اذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك ، ولا يصح الاعتراض على هذا التصرف من جانب الادارة بحجة أنها عندما تستخدم القوة من تلقاء نفسها تخالف بذلك القانون اذ المفروض ان الادارة جادة في تصرفاتها فهي تحضر قراراتها بعناية وتفحص الموضوع بدقة بواسطة الخبراء والفنيين وتزن الأمور لتعيين مالها وما عليها وتتصرف بعد ذلك على ضوء بحثها وتحقيقها للموضوع كما يفعل القاضى تقريباً (ص ١٤٥) ويقول في موضع آخر " ان تصرفات الادارة مقصود بها نفع عام فإن تعارض تحقيق النفع العام واصطدم بحرية فرد أو مجموعة افراد فلا غضاضة في ذلك اذ أننا نقارن بين الأهم والمهم والصالح العام هو المقدم ... " (ص ١٤٧).

ويرى فريق كبير من فقهاء القانون العام في مصر أن من حق السلطة الادارية أن تتخذ ما تراه لازماً من إجراءات البوليس ضد حريات الأفراد وحقوقهم ولو لم يوجد نص قانونى يخولها هذا الحق ، ويررون رأيهم بأن المحافظة على النظام العام تدخل في الاختصاصات الطبيعية لسلطة البوليس دون حاجة للنص عليها وان من حق هذه السلطة أن تعمل لصيانة النظام من تلقاء نفسها دون حاجة لنص خاص يخولها هذا الحق .

(أنظر رأى الدكتور السيد صبرى ، الدكتور حسن راشد جرائه ونقده في دروس القانون الادارى للمؤلف طبعة سنة ١٩٤٦ ص ٣٤٦ وما بعدها) .

وأساس هذه الآراء نظرية السلطة التي سبق شرحها وعبها ظاهر في هذا التطبيق .

الحديث في فرنسا وفي مصر هي مشروعات (١) تنشأ بقانون أو بناء على قانون لتحقيق أغراض النفع العام وتخضع في إدارتها للرأى الأعلى للسلطة الحاكمة .

فاذا اتخذت المرافق العامة أساساً للقانون الإدارى فإنه يترتب على هذا أن الإدارة لا يكون لها حق استخدام امتيازاتها المقررة في القانون الإدارى الا اذا كان العمل الذى تقوم به متعلقاً بمرفق عام ومتفقاً مع حاجات المرافق العامة . فاذا اقتضت مصلحة المرفق أن تتدخل السلطة الإدارية في نشاط الأفراد وأن تقيّد حقوقهم لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فان استخدامها لسلطتها في هذا الشأن يكون متفقاً مع المبادئ الدستورية العامة ومع نصوص دستور جمهورية مصر بصفة خاصة ، لأن استخدام السلطة في هذا الحالة يكون مستنداً الى القانون الذى أنشأ المرفق العام .

وقد أنشئت مبادئ القانون الإدارى المعروفة الآن في فرنسا على أساس فكرة المرافق العامة ، وكان لمدرسة المرافق العامة هناك أكبر الفضل في مقاومة نظرية السيادة المطلقة وتقييد حق السلطات العامة في استخدام سلطتها ازاء الأفراد ، كما يعترف بذلك صراحة خصوم نظرية المرافق العامة أنفسهم (٢) .

غير أنه يلاحظ أن المرافق العامة لم تعد كلها في الوقت الحاضر مرافق إدارية تحتم (٣) وأن المرافق الصناعية والتجارية تخضع باتفاق الفقه والقضاء في الوقت الحاضر للقانونين العام والخاص معاً كل في نطاق محدد .

(١) التعبير عن المرفق بأنه مشروع يشمل المنظمة التي تدير النشاط كما يشمل النشاط ذاته فالتعليق مثلاً مرفق عام والمدارس والجامعات كذلك مرافق عامة وقولنا أن المرفق مشروع يحدد النشاط الذى يعتبر مرفقاً بأنه النشاط المنظم .

(أنظر كتاب المرافق العامة للمؤلف طبعة سنة ١٩٥٢ . وانظر أيضاً :

Buttgenbach : Théorie generale des modes de gestion des services publics en (Belgique 1953 P. 27 et suiv.)

