

## الفصل الثالث

### نطاق المشروعية والاستثناءات الواردة عليه وخصائص القرار الإداري

#### التمهيد

إن تطبيق الإدارة لمبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون يَحْمِي حقوق الأفراد وحرّياتهم، ويحقق المصلحة العامة في ذات الوقت، بيد أنه يجب ألا يفضي ذلك إلى تكبيل يد الإدارة بقيود صارمة تقتل روح الإبداع والابتكار لديها؛ حتى لا يؤثر ذلك في حريتها في مباشرة أعمالها، وممارسة اختصاصاتها بأفضل السبل المتاحة، وبما يتوافق مع نظريات التنمية الإدارية وتطوراتها، في الوقت الذي توجد فيه الحاجة ماسة إلى تحقيق التوازن بين حقوق وحرّيات الأفراد وحرّية الإدارة في سعيها إلى تحقيق المصلحة العامة. ومع ذلك قد تطرأ ظروف استثنائية تحدّ من القدرة على تحقيق هذا التوازن في ظل الالتزام بالقانون القائم؛ فالالتزام بقواعد المشروعية العادية قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة، وتعرض سلامة الدولة وأمنها للخطر، مما يتطلب تخفيف الالتزام بالقواعد العادية، وتطبيق قواعد المشروعية الاستثنائية وهو ما يعرف بنظرية الضرورة، أو الظروف الاستثنائية، وحتى في الظروف العادية، فإن حاجة الإدارة تغدو ماسة في ظل العولمة، وتطوراتها العلمية، وثورتها المعرفية المتلاحقة؛ حتى تتمكن الإدارة من الإبداع والابتكار ومواكبة التنمية في مجال الإدارة العامة؛ مما يتطلب الاعتراف لها بقدر من الحرّية؛ لتتمكن من تحقيق التوازن المطلوب بين المصالح العامة، والمصالح الفردية الخاصة، وهذا ما يعرف بالسلطة التقديرية التي تحوّل الإدارة بأن تترخص في حدود القانون، وفكرتها تعمل في ظل قواعد المشروعية الكاملة، وبذلك فإن حرّية الإدارة لا تنال من قواعد المشروعية؛ وإنما عبارة عن حرّية الاختيار من بين الحلول المشروعة المتوفرة وفقاً لظروف الحال<sup>٣٣١</sup>.

كذلك قد يرد استثناء على الأصل العام المقرر، وهو خضوع تصرفات الإدارة لرقابة القضاء، إلا أنه ولاعتبارات معينة تتصل بسيادة الدولة الداخلية والخارجية أو بعلاقتها بالبرلمان أو أسباب أمنية، وغيرها من الأمور السيادية، ما يجعل تصرفات الإدارة تخرج عن ولاية القضاء إلغاءً وتعويضاً، وهي ما يطلق عليها

٣٣١- الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ١٠٨.

أعمال السيادة؛ ولكنها لا يقاس عليها، ولا يتوسع فيها؛ لأنها استثناء حقيقي<sup>٣٣٢</sup>، وخروج عن نطاق مبدأ المشروعية في الكثير من الأحيان.

وذلك أن تطبيق مبدأ المشروعية يقتضي خضوع السلطات العامة لمجموعة القواعد القانونية في الدولة على اختلاف مصادرها المكتوبة وغير المكتوبة، وهو ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري في مصر بالقول: "إنَّ ما انعقد عليه الاجتماع من أن الدولة إن كان لها دستور مكتوب وجب عليها التزامه في تشريعاتها، وفي قضائها، وفيما تمارسه من سلطات إدارية، وتعين اعتبار الدستور فيما يشمل عليه من نصوص، وفيما ينطوي عليه من مبادئ هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين، والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة التشريع"<sup>٣٣٣</sup>.

ومما سبق نستطيع القول: أن نطاق مبدأ المشروعية يتحدد مداه تبعاً للظروف، والاعتبارات المحيطة بالإدارة عند مباشرتها لأعمالها، وفي إطار سعيها إلى إيجاد التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة؛ وحدد الفقه ثلاث نظريات في هذا الشأن.

#### المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة أو الاستثنائية<sup>٣٣٤</sup>

تُعد القوانين من أهم أسس بناء الدولة، وإذا كان رجال الفقه والقضاء يؤكدون ضرورة الالتزام بمبدأ المشروعية الذي يتمثل في سيادة حكم القانون في الظروف العادية، فإن مقتضيات العدالة توجب التسليم بملاءمة القانون للواقع؛ حتى لا يتصف بالجمود حينما تمر الدولة بأحداث استثنائية قاهرة من شأنها المساس بكيانها، أو بالسلامة العامة للمجتمع، ولا تسعف التشريعات العادية في مواجهتها؛ فتلجأ الإدارة للتصدي لها بتدابير استثنائية<sup>٣٣٥</sup>، لا تقتصر بالخروج على مبدأ المشروعية بالنسبة للقرارات، بل تشمل العقود الإدارية أثناء تنفيذها، إذا ما طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن بالحسبان توقعها من قبل المتعاقدين، حيث في

٣٣٢- نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١١١-١١٢.

٣٣٣- الحكم الصادر في ٢١ يونيو ١٩٥٢. الطعن رقم ١٠٩. مجموعة أحكام القضاء الإداري في عشر سنوات. ص ١٣٥٧. (٤٤)

٣٣٤- أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه النظرية تسميات مختلفة. فهو مره يسميها (نظرية سلطات الحرب) وأحياناً يسميها (نظرية سلطات فترة الأزمة)، وتارة أخرى يطلق عليها تسمية (نظرية الظروف الطارئة)، وفي أحيان أخرى يسميها (نظرية الضرورة). والتسمية الأنسب هي (نظرية الظروف الاستثنائية)؛ لأنها تختص بالظروف الاستثنائية فقط. انظر: الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ١٧٩.

٣٣٥- الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ١٧٥.

هذه الحالة يتغلب مبدأ العدالة على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تحكم كافة العقود؛ لتحقيق التوازن والتعادل الاقتصادي بين طرفي العقد<sup>٣٣٦</sup>.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تُقيم أحكامها على أساس مفهوم الحق والعدالة، الذي يختلف عن مبدأ سلطان الإرادة، فقد سبقت غيرها من الشرائع في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، والتي يرى البعض أن مدلولها مستمد من القاعدة الرومانية التي تقول: "إنَّ سلام الشعب فوق القانون"، وفي ذلك دلالة على أن الضمير الأخلاقي السائد أقوى وأسبق من القانون، فهذه النظرية استثناء، أو قيد يرد على مبدأ سمو الدستور، والنتائج المترتبة عليه؛ ذلك أن الهدف من وجود القواعد الدستورية هو تنظيم ممارسة السلطة في الدولة بالتركيز على المبادئ التي تسعى إلى تقييد سلطة الحكام، وإيجاد نوع من التوازن والفصل بين مؤسسات الدولة المختلفة من أجل تأمين مبدأ سيادة القانون، وحماية حقوق وحرّيات الأفراد، وقامت هذه النظرية بوصفها نظرية قضائية - صاغها مجلس الدولة الفرنسي في إطار قانوني محدد - لسد العجز والقصور الذي يظهر في النصوص التشريعية القائمة في مواجهة الظروف الاستثنائية المستجدة، والتي لا تجدي في مواجهتها وسائل الضبط الإداري المألوفة، وهدفت إلى إنشاء مبادئ قضائية يقرها القضاء بغية تخويل الإدارة قدراً من السلطة تتناسب وتلك المواجهة<sup>٣٣٧</sup>.

وكان الفقيه الألماني هيغل (Hegel) هو أول من نادى بهذه النظرية التي تقوم على مبادئ جوهرية أهمها؛ أن الدولة هي التي أوجدت القانون لتحقيق مصالحها، فإذا كان الخضوع للقانون يضر بهذه المصالح فهي في حل منه، فالقانون هو وسيلة لتحقيق غاية، وهي حماية الجماعة، فإذا أصبح القانون لا يؤدي هذه الغاية، فإنه لا يجب الخضوع له، وعلى الحكومة أن تضحي به في سبيل الجماعة. وقد تبنت دساتير الولايات الألمانية في أوائل القرن التاسع عشر الميلادي نظرية الضرورة، وساعد في ذلك الحكم الاستبدادي للأمر في تلك الولايات، وضعف الحس الديمقراطي<sup>٣٣٨</sup>.

ثم ابتدع القضاء الإداري الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية، وتبناها في العديد من أحكامه لضمان سير المرافق العامة بالدولة، وذلك على خلاف القضاء المدني الذي لم يعترف بهذه النظرية في القضايا المنظورة أمامه<sup>٣٣٩</sup>، ويُعدُّ مجلس الدولة الفرنسي حالة الحرب صورةً من صور نظرية الظروف الاستثنائية،

٣٣٦ - انظر الطعن رقم ٧٥٨٣ لسنة ٤٥ قضائية بجلسة ٢ / ٩ / ٢٠٠٦. المحكمة الإدارية العليا. مصر. أورده: عكاشة، حمدي ياسين. ٢٠١٨. موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة "الكتاب الأول: ماهية القرار الإداري وأحكامه". ط٢. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ٥٤٠.

٣٣٧ - De Laubadere. ١٩٩٢. Traité élémentaire de droit administratif. LGDJ. Paris. P٢٢٤.

٣٣٨ - الجرف، طعيمة. ١٩٧٦. مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. ط٣. القاهرة. مصر: دار الثقافة العربية. ص ١٤٠.

٣٣٩ - السنهوري، عبد الرزاق أحمد. ٢٠١٥. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام). ج١. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٥٢١.



ففضل الحرب العالمية الأولى صاغ المجلس نظريته لمواجهة الآثار السيئة التي سببتها الحرب، وتمت صياغتها بـقالب قانوني وتطبيقها في الحرب العالمية الثانية، ومنها جاءت تسميتها بنظرية سلطات الحرب (Pouvoirs de guerre)، ومن ثم طبقها في أوقات السلم في الفترات الحرجة، كفترات التهديد بإضراب عام<sup>٣٤٠</sup>.

فمن مهام الدولة أن تظل وسيلة لضمان السلم المدني، ولديها الإمكانية الفعلية للتمييز بين الصديق والعدو، ومن ثم فإن مدلول إعلان الحرب هو التحكم الشرعي في أرواح البشر<sup>٣٤١</sup>.

ولقد اختلفت صياغة مجلس الدولة لهذه النظرية عن المفهوم الألماني، إذ إن نظريته لا تضع القانون جانباً عند تطبيقها، بل تبقى قواعد المشروعية مطبقة؛ ولكنها تخضع للتفسير الواسع، فما كان غير مشروع في الظروف العادية يمكن أن يكون مشروعاً في الظروف الاستثنائية إذا تطلب الأمر ذلك، على أن تخضع جميع التصرفات المتخذة أثناء تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لرقابة المجلس، ويتمثل أساس نظرية الظروف الاستثنائية في أن الإدارة يقع عليها واجب الحفاظ على حسن سير المرافق العامة والنظام العام بمكوناته: "السكينة العامة والصحة العامة والأمن العام"، وإن تغيرت الظروف المحيطة بها فعليها في هذه الحالة أن تتخذ الإجراءات الكفيلة بأداء واجبها<sup>٣٤٢</sup>، وذلك من خلال إحلال المشروعية الاستثنائية محل المشروعية العادية في ظل الظروف الطارئة بحيث تتسع صلاحيات الإدارة بصورة غير منصوص عليها في القانون<sup>٣٤٣</sup>. ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن هو حكمه المعروف باسم حكم Heyries الصادر بتاريخ ٢٨ / ٦ / ١٩١٨م، وإن كان هذا الحكم ليس الأول بشأنها، ولكنه يعتبر إباناً بمولد النظرية قضائياً في فرنسا، والبداءة الحقيقية لظهورها<sup>٣٤٤</sup>.

وهكذا فإن القضاء الفرنسي هو المصدر الحقيقي لنظرية الظروف الاستثنائية، وبذلك فإن المشروعية الاستثنائية التي يؤخذ بها في ظل الظروف غير العادية إنما هي أصلاً من إنشاء القضاء الفرنسي، وأسبق من قوانين الطوارئ، والأحكام العرفية التي هي مجرد تقنين لهذه النظرية<sup>٣٤٥</sup>.

وتعتمد نظرية الظروف الاستثنائية على فكرتين، الأولى فكرة "الضرورة": وتتمثل فيما إذا كان يقع على الإدارة الالتزام بالخضوع لأحكام القانون عند ممارستها لأوجه نشاطاتها المختلفة في الظروف العادية، فإن الوضع مختلف تماماً في ظل الظروف التي تهدد سلامة الدولة وبقاءها، مما يترتب عليها وجوباً اتخاذ

٣٤٠ - A. de laubadère. ١٩٨٤. Traité de droit administratif. Paris, Tom, ١٠ No ٦٠٧.

٣٤١ - ولد أباه، عبد الله السيد. ٢٠١٣. "السيادة والسياسة: نظرية المشروعية والشرعية لدى كارل شميت". مجلة التفاهم. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ج ١١. عدد (٩). ص ٢٠٤.

٣٤٢ - الجرف، طعيمة. ١٩٧٦. مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. ط ٣. القاهرة. مصر: دار الثقافة العربية. ص ١٥٨.

٣٤٣ - A. de laubadère. ١٩٨٤. Traité de droit administrative. Paris. Tom. ١. No ٦٠٥.

٣٤٤ - الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ١٧٩.

٣٤٥ - الدغدي، كارين. ٢٠١٩. القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٢٤٣.

الإجراءات والتدابير الكفيلة بالمحافظة على بقاء الدولة، ولو خالفت بذلك مبدأ المشروعية، إذ إن احترام مبدأ المشروعية مرهون ببقاء الدولة<sup>٣٤٦</sup>.

والفكرة الثانية؛ فكرة "الواجبات العامة": إذ إن الواجب الأساسي للإدارة هو: المحافظة على النظام العام، وحسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد<sup>٣٤٧</sup>، وهو الشغل الشاغل للقاضي الإداري الذي يجعله يفكر في إيجاد حل أفضل للنزاع لضمان استمرارية المرفق العام<sup>٣٤٨</sup>، فإذا ما طرأت ظروف غير مألوفة تعوق الإدارة عن أداء واجبها في ظل الظروف العادية، فإن ذلك يسوغ لها التحلل مؤقتاً بالقدر الذي يمكنها من القيام بواجبها حيال تلك الأمور.

وتقوم هذه النظرية على عدد من الأسس، أهمها:

١- وضعت النصوص القانونية لمواجهة الظروف العادية: فطالما لا يوجد في التشريعات العادية النصل على ما يجب القيام به في حالة الخطر العاجل، فإنه يتعين عندئذ تمكين الإدارة من اتخاذ التدابير العاجلة لمواجهة الخطر، وتحقيق المصلحة العامة.

٢- سلامة الدولة واستمرارها: فإذا ما اقتضى احترام القانون في وقت معين التضحية بالدولة؛ لأدّى ذلك إلى التضحية بالكل في سبيل الإبقاء على البعض الذي لا يعدو بقاؤه أن يكون ظاهراً، ومن ثمّ تفنى الإدارة التي كانت تعمل على بقاء القانون مقابل التضحية بالدولة<sup>٣٤٩</sup>.

٣- حق الدفاع عن النفس: وفي هذا الصدد امتد الخلاف إلى القانون العام حول التساؤل المثار عن طبيعة هذا الحق المتمثل في مدى تجريم الأفعال التي ترتكبها الدولة في الظروف غير العادية من عدمه أم إنه مجرد إعفاء من المسؤولية الجنائية بحيث لا يمحى الجريمة عن الفعل، وإن أسقط المسؤولية عن الفاعل؟! فذهب الفقه الألماني إلى القول: أن ما تتخذه الدولة من إجراءات بحكم الضرورة تعتبر مشروعة مهما كانت مخالفتها للدستور والقانون، ولا مجال للقول بخطأ الإدارة؛ ومن ثمّ تنتفي مسؤولية الدولة، ولا يحق للأفراد المتضررين أن يطالبوا بالتعويض، بينما ينتهي الفقه الفرنسي إلى القول: وإن كانت الضرورة لا تمثل حقاً للسلطة التنفيذية، إلا أنها قد تنهض عذراً سياسياً تعلق به الحكومة سلوكها أمام البرلمان؛ لإعفائها من المسؤولية، أي أن الضرورة ليست نظرية قانونية، ولكنها محض تبرير سياسي عملي، وهي بذلك ليست

٣٤٦ - شطاوي، علي خطار. ٢٠٢١. موسوعة القضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم). الكتاب الأول. الرياض. السعودية: مكتبة الرشد. ص ٩٩.

٣٤٧ - وزارة الشؤون القانونية. ٢٠١٣. المبادئ القانونية في فتاوى الشؤون القانونية. الكتاب الثامن عشر. سلطنة عُمان: مؤسسة عُمان للصحافة والنشر والإعلان. رقم الإيداع: ٣٠٥ / ٢٠١٤. ص ١٩٨.

٣٤٨ - الجبوري، ماهر صالح. ٢٠١٩. تحولات القانون الإداري في ظل العولمة. عُمان. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ص ٦٩.

٣٤٩ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١٢٠-١٢١.

من أسباب الإباحة، وإن كانت من موانع العقاب، وكل تصرف تجرّيه الإدارة على خلاف الدستور والقانون باسم الضرورة إنما تجرّيه على مسؤوليتها؛ لأنه لا يزال بحكم الأصل تصرفاً غير مشروع<sup>٣٥٠</sup>. كما قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٤ يونيو ١٩٤٧م أن للجهات الإدارية في الظروف الاستثنائية اتخاذ إجراءات تجاوز حدود اختصاصاتها العادية لمواجهة حاجات اللحظة بسرعة فائقة، فمبدأ أن الضرورة تثير نوعاً من قلب القيم القانونية (Mestte) هو أساس كل القضاء الخاص بسلطات الحرب، والظروف الطارئة، ولا حاجة إلى القول بأن يقوم القاضي في البحث في كل حالة عن وجود الاستعجال، أو الخطر الواقع فعلاً<sup>٣٥١</sup>.