(٢) يقول الأستاذ Vedel

“... l'ecole du service public a efficacement combattu et dissipé les vieux fantomes de la souverainete illimitée, et de la transcendance absolue de la puissance publique . . . ”

(Conseil d' etat, Etudes et documents 1954 P. 35 et 36)

(٣) المرافق الادارية تعتمد بطبيعتها على عنصر السلطة في إدارتها ولهذا فإنها تخضع كقاعدة

عامة للقانون الادارى في جميع أوجه نشاطها .

ولهذا فان فكرة المرافق العامة لم تعد تصلح وحدها أساساً كافياً لإنشاء مبادئ القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه . لأن مصلحة المرافق العامة الصناعية والتجارية لا تستلزم في كل الأحوال إنشاء قاعدة ادارية تحكمها . وقواعد القانون الخاص قد تكون أكثر ملاءمة لتحقيق أهداف هذه المرافق بالنسبة لبعض أوجه النشاط الذى تتولاه .

وعلى هذا فان وجود مرفق عام صناعى أو تجارى لا يستتبع حتماً تطبيق مبادئ وقواعد القانون الادارى . بل أن الأمر يتطلب فى مثل هذه الحالات البحث عن معيار تكميلى يرجع اليه فى تحديد نطاق تطبيق كل من القانون الادارى والقانون الخاص فى دائرة نشاط المرافق الصناعية والتجارية . هذا المعيار التكميلى هو فى رأينا فكرة السلطة .

لكننا اذ نقرر الأخذ بمعيار السلطة فى هذا النطاق نحرص على أن ننبه الى أمرين :

الأول : أننا لا نوافق على ما ذهب اليه أنصار نظرية السلطة فى فرنسا فى تحديد هذا المعيار .

فهم يشترطون لتوافر عنصر السلطة ، أن تكون السلطة الادارية قد استخدمت فعلا فى مباشرة نشاطها وسيلة من وسائل القانون العام أى أن تكون قد اتخذت لإجراءاً من الاجراءات التى تختص السلطة العامة وحدها باتخاذها أو أن تكون قد ضمنت العقد الذى تبرمه مع الأفراد شرطاً مغايراً للشروط المعروفة فى القانون الخاص (١) .

ونحن نرى على العكس أن يكفي لتوافر عنصر السلطة أن يتبين من نصوص القانون الذى أنشأ المرفق أن ارادة المشرع قد انصرفت الى إخضاع جزء محدد من نشاط المرفق للقانون الادارى سواء ظهرت هذه الارادة صريحة فى النصوص أو أمكن استخلاصها من مجموع النصوص .

(١) Clauses eparbitante du droit Commun وتأخذ بهذا الرأى فى مصر محكمة

القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦/١٢/١٩٥٦ (مجموعة س ١١ ص ٨٧ حكم رقم ٥٩)

ذلك لأن ظهور هذه الارادة معناه أن المشرع أراد أن يباشر هذا الجزء المحدد من نشاط المرفق بمقتضى ما تملكه الإدارة من امتيازات بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة وسيادتها .

فاذا تعذر استخلاص إرادة المشرع من النصوص ، فانه يمكن الاستدلال على هذه الارادة بالرجوع للقرائن القانونية أولاً ثم لارادة الهيئة التي يعهد اليها بادارة المرفق .

ويختلف مدلول القرائن القانونية بالنسبة للمرافق الادارية عنه بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية .

فالمرافق الادارية يفترض أصلاً أنها تنشأ دائماً لتدار بوسائل القانون العام ويعتمد في إدارتها على حقوق السلطة المقررة للإدارة ، ويجوز استثناء أن تباشر الإدارة عملاً من الأعمال المتعلقة بهذه المرافق بنفس الوسائل التي يستخدمها الأفراد في مشروعاتهم الخاصة وفقاً لأحكام القانون الخاص ، إلا أنه في هذه الحالة الاستثنائية لا يمكن اعتبار العمل مدينياً يخضع لأحكام القانون المدني إلا اذا ظهرت نية الإدارة في استخدام وسائل القانون الخاص واضحة جلية .