وعلى ضوء الأسس السابقة تظهر أهمية لجوء السلطة التنفيذية إلى تطبيق قواعد المشروعية الاستثنائية لمواجهة الظروف الطارئة حفاظاً على سلامة المجتمع والدولة معاً. وقد تكفل القانون الوضعي بتنظيم حالات الظروف الاستثنائية التي يمكن توقعها، ولكن قد تحدث حالات غير متوقعة، ولا تثور مشكلتها بالمعنى الحقيقي عند التدخل المسبق لتنظيم القواعد القانونية لمواجهة، ومن ثم لم يشملها التنظيم التشريعي، لذا منح المشرع الإدارة السلطات الواسعة التي تستطيع ممارستها، واعتبر أعمالها مشروعة بحكم القانون، وعلى سبيل المثال حالة انتشار جائحة كورونا المستجد (كوفيد ١٩) على مستوى العالم، والتي لم تكن متوقعة في حدتها وسرعة انتشارها مع عدم وجود لقاح طبي لعلاج المرض في ذلك الوقت، مما حدا ببعض الدول إلى أن تقوم بإعلان حالة الطوارئ الصحية تحسباً لانتشار الفيروس الخطير، واستباقاً لكوارث صحية بعد أن بانّت قدرته الكبيرة في العدوى والفتك بالبشرية عبر مجموعة من الدول والتي تصنف بالعظمى، فباستقراء العديد من المواثيق الدولية نجدها أطّرت حالة الإعلان عن الطوارئ الصحية، ومنها ما نصت عليه المادة (٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في الفقرة الأولى بأنه: "في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تُهدّد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ - في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع - تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منفاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي، وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي"<sup>٣٥٢</sup>، ويدعو في الفقرة الثالثة من المادة رقم (١٢) إلى تقييد الحرّية؛ لضرورة حماية مجموعة من الحقوق والحريات ضد أخطار تهددها، حيث ينص على أنه: "لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأية قيود غير تلك التي

٣٥٠ - الجرف، طعيمة. ١٩٧٦. مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. ط ٣. القاهرة. مصر: دار الثقافة العربية. ص ٩١-٩٧.  
٣٥١ - مارسو لون، وبروسير في، وجى بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٦٨.  
٣٥٢ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون/ديسمبر ١٩٦٦. تاريخ بدء النفاذ: ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦. وفقاً لأحكام المادة ٤٩.



ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحياتهم، وتكون متمشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في هذا العهد".

كما نصت المادة رقم (٢٩) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مشروعية إقرار حالة الطوارئ التي يفرضها القانون، وما يترتب عنها من تقييد الأفراد في جزء من حرياتهم الأساسية متى ارتبط ذلك بضرورة حفظ النظام العام، ويمكن تفسير ذلك من نص فقرتها الثانية: "لا يخضع أي فرد، في ممارسة حقوقه وحياته إلا للقيود التي يقرها القانون مستهدفاً منها - حصراً - ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحيات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي"<sup>٣٥٣</sup>.

ويكون تحرر الإدارة من قواعد المشروعية العادية؛ إما بقوانين صدرت لمواجهة الظروف الاستثنائية أو بموافقة القضاء الإداري، وقد منح الدستور العُماني السلطان وفقاً للبند الثاني من المادة (٤٢) من النظام الأساسي رقم (٩٦/١٠١) الحق في "اتخاذ الإجراءات السريعة لمواجهة أي خطر يهدد سلامة السلطنة، أو وحدة أراضيها أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها"<sup>٣٥٤</sup>، ثم جاءت المادة (٤٩) من النظام الأساسي رقم (٢٠٢١/٦)، بذات الصياغة السابقة، مع استبدال كلمة (السلطنة) بكلمة (الدولة)، ومن ثم فإن الظروف الاستثنائية الداعية لاستخدام هذا المادة هي وما يتبعها من إجراءات، ما يلي:

- أن يقوم خطر يهدد سلامة الدولة، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه.
  - أن يؤدي قيام هذا الخطر إلى إعاقه مؤسسات الدولة عن أداء مهامها.
- دون أن يتطلب ذلك منه توجيه بياناً إلى الشعب بما اتخذ من إجراءات، أو إجراء استفتاء على ما يتخذه السلطان من إجراءات.

ومن مهام السلطان أيضاً الحق في إعلان حالة الطوارئ، وإعلان الحرب وعقد الصلح في البند (١٠) من ذات المادة<sup>٣٥٥</sup>، وهو ما ينسجم مع المادة (٤١) من النظام الأساسي السابق، والتي تؤكد على أن السلطان هو القائد الأعلى للقوات المسلحة في سلطنة عُمان<sup>٣٥٦</sup>، ومع المادة الأولى من المرسوم

---

٣٥٣- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٨.

٣٥٤- نص البند الثاني من المادة (٤٢) من النظام الأساسي للدولة لعام ١٩٩٦ م.

٣٥٥- ينص البند العاشر من المادة (٤٢) من النظام الأساسي للدولة لعام ١٩٩٦ م، وذات البند من المادة (٤٩) من النظام الأساسي لعام ٢٠٢١ م، بأن: يقوم السلطان بالمهام والصلاحيات الآتية: "... إعلان حالة الطوارئ والتعبئة العامة والحرب وعقد الصلح وبين القانون أحكام ذلك".

٣٥٦- نصت المادة (٤١) من النظام الأساسي السابق رقم (٩٦ / ١٠١) بأن "السلطان رئيس الدولة والقائد الأعلى للقوات المسلحة، ذاته مصونة لا تمس، واحترامه واجب، وأمره مطاع. وهو رمز الوحدة الوطنية، والساهر على رعايتها وحمايتها".

السلطاني رقم (٢٠٢١/١٢) بإعادة تنظيم مجلس الدفاع، والمادة الأولى من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/١٣) بإعادة تنظيم مجلس الأمن الوطني<sup>٣٥٧</sup>، ذلك أن بعض الفقه يرى أن إعلان الحرب عمل سياسي مهم، وأن القائد الأعلى هو صاحب الاختصاص الأصيل بالدفاع عن البلاد، ومن ثمَّ يحتمُّ منحه صلاحية إعلان الحرب، وعقد الصلح بما يحقق مصلحة الدولة<sup>٣٥٨</sup>.

وإذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية تتحقق في فرنسا عن طريق النصوص الدستورية والقانونية بحسب نص المادة (١٦) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م، في حالة الحصار والطوارئ، وتطبق في مصر وفقاً لشروط المادة (٧٤) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م؛ فإن قانون حالة الطوارئ رقم (٢٠٠٨ / ٧٥) وقانون التعبئة العامة رقم (٢٠٠٨ / ٧٦)، هما من أهم التشريعات الموسَّعة لسلطة الإدارة في سلطنة عُمان؛ لمواجهة الظروف غير العادية، حيث مُنحت السلطة التنفيذية بوصفها هيئة حكومية وإدارية، صلاحيات استثنائية واسعة، وتدابير وإجراءات كثيرة نص عليها قانون حالة الطوارئ.

#### المطلب الأول: قانون إعلان حالة الطوارئ

جاء المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨ / ٧٥) <sup>٣٥٩</sup> في شأن حالة الطوارئ بسلطنة عُمان متوافقاً مع أحكام النظام الأساسي للدولة، حينما نص في المادة رقم (٢) بأن يكون إعلان حالة الطوارئ، وإنهاؤها بأمر سلطاني، وأن يتضمن قرار الإعلان ما يأتي:

أولاً: بيان الحالة التي أعلنت بسببها.

ثانياً: تحديد المنطقة التي تشملها.

ثالثاً: تاريخ بدء سريانها.

وتنص المادة رقم (٣) من ذات القانون على أن: "يختص مجلس الأمن الوطني برفع التوصيات بإعلان حالة الطوارئ، أو إنهائها وتقييم مدى الحاجة لاستمرار العمل بها من عدمه"، ومن الملاحظ أن المشرع العماني لم يقيد التدابير الاستثنائية بمدة زمنية محددة بقيام الحالة التي صدر إعلان حالة الطوارئ لمواجهة متى كانت قائمة؛ بل جعل لمجلس الأمن الوطني حرية إنهاء حالة الطوارئ، وتقييم مدى الحاجة

---

٣٥٧ - تنص المادة الأولى من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/١٢) بإعادة تنظيم مجلس الدفاع على أن: "يشكل مجلس الدفاع برئاسة السلطان القائد الأعلى..؛ وتنص المادة الأولى من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/١٣) بإعادة تنظيم مجلس الأمن الوطني على أن "يشكل مجلس الأمن الوطني برئاسة السلطان القائد الأعلى..".

٣٥٨ - الشبلي، أحمد بن حميد ٢٠١٩. اختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومجلس عُمان في النظام الدستوري العماني. (رسالة دكتوراه غير منشورة). الجامعة الأردنية. الأردن. ص ٨٧.

٣٥٩ - المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨ / ٧٥) بإصدار قانون حالة الطوارئ، صدر بتاريخ ٢١ من مايو سنة ٢٠٠٨م، ونُشر في الجريدة الرسمية بالعدد (٨٦٤).



إلى استمرار العمل بها من عدمه<sup>٣٦٠</sup>، بينما يشترط القضاء الفرنسي على الإدارة الالتزام بإعادة الأمور إلى حالتها الطبيعية بعد انتهاء الظروف الاستثنائية مباشرة، وإلا عُددَ إصرارها على استخدام الإجراءات الاستثنائية تصرفاً غير مشروع.

فالقاعدة العامة-السائدة-لا يمكن أن تتضمن استثناء؛ ومن ثمَّ لا يمكنها في الوقت ذاته أن تؤسس بصفة كاملة للقرار الذي يضع الدولة أمام حالة استثنائية حقيقية مستمرة<sup>٣٦١</sup>. ولو كان للدولة الشرعية المطلقة في تعبيرها عن ضمان وحدتها السياسية؛ ويؤكد ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار صادر من محافظ (السين) بغرض فرض قيود على تداول مواد غذائية لمدة غير محددة<sup>٣٦٢</sup>.

كما وسَّع قانون حالة الطوارئ رقم (٢٠٠٨/٧٥) من نطاق الحالات التي تخوّل الحكومة إعلان حالة الطوارئ، فأجاز بنص المادة رقم (١) إعلان حالة الطوارئ متى ما تعرض الأمن أو النظام العام في سلطنة عُمان أو منطقة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب، أو قيام حالة تهدد، أو تنذر بوقوعها، أو حدوث اضطرابات أو ظواهر إجرامية في الداخل، أو كوارث عامة، أو انتشار وباء، أو آفة تهدد كيان المجتمع أو سلامة الدولة.

بل إن فكرة "قيام حالة تهدد أو تنذر بوقوع الحرب" من المرونة بحيث تجعل الأمر في حقيقته متروكاً لتقدير مجلس الأمن الوطني أن يأمر -وفقاً للمادة (٤) من قانون الطوارئ - باتخاذ أي من التدابير والإجراءات اللازمة عند إعلان حالة الطوارئ لحماية الأمن والنظام وله على وجه الخصوص ما يلي<sup>٣٦٣</sup>:  
أ- وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور في أماكن أو أوقات معينة، والقبض على المشتبه بهم، أو الخطرين على الأمن والنظام العام، واعتقالهم والترخيص بتفتيش الأشخاص والأماكن ووسائل النقل دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجزائية أو أي قانون آخر.

ب- تحديد مواعيد فتح المَحالِّ العامة، والأمر بإغلاق بعضها، أو كلها كلما دعت الضرورة.

ج- الرقابة على سائر أنواع المراسلات وكافة وسائل الإعلام المسموعة والمقروءة منها والمرئية ودور العرض المختلفة وما في حكمها وشبكات وسائط المعلومات والاتصالات، ومنعها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها وإغلاق مقارها.

---

٣٦٠ - تنص المادة الثانية من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/١٣) على إعادة تنظيم مجلس الأمن الوطني بأن: "يختص مجلس الأمن الوطني بالنظر في كافة الموضوعات المتعلقة بالأمن الوطني".

٣٦١ - ولد أباه، عبدالله السيد. ٢٠١٣. "السيادة والسياسة: نظرية المشروعية والشرعية لدى كارل شmitt". مجلة التفاهم. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ج. ١١. عدد (٩). ص ١٩٩.

٣٦٢ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١١٩.

٣٦٣ - المادة رقم (١)؛ والمادة (٤) من قانون حالة الطوارئ الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٧٥) بتاريخ ٢١ من مايو سنة ٢٠٠٨م، الجريدة الرسمية العدد (٨٦٤).

د- إخلاء بعض المناطق أو عزلها وحظر التجول فيها واغلاق الطرق العامة أو بعضها وتنظيم وسائل النقل والمواصلات وحصرها وتحديد حركتها بين المناطق المختلفة.

هـ- الاستيلاء المؤقت على أية منشأة أو عقار أو منقول، والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات، والحجز على الأموال، وتأجيل أداء الديون والالتزامات المستحقة، أو التي تستحق على ما تم حجزه، أو الاستيلاء أو فرض الحراسة عليه.

و- سحب تراخيص الأسلحة والذخائر والمواد المتفجرة أو القابلة للانفجار أو التي تدخل في صناعة الأسلحة أو الذخائر أو المتفجرات، ومنع صنعها أو استيرادها أو بيعها أو شرائها أو نقلها أو التصرف بها أو حملها أو حيازتها، والأمر بضبطها وتسليمها للجهات المختصة وفرض الرقابة، أو السيطرة على أماكن صنعها وعرضها وبيعها وتخزينها.

ز- تكليف أي شخص بالقيام بأي عمل من الأعمال التي تقتضيها الظروف ضمن حدود قدرته.

ح- الحظر على العاملين في المرفق مغادرة الأماكن التي يعملون بها في غير الأحوال المرخص بها.

أما عن جزاء مخالفة الأوامر فإن المادة (١٥) من قانون الطوارئ تنص على أنه: "مع عدم الإخلال بتوقيع أية عقوبة أشد تنص عليها القوانين المعمول بها، يعاقب كل من يخالف الأوامر الصادرة طبقاً لأحكام هذا القانون بالعقوبات المنصوص عليها في تلك الأوامر، وفي حالة عدم النص عليها يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز (٥٠٠) ريال عُُماني أو بإحدى هاتين العقوبتين"<sup>٣٦٤</sup>.

والملاحظ أن قانون حالة الطوارئ الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨/٧٥) جاء موجزاً ومكوّناً من (١٧) مادة تتضمن أسس مواجهة الحالات الاستثنائية على سبيل المثال لا الحصر، ولا يعني ذلك وقوف جهة الإدارة عاجزة عن التصدي لمواجهة تلك الظروف، ما دامت قد تحققت بشأها الشروط اللازمة لتطبيق النظرية، ولا ينفي ما استقر بخصوصها من قواعدها تستمد وجودها من المبادئ العامة للقانون، ألا وهو مبدأ ضرورة المحافظة على بقاء الدولة، ويجري التحقق من مدى التزام الإدارة بذلك من خلال رقابة القضاء على أعمالها، وقد حدد المشرع العُماني بالمادة رقم (١٢) من قانون الطوارئ المحكمة المختصة في تطبيق أحكامه، وتسمى "محكمة أمن الدولة"، حيث تنص المادة (١٤) على أن "تستمر هذه المحكمة بعد انتهاء حالة الطوارئ بنظر القضايا الداخلة في اختصاصها طبقاً لأحكام القانون سواء كانت محالة إليها أم لم تكن"، وتباشر اختصاصاتها وفقاً للإجراءات المتبعة أمامها<sup>٣٦٥</sup>، كما أعطت المادة (١٦) من قانون القضاء العسكري الحق لجلالة السلطان بوصفه القائد الأعلى للقوات المسلحة عند إعلان حالة

٣٦٤ - المادة (١٥) من قانون حالة الطوارئ الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨ / ٧٥) بتاريخ ٢١ من مايو سنة ٢٠٠٨م، الجريدة الرسمية العدد (٨٦٤).

٣٦٥ - المادة (١٤) من قانون حالة الطوارئ الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٨ / ٧٥) بتاريخ ٢١ من مايو سنة ٢٠٠٨م، الجريدة الرسمية العدد (٨٦٤).

الطوارئ أو التبعية العامة، إحالة مرتكب أي جريمة للقضاء العسكري ولو كان من غير الخاضعين لأحكام هذا القانون<sup>٣٦٦</sup>، ويقصد بهم المدنيون.

كما يتم تطبيق الأحكام المنصوص عليها في الفصل الثالث من قانون الدفاع المدني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩١/٧٦)، والمعدل مؤخراً بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٥)، وذلك عند إعلان حالة الطوارئ في سلطنة عُمان، بحيث تسري التدابير الآتية:

- يخضع العاملون في مجال الدفاع المدني من غير العسكريين لقواعد الانضباط والعقوبات المقررة على العاملين بجهاز الشرطة.

- يحظر على العاملين بالمرافق العامة والحيوية، وقطاعات الخدمات الطبية، والمواد الغذائية مغادرة الأماكن التي يعملون فيها في غير الأحوال التي يرخص بها، كما يحظر ذلك على أي فئات أخرى ترى اللجنة الوطنية لإدارة الحالات الطارئة ضرورة بقائها في أعمالها لضمان استمرار الحياة الطبيعية.

- يجوز لرئيس اللجنة الوطنية لإدارة الحالات الطارئة إصدار قرارات بالاستيلاء المؤقت على العقارات المبنية أو غير المبنية التي ترى اللجنة لزوم الاستيلاء المؤقت عليها.

وتسري في هذا الشأن أحكام المادة (١٤) من قانون نزع الملكية للمنفعة العامة. كما يجوز له إصدار قرارات بالاستيلاء على المنقولات مقابل تعويض عادل لمالكيها عن المدة التي يحرمون فيها من استعمالها، أو عما يلحق بها من نقص أو تلف. وبناءً على أحكام النظام الأساسي للدولة<sup>٣٦٧</sup>، فإنه يترتب على إعلان حالة الطوارئ في سلطنة عُمان عدد من النتائج التي أقرها الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر. أولاً: مشروعية وجوب القيام ببعض الأعمال والقرارات المخالفة للقوانين في الظروف العادية لحماية البلاد من خطر داهم، والتي تُعد غير مشروعة في معيار القواعد العامة التي تحكم الظروف العادية، وقد أجاز القضاء الإداري تجاوز الإدارة حدود الاختصاص وممارسة أعمال تشريعية تدخل حسب الأصل في ولاية البرلمان، ومثال ذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسي من مشروعية المرسوم الصادر في ١٠ سبتمبر عام ١٩١٤م الذي قضى بإيقاف ما أورده القانون رقم (١٩١٠/٤/٢٢) من ضمانات للموظفين طوال مدة الحرب.

---

٣٦٦- المادة (١٦) من قانون القضاء العسكري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/١١٠) بتاريخ ٢٤ من أكتوبر سنة ٢٠١١م. الجريدة الرسمية. عدد (٩٤٩).