أما المرافق الصناعية والتجارية ، فالمفروض أنها تنشأ لتدار في جزء من نشاطها على الأقل بوسائل القانون الخاص . فاذا لم تبين نية المشرع بالنسبة لتحديد نطاق تطبيق القانونين الخاص والعام في نشاط هذه المرافق ، فانه يفترض أنه أراد اطلاق الحرية للسلطة الادارية في استخدام الوسائل التي تراها ملائمة لكل نوع من أنواع النشاط . فان تبين أن السلطة الادارية اعتمدت في مباشرتها لعمل متعلق بنشاط هذه المرافق على حقوق السلطة كان العمل ادارياً وطبقت بالنسبة له أحكام القانون الإداري (١) ، وإن تبين العكس أو لم يتبين قصد الإدارة أصلاً طبقت أحكام القانون الخاص

(١) وطبيعي أن هذه النية تكون أكثر وضوحاً في حالة استخدام الادارة فعلاً وسيلة من وسائل القانون العام أو اتخاذ اجراء مما لا يملك الأفراد اتخاذه أو اذا صممت العقد شرطاً مغايراً للشروط المعروفة في العقود المدنية .

على أساس أن المفروض أن المرافق الصناعية والتجارية تنشأ أصلاً لتدار بوسائل القانون الخاص .

الثاني : اننا نطبق معيار السلطة هنا في نطاق يختلف كل الاختلاف عن نطاق تطبيقه في رأى أنصار نظرية السلطة في الفقه الفرنسى .

فأنصار نظرية السلطة في فرنسا يرون أن وجود عنصر السلطة في أى عمل أو نشاط تقوم به الإدارة يكفى وحده لكي يصبح النشاط خاضعاً لأحكام القانون الإدارى . ومعنى هذا أن الإدارة تملك حرية الاستفادة من الامتيازات التى يقرها القانون الإدارى بارادتها وحدها . فاذا رأت أن تتخذ إجراء مقيداً لحقوق الأفراد وحرىاتهم واستخدمت في القيام به وسائل القانون العام ، فان هذا الاجراء يعتبر لذلك عملاً ادارياً يخضع لأحكام القانون الأدارى ويتمتع بالحصانة المقررة في القانون الإدارى للأعمال الادارية دون أن تكون سلطة الإدارة مقيدة في كل ذلك بأى قيد سوى ما تفرضه هي على نفسها بارادتها من قيود .

ونحن نرى على العكس أن القانون الإدارى لا يطبق الا حيث يوجد مرفق عام ولا تتمتع الإدارة في مباشرة نشاطها بالامتيازات التى يقرها القانون الإدارى الا حيث يوجد مرفق عام . ونظراً لأنه قد أصبح من الجائز طبقاً لما استقر عليه رأى الفقه والقضاء في الوقت الحاضر أن يطبق القانون الخاص مع القانون العام على بعض أنواع المرافق العامة . فقد رأينا الرجوع في هذه الحالة الى معيار السلطة لتحديد نطاق تطبيق كل من القانونين العام والخاص بالنسبة لهذا النوع من المرافق . وواضح أن معيار السلطة يستخدم هنا كمعيار تكميلي للمعيار الآخر الأصلى وهو المرافق العامة .

ويستخلص من كل ما تقدم أن المرافق العامة يجب في نظرنا أن تتخذ أساساً لإنشاء مبادئ وأحكام القانون الإدارى المصرى وتحديد نطاق تطبيقه . وأنه يجب أن يراعى في إنشاء هذه المبادئ والأحكام أن تكون موافقة لأغراض المرافق العامة وحاجاتها . وأنه لا يجوز تطبيق مبادئ وأحكام القانون

الادارى المصرى الا حيث يوجد مرفق عام وإن كانت هذه المبادئ لا تطبق
حتمًا بالنسبة لجميع أوجه النشاط المتعلقة بالمرافق العامة ، وإنما تطبق فقط
بالنسبة لما يباشر من هذا النشاط اعتماداً على فكرة السلطة .

وعلى هذا الأساس يمكن أن نعرف القانون الادارى المصرى بأنه القانون
الذى يحكم النشاط الذى يتولاه شخص من أشخاص القانون العام فى نطاق
المرافق العامة معتمداً فى مباشرته على ما يتمتع به من امتيازات بوصفه سلطة
عامة تتمتع بجزء من سيادة الدولة وسلطانها .