٣٦٧- نصت المادة رقم (٧٣) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١)، بأنه: "لا يجوز تعطيل أي حكم من أحكام هذا النظام إلا أثناء قيام الأحكام العرفية، وفي الحدود التي يبينها القانون"؛ وتنص المادة رقم (٩٠) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) بأنه: "لا يجوز تعطيل أي حكم من أحكام هذا النظام إلا في أثناء قيام حالة الطوارئ، وفي الحدود التي يبينها القانون".



وفضلاً عن التدابير والإجراءات اللازمة لحماية الأمن والنظام العام المنصوص عليها في المادة (٤) من قانون الطوارئ رقم (٢٠٠٨/٥٧)، أجازت المادة (٧) القبض في الحال على المخالفين لأحكام هذا القانون والأوامر الصادرة بمقتضاه<sup>٣٦٨</sup>.

ثانياً: مشروعية بعض القرارات المعيبة بعيب من العيوب، بحيث يتجاوز القضاء عن عدم مشروعية بعض القرارات الإدارية اعتباراً للظروف الاستثنائية التي تثار بثلاثة عيوب في القرار الإداري تتمثل في أركان (الاختصاص، والشكل، والمحل) ولا تخرج على ركني السبب والغاية، فالقرار الذي يخرج عن حدود اختصاص مصدره أو الذي لا يراعي الشكل المرسوم له، أو الذي يخالف القوانين واللوائح، يمكن اعتباره مشروعاً إذا توافرت له الظروف الاستثنائية التي تبرر أو تغطي ما به من عيب، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في العديد من الدول<sup>٣٦٩</sup>.

وفي شأن ما يتعلق بالقواعد الشكلية والإجرائية للقرار الإداري يحكم القضاء بمشروعيتها أثناء وجود الظروف الاستثنائية، ومن أبرز الأمثلة في هذا الشأن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٦ مايو ١٩٤١م الذي قضى بمشروعية القرار الصادر بإيقاف عمدة عن عمله دون مراعاة القواعد الشكلية والإجرائية المقررة لإصدار هذا القرار تقديراً للظروف الاستثنائية التي أحاطت به حين إصداره، وفيما يتعلق بالاختصاص، قرر القضاء الإداري مشروعية بعض الأعمال التي تتعدى بها الإدارة على الاختصاص الطبيعي للسلطة القضائية والسلطة التشريعية، ولو وقعت في مخالفة نتيجة اغتصاب السلطة الإدارية، ومثال ذلك الاعتراف بما قامت به الإدارة عقب غزو الحلفاء لسواحل فرنسا عام ١٩٤٤م من اتخاذ قرارات تضمن أموراً تشريعية تدخل بحسب الأصل في اختصاص المشرع، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار مشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم تقديراً منه لظروف الغزو الذي واكبت إصداره<sup>٣٧٠</sup>.

وبالنسبة لركن المحل فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية بعض أعمال الضبط القضائي المقتدة للحريات الفردية، والتي صدرت على خلاف ما تقضي به اللوائح العادية؛ ولكن فيما يتعلق بركن السبب والغاية، فيجب على الإدارة في كل الأحوال أن يقوم قرارها على سبب صحيح، وأن تكون الغاية منه تحقيق الصالح العام، وإلا كانت باطلة<sup>٣٧١</sup>؛ لانتفاء الحكمة من قيام المشروعية الاستثنائية وانعدامها في أي

٣٦٨- المرسوم السلطاني رقم ٧٥ / ٢٠٠٨. بإصدار قانون حالة الطوارئ. الجريدة الرسمية، عددها ٨٦٤ الصادر بتاريخ ١/٦/٢٠٠٨ م. مسقط. سلطنة عُمان.

٣٦٩ - رمضان، شريف عبد الحميد. ٢٠٢٠. الوجيز في القضاء الإداري السعودي؛ مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، الدعوى التأديبية، الدعوى الإدارية الأخرى. الرياض. السعودية: دار الإفادة. ص ٣٦.

٣٧٠ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١٢٦.

٣٧١- الحلو، ماجد راغب. ١٩٩٥. القضاء الإداري. الإسكندرية. مصر: دار المطبوعات الجامعية. ص ٥١.

منها؛ لأن سبب القرار هو الحالة الواقعية المتمثلة في الظرف الاستثنائي، وما هو إلا المبرر الذي دفع الإدارة إلى اتخاذ إجراءاتها، ودفع القضاء إلى توسيع مجال المشروعية؛ لاعتبار الإجراء مشروعاً رغم عدم مشروعيته في الظروف العادية.

ولما كان المستهدف الحقيقي وراء تقرير نظرية الظروف الاستثنائية هو تحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على كيان المجتمع وسلامته، فيجب أن تستهدف الإدارة بقرارها هذه المصلحة في جميع الأحوال، فإذا جانب هذا الهدف لأي هدف مغاير كانت قراراتها مشوبة بالانحراف بالسلطة، إذ إن حكم الظروف الاستثنائية لا يختلف عن الظروف الاعتيادية في هذا الجانب.

**ثالثاً:** الاعتداد بتصرفات الموظف الفعلي<sup>٣٧٢</sup>؛ الذي تستدعي حالة الطوارئ إلى أن يباشر الوظيفة شخص ليس له صفة قانونية بها، حيث لم يصدر له قرار بالتعيين في هذه الوظيفة؛ إلا أن القضاء اعترف بصحة الأعمال التي يقوم بها، طالما أن عمله يدخل ضمناً لسير المرفق العام؛ ويتعلق بتقديم الخدمات للمنتفعين بها، وقد صدرت أحكام عن مجلس الدولة الفرنسي تؤيد الاعتراف بنظرية الموظف الفعلي، كما تقصر المحكمة الإدارية العليا بمصر تطبيق نظرية الموظف الفعلي على الأحوال الاستثنائية بقولها: "إن نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الظروف الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضمناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمنتفعين بها باضطراد دون توقف"<sup>٣٧٣</sup>.

وقد منح المشرع العماني لمجلس الأمن الوطني بالسند (ز) من المادة (٤) من قانون الطوارئ المشار إليه، الحق في تكليف أي شخص بالقيام بأي عمل من الأعمال التي تقتضيها الظروف ضمن حدود قدرته، وذلك سواء كان المكلف موظفاً رسمياً، أو موظفاً فعلياً.

وتجدر الإشارة إلى عدم وجود محكمة دستورية في سلطنة عُمان، للنظر في المرسوم أو الأمر السلطاني بإعلان حالة الطوارئ، كما جعل النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦)، هذا الإعلان من مهام وصلاحيات السلطان دون معقب، ولم يوجب الدستور عرضه على مجلس عُمان، فيما خلا قانون المجلس مما يشير إلى ذلك على وجه الخصوص.

وهكذا فإنه من المؤكد أن إعمال مبدأ المشروعية القرار الإداري وقرينة صحته وسلامته يتسع في ظل الظروف الاستثنائية، حيث تمتلك الإدارة الخروج على أحكام القوانين التي تلتزم بالخضوع لها واحترام قواعدها في ظل الظروف العادية، وتعد قراراتها مشروعة طالما صدرت في حدود الضرورة<sup>٣٧٤</sup>.

٣٧٢ - الشخص الذي تدخل في ممارسة اختصاصات وظيفة عامة من دون صفة، واعترف القانون بصحة تدخله.

٣٧٣ - حكم الدعوى رقم ٧/٢٣٩٠ ق، بتاريخ ٢٩/١١/١٩٦٤ م. س. ١٠. المحكمة الإدارية العليا. مجموعة السنة العاشرة. مصر. ص ٨٨.

٣٧٤ - عطية، محمود حمدي. ٢٠١٨. القيمة القانونية لقرينة صحة القرار الإداري. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ١٢.

## المطلب الثاني: موقف القضاء الإداري من نظرية الظروف الاستثنائية

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لإعلان حالة الطوارئ، فمنهم من عدّ قرار الإعلان عملاً من أعمال السيادة، والتي لا تخضع للرقابة القضائية، وعده آخرون عملاً إدارياً خاضعاً للرقابة القضائية، في حين ينادي الجميع بوجوب خضوع الأعمال الصادرة عن سلطة الطوارئ للرقابة القضائية.

وبينما تتبنّى المدرسة (الأنجلو أمريكية) فكرة إنكار كل قيمة قانونية لنظرية الظروف الاستثنائية، وتعدّها خروجاً على مبدأ المشروعية، ولا تستند إلى أيّ أساس قانوني، فقد استقر الفقه الفرنسي الحديث على الاعتراف بهذه النظرية باعتبارها نظرية قانونية داخل مبدأ المشروعية، وعلى الرغم من وجود النصوص القانونية التي تمنح الإدارة قدرة اللجوء إلى وسائل استثنائية غير مشروعة في الظروف غير العادية، ولكن الأمر يبقى مسألة وقائع يخضع تقديرها، وأهميتها للقضاء للتحقق من توافر الظروف الاستثنائية الذي تستدعي مواجهته اتخاذ إجراء غير عادي.

وتستند الرقابة على الطبيعة القانونية لهذه الأعمال بغض النظر إذا كان هذا العمل يتمتع بقوته القانونية العادية، أم بقوة استثنائية خاصة. لذا كان على القضاء الإداري أن يعمل على حماية الدستور من خلال تقويم الإدارة، وإجبارها على احترام القانون، والخضوع لسلطانه، وحماية الحقوق والحريات العامة من أي خروقات عن طريق إلغاء القرارات الإدارية إذا مست حقاً للفرد، أو نالت من حريته، وأن يراقب الإجراءات والتدابير الصادرة في حالة الطوارئ، بحيث لا تتجاوز الهدف منها، وأن يعمل على مراقبة مدى ملاءمتها للشروط والقيود الواردة في إعلان حالة الطوارئ.

ونظراً لخطورة السلطات غير العادية التي تتمتع بها الإدارة خلال فترة الظروف الاستثنائية، فقد حرص الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا على ضرورة توافر شروط معينة لقيام حالة الظروف الاستثنائية؛ حتى تمنح الإدارة سلطة الاستناد إلى المشروعية الاستثنائية، وهي كالاتي<sup>٣٧٥</sup>:

١- وجود خطر جسيم وحالة شاذة تهدد المصلحة العامة، ولا يتماشى تطبيق القانون العادي فيها مع قصد المشرّع.

٢- يجب أن تقدر الضرورة بقدرها، بحيث يتناسب الإجراء المتخذ مع الهدف المطلوب تحقيقه.

٣- عدم تجاوز التدابير الاستثنائية مدة قيام الظروف الاستثنائية، بحيث تنتهي السلطة الاستثنائية بانتهاء الظروف الاستثنائية.

٤- أن الإدارة تكون ملزمة بمخالفة القانون العادي، وتتوافر المصلحة الجدية لديها من إتيان تصرفها.

٣٧٥- بن كدة، نور الدين. ٢٠١٥. مبدأ المشروعية في القرارات الإدارية. (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر. بسكرة. الجزائر. ص ٢٣؛ نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١١٦-١١٩.



ولما كانت السلطة التنفيذية تمتلك في حالة الطوارئ صلاحيات استثنائية منها؛ ما يتعلق بالضبط الإداري وهو اختصاص أصيل للسلطة القضائية في الظروف العادية، وهي تمارسها في الظروف الاستثنائية بدون اتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون مثل تفتيش المنازل، أو الاعتقال بدون مذكرة توقيف، أو منع التجمهر أو المنع من السفر... إلخ، من أجل ذلك كله، ولعدم إعطاء السلطة التنفيذية الفرصة في إساءة استعمال السلطة، أو الانحراف باستعمالها عن المصلحة العامة؛ أخضع القضاء الإداري الإجراءات والأعمال المتخذة من جانب الإدارة في مواجهة الظروف الاستثنائية لرقابته، حتى يتأكد من وقوع الظرف الاستثنائي فعلاً، ويتأكد من توافر التلاؤم والتناسب بين تلك الظروف، وبين الإجراءات المتخذة؛ ذلك أن اتساع مجال المشروعية في الظروف الاستثنائية لا يعني خروج أعمال الإدارة من نطاق القضاء الإداري، والذي يُعدّ من أكثر الأجهزة في الدولة القادرة على حماية المشروعية والدفاع عن حقوق الأفراد وحرياتهم إذا ما توافرت له الضمانات اللازمة التي تكفل له الاستقلال التام. كما لم يكتفِ القضاء الإداري في بعض الأنظمة القانونية بإخضاع الإجراءات، والتدابير المتخذة في حالة الطوارئ لرقابته، بل أخضع قرار إعلان حالة الطوارئ لرقابته؛ ليقدر مدى تلاؤم الظرف الطارئ مع قرار الإعلان، لما في إعلان حالة الطوارئ من مساس خطير بالحقوق والحريات العامة، والقضاء الإداري هو الذي يحدد وجود حالة الظرف الطارئ، الذي قد يشكّل تهديداً للنظام العام، وحسن سير المرفق العام، وهو الذي يراقب السلطة التنفيذية في كيفية استعمالها لصلاحياتها طوال سريان حالة الطوارئ<sup>٣٧٦</sup>.

### المبحث الثاني: نظرية أعمال السيادة

أعمال السيادة مجموعة من الأعمال التي تمارسها السلطة التنفيذية، فتتمتع بالحصانة من الرقابة القضائية بجميع صورها<sup>٣٧٧</sup>، ومن ثم لا تكون قراراتها محلاً للإلغاء أو التعويض أو فحص المشروعية، بغض النظر عن الظروف التي صدرت فيها هذه الأعمال، ويرى القضاء عدم اختصاصه بنظرها؛ نظراً لجلال خطرهما بالنسبة للدولة، أو لصبغتها السياسية الظاهرة، وتدعى في إنجلترا بأعمال الدولة، وفي فرنسا بأعمال الحكومة وفي مصر وسلطنة عُمان بأعمال السيادة<sup>٣٧٨</sup>.

وإذا كان القرار وسيلة الإدارة للتصرف في شأن الغير -عدد غير محصور من الأفراد- في مجال معين ووقت معين، ولا يجوز لها ممارسة الأعمال الإدارية دون سند قانوني، فإن هذه الأعمال تتميز عن

٣٧٦ - أبو موسى، محمود محمد مسلم، ٢٠١٨. حالة الطوارئ كاستثناء على مبدأ المشروعية في التشريع الفلسطيني؛ دراسة مقارنة مع النظم القانونية والشرعية الإسلامية. (رسالة ماجستير غير منشورة). غزة. فلسطين.

٣٧٧- A. de laubadère. ١٩٨٤. Traité de droit administratif, Paris, Tom, ١, No ٦١٣.

٣٧٨- أبو العينين، محمد ماهر، ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفناوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٣٧.

الأعمال الحكومية بأنها تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها إدارة، بينما تصدر أعمال السيادة، وتكون إما مدفوعة ببواعث سياسية، أو تنفيذاً لنصوص دستورية، أو بما لها من السلطة العليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها.

ونظرية أعمال السيادة هي نظرية قضائية في الأساس وتطبيقها قضائي - كمعظم نظريات القانون الإداري الفرنسي - من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وارتبطت عند بداية ظهورها بظروف سياسية بحثية، فبعد أن مُنع القضاء من التدخل في أعمال الإدارة بصفة نهائية إبان قيام الثورة الفرنسية، وإطلاق مسمى "الإدارة القاضية" على هذه المرحلة، وبعد ما أطاح نابليون بونابرت (Napoléon Bonaparte) بالملكية أنشأ مجلس الدولة في ١٢ ديسمبر ١٧٩٩م؛ ليقوم بمهام تساعد الإدارة في أعمالها، فكانت أحكامه تتطلب تصديق رئيس السلطة التنفيذية عليها، وهو ما سمي بمرحلة "القضاء المحجوز"، ولكن عندما عادت الملكية الفرنسية مرة أخرى في عام ١٨١٤م<sup>٣٧٩</sup>، كان مجلس الدولة على وشك الإلغاء<sup>٣٨٠</sup>، وعُدَّ من مخلفات نظام نابليون البائد، فكان موضع الشك والريبة إلى الحد الذي أوصل رجال النظام الجديد إلى مستوى الرغبة بإزالته أو على الأقل تقليص نفوذه والحد من رقابته على أعمال الإدارة، وعندما أراد رجال مجلس الدولة أن يدروا عن أنفسهم الشبهات؛ ولكسب ثقة الحكومة قاموا بابتداع نظرية أعمال السيادة من أجل البقاء، وتجنب الاصطدام بالنظام الجديد. وبموجبها أُخرجت الكثير من الأعمال السياسية المهمة من رقابتهم، والنزول عن رقابة الكثير من أعمال السلطة التنفيذية، وأقرَّ بأن هذه الأعمال يجب ألا تخضع لأية رقابة قضائية، لما يحيط بها من اعتبارات خاصة، وأطلق عليها اسم "أعمال الحكومة"<sup>٣٨١</sup>.

فظهرت هذه النظرية نتيجة للصراع الأبدي بين السياسة والقانون، وتحسّدت فيها الغلبة للسياسة حيناً، والتسليم من قبلها للقانون حيناً آخر؛ ومن ثمَّ لا يتصور أن تكون مبرراتها سوى أسباب سياسية، أو اعتبارات عملية، مما جعلها وصمة في جبين القانون العام، وثغرة خطيرة في البناء القانوني، وتهديداً لبناء المشروعية، فقد قامت أساساً لتعزيد مركز ملوك أوروبا في أواخر القرن السادس عشر، والقضاء على نفوذ الكنيسة، والتحرر من سلطة البابا والإمبراطور، وكان الهدف منها تبرير الحكم المطلق، واستئثار الملوك بالسلطة كلها، فكان ظهورها إيداناً بظهور الدولة الحديثة، وقد ارتبط مصطلح السيادة بالفقيه جان بودان (Jean Bodin) الذي عرفها في كتابه "الكتب الستة للجمهورية" الصادر في عام ١٥٧٧م، "six livres de la République" بأنها: (السلطة الدائمة العليا على المواطنين التي لا تخضع للقوانين، فكل مجتمع مستقل محكوم بالقانون، ولا بد من سلطة تصدر القوانين وتحافظ عليها، وهذه السلطة أعلى من

٣٧٩- Gustave peiser. ١٩٩٥. Contentieux administratif, ٩ème édition, Dalloz, Paris, P. ٥.

٣٨٠ - الجبوري، ماهر صالح. ٢٠١٩. تحولات القانون الإداري في ظل العولمة. عُمان. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ص ٦٠.

٣٨١ - شنتاوي، علي خطار. ٢٠٢١. موسوعة القضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم) - الكتاب الأول. الرياض. السعودية: مكتبة الرشد. ص ٧٩.

القوانين ذاتها وغير مقيدة)، أي أن السيادة جوهر الدولة، ويرى (بودان) أنه لا دولة بدون سيادة سلطة عليا ومطلقة، فالدولة لا تخضع إلا لأوامر الله وقانون الطبيعة<sup>٣٨٢</sup>.

وقد وُجّهت إلى هذه النظرية انتقادات كثيرة من قبل فقهاء القانون، حيث انتقدها العميد دوجي (Duguit)، وأنكر على الدولة صفة السيادة الإرادية الخلاقة لقواعد القانون، وفكرة الحق، وفكرة الشخصية المعنوية، إذ يرى أن صفة الشخص القانوني لا تثبت إلا للأفراد، ولا يمكن أن يبرر خضوع الدولة للقانون طالما حسبنا القانون من صنع الدولة، وأن خضوعها للقانون يتحقق عندما يكون للقانون مصدر مستقل وخارجي عنها. وأسبق في الوجود من الدول نفسها، ويسمو عليها، فصاحب القاعدة القانونية لا يمكن أن يقيد بها؛ لأن القيد يكون نتيجة لقاعدة خارجية؛ وذلك لأن دوجي (Duguit) يأخذ بفكرة القانون الموضوعي Droit objectif الذي يُعد من مقتضيات التضامن الاجتماعي، كما انتقد روسو (Rousse) هذه النظرية بحجة أنها فكرة غير قانونية؛ بل تتناقض مع القول بوجود القانون، وتتعارض مع الحقائق الفعلية للمجتمع، فضلاً عن أن مضمون السيادة غامض، وغير واضح، والتمسك بها يؤدي إلى أخطار تهدد السلام<sup>٣٨٣</sup>. ويمكننا القول: بأن نطاق أعمال السيادة يتناقص مع التوسع في نطاق القواعد التنظيمية القانونية التي تستمد قوتها من الدستور إلى الحد الذي تكون فيه متوافقة معها.

ولنا أن نثير هنا تساؤلاً مهماً، وهو: إذا كانت أعمال السيادة عبارة عن أعمال أو قرارات إدارية تصدرها السلطة التنفيذية، فلماذا يتم تحصينها من رقابة القضاء الإداري؟

إن أعمال السيادة وإن كانت في أصلها الفرنسي قضائية النشأة، أرسى القضاء قواعدها، ونظّم أحكامها، واستشعر فيها القضاء الإداري المقارن أهمية عدم خضوع بعض التصرفات الإدارية للرقابة القضائية، وإن كان لا يحق للقضاء الفرنسي بحث دستورية القوانين قبل التعديل الدستوري في ٢٣ تموز ٢٠٠٨م، ولكنه يمتنع عن تطبيق القانون الذي يحصن القرار الإداري من الطعن بالإلغاء، ويراقب مشروعية القرار حتى وإن دفعت جهة الإدارة بأنه مُحصّن قانوناً من الإلغاء.

وأما في مصر وسلطنة عُمان فإن نظرية أعمال السيادة ذات أساس تشريعي، ويرجع في النظام المصري إلى بداية التنظيم القضائي، فقد عرضت لها التشريعات المنظمة للمحاكم المختلطة، ثم تشريعات المحاكم الأهلية، فحظرت المادة (١١) من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة معدلة سنة ١٩٠٠م على هذه المحاكم النظر في أعمال السيادة، وتبعتها المادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية معدلة سنة ١٩٣٧م، فحظرت على هذه المحاكم النظر في أعمال السيادة، ولقد استقرت تلك القاعدة في التشريعات المتعاقبة

٣٨٢ - الفكهاني، حسن. ١٩٨٢. المعاهدات غير المتكافئة في القانون الدولي. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١٢٨. القاهرة. مصر:

الدار العربية للموسوعات القانونية. ص ٤٦٥

٣٨٣ - الفكهاني، حسن. ١٩٨٢. المعاهدات غير المتكافئة في القانون الدولي. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١٢٨. القاهرة.

مصر: الدار العربية للموسوعات القانونية. ص ٤٧٤.



المنظمة للقضاء، ولما أنشئ مجلس الدولة المصري<sup>٣٨٤</sup> بمقتضى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م<sup>٣٨٥</sup>، حظر في مادته رقم (٦) على محكمة القضاء الإداري النظر في أعمال السيادة<sup>٣٨٦</sup>. كما نص المشرع المصري في المادة رقم (٦٨) من دستور عام ١٩٧١م، على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء"<sup>٣٨٧</sup>. ويؤكد الإعلان الدستوري ٢٠١٣م في الفقرة الثالثة من المادة (١٥) على أنه: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء"، كما يؤكد الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م، على عدم التمييز بين الأعمال التي تباشرها الحكومة بوصفها سلطة الحكم أيًا كان الباعث من ورائها، وبين القرارات الإدارية التي تصدرها بوصفها سلطة إدارية<sup>٣٨٨</sup>، وهو ما يتوافق مع نصوص بعض المواثيق الدولية المؤكدة على حق التقاضي؛ ليكون مصوناً ومكفولاً لجميع الناس مثل الإعلان العالمي لحقوق

٣٨٤ - يتكون القسم القضائي لمجلس الدولة المصري من: أولاً: المحاكم الإدارية. ثانياً: محكمة القضاء الإداري (محكمة أول درجة، ومحكمة استئنافية)، ثالثاً: المحكمة التأديبية، وتختص بتأديب الموظفين العموميين، ومعيار التفرقة المحاكم الإدارية، ومحكمة القضاء الإداري هو معيار قيمة النزاع، وأهمية الوظيفة التي يشغلها الموظفون العموميون لدى التنازع أمام المحاكم الإدارية، وتعد محكمة القضاء الإداري محكمة استئنافية للمحاكم الإدارية فقط، ولا تُعد كذلك بالنسبة للمحاكم التأديبية. رابعاً: المحكمة الإدارية العليا، وتجمع المادة (٢٣) من القانون رقم ٤٧/ ١٩٧٢ بينها ومحكمة النقض كونهما محكمة قانون لا لمحكمة واقع، وتختلف المحكمة الإدارية العليا عن محكمة النقض من حيث معيار وشكل الطعن وإجراءاته وكيفية الحكم فيه. انظر: شفيق، وجدي. ٢٠١٢. الموسوعة الشاملة في البطلان المدني والجناحي والإداري؛ في ضوء الشرح وآراء الفقه والتشريع والمستحدث من قضاء النقض والمذكرات الدفاع في البطلان. القاهرة. مصر: أ- أحمد حيدر. ص ٣٨٧-٣٩٣. ٣٨٥ - عرفت مصر عدة محاولات لإنشاء مجلس الدولة قبل عام ١٩٤٦، كان أولها عام ١٨٧٩م عندما أصدر أمراً عالياً بإنشاء مجلس الدولة، ولكن لم يكتب له التطبيق، وكذلك في الأعوام ١٨٨٣م و ١٩٣٩ و ١٩٤١، وبسبب الأوضاع السياسية آنذاك لم يكتب له النجاح. انظر رمضان، شريف عبد الحميد. ٢٠٢٠. الوجيز في القضاء الإداري السعودي؛ مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، الدعوى التأديبية، الدعوى الإدارية الأخرى. الرياض. السعودية: دار الإجادة. ص ٧٠.

٣٨٦ - نصت المادة (٦) من قانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة على أنه: "لا تقبل الطلبات الآتية: الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقات الحكومة بمجلسي البرلمان، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة.."، متوفر على موقع: <https://manshurat.org/node/٦٣٩١٢>.

٣٨٧ - دستور جمهورية مصر العربية، صدر في ١١ يوليو ١٩٧١ ونشر في اليوم التالي من صدوره، وعمل به في ١١ سبتمبر من عام ١٩٧١؛ متوفر على موقع: <https://manshurat.org/node/١٦٨٨>.

٣٨٨ - تنص المادة رقم (٩٧) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤، على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة، وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي والمحاكم الاستثنائية محظورة".

الإنسان لسنة ١٩٤٨م في المادة (٨)<sup>٣٨٩</sup>، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦م في المادة (١٤).

وبالنسبة للوضع في سلطنة عُمان فلم ينص المشرع الدستوري صراحة على عدم جواز تحصين أعمال السيادة، واكتفي بالنص على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ويبيّن القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق، وتكفل الدولة قدر المستطاع، تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا"<sup>٣٩٠</sup>، وهو على مقاربة الشطر الأول من النصوص السابقة في الدستور المصري؛ ليكفل حق التقاضي للجميع إعلاءً لمبدأ المشروعية، وسرعة الفصل في القضايا.

وقد تدخل المشرع العماني وفقاً لذلك بواسطة قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٠٠٢/٢٩) وبغيره من النصوص المتعلقة بإجراءات التقاضي لتنظيم إجراءات ممارسة هذا الحق، عملاً بحكم المادة (١٠٥) من قانون المحكمة المعدلة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) على أن: "فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون، تطبق على الخصومة الإدارية أحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية، وذلك فيما لا يتعارض مع طبيعة هذه الخصومة"<sup>٣٩١</sup>.

ثم تحقق الأساس التشريعي لأعمال السيادة بنص المادة (٧) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣)، عندما حظر على المحكمة النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو بالمراسيم أو الأوامر السلطانية من رقابة القضاء وأخرجها من اختصاصها<sup>٣٩٢</sup>.

والأصل العام أن تخضع جميع القرارات الإدارية التي تصدر عن السلطة التنفيذية لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً<sup>٣٩٣</sup>، بحيث يجوز لكل فرد له مصلحة أن يطلب من القضاء المختص مراجعة القرار الإداري إذا شابه عيب من عيوب المشروعية، كما يجوز له أن يطلب التعويض إذا أصيب بضرر منه، وبالرغم من أن القواعد الدستورية الأساسية في التشريع المقارن تمنع تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء، فإن واقع التشريع العماني يحصن بعضاً منها، على الرغم من أن ضرورة التطور الذي يشهده القضاء العماني تقتضي النص الدستوري - كالدستور الفرنسي والدستور المصري - على حظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، وذلك من أجل إدخال أعمال السيادة ضمن اختصاص القضاء بنظر الطعن في

٣٨٩ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول/ديسمبر ١٩٤٨.

٣٩٠ - المادة رقم (٢٥) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١)، والمادة (٣٠) من النظام الأساسي للدولة (٢٠٢١/٦).

٣٩١ - المادة (١٠٥) من قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١) المعدل بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣).

٣٩٢ - نص المادة (٧) من قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١) المعدل بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) بأن: "لا تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ١ - الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو بالمراسيم أو الأوامر السلطانية..".

٣٩٣ - يشترط أن تكون أعمال السيادة صادرة عن السلطة التنفيذية، حيث يستبعد من نطاق أعمالها أية أعمال صادرة عن البرلمان، أو عن السلطة التشريعية بصفة عامة، أو عن السلطة القضائية.

جميع أعمال الحكومة إذا كانت مخالفة لمبدأ المشروعية، حتى تخضع سائر تصرفات السلطة التنفيذية لرقابة القضاء، فهو خير أمين على حفظ سيادة الدولة، وعدم إثارة ما يراه متعلقاً بسلامة الدولة وأمنها في الداخل والخارج، ذلك أنها من المسائل الراسخة في فكر القاضي، ولا يغيب عن نهج القضاء العُماني متى وجد مبررات لإعمال نظرية أعمال السيادة من تلقاء نفسه دون حاجة لنص في هذا الشأن.

وإذا كانت الإدارة في ظل ممارستها لأعمال السيادة، لا تخضع للرقابة القضائية حتى لو خالفت القانون، فإنَّ هذه النظرية تشكل خروجاً حقيقياً، وعلى نحو صريح عن مبدأ المشروعية، مما يضفي خطورة على هذه الأعمال إذا ما لجأت السلطة التنفيذية إليها، فلا يجد الأفراد بذلك أي وسيلة للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم؛ لأن القضاء لا يمكنه إطلاقاً التعقيب عليها<sup>٣٩٤</sup>.

وبحسب تعريف د. سليمان الطماوي لأعمال السيادة بأنها "عمل يصدر من السلطة التنفيذية، وتحيط به اعتبارات خاصة، كسلامة الدولة في الخارج أو الداخل، ويخرج عن رقابة المحاكم، متى قرر له القضاء هذه الصفة"<sup>٣٩٥</sup>.

فالتساؤل المهم هنا: متى تُعد أعمال السلطة التنفيذية من أعمال السيادة؟

هناك ثمة معايير تميز أعمال السيادة عن غيرها من الأعمال الإدارية العادية وهي:

#### الأول: معيار الباعث السياسي:

يقصد بأعمال السيادة حسب هذا المعيار الذي اعتمدته مجلس الدولة الفرنسي، أن العمل يُعد عملاً سيادياً إذا كان الباعث عليه سياسياً؛ أما إذا لم يكن الباعث عليه سياسياً، فإنه يُعد من الأعمال الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء<sup>٣٩٦</sup>.

اعتمد مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار للأخذ بنظرية أعمال السيادة، ويُعد حكم المجلس في قضية (La fite) الصادر في الأول من مايو ١٨٢٢م حجر الأساس في اعتماد هذا المعيار<sup>٣٩٧</sup>، وقد

---

٣٩٤- Busane Ruhana Wenceslas. ٢٠١٠. "Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais", Thèse de Doctorat, Université catholique de ouvain, Juillet, P. ٩٣.

٣٩٥- الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ١٣٨.

٣٩٦- رمضان، شريف عبد الحميد. ٢٠٢٠. الوجيز في القضاء الإداري السعودي؛ مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، الدعوى التأديبية، الدعوى الإدارية الأخرى. الرياض. السعودية: دار الإجازة. ص ٣٨.

٣٩٧- أول حكم طبق هذه الفكرة حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في أول مايو ١٨٢٢م في قضية La fite بمناسبة تطبيق المادة ٤ من قانون ١٢ يناير ١٨١٦م والتي كانت تنص على استبعاد عائلة نابليون بونابرت من فرنسا مع حرمانها من التمتع بالحقوق المدنية، ومن تملك أي أموال أو سندات أو معاشات تقرر لها على المنحة، فرفض مجلس الدولة الدعوى المرفوعة ضد وزير المالية الصادر برفض مستحقات أحد أفراد هذه الأسرة من المرتبات، وأسس المجلس حكمه على أن طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية مما تختص الحكومة وحدها بقرار الفصل فيها. موثق له بالهامش عند الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ٢٣٠.



أشارت محكمة النقض المصرية إلى أن أعمال السيادة تتميز بالصبغة السياسية البارزة فيها؛ لما يحيطها من اعتبارات سياسية، فهي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، فينعقد لها في نطاق وظيفتها السياسية سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة كلها، والسهر على احترام دستورها، والإشراف على علاقتها مع الدول الأخرى، وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج. فالأعمال التي تصدر في هذا النطاق غير قابلة بطبيعتها لأن تكون محلاً للتقاضي؛ لما يكتنفها من اعتبار سياسي يبرر تحويل السلطة التنفيذية الحق في اتخاذ ما ترى فيه صلاحاً للوطن وأمنه وسلامته دون تعقيب من القضاء، أو بسط الرقابة عليها فيه<sup>٣٩٨</sup>. إلا أنه وُجّه إلى معيار "الباعث السياسي" انتقاد مهم وهو افتقاره للتحديد مما يمكن السلطة التنفيذية من إساءة استخدام هذا المعيار؛ لتخرج بتصرفاتها عن الرقابة القضائية بمجرد الادعاء بأن الباعث لها على التصرف كان سياسياً، ومن ثمّ تهدر حقوق وحريات الأفراد، فضلاً عن مخالفة هذا المعيار للديمقراطية، لذلك لم يطبق إلا فترة وجيزة، ومن ثمّ عُذِل عنه منذ زمن طويل.

#### الثاني: معيار طبيعة العمل:

نتيجة لما وجه إلى معيار الباعث السياسي من نقد؛ فقد عدل مجلس الدولة الفرنسي عنه في حكمه بتاريخ ١٩ فبراير ١٨٧٥م في قضية الأمير نابليون Prince Napoleon إلى معيار "طبيعة العمل"، لكونه أقل تشدداً منه، ومؤداه أن العمل يتميز بذاته أو موضوعه، وبموجب هذا المعيار هناك ثلاثة اتجاهات<sup>٣٩٩</sup>:

**الأول:** يأخذ بالتمييز بين العمل الإداري والعمل الحكومي، فيعد العمل الحكومي حكومياً إذا قصد به تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام الدستور وسير هيئاتها العامة، والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي؛ فهذه الأعمال تندرج ضمن أعمال السيادة.

**الثاني:** أن أعمال السيادة أو الحكومة تستند إلى نصوص دستورية، أما الأعمال الإدارية فتستند إلى نص تشريعي عادي، أو قرارات تنظيمية.

**الثالث:** تصدر أعمال الحكومة عن السلطة التنفيذية بخصوص علاقاتها بسلطة أخرى كالسلطة التشريعية، أو سلطة دولة أخرى لا تخضع أعمالها لمراقبة القضاء<sup>٤٠٠</sup>.

٣٩٨ - محكمة النقض المصرية - طعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٧ قضائية - جلسة ٢٤ يونيو ١٩٩٩.

٣٩٩ - رمضان، شريف عبد الحميد. ٢٠٢٠. *الوجيز في القضاء الإداري السعودي؛ مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، الدعوى التأديبية، الدعوى الإدارية الأخرى*. الرياض. السعودية: دار الإجازة. ص ٤٠.

٤٠٠ - الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. *الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة*. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ٢٣٥.

وبالرغم من أن معيار طبيعة العمل يقوم على ذاته، وليس على الباعث من إصداره؛ إلا أنه يؤخذ عليه غموضه، كما أنه يحل مشكلة بمشكلة أخرى، ويحتاج إلى معيار آخر يميز أعمال السلطة التنفيذية الحكومية عن أعمالها الإدارية.

### الثالث: معيار القائمة القضائية:

بقي التمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة العادية غير معتد به؛ لافتقاره إلى السند القانوني الواضح، إذ لم يفصل القانون بين السلطات على أساس التقسيم المادي للأعمال القانونية. لذا أعتد معيار "القائمة القضائية"، وهو المعيار الشائع في الوقت الحاضر، ويقوم على أساس حصر أعمال السيادة فيما يقرره القضاء؛ وقد أسهم مجلس الدولة الفرنسي، ومحكمة التنازع في وضع قائمة بأعمال السيادة تتضمن الأعمال الآتية: الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان، والأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية، والأعمال المتعلقة بالحرب، وبعض إجراءات الأمن الداخلي، والمسائل المتعلقة بالسيادة الإقليمية، والمسائل المتعلقة بسياسة الدولة الخارجية<sup>٤٠١</sup>.

ولقد أغفل كل من المشرع المصري ونظيره العماني - كما ذكرنا سابقاً - عمداً تعريف أعمال السيادة، كما أن القضاء الذي أرسى قواعد هذه النظرية وكذلك الفقه، لم يستطع كلاهما وضع تعريف أو معيار جامع لأعمال السيادة، ومن ثم انتهى القول الفصل في مصر، وكذلك في سلطنة عُمان إلى أن القضاء وحده من يقرر بسلطته التقديرية ما يعتبر من أعمال السيادة.

فنظرية أعمال السيادة وإن نشأت قضائية في فرنسا، وقتنها المشرع المصري في قانوني السلطة القضائية ومجلس الدولة، وقتنها المشرع العماني في قانون محكمة القضاء الإداري؛ إلا أن مضمونها يظل دائماً بيد القضاء يحدده في ضوء البنية الدستورية التي تنظم سلطات الحكم في الدولة، ومن ثم فهي ليست نظرية جامدة المضامين، وإنما تتسم بالمرونة بحسبان أن مساحة أعمالها تتناسب عكسياً مع مساحة الحرية والديموقراطية، فيتسع نطاقها في النظم الديكتاتورية، ويضيق كلما ارتفعت مدارج الديمقراطية<sup>٤٠٢</sup>.

لذا فقد استقرت المحاكم في مصر على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم، لا سلطة إدارة، فتباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أو خارجية، أو التي تتخذها اضطراراً للمحافظة على الكيان الداخلي للدولة أو للذود عن سياستها في الخارج لدفع الأذى والشر عنها في حالتي الاضطراب والحرب، فقد أخرجت

٤٠١ - رمضان، شريف عبد الحميد. ٢٠٢٠. الوجيز في القضاء الإداري السعودي؛ مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، الدعوى التأديبية، الدعوى الإدارية الأخرى. الرياض. السعودية: دار الإجازة. ص ٤٢.

٤٠٢ - عكاشة، حمدي ياسين. ٢٠١٨. موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة "الكتاب الأول: ماهية القرار الإداري وأحكامه". ط ٢. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالمهرم. ص ٥١١.

المحكمة العليا قرار رئيس الجمهورية رقم (١٣٣٧) لسنة ١٩٦٧م، بإعلان حالة الطوارئ عن اختصاصها، واعتبرته عملاً من أعمال السيادة<sup>٤٠٣</sup>.

وذهبت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم مهم لها بتاريخ ١٩ يناير ١٩٥٦م إلى أن معيار التفرقة بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية سواء كانت أوامر إدارية أم أعمالاً مادية هو معيار مادي أساسه طبيعة العمل، إلا أنه لا يستطيع وضع تعريف حاسم أو حصر دقيق لأعمال السيادة، إذ إن ما يعدّ عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف وملابسات سياسية معينة في دولة ما إلى مرتبة أعمال السيادة، كما أن ما يعتبر عملاً من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى إلى مستوى الأعمال الإدارية<sup>٤٠٤</sup>.

والمعيار السائد فقهاً وقضائياً في التمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة، وهو معيار طبيعة العمل المتخذ، وبحسب هذا المعيار فإن أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فإذا كانت صادرة منها باعتبارها حكومة كانت أعمال سيادة، وأما إذا كانت صادرة منها باعتبارها إدارة كانت أعمالاً إدارية.

وتشير المؤلفات القانونية إلى أنه يستفاد من أحكام القضاء الفرنسي والمصري عدد من الأعمال التي تُعد من أعمال السيادة كالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان، والأعمال المتعلقة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي، والأعمال المتعلقة بالحرب، والأعمال المتعلقة بالمعاهدات الدولية، والأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي<sup>٤٠٥</sup>.

ويتمثل القاسم المشترك بين هذه الأعمال في تحصينها من رقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً، وليس غريباً بأن يعتبرها الفقه الإداري ثغرة في بناء المشروعية؛ لذا اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى التخفيف من أثرها، فقرّر إمكان التعويض عنها، كذلك حاول القضاء الإداري رأب هذا الصدع من خلال الاتجاه نحو تضيق نطاق أعمال السيادة، وإخراج بعض الأعمال ذات الطبيعة الإدارية منها.

وقد اختلفت آراء بعض فقهاء القانون المقارن بين مؤيد لنظرية السيادة، وبين منتقد لها إلى درجة الدعوة للقضاء بصفة نهائية على هذه النظرية والاستغناء عنها، بوصفها غير دستورية؛ لمصادرتها حق

---

٤٠٣ - حكم ١٩٧٧م. لسنة ٦ قضائية عليا "دستورية". المحكمة الإدارية العليا. مصر. نُشر الحكم في ١٠ مارس ١٩٧٧م؛ متوفر على موقع: <https://manshurat.org/node/٦٣٩١٢>.

٤٠٤ - الدعوى رقم (١٣) لسنة ٧ق. جلسة ١٩/١/١٩٥٦. محكمة القضاء الإداري. السنة العاشرة. مصر؛ موثق عند: أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٥٠.

٤٠٥ - رمضان، شريف عبد الحميد. ٢٠٢٠. الوجيز في القضاء الإداري السعودي؛ مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، دعوى التعويض، الدعوى التأديبية، الدعوى الإدارية الأخرى. الرياض. السعودية: دار الإجازة. ص ٤١.



التقاضي الذي كفله الدستور، ومن ثمّ فهي تمثل خروجاً كاملاً على مبدأ سيادة القانون ونقطة سوداء في جبين المشروعية، ومهما كانت الاعتبارات التي تساق لاستبعاد أعمال السيادة عن رقابة القضاء، فإنها لا تنهض مسوغاً لمخالفة الأحكام الدستورية التي لا تجيز تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء كما هو معمول به في بعض الدول. بينما يرجع الفقهاء المؤيدون لهذه النظرية أساسيد حصانة أعمال السيادة، وعدم خضوعها لرقابة القضاء إلى الاعتبارات الآتية:

- ١- أن هذه الأعمال تصدرها الحكومة بمقتضى مهمتها السياسية، ما يوجب منطقياً ألا تراقبها في هذا الشأن إلا سلطة سياسية هي السلطة التشريعية دون المحاكم.
- ٢- سلامة الدولة فوق القانون؛ لأن إجراءات الدولة في هذا الصدد يكون الهدف منها حمايتها وسلامتها.
- ٣- تستند أعمال السيادة إلى اعتبارات عليا يضرها أن تلوكها المخاصمات القضائية، وقد تتصل باعتبارات خفية ليس من المصلحة العامة، أو من الحكمة مناقشتها بواسطة المحاكم.
- ٤- ليس للمحاكم رقابة على أعمال السيادة، وإنما لها أن تتبين أن التدابير المتخذة تدخل ضمن أعمال السيادة من عدمه.

بعبارة أخرى أنّ منع المحاكم الإدارية من النظر في أعمال السيادة لا يسلبها الحق في بحث إذا ما كان العمل المعروف عليها يعتبر من أعمال السيادة أم لا؟، فالمحاكم الإدارية تتمتع بصلاحيّة بحث التصرفات والأعمال التي تصدر من الدولة إذا ما عرضت عليها من خلال دعاوى إدارية، ولها أن تفحصها وتكتيفها من الناحية القانونية لمعرفة حقيقتها، وإذا ما كانت من أعمال السيادة، أو أنها من قبيل التصرفات والقرارات الإدارية العادية التي تخضع لرقابة القضاء، فإذا وجدت المحكمة أن التصرفات والأعمال المعروضة عليها تدخل في نطاق أعمال السيادة، فعليها أن تقضي من تلقاء ذاتها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى. ومما تقدم يتضح أن الرأي الفقهي المؤيد لنظرية أعمال السيادة أكثر رجحاناً من الرأي المعارض لوجاهة مسوغاته.

### المطلب الأول: تطبيقات لنظرية أعمال السيادة في سلطنة عُمان

لما كانت نظرية أعمال السيادة ذات نشأة قضائية استشعر فيها القضاء الإداري المقارن أهمية عدم خضوع بعض التصرفات الإدارية للرقابة القضائية؛ لأنها تمثل المصالح العليا للوطن، فقد ظل هذا الأمر من المسائل الراسخة في فكر القضاء الإداري العُماني متى وجد مُبرراتٍ إعمال هذه النظرية من تلقاء نفسه دون الحاجة لنص في هذا الشأن، ومع الأخذ بهذا المفهوم، فإن المشرّع العُماني قد تمسك بها وأكد عليها بنص تشريعي في المادة (٧) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩ / ٣) المعدل لبعض أحكام القانون، فأخرج الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو المراسيم أو الأوامر السلطانية عن اختصاص المحكمة، ولم يكلف نفسه عناء تعريف أعمال السيادة، أو تحديدها في القانون - أسوة منه في ذلك بقوانين القضاء الإداري المقارن -

فترك هذا الأمر للقضاء ليقرر بسلطته التقديرية ما يعتبر من أعمال السيادة، فيخرجها من اختصاصه، وما لا يعتبر كذلك فيخضعها لرقابته، ومن ثمَّ فإنَّ عبء تحديد أعمال السيادة مُلقى دستورياً وقانوناً على الفقه والقضاء، وهو ما يتفق مع أحدث المعايير المتبعة في القضاء الفرنسي، ومع ذلك قد يتدخل المشرع ويحدد بعض هذه الأعمال، إما بمرسوم أو أمر سلطاني، بقصد إضفاء حصانة لها من خضوعها لرقابة القضاء، وذلك لاعتبارات معينة تقتضيها مصلحة الدولة، وفي هذه الحالة يتم استبعاد تلك الأعمال التي حددها المرسوم أو الأمر السلطاني من اختصاص القضاء الإداري، دون أن يمتد إلى غيرها من الأعمال، ولم يكتفِ المشرع في هذه المادة إعلان مبدأ عدم اختصاص القضاء الإداري بنظر أعمال السيادة دون إيراد أمثلة لهذه الأعمال، بل أضفى صفة التحصين على جميع المراسيم أو الأوامر السلطانية، والدعاوى المتعلقة بالجنسية والشؤون القبلية<sup>٤٠٦</sup>. إضافة إلى اعتبار سبب القرار الإداري مشروعاً إذا كان مبنياً على اعتبارات أمنية<sup>٤٠٧</sup>.

وقد سبق ذلك أوامر سلطانية سامية نقلها وزير ديوان البلاط السلطاني إلى رئيس المحكمة؛ ومنها الأمر رقم (٢٠٠٢ / ٤٦٧) بتاريخ (٢٠٠٢ / ٦ / ١)، وقضى بتصنيف أعمال وزارة الداخلية ضمن أعمال السيادة - دون أن يحدد طبيعتها - واستثنى الدعاوى التي يتقدم بها الموظفون العموميون بالوزارة على النحو المبين بالبند (١، ٢، ٣، ٦) من المادة (٦)، وهو بمنزلة تشريع واجب التنفيذ بأثر مباشر أساسه نص المادة (٤١) من النظام الأساسي للدولة التي تقتضي بأن تكون أوامر السلطان مطاعة، وأثر ذلك الحكم بعدم الاختصاص الولائي بنظر القرارات المتعلقة بتلك الأعمال إلى أن صدر المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩ / ٣) الذي أدخل التعديلات على القانون، وحصر جملة الدعاوى والطلبات المستبعدة بموجب أوامر سلطانية مبلغة إلى رئيس المحكمة عن طريق وزير ديوان البلاط السلطاني؛ وبذلك غدا القانون بدءاً من تاريخ دخول التعديلات المقرر بهذا المرسوم السلطاني حيز التنفيذ في ٢ / ٢ / ٢٠٠٩ المرجع الوحيد الواجب اعتماده في تحديد ما يخرج عن اختصاص المحكمة من نزاعات، حيث إنَّ الواضح من مطالعة نص مادته رقم (٧) أنَّ المشرع أمسك عن كل تصنيف لأعمال وزارة الداخلية ضمن أعمال السيادة، بدليل اقتصره بالنص صراحة - في البند الثالث منها - على إخراج صنفين فقط من أعمال الوزارة، وهي المتعلقة بالجنسية والشؤون القبلية فقط، وترك للمحكمة سلطة تعريف مفهوم أعمال السيادة وتحديد الأعمال التي

---

٤٠٦ - تنص المادة (٧) من قانون محكمة القضاء الإداري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) بأنه: "لا تختص المحكمة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، أو المراسيم، أو الأوامر السامية". ثم تم تعديله بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) لتكون كالآتي: "لا تختص المحكمة بالنظر في الآتي: ١- الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو المراسيم أو الأوامر السامية. ٢- الدعاوى الخاصة بأعمال الوحدات الأمنية والعسكرية عدا ما يتعلق منها بقرارات متصلة بأداء خدمات عامة لذوي الشأن المتعاملين معها. ٣- الدعاوى المتعلقة بالجنسية والشؤون القبلية".

٤٠٧ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة (٨) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩ / ٣) على أنه: "... ويعتبر سبب القرار مشروعاً إذا كان مبنياً على اعتبارات أمنية".

تندرج ضمنها سواء تعلقت بوزارة الداخلية، أو بغيرها من الوحدات الحكومية دون إلزامها بأي تحديد نصي مسبق<sup>٤٠٨</sup>؛ ومن ثمّ فلا مجال بعد ذلك للتمسك بالأوامر السامية المنقولة إلى المحكمة في العام ٢٠٠٢م، بعد أن أُلغي كل ما يخالف التعديلات التي جاء بها المرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٩/٣ أو يتعارض مع أحكامه<sup>٤٠٩</sup>، فضلاً من أن أعمال وزارة الداخلية هي بطبيعتها إدارية لكونها متصلة بشأن من شؤون الإدارة اليومية، وليس شأناً من شؤون الحكم الذي يعده القضاء من أعمال السيادة.

إلا أن الواقع العملي يثبت اتجاه المشرع العماني بالاستمرار في تحصين الأعمال الإدارية، وإخراج طائفة كبيرة من هذه الأعمال المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد لمجرد أنها صادرة من السلطان حتى وإن كانت بطبيعتها لا تتصل بالسيادة، خاصة وأن للسلطان الحق - ما بين أدوار انعقاد مجلس عُمان، وخلال فترة حل مجلس الشورى وتوقف جلسات مجلس الدولة - في إصدار مراسيم لها قوة القانون، وبذلك تكون جميع أعمال السلطان محصنة ضد الرقابة القضائية، بالرغم من كونه رئيساً للسلطة التنفيذية.

وقد ظهرت للقضاء الإداري في سلطنة عُمان تطبيقات عدة لنظرية أعمال السيادة في أحكامه، ويتضح من خلالها أنه لا يسير في تحديد أعمال السيادة على وتيرة واحدة، أو وفق معيار واحد، وتأرجحت أحكامه بين معياري "طبيعة العمل"، و"القائمة القضائية"، أو الجمع بينهما في آن واحد، حيث أخذ الفقه والقضاء العماني بالمعيار الموضوعي الذي يقوم على نظر "طبيعة العمل" الصادر عن السلطة التنفيذية، للتمييز بين أعمال السيادة، والأعمال الإدارية، وعلى هذا الأساس حدد القضاء الإداري العماني مفهوم أعمال السيادة بأنها: "الأعمال التي تصدر عن الحكومة بوصفها سلطة حكم، وليس بوصفها سلطة إدارة"<sup>٤١٠</sup>، ويعني ذلك أن أعمال السيادة هي التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة عامة في نطاق وظيفتها السياسية؛ أما الأعمال الإدارية فهي التي تقوم بها السلطة التنفيذية في حدود وظيفتها الإدارية.

ومن ثم طُبقت محكمة القضاء الإداري - بموجب قانونها رقم (٩٩/٩١) - هذا المعيار في التمييز بين ما يخضع لرقابتها من القرارات الإدارية، وما لا يعد كذلك، وأسهمت في وضع قائمة بأعمال السيادة التي تباشرها الحكومة في نطاق وظيفتها السياسية، وتشمل بالخصوص الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية للدولة، والأعمال المتصلة بالحرب والتدابير المتعلقة بأمن الدولة الداخلي والخارجي<sup>٤١١</sup>.

---

٤٠٨ - الاستئناف رقم (١١٩) لسنة (٩) ق. س. بجلسة ١ / ٦ / ٢٠٠٩ م (م. م. لعام ٩ ق)، محكمة القضاء الإداري. ٢٠١١. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي التاسع. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٨٣ / ٢٠١١. ص ٤٤٧.

٤٠٩ - انظر المادة الثانية من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) بإدخال بعض التعديلات على قانون محكمة القضاء الإداري.

٤١٠ - الاستئناف رقم (٦) لسنة (٥) ق. س. بجلسة ٢٥ / ٦ / ٢٠٠٥ م (م. م. لعام ٥ - ٦ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠٠٨. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين الخامس والسادس. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ١١٥ / ٢٠٠٨. ص ٢٢٩.

٤١١ - الاستئناف رقم (١١٩) لسنة (٩) ق. س. بجلسة ١ / ٦ / ٢٠٠٩ م (م. م. لعام ٩ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١١. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي التاسع. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٨٣ / ٢٠١١. ص ٤٤٦.



ومن تطبيقاتها أيضاً - في ظل هذا القانون قبل أن يُعدّل - بشأن القرارات التي تدخل في أعمال وزارة الداخلية، إخراجها لنزاع حول مسمى قبيلة باعتباره من أعمال السيادة، والحكم بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى<sup>٤١٢</sup>، وإخراجها لأعمال لجنة تصحيح مسميات القبائل والألقاب والأسماء التابعة لهذه الوزارة؛ لأنها من قبيل أعمال السيادة، فالمحكمة لا تملك إلا التقيد بالنص القانوني، أو الأمر السلطاني الصادر في هذا الشأن، فإذا ما قضى الأمر السلطاني باعتبار القرارات الصادرة عن الجهة الإدارية قرارات متعلقة بأعمال السيادة، فإنه يعدّ من قبيل القوانين المعدّلة للاختصاص.

كما راقبت المحكمة - قبل إلغاء الاختصاص - قرار وزارة الداخلية السليبي بالامتناع عن إصدار شهادة إثبات تسوية زواج المستأنف ضده من أجنبية<sup>٤١٣</sup>؛ لكونه لا يندرج ضمن مسألتى الجنسية، والشؤون القبلية، ومن ثمّ يُعدّ عملاً من أعمال الإدارة التي تخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري، ومؤدى ذلك؛ اختصاص المحكمة بنظر الدعوى<sup>٤١٤</sup>.

ولذلك فإن المحكمة وإن كانت تُعدّ أعمال السيادة خروجاً على الأصل العام، الذي يعني خضوع تصرفات جهة الإدارة لرقابة القضاء الإداري، ووزنها بميزان المشروعية؛ لما لهذه الأعمال من طبيعة خاصة تستلزم إخراجها من نطاق الرقابة القضائية، فإنها في ذات الوقت تؤكد على الأخذ في الاعتبار أن العبرة في كون العمل من أعمال السيادة بطبيعة العمل، وليس بشخص ممارسه<sup>٤١٥</sup>.

### المبحث الثالث: نظرية السلطة التقديرية

تُعدّ السلطة التقديرية للإدارة عنصراً من عناصر موازنة مبدأ المشروعية، تتضح ملامحها في إصدارها للقرارات أكثر من إبرام العقود الإدارية، وذلك من خلال تعبيرها عن إرادتها المفردة في إحداث أثر في التنظيم القانوني القائم بإنشاء مراكز قانونية أو تعديلها أو إلغائها.

ويقصد بالتقدير من الناحية اللغوية التصرف طبقاً للإرادة الحرة، ولخص الرغبة الذاتية لصاحب التصرف، إلا أن معناه القانوني يفترض تعدد القرارات المتاحة والممكنة تحت تصرفه ليختار من بينها.

٤١٢ - الاستئناف رقم (١٥) لسنة (٣) ق. س بجلسة ١٤ / ٢ / ٢٠٠٤ م (م. م. لعام ٣ - ٤ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠٠٥. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين الثالث والرابع. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠٠٥/١٥٢. ص ١٧٣.

٤١٣ - صدر مؤخراً المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٣/٢٣) في شأن زواج العمانيين من أجانب، قضت مادته الأولى بإلغاء المرسوم السلطاني رقم (٩٣ / ٥٨)، ومن ثمّ ألغى كل ما تلا ذلك من قرارات واختصاصات لوزارة الداخلية في تنظيم زواج العمانيين من أجانب، بحكم أن المرسوم في مرتبة أسنى لا تقوى القرارات الإدارية على الوقوف في مواجهته، وتضحى هي والعدم سواء.

٤١٤ - الاستئناف رقم (٥) ق. س بجلسة ١ / ٢ / ٢٠١٠ م (م. م. لعام ١٠ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٢. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي العاشر. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠١٢/٧٧. ص ١٤٥.

٤١٥ - الاستئناف رقم (٨٥) لسنة (٧) ق. س بجلسة ٢١ / ١ / ٢٠٠٨ م (م. م. لعام ٨ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٠. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي الثامن. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠١٠/٢٤٨. ص ٢٦٥.

وتكون سلطة الإدارة تقديرية عندما تتوفر لها الحرية في تقدير مدى إصدارها للقرار الإداري إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة لإصداره، وهي بذلك تختلف عن السلطة المطلقة التي لا تخضع لرقابة السلطة القضائية<sup>٤١٦</sup>، فالرقابة القضائية موجودة دائماً على جميع التصرفات الإدارية لا تختلف في طبيعتها وإن تفاوتت في مداها. كما أن السلطة التقديرية لا تشمل جميع أركان القرار الإداري، وإنما تقتصر على بعضها، فهناك ركنا الاختصاص والشكل أو الإجراءات التنفيذية، للذان لا تستقل جهة الإدارة بتقديرهما، إذ لا بد لجهة الإدارة مراعاة قواعدهما المنصوص عليهما قانوناً؛ لأنهما متعلقان بكيفية ممارسة السلطة، وعلاقتهما بفكرة السلطة التقديرية.

إنَّ الفقه والقضاء عندما يقرّران بعض الامتيازات للإدارة، ويمنحان لها قدرًا من الحرية، فإنهما يهدفان من ذلك ضمان حسن سير العمل، وإتاحة الفرصة للتجديد والابتكار في إدارة المرافق العامة، والسلطة التقديرية للإدارة من أهم هذه الامتيازات، ومن أدق مواضع القانون الإداري على الإطلاق، حيث لم تحظْ أي نظرية من نظريات القانون الإداري بدراسات متعددة من مقالاتٍ ورسائلٍ علميةٍ كموضوع السلطة التقديرية، ولا يعدو القانون الإداري أن يكون عبارة عن دراسة السلطة التقديرية للإدارة وقيود ممارستها، وهذا ما أكّده فالين (vallin) بقوله: "لو شئنا تعريف القانون الإداري في بضع كلمات لقلنا بعد استبعاد الدراسة الوصفية للهيئات الإدارية، بأنه القانون الذي يعنى بدراسة السلطة التقديرية للإدارة، والقيود التي ترد على ممارستها"<sup>٤١٧</sup>.

كما يبيّن الفقيه فيدل (Vidal) بأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية: "عندما تترك لها القوانين والأنظمة حرية التصرف بصورة أو بأخرى"<sup>٤١٨</sup>.

وقد مرت فكرة التقدير الإداري بمراحل متعددة ومتدرجة، ولم يكن امتداد هذا التقدير في مصدره تشريعياً فقط بقدر ما كان قضائياً أيضاً، ولعل الجانب الكبير من نشاط الإدارة إنما يصدر عن سلطتها المقيدة<sup>٤١٩</sup>، التي يكون القانون هو المصدر المباشر لكل الحقوق والآثار التي قررتها، ولا تعتبر ناشئة عن القرار ذاته، فلا تملك فيها أية سلطة تقديرية<sup>٤٢٠</sup>. كما أنه للقاضي الإداري سلطة واسعة في رقابته على مشروعية تصرفات الإدارة وقراراتها تصل حد تقرير وإنشاء قواعد قانونية جديدة قد تقيد سلطة الإدارة

٤١٦ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفناوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٦٤٣-٦٤٤.

٤١٧- Marcel Waline. ١٩٥٦. Etendue et limites du controle du juge administrative, sur les de l'administration, E.D.C.E. p. ٢٥.

٤١٨- A. de Laubadere, Y. Gaudemet, Traite de Droit Admenistratif, op.cit.p. ٥٧٩.

٤١٩ - ترتبط السلطة بالإرادة، فهي أسلوب الإدارة في ممارسة الاختصاص الذي هو تعبير عن صلاحيات الجهة الإدارية. فالسلطة هي القدرة على تحريك الاختصاص الكامن.

٤٢٠ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفناوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٦٤٠.

بواسطة القاضي الإداري، وليس من قبل المشرّع، ومن ثمّ تغير الحدود الفاصلة بين السلطة المقيدة، والسلطة التقديرية للإدارة من قبل القاضي إضافة إلى المشرّع<sup>٤٢١</sup>. لذا فإن الإدارة تمارس أعمالها وفق ضوابط وشروط محددة فرضها القانون مقدماً، فتكون أمام سلطة مقيدة تنعدم عندها حريّة التقدير<sup>٤٢٢</sup>، ومثاله: حينما يحدد القانون الشروط اللازمة للحصول على تصريح أو رخصة معينة، وما على الإدارة في هذه الحالة إلا الالتزام بمنح الترخيص دون أي تقدير آخر من جانبها، أو أن يترك المشرّع لها الخيار في تحديد الإجراء حسب الحالة المطروحة سواء بالقيام بعمل أو الامتناع عنه أو تقدير وقت القيام به وكيفيته. وهنا تكون الإدارة أمام سلطة تقديرية لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه، ومثال ذلك؛ عندما يترك المشرّع للإدارة الحريّة في تقدير العقوبة التي توقعها على الموظف الذي ثبت ارتكابه مخالفة لواجبه الوظيفي. فإذا التزمت الإدارة بضوابط المشروعية وكان الهدف من استعمالها لسلطتها التقديرية تحقيق المصلحة العامة، أصبح ذلك الأسلوب الأمثل لحماية حقوق وحريات الأفراد، ذلك أن تصرفات الإدارة في ظل السلطة التقديرية تخضع لرقابة المشروعية من قبل القضاء الإداري عندما يصل الأمر إليه<sup>٤٢٣</sup>. ولأن حريّة التقدير مصدرها المشرّع، فإن معنى السلطة التقديرية يتكامل مع السلطة المقيدة من كونهما وسيلتين لتنفيذ القانون على الوجه الأكمل وبموجب الظروف<sup>٤٢٤</sup>، فالغاية مشتركة بينهما، وهي تحقيق المصلحة العامة.

إن الإدارة الحديثة تتطلب رؤية متطورة للنشاط الإداري، وتستلزم أن يكون لها قدر مقبول من حريّة التقدير في ممارسة هذا النشاط باعتباره "المشروع" أو "المرفق" الذي يتعين أن يؤدي نشاطه على أكمل وجه في سبيل تحقيق الأهداف المبتغاة منه، والتي لا تخرج عن إطار المصلحة العامة للمجتمع، ولكن الأساس القانوني للسلطة التقديرية لا يقتصر على فكرة "المشروع" بصفة عامة كأساس لتلك السلطة، وهي الفكرة التي ترادف في القانون الإداري فكرة "المرفق العام" بمعناها الواسع، فهناك بعض المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة، وعلى الأخص مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير، وهما من المبادئ القانونية العامة المقررة دون حاجة إلى نص في قانون أو دستور<sup>٤٢٥</sup>.

٤٢١ - شفيق، وجدي. ٢٠١٩. القرارات الإدارية؛ البطالان والصحة والانعدام في ضوء الفقه وقضاء محكمة النقض. ط ٢. القاهرة. مصر: شركة ناس للطباعة. ص ٥٠.

٤٢٢ - القرار السليبي يدخل في نطاق السلطة المقيدة.

٤٢٣ - هادي، محمد فريد حسين. ٢٠١٨. القرار الإداري، مفاهيمه ومراحل اتخاذه والمشكلات التي تثيرها منازعاته. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص: ٧٩٠.

٤٢٤ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٦٤٧.

٤٢٥ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٦٥٨.



والسلطة التقديرية للإدارة تكون في المجالات التي لا يحدد المشرع أسلوب أو مسلك الإدارة اتجاهها، ولم يفرض عليها القانون قيوداً مسبقة؛ إما لاستحالة التنبؤ بالظروف والملازمات التي قد تحيط بالنشاط الإداري، أو من أجل منح الإدارة الحرية اللازمة لمباشرة أعمالها؛ لتتمكن من أداء المهام الموكلة إليها، ومن ثم تكون سلطة القضاء الإداري تجاهها مقيّدة عند نخوضه بمهمة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. والأصل أن القضاء الإداري لا يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ما دام أن قرارها في حدود القانون، ولكن تعسفها في استعمال سلطتها استدعى تفعيل الرقابة القضائية عليها، لتكون الوسيلة الشرعية لحماية حقوق وحرّيات الأفراد في مواجهة السلطات العامة، فعُهدَ إلى القضاء الإداري حل هذا النوع من النزاع من أجل الوصول للعدالة التي تقتضي ألا يكون الحكم خصماً فيه، كما أنه لا معنى لوجود القوانين إذا ترك أمر تطبيقها لمحض إرادة الإدارة، فإن كان المشرع قد منح الإدارة سلطة تقديرية في شأن ما، فهو لا يمنع من رقابة القاضي الإداري عليها، وغالباً ما تنحصر في رقابة المشروعية دون رقابة الملاءمة إذا ما استهدفت الإدارة من قراراتها تحقيق المصلحة العامة، وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وحتى لا يجعل لنفسه سلطة رئاسية على جهة الإدارة يتدخل في عملها، ويحل محلها في أداء مهامها، إذ يستحيل عليه الإحاطة بكل الظروف والملازمات التي تحيط بها وهي بصدد إصدار القرار عند ممارستها لسلطتها التقديرية. كما أن دور المشرع يقتصر على رسم الإطار العام تاركاً للإدارة حرية الحركة داخل هذا الإطار، ولا تعد الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية خارجة على مبدأ المشروعية؛ لأن ما يصدر عنها من قرارات في نطاق سلطتها التقديرية أو المقيّدة تبقى خاضعة للرقابة القضائية التي تحكم بإلغائها أو بإلغائها والتعويض عن الأضرار الناتجة عن مخالفتها لهذا المبدأ.

ومن ثم تخضع جميع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية سواء كانت صادرة ضمن سلطة مقيّدة أو تقديرية، ويستطيع القضاء الإداري إبطالها إذا ما صدرت مخالفة لمبدأ المشروعية<sup>٢٦</sup>، ولكن لا مُعَقِّب على الإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية إلا في حالة خروجها عن ضوابط المشروعية الممنوحة لها من قبل المشرع، بمعنى أن الإدارة ليس لها مطلق الحرية في سلطتها التقديرية، فهي مقيّدة بأن تلتزم فيما تصدره من قرارات بالصلاحيات الممنوحة لها، وأن يقصد بها تحقيق المصلحة العامة، والتحقق من الأسباب الدافعة وملاءمتها وهو ما يطلق عليه رقابة المعقولة في القانون الإنجليزي، ويسمى في القانون الفرنسي الخطأ الظاهر في التقدير أو الموازنة بين المنافع والأضرار الذي قد تترتب على هذا القرار، بحيث لا يكون الضرر أكبر من المصلحة أو أن ما يترتب من ضرر لا يمكن تداركه مستقبلاً، ويطلق عليه في القانون المصري "رقابة الغلو"، وكلها مصطلحات تصب في مبدأ التناسب بوصفه أحد المبادئ القانونية العامة التي أوجدها

٤٢٦- عبد الباسط، لطفاوي محمد. ٢٠١٦. دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية. مرجع

سابق. ص ٣.

القضاء الإداري الحديث بهدف رقابة القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها التقديرية<sup>٤٢٧</sup>.

لذا يجب أن تلتزم الإدارة عند ممارستها لهذه السلطة بإصدار قراراتها وفقاً لمبدأ المشروعية، وللقاضي الإداري سلطة الرقابة على جميع أركان القرار الإداري، ولكن بدرجات متفاوتة، ونجد أن مجلس الدولة المصري يقرر بوضوح بأن الحكومة إذا كانت تملك حق عزل الموظفين مثلاً، فإن ذلك لا يعني: "أن سلطتها تحكّمية تصدر فيها عن الغرض والهوى، وإنما هي سلطة تقديرية تجد حدها الطبيعي في المعاملة القانونية التي أملتتها وهي المصلحة العامة، فإذا انحرفت الإدارة عن هذا الحد، كان تصرفها مشوباً بإساءة استعمال السلطة، وحق عليه الإلغاء"<sup>٤٢٨</sup>. وهذا ما أكدته القضاء الإداري العماني بأنه: "لن كان مُسلماً به أن جهة الإدارة تستقل بسلطة تقديرية في مجال الآبار والأفلاج باعتبارها قوامة على حسن استغلال الثروة المائية الوطنية؛ إلا أنه من المتعين عليها وهي تمارس اختصاصها التقديري في هذا المجال أن تستوثق من جميع العناصر اللازمة لإجرائه، وأن تجري هذا التقدير بروح موضوعية أساسها المساواة بين كافة المتفعين من هذه الثروة"<sup>٤٢٩</sup>. ومن ثم فإن سلطتها التقديرية في مجال الآبار والأفلاج؛ تحت رقابة القضاء وفي إطار ضوابط موضوعية تهدف من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة.

لذا نجد أن القضاء الإداري يسعى لتقليص السلطة التقديرية إلى أدنى حد لها، بحيث لم يعد يتبقى سوى الاحتفاظ بآخر وجه دفاع لها في مواجهة الرقابة القضائية بما ابتدعه من قرينة صحة وسلامة القرار، ومطابقته لمشروعيته، وهي قرينة قضائية بسيطة أفرزتها الثقة واجبة الافتراض في أعمال الإدارة باعتبارها الأمانة على تحقيق المصلحة العامة.

كما يبين القضاء الإداري أيضاً أن: "الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة ليست حقيقة على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية، وإنما تكون بحسب المجال الذي تتصرف فيه، ومدى ما تتمتع به من حرية وتقدير في التصرف، وهي تضيق في مجال السلطة التقديرية، حيث لا يكون ثمة إلزام قانوني على جهة الإدارة يحُد من سلطتها أو يُقيّد حُرّيَّتها في وسيلة التصرف أو التقدير هذا لا يعني أن سلطتها أصبحت مطلقة، وأن الرقابة القضائية عليها غدت منعدمة، بل تظل خاضعة للرقابة القضائية، والتي لا

٤٢٧ - الشناوي، وليد محمد. ٢٠١٦. التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري؛ دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة.

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية. دار الفكر والقانون. المنصورة. مصر. ٢٠١٤. ص ٤٦١.

٤٢٨ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٤. نظرية التعسف في استعمال السلطة؛ الانحراف بالسلطة دراسة مقارنة. نقحه كل من د. عبد الناصر أبو سمهانة، ود. حسين خليل. ط ٣. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٢٦٧.

٤٢٩ - الاستئناف رقم (٨) لسنة (٦) ق. س بجلسة ١٠ / ١٢ / ٢٠٠٦ م. (م. م. لعام ٧ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠٠٩. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي السابع. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٧٧/٢٠٠٩. ص ٩٠.

تختلف في طبيعتها، وإن تفاوتت في مداها، وهي تتمثل في المجال التقديري في التحقق من أن التصرف محل الطعن يستند إلى سبب موجود مادياً، وصحيح قانونياً وأنه صدر مستهدفاً الصالح العام<sup>٤٣٠</sup>.

### المطلب الأول: مزايا وأسانيد قانونية السلطة التقديرية

بالرغم من مزايا وعيوب نوعي السلطة سواء المقيدة أو التقديرية، فإنهما لازمان لحسن سير العمل، بحيث لا تكون سلطات الإدارة مقيدة كلها ولا تقديرية كلها، فإذا كانت السلطة المقيدة هي الأمل لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم وضمانة حقيقية من تعسف جهة الإدارة في استخدام السلطة، فإن السلطة التقديرية لازمة لإحياء روح الإبداع والابتكار. كما أنها لا تعني -بحال- السلطة المطلقة، بل أن الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية لا تعارض مبدأ المشروعية إذا كانت ملتزمة بالقيود والضوابط الممنوحة لها<sup>٤٣١</sup>.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن مصدر السلطة التقديرية يكمن في إرادة المشرّع وحدها، مما يعني أن المشرّع في نظرهم هو صاحب القول الفصل فيما إذا كان للإدارة تجاه نشاط معين قدر من حرّية التقدير من عدمه، وقد أعطى هذا الجانب من الفقه للسلطة التقديرية تعريفاً إيجابياً معتبراً إياها بمنزلة حق للإدارة معترف به من قبل المشرّع الذي قد يجد نفسه في وضع يستحيل معه أن يبيّن لها الأسلوب أو المسلك الذي تباشر به نشاطاً معيناً، أو قد يرى أنه من الأفضل أن يترك لها قدراً من الحرّية في مباشرة أعمالها، فلا تكون خاضعة في ممارستها لأي التزام قانوني؛ أما الجانب الآخر من الفقه فتبني تعريفاً سلبياً للسلطة التقديرية، لا يرتبط أساساً بالقيود التي يضعها القضاء الإداري على نشاط الإدارة وهو بصدد رقابته لهذا النشاط؛ ومن ثمّ فإنهم ينتهون إلى تعريفها بطريقة سلبية، وعلى أساس أنها لا تتحقق أو لا يعترف بها للإدارة؛ إلا فيما لا يخضع من تصرفاتها لرقابة القضاء، مما يعني أن السلطة التقديرية لا توجد إلا في الحالات التي تكون فيها الإدارة بمعزل عن الرقابة القضائية، وبناءً على ذلك يمكن القول إن السلطة التقديرية تقاس بمدى رقابة القاضي الإداري على أعمال الإدارة، وفي الحقيقة أنّ الاتجاهين السابقين يتكاملان، إذ تكون السلطة التقديرية هي المجالات الإدارية التي لا يحدد المشرّع مسلك الإدارة اتجاهها سابقاً، وتكون سلطة القضاء الإداري تجاهها مقيدة عند نخوضه بمهمة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، باعتبار أن السلطة

٤٣٠- الاستئناف رقم (١٢٠، ١٢٢) لسنة (١٠) ق. س. بجلسة ٧/ ٦/ ٢٠١٠ م (م. م. لعام ١٠ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٢. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي العاشر. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٧٧/ ٢٠١٢. ص ٣٥١.

٤٣١- الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٢٨؛ هادي، محمد فريد حسين. ٢٠١٨. القرار الإداري، مفاهيمه ومراحل اتخاذه والمشكلات التي تثيرها منازعته. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص: ٧٩٣.



ليست سوى وسيلة لتطبيق القانون؛ ومن ثمَّ فإنَّ الرقابة القضائية على الإدارة حتمية في ممارستها لسلطتها، سواءً أكانت مقيدة أم تقديرية<sup>٤٣٢</sup>.

وقد وقف الفقيه دوجي (Duguit) في اتجاه معارض مبدأ الاعتراف بالسلطة التقديرية لأعمال الإدارة، وتتلخص نظريته في أن كل الاختصاصات هي اختصاصات مقيدة بأهداف القانون، ويخضع رجل الإدارة في مباشرتها لمبدأ المشروعية. كما أن النظرية تشير إلى ضرورة التخلص من اصطلاح الاختصاص التقديرى للإدارة؛ لأنه لم يُعد هناك تصرفات تقديرية أو تصرفات إدارية محضة.

ولكننا نرى أن هذا الاتجاه يتعارض مع الواقع من عدة جوانب، أهمها:

- أن حُرِّيَّة التقدير في اتخاذ القرارات الإدارية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمسألة اعتراف المشرع للإدارة بسلطة تقديرية في أعمالها، ولا يمكن تحقق واحد منها دون الآخر.

- أن رأي (دوجي) مبني على التفضيل، وهو ليس بحكم جازم حول المسألة المطروحة.

- أن الاختصاص يخضع للرقابة الإدارية، وقد أثبتت الرقابة القضائية فعاليتها في هذا الجانب.

ومن هنا تظهر أهمية السلطة التقديرية، فالمصلحة العامة تقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية، وهي تُعدّ من أهم الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري في مختلف الدول، وقد أدركت النظم المختلفة أن تقييد حُرِّيَّة الإدارة بالتشريعات المتعددة يشل حركتها ويكبت نشاطها. وعليه نجد أن القضاء الإداري العُماني - كغيره من القضاء المقارن - ثبت فكرة السلطة التقديرية مقررّاً أن الصالح العام يقتضي الاعتراف للإدارة بهذه السلطة في بعض الحالات، كما هو الحال في سلطة إبعاد الأجنبي عن البلاد، حيث ترك المشرع العُماني للمفتش العام للشرطة والجمارك سلطة تقديرية واسعة - تطبيقاً للمادة (٣١) من قانون إقامة الأجانب الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٥/١٦) في إبعاد الأجنبي عن البلاد متى ثبت قيامه بأي نشاط أو عمل من شأنه الإضرار بأمن سلطنة عُمان أو سلامتها أو تعريض كيانها للخطر أو ارتكابه عملاً مخالفاً للنظام العام أو الآداب، ولا يحد من هذه السلطة سوى إساءة استعمالها، وعدم استهداف المصلحة العامة في قراراتها، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في أحكامها<sup>٤٣٣</sup>.

لذا فليس للقضاء الإداري في حدود رقابته القانونية على قرار الإبعاد أن ينطرق إلى بحث ملاءمة الإبعاد الذي كشفت جهة الإدارة عن سببه أو أن يتدخل في تقدير خطورة هذا السبب، ومدى ما يمكن

٤٣٢ - العيسى، غزيل سعد. ٢٠١٩. "محددات وضوابط السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية ودور القضاء في الرقابة عليها". *المجلة العربية للإدارة*. جامعة الدول العربية. ج. ٣٩. عدد ٣. ص ١٨٥.

٤٣٣ - الاستئناف رقم (٢٨٠) لسنة (٨) ق. س. بجلسة ٢٨ / ٤ / ٢٠٠٨ م (م. م. لعام ٨ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٠. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي الثامن. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠١٠/٢٤٨. ص ٤١٧.

أن يترتب عليه من آثار بإحلال نفسه محل جهة الإدارة فيما هو متروك لتقديرها ووزنها، ما دام قرارها قد خلا من إساءة استعمال السلطة ومخالفة القانون<sup>٤٣٤</sup>.

وقد تطوّرت الرقابة القضائية في مجالات الضبط الإداري بطرق متفاوتة، ففي فرنسا مرت بعدة مراحل بدأت بالنظر إليها من أعمال السيادة، ومن ثمّ يمتنع القضاء عن مراقبتها، ثم ممارسة الرقابة الضعيفة التي تقتصر على بحث المشروعية الخارجية المتمثلة في الرقابة على الشكل والاختصاص والوجود المادي للوقائع، ثم الرقابة الكاملة على الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها<sup>٤٣٥</sup>.

وإن كان دور الإدارة لا يقتصر على مجرد أن تكون تابعة للقانون، ومجرد آلة صماء، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار وحتى تنمو لديها ملكة الابتكار والإبداع، ولا توصم بالجمود؛ إلا أن سلطتها ليست بغاية في ذاتها، ولكنها سبيل ومكنة تستطيع الإدارة من خلالها تحقيق الصالح العام، والمشرّع حينما يقرر للإدارة اختصاصاً معيناً، فإنه يحدد صراحة أو ضمناً الغرض الذي من أجله منحها هذا الاختصاص، لذلك لا بد أن تتمتع السلطة التقديرية للمبررات الآتية:

#### أولاً: عجز التشريعات عن وضع جميع التفاصيل لنشاط الإدارة:

ليس من السهولة، بل ويستحيل على المشرّع الإحاطة مقدماً بكل دقائق الأمور وتفصيلات العمل الإداري، لذلك فإنه يكتفي بصوغ قواعد التشريع على نحو عام ومجرد تاركاً مواجهة دقائق الأمور وتفصيلاتها للإدارة صاحبة الاختصاص الأول في التنفيذ.

إذ لا يمكن التنبؤ بكل المستجدات والوقائع والأحداث والظروف والمناسبات التي قد تقع في المستقبل؛ ومن ثمّ كان من المتعذر على المشرّع أن يحيط بكل هذه الأمور مسبقاً، كما يستحيل وضع قواعد عامة مجردة تعالج جميع تفاصيل الحياة الإدارية بتعقيداتها<sup>٤٣٦</sup>، ذلك أن الإدارة متجددة، ونشاطاتها متغيرة وأحداثها متطورة؛ أما نصوص القانون متناهية بطبيعتها، كما يقرر علماء الأصول "أن المتناهي لا يفي بالمتناهي" والقول بغير ذلك يجعل من القانون سلطة مقيّدة لكل تصرفات الإدارة؛ مما يحد من قدرتها على ممارسة نشاطها الذي يتجلى بالأساس في مهمة تنفيذ القوانين، والسهر على أمن الأفراد وإشباع

٤٣٤ - الاستئناف رقم (٢١) لسنة (١٣) ق. س. جلسة ٧ / ١ / ٢٠١٣ م. (م. م. لعام ١٣ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٦. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي الثالث عشر. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠١٦/٢. ص ٢٩٦.

٤٣٥ - الدغدي، كارين. ٢٠١٩. القضاء الإداري ورقابة التناسب في القرارات الإدارية. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٢٢٢.

٤٣٦ - هادي، محمد فريد حسين. ٢٠١٨. القرار الإداري، مفاهيمه ومراحل اتخاذه والمشكلات التي تثيرها منازعته. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٧٩٨.

حاجياتهم ورعاية مصالحهم، وتحقيق رفاهيتهم؛ فهي الأقدر بحكم مواجهتها للحالات الواقعية من غيرها على معالجة تلك الحالات، ولا يمكن إسناد ذلك للقضاء لأسباب منها<sup>٤٣٧</sup>:

- ١- بُعد القاضي عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل جهة الإدارة.
- ٢- يصدر القاضي حكمه عادة بعد وقوع الحوادث، الأمر الذي يستحيل معه أن تكون بصورة مماثلة تماماً للحالة وقت وقوعها.
- ٣- تمتلك الإدارة الخبرة للتدخل في مواجهة الحالات المستجدة، وبالوسائل التي تراها مناسبة، بينما تنقص القاضي الخبرة الكافية لذلك.

والإدارة باعتبارها "علماً وفناً" تعتمد على المعرفة، وعلى التطبيق الماهر لها، وأن هناك علاقة وطيدة بين القانون الإداري وعلم الإدارة، فيتناول القانون الجوانب القانونية للإدارة، ومسؤولياتها عن كل ما تلحقه بالأفراد وحرياتهم العامة من اعتداءات، ويبحث علم الإدارة عن أفضل الطرق الفنية الواجب اتباعها في تنفيذ المهام، ويدرس أوضاع الإدارة كما هي موجودة بالفعل - وإن خالفت نصوص القانون- لزيادة الإنتاجية، ورفع مستوى الأداء عن طريق تكييف قواعد القانون علمياً لتقديرها وتقييمها من حيث آثارها على فعالية وكفاءة الإدارة، فكلاهما متكاملان يبغيان تحقيق الأهداف على أكمل وجه. وقد استطاعت مبادئ الحقوق الإدارية أن تكفل تحقيق التوازن العادل بين تمكين الإدارة من أداء وظائفها، وحماية الحقوق والحريات الفردية، وذلك عن طريق إخضاع تصرفات الإدارة القانونية لرقابة القضاء الإداري.

كما أن هناك ارتباط وثيق متبادل بين علم القانون وعلم الاقتصاد، يرجع إلى أنهما قد خرجا من مشكاة واحد، وتفرعا من علم الاجتماع الذي يشمل علم الإدارة وغيره من العلوم<sup>٤٣٨</sup>.

#### ثانياً: مقتضيات النشاط الإداري:

يمثل القرار الإداري بطبيعته أهم امتيازات الإدارة الذي تمارس به نشاطها، وترتب به الحقوق، وتفرض الالتزامات بإرادتها المفردة، وله قوة الشيء المقرر، وتضفي به طابع الإلزام على الأفراد، والسلطة التقديرية هي شرط ضروري لكفالة فاعلية العمل الإداري التي تكمن في ملاءمة الظروف التي يعالجها القرار<sup>٤٣٩</sup>.

والإدارة بحكم احتكاكها بالأفراد تستطيع تطبيق القانون بما يتفق والواقع العملي، وهذا يجعلها أكثر تمكناً من غيرها في مواجهة ما يقابلها من تحديات وصعوبات. كما أن الإسراف في تقييد حريتها

---

٤٣٧- نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١٤٣.

٤٣٨- MAINGUY (D). ١٩٩٧. Introduction générale au droit Litec coll. Objectif Droit P.٩٧.

٤٣٩- هادي، محمد فريد حسين. ٢٠١٨. القرار الإداري، مفاهيمه ومراحل اتخاذه والمشكلات التي تثيرها منازعاته. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص: ٧٩١.



غالباً ما يضحى بفاعلية العمل، ويؤدي إلى الجمود، وشل حركة الإبداع والابتكار في ظل عالم متغير في جوانبه المختلفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فضلاً عن متطلبات مواكبة تطورات الثورة المعرفية في عصر العولمة وتقنية المعلومات المتسارعة التي فرضت نفسها. سواء في عالم الإدارة العامة ونظرياته الحديثة أو في مجال التحول الإلكتروني والحكومات الذكية حتى تكون الإدارة متوافقة على الدوام مع هذه الظروف المتجددة باستمرار وبوتيرة لم تشهدها البشرية من قبل؛ وهنا تبدو السلطة التقديرية كضرورة اجتماعية لا غنى عنها، ووسيلة مثلى لتقدير الأداة الملائمة في تحقيق المصلحة العامة التي تمثل عنصر المشروع من النشاط الإداري.

### ثالثاً: مقتضيات عملية وقانونية

ينهض تخلف التنظيم القانوني الملزم في شأن تصرف الإدارة؛ ليكون المصدر الأساسي للسلطة التقديرية، المستمد وجودها من جميع المصادر القانونية المقررة، وعندما يغيب النص القانوني الملزم، تظهر حرية الإدارة في تقدير الأساليب والوسائل الملائمة للتعامل مع مقتضيات العمل، فمن الناحية العملية ليس سائغاً أن يتخبط المشرع في الجزئيات الدقيقة، والافتراضات المتعددة، والتي تتسم بطابع التغير المستمر، فالإدارة بما لها من أجهزة إدارية فنية متخصصة هي الأقدر على تحديد هذه التفاصيل والجزئيات ذات الطابع الفني. فمعظم النصوص التشريعية لا تحدد بطريقة صحيحة ومحددة لكيفية التنفيذ، تاركة مثل هذه المسائل للإدارة صاحبة الإمكانيات الفنية والخبرة العملية في هذا المجال.

لذا تستلزم ضرورات الحياة الإدارية ومتغيراتها ومقتضيات العمل وظروفه، ألا تكون سلطات الإدارة مقيدة باستمرار، وألا تنحصر وظيفتها في تنفيذ إرادة المشرع بلا نقص أو زيادة<sup>٤٤٠</sup>، ففي الكثير من الأحيان تتحقق المصلحة العامة عندما تمارس السلطة التنفيذية الحرية في تقدير الحالات وفق ما يناسبها، ويحدث العكس تماماً في ظل السلطة المقيدة، ومن ثم فإن التوازن المستهدف من تطبيق مبدأ مشروعية القرار الإداري بين امتيازات الإدارة وحقوق الأفراد وحررياتهم قد يتحقق في ظل السلطة التقديرية، وفي المقابل يضعف من فاعلية الإدارة فيما يتعلق بالمسائل الفنية في ظل الاختصاص المقيد، إذ إن السلطة التقديرية تسمح للإدارة بملاءمة تصرفاتها مع الحاجات العامة والتغيرات الاجتماعية، وتطبيق القواعد العامة المجردة على الواقع المتغير للحياة اليومية، وغياب هذه السلطة قد يؤدي إلى تعريض النظام السياسي كله للخطر؛ لأن حصر دور الإدارة في مجرد المنفذ سيحدث كسراً في الرابطة التي تصل الحكام بالمحكومين<sup>٤٤١</sup>. وباعتبار أن التقدير سلطة، وليس صفة للإدارة، فإن تقديرها يبقى إلى الوقت الذي يتدخل فيه المشرع ليضع فيه القاعدة، وإلى الوقت الذي يعمل فيه القاضي مراقبته، فالقانون وضع من أجل أن يحترم،

٤٤٠ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٢٦.

٤٤١ - كنعان، نواف. ٢٠٠٦. القضاء الإداري. عُمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص ٣٨.

ومبدأ خضوع الدولة للقانون مُحدّدٌ على ضوء الأسس التي يعتبر التسليم بها مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وخضوع السلطة التنفيذية للرقابة القضائية مبدأ يميز الدولة القانونية عن الدولة الاستبدادية.

وتجدر الإشارة إلى أن العلاقة بين السلطة الإدارية والقضاء الإداري غير واضحة المعالم لدى بعض المختصين، وذلك إما بإفراط من جانب القضاء الإداري بالتدخل في تلك السلطة، وعندها يحل القاضي الإداري محل جهة الإدارة في تقدير المواءمة للعمل والمصلحة العامة لجهة الإدارة، وهو ما يُعد خطأً قضائياً؛ لأن فيه تدخلاً في أعمال الإدارة، وغالباً ما يتم نقض هذه الأحكام من قبل محكمة الاستئناف الإداري، فالقضاء يحكم ولا يدير كما هو مقرر في مبادئ القانون والقضاء الإداري. وعلى النقيض من ذلك نجد تفریطاً أحياناً من جانب القضاء الإداري في القيام بدوره عند صدور قرارات تعسفية بحجة أن هذا متروك للسلطة التقديرية، فقيام القرار الإداري دون سبب مشروع يكون سبباً لتدخل القاضي في إلغائه لاشتماله على عيب السبب، ويقاس على ذلك كل الأحوال التي يكون القرار فيها معيباً، خاصةً عيب المحل وعيب الانحراف بالسلطة، ولذلك يؤثر بعض القضايا الراحلة والدعة في أسلوبهم في نظر القضايا، ويرفضون الدعاوى في مثل هذه الأحوال، وبين هؤلاء ومن سبقهم النمط السائد للقضاة الذين يقررون فيه المبدأ الأصلي في أن دور القاضي الإداري مراقبة المشروعية، والتأكد من صحة الإجراءات والغايات.

وأما تقدير المواءمة فتترك للجهة الإدارية لاعتبارين: الاعتبار الأول: أن القاضي الإداري يكون عادة بعيداً عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة. الاعتبار الثاني: أن القاضي تنقصه الخبرة الإدارية الخاصة الكافية لمواجهة الحالات التي تعرض للإدارة، كما أنه لا يحيط تمام الإحاطة بالوسائل التي تتخذها الإدارة لدرء مثل هذه الحالات، والقضاء لا يمكن أن يسلب تقدير الإدارة؛ لقدرتها وإمكاناتها في اختيار الحلول بوسائل قد تعوز القاضي، لبعده عن معترك الحياة الإدارية.

فضلاً عن وجود مبررات لممارسة السلطة التقديرية للإدارة تحددها القواعد والنصوص القانونية؛ فالمشرّع يختص بِسَنِّ القواعد والأحكام العامة، ويستحيل عليه ضبط جميع تصرفات وأعمال الإدارة؛ بسبب التعقيدات والظروف الاستثنائية التي قد تواجه الإدارة بأي طريقة، وفي أي زمن، ولا يكون على صواب إذا حاول مواجهة كل المواقف مقدماً<sup>٤٤٢</sup>.

٤٤٢ - العيسى، غزيل سعد. ٢٠١٩. "محددات وضوابط السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات الإدارية ودور القضاء في الرقابة عليها". *المجلة العربية للإدارة*. جامعة الدول العربية. ج. ٣٩. عدد (٣). ص ١٨٢.

## المطلب الثاني: مجال وحدود السلطة التقديرية

ذكرنا فيما سبق إنه كان الاختصاص المقيد للإدارة في إصدار قرارها يكون ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد تعسف الإدارة، فإن الاختصاص التقديري يترك لها حرية معالجة الحالات الواقعية ووزن ظروفها وملاساتها؛ لأنها أكثر احتكاكاً بالأفراد وأقرب إلى الجمهور من المشرع.

ولقد سعى مجلس الدولة الفرنسي - بعد كفاح ضد التحكم الإداري - إلى فرض رقابته على القرارات التي كانت بوصف طبيعتها لا تقبل البحث القضائي، وقد تحقق له ذلك بالنسبة لبعض عناصرها أولاً ثم الأغلب العناصر إلى أن فرض في نهاية المطاف رقابته على جميع عناصر القرار الإداري دون استثناء، واستطاع بذلك إرساء مبدأ المشروعية بكل مظاهره في القرارات الإدارية، وبذلك اندثرت - ومنذ زمن طويل - فكرة العمل التقديري الذي لا يخضع فيه الإدارة لمبدأ المشروعية؛ لذا فإنه لا توجد سلطة تقديرية كاملة، ولا يمكن إعمالها إلا في بعض العناصر المكونة للقرار<sup>٤٤٣</sup>.

ولا تخلو القرارات الإدارية في إصدارها من سلطي التقييد والتقدير، إذ لا يوجد تقدير كلي للقرار الإداري بحيث تستقل الإدارة بتقدير جميع أركانها، كما لا يوجد قرار يستند على سلطة إدارية مقيدة بشكل مطلق في جميع الأركان، وإنما يتفاوت التقييد والتقدير في أركان القرار الواحد. ويرى الأستاذ أندريه دو لوباردير (Laubadere) أن السلطة التقديرية والاختصاص المقيد يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بتقدير ملاءمة الإجراء المتخذ، ففي الحالة الأولى يتمتع رجل الإدارة بحرية الاختيار، فهو من يختار الحل الذي يراه أكثر ملاءمة، أما في الحالة الثانية، فيتعين عليه اتخاذه كما هو معين مسبقاً<sup>٤٤٤</sup>.

### والسؤال الذي يفرض نفسه: في أي من أركان القرار الإداري يكمن مجال التقدير والتقييد للإدارة؟

تنقسم شروط صحة القرار الإداري أو أركان مشروعيته إلى أركان شكلية أو خارجية وهي: (الاختصاص، والشكل أو الإجراءات) وأركان موضوعية أو داخلية، وهي: (السبب، المحل، الغاية). ونظراً لخطورة السلطة التقديرية، فإن المشرع لم يجعلها مطلقة بل لها حدودها، ويقصد بمجال السلطة التقديرية الحالات التي تظهر بها هذه السلطة، أي: الحالات التي تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية، وهي الحالات التي لا تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة، حيث يتفق معظم فقهاء القانون الإداري على أن التقييد والتقدير في القرارات الإدارية لا يرد على جميع أركان مشروعية القرار، وإنما على بعض منها، وبعد أكثر الفقهاء

٤٤٣ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهاء الأحكام وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٦٤٧.

٤٤٤ - A. de Laubadere, Y. Gaudemet, Traite de Droit Admenistratif, op, cit. No. ٥٩٤.



بأن مجال التقدير بالنسبة لأركان القرار الإداري يظهر في (المحل، والسبب)<sup>٤٤٥</sup>، بينما يرى بعضهم لا تقدير في ركن السبب، إذ يجب على جهة الإدارة أن تلتزم دائماً بالاستناد في قرارها على سبب صحيح من الناحيتين الواقعية والقانونية<sup>٤٤٦</sup>، ويؤكد البعض أن السلطة التقديرية لا تتركز إلا في الأركان الموضوعية للقرار الإداري<sup>٤٤٧</sup>.

ومن المسلمات أن أركان (الاختصاص، والشكل، والغاية) تجري عليها السلطات المقيّدة للإدارة، ويكون القرار مخالفاً لمبدأ المشروعية عند عدم التقيد بالاختصاص، أو عدم توافر المصلحة العامة فيه، أو عندما يوجد نص قانوني يرتب البطلان على إغفال الإدارة للشكل، أو الإجراء المطلوب.

إن السلطة -سواء أكانت مقيدة أو تقديرية- ليست سوى وسيلة لتطبيق القانون؛ ومن ثمّ فإنّ الرقابة القضائية على الإدارة حتمية في ممارستها لسلطتها، وتعدد مجالات استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية نتيجة لتوسع نشاطها وأعمالها الإدارية، ومن أبرزها مجال الوظيفة العامة، والضبط الإداري، حيث تتمثل مظاهر هذه السلطة في المجال الأول بسلطة تقدير الرئيس الإداري في مجال التنظيم الداخلي للمرفق والموظفين العموميين، وذلك من خلال ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية المتمثلة في الترخيص والنقل وفقاً لما تقتضيه ضرورة المصلحة، والترقية في الوظائف العليا والمناصب النوعية، وتطبيق بعض العقوبات التأديبية. وتمارس الإدارة بشكل واسع سلطتها التقديرية في مجال الضبط الإداري، من خلال الصلاحيات المتعددة والمتعلقة بتنظيم الحريات العامة للأفراد، حيث تظهر ملاحظتها في سلطة الإدارة بالترخيص في مختلف المسائل المتصلة بتنظيم الحريات العامة للحفاظ على النظام العام داخل الدولة، والترخيص يكون وفقاً للإجراءات القانونية مع تقدير الإدارة لصحة وتناسب الطلب مع الظروف والنتائج التي تنجم عنه<sup>٤٤٨</sup>.

فالسلطة التقديرية تتحقق كلما تخلى القانون عن تحديد وتنظيم جانب أو عنصر من أركان قرار الإدارة أو نشاطها، كما تتحقق أيضاً إذا استخدم المشرع عبارات عامة غير محددة تحديداً دقيقاً بحيث تتسع هذه العبارات المرنة لتشمل وقائع معينة أو تضيق، فلا تنطبق على هذه الوقائع، وفي مثل هذه الحالات يكون المشرع اكتفى بوضع معيار عام، ووسيلة فنية لصياغة القواعد بطريقة مرنة تتيح للإدارة قدراً كبيراً من حرية التقدير عند تطبيقها، وبذلك تتصف السلطة التقديرية بأنها سلطة قانونية تُحوّل الإدارة حقاً

٤٤٥- عبد الباسط، لطفاوي محمد. ٢٠١٦. دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية. مرجع سابق. ص ١٤.

٤٤٦- شفيق، وجدي. ٢٠١٩. القرارات الإدارية؛ البطلان والصحة والانعدام في ضوء الفقه وقضاء محكمة النقض. ط ٢. القاهرة. مصر: شركة ناس للطباعة. ص ٤٨.

٤٤٧- أمثال: عبد الغني بسيوني، وطعيمة الجرف، وحدي ياسين عكاشة.

٤٤٨- محمد، خليف. ٢٠١٦. الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة؛ دراسة مقارنة. (رسالة دكتوراه غير منشورة). القانون العام. جامعة أبي بكر بلقايد. الجزائر. ص ٣٣٠.

الاختيار بين قرارين أو مسلكين فأكثر باعتباره الأكثر ملاءمة، وسيكون القرار المتخذ متفقاً مع المشروعية، بشرط ألا يكون القانون قد حظر هذا القرار بالذات. ويسهر القضاء الإداري على حماية السلطة التقديرية وضمانها، فإذا ما أنكرتها الإدارة بأن اعتقدت أن سلطتها مقيدة في هذا الشأن، فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون، مما يجيز الطعن في تصرفها لهذا السبب<sup>٤٤٩</sup>.

وأياً كان الأمر فإن القرار الإداري يتضمن في الحقيقة وفي جميع الأحوال - ولكن بنسب متفاوتة - قدراً من السلطة التقديرية، وقدراً من الاختصاص المقيد معاً؛ الأولى: تتعلق باختيار الوقت المناسب للتصرف، والثاني: يتعلق بالغاية من التصرف، وهو المصلحة العامة، ذلك أن الإدارة يجب أن تتوخى في جميع أعمالها احترام هذه الغاية، فإذا انحرفت اتسم عملها بعيب إساءة استعمال السلطة، ومن ثم فمن النادر أن نجد قرارات صادرة عن سلطة تقديرية مطلقة، أو عن سلطة مقيدة خالصة، ولقد اختلفت آراء الفقهاء عند التمييز بين الاختصاص التقديري للإدارة واختصاصها المقيد واتسعت إلى الحد الذي يصعب معه التطرق إليها جميعاً في هذا البحث، ولكن بصفة عامة نرى أن معيار التفرقة ينصب على المصلحة، فإذا كانت المصلحة خاصة بحقوق الأفراد القائمة والمشروعة، فلا سبيل إلى إعمال سلطة الإدارة في تقديرها، ويكون اختصاصها هنا مُقَيِّداً؛ أما إذا كانت المصلحة بسيطة أو تتعلق بالإدارة فلها سلطة تقدير الأمر.

لذا فإن دراسة السلطة التقديرية تتطلب إبراز الجوانب التقديرية والجوانب المقيدة في أركان القرار الإداري، وهو ما يتوافق مع رأي الفقيه بونار (Bonnard) أنه ليس هناك ثمة قرار تقديري بحت، وأن التقييد والتقدير في القرارات الإدارية إنما يرادان على ركن بعينه من الأركان التي يتكون منها القرار الإداري. أما الفقيه هوريو (Hauriou) فيبين أنه لا توجد قرارات تقديرية، بل توجد بعض السلطات التقديرية للإدارة، والتي تقل أو تكثر في جميع القرارات، وأن السلطة التقديرية هي بصورة أساسية "سلطة تقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية"<sup>٤٥٠</sup>.

وسبق أن بينا أن السلطة التقديرية لا تخرج كلياً عن رقابة القضاء الإداري، ولكن قد لا يحدد القانون الحالات التي يجب فيها تدخل الإدارة عند تحققها؛ والتساؤل المهم في هذه الحالة عن مدى سلطة الإدارة في اتخاذ القرار الإداري أو الامتناع عنه ابتداءً؟

إن تراخي الإدارة عن التدخل في الوقت المناسب يُعد قراراً ضمناً منها بالرفض، فإذا نتج عن عدم تدخلها أضرار ستكون محل مطالبة قضائية، بل إن هناك اتجاهاً جديداً أخذ به مجلس الدولة الفرنسي، وهو مبدأ التعويض عن الأضرار التي تنشأ من تراخي الإدارة في اتخاذ قرار معين كان من الملائم اتخاذ

٤٤٩ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٦٤٩.

٤٥٠ - A . de Laubadere, Y . Gaudemet, Traite de Droit Admenistratif, op.cit, p.٥٧٨.

بموجب ما تتمتع به من سلطة على الرغم من عدم وجود التزام يفرض عليها التدخل ابتداءً، ذلك أن سلطة الإدارة التقديرية تخضع لرقابة القضاء في بعض الحالات والظروف<sup>٤٥١</sup>.

وقدم الفقيه الفرنسي فالين (vallin) توجيهاً مهماً؛ ليهتدى به كلياً في مجال السلطة التقديرية بقوله: "لا يمكن أن يكون للإدارة حرية تقدير التزاماتها القانونية بأية حال من الأحوال، بل تكون اختصاصاتها في هذا المجال محدودة، ولا تكون سلطاتها تقديرية؛ إلا في حالة تحديد مناسبة اتخاذ قرار معين أو اتخاذه في صورة بعينها أو اتخاذه في وقت معين، فهي ملزمة بما هو شرعي، ولكنها حرة فيما هو صالح"<sup>٤٥٢</sup>.

كما أن السلطة التقديرية للإدارة ليست مطلقة كلياً، وإنما تحدد بحدود المشروعية، فقد تبلغ مداها الأقصى أو الأدنى وقد تكون وسطاً بين حدين، فتكون في حدها الأقصى عندما لا يحدد القانون أسباباً معينة بالذات لإصدارها القرار. وتكون في حدها الأدنى في جميع القرارات، بحيث تكون الإدارة حرة في اختيار الوقت المناسب لإصدار القرار الذي يتحتم عليها إصداره عند توفر أسبابه التي حددها القانون. ومهما كانت طبيعة السلطة التقديرية، فإن على الإدارة أن تتوخى في جميع أعمالها وجوب احترام المصلحة العامة على أن تحتوي أعمالها قدرًا من سلطة التقدير، وقدرًا من السلطة المقيدة، تتحقق الأولى باختيار الوقت المناسب للتصرف، وتتعلق الثانية بالغاية من التصرف وهي المصلحة العامة؛ إذ إن رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية تخضع لشروط وضوابط يقوم بها القاضي، ولا يفرض القانون على السلطة التقديرية وجوب التقييد بقواعد أو شروط محددة في التصرف، وإنما يكون لها حرية التقدير.

#### المبحث الرابع: خصائص القرار الإداري

لما كان القرار الإداري يمثل أبرز المجالات الرئيسة لممارسة الرقابة القضائية<sup>٤٥٣</sup> على أعمال الإدارة، فكان -ولا يزال- الفكرة المحورية في مجال القانون الإداري، وهو فرع من القانون العام الذي يحكم التنظيم الإداري، ينحصر نطاقه في الإدارة العامة ونشاطها، وينتمي إلى طائفة العلوم الاجتماعية في صورة علمية ترتكز على دراسة قواعد وأنظمة قانونية تُدرس وفقاً لمناهج محددة، وفي صورة اجتماعية ترتبط بالمجتمع ارتباطاً وثيقاً، وبأشكال متعددة تصل إلى درجة العموض.

وارتبط ظهور قواعده بنشأة المجتمعات السياسية المنظمة في عصور الإمبراطوريات والنظم القديمة والقرون الوسطى وعصر النهضة، وكانت في صورة أوامر وتوجيهات تصدر من السلطة الحاكمة في مواجهة الأفراد،

٤٥١- حمد، حمد عمر. ٢٠٠٣. السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها. أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية. الرياض. ط ١. ص ١٥٦.

٤٥٢- الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٤٩.

٤٥٣- يرى أغلب فقهاء القانون العام في فرنسا ومصر أن الرقابة القضائية من خلال القضاء المزدوج أقوى أنواع الرقابة على أعمال الإدارة، لأن القضاء المتخصص يستطيع أن يلغي أعمال الإدارة وكذلك يستطيع أن يعوض عن أعمال الإدارة إذا ترتب عنها ضرر.



دون أن تخضع لها الإدارة ذاتها، ومع بداية القرن العشرين -حيث التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي- بدأت هذه القواعد تأخذ صورة قوانين ونظم مستقرة تلتزم بها السلطات العامة، وتخضع لها الإدارة عندما تقوم بممارسة أنشطتها المختلفة لتحقيق المصلحة العامة ومصلحة الأفراد<sup>٤٥٤</sup>.

حيث جاء ظهور "القانون الإداري"<sup>٤٥٥</sup> بعد ظهور مفهوم الدولة وتأسس على غرارها؛ ليقوم على مبدئين أساسيين هما "القوة والمصلحة"، ولتبرز المصلحة العامة وكأنها أحد مظاهر الدولة، ويكاد أن يكون هيجل (Hegel) أكثر الفلاسفة السياسيين رفعاً لشأن وأهمية الدولة، حينما قصر وظيفتها الأساسية في الحفاظ على ذاتها، وعدّها وحدة مطلقة تتطور طبقاً لقوانينها الذاتية، ولها واقعها الخاص، وهي موجودة بمعزل عن مواطنيها، كما أن لها معاييرها الأخلاقية المختلفة والأسمى عن تلك التي لدى الأفراد، فهي تتصرف بما يضمن لها بقاءها<sup>٤٥٦</sup>. ثم إنّ التوافق بين بنية القانون الإداري والأيدولوجية التي تركز عليها الدولة أعطى انسجاماً وفاعلية ملحوظة لنظرية الدولة؛ لتلعب المصلحة العامة دوراً مهماً في التعريف بالقانون الإداري واحتواء الخلافات الإدارية.

ولم تكن العديد من الأنظمة القانونية القديمة -وحتى في فرنسا- تعترف بالمسؤولية الإدارية، فكانت المحاكم ترفض الاعتراف بمسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة عن نشاطها، ويمكن القول إنّ القانون الإداري عبر العقود الماضية مرّ بعدد من المراحل؛ وهي: مرحلة مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن تصرفاتها وعمّالها باعتبار أنّ الملك صاحب القدسية الذي تتركز في يده كل السلطات ويتجسد في شخصه حق السيادة، ويُعدّ مُمثلاً لله في الأرض فهو لا يخطئ؛ لأنه يستمد سلطاته من العناية الإلهية، فإذا كان الملك لا يخطئ فكذلك الدولة لا تخطئ لانتفاء ركن الخطأ في تصرفاتها، ومن ثمّ لا تكون مسؤولة عن أخطاء موظفيها، كما كان الفقهاء يفسرون العلاقة بين الإدارة وعمّالها على أنها علاقة تعاقدية تتخذ صور الوكالة وأن الوكيل وحده المسؤول عن تجاوزاته<sup>٤٥٧</sup>.

وامتد الأمر لتقرير عدم مسؤولية الموظف لكونه مفوضاً في أدائه لعمله من الملك "خدمة التاج" مادام هذا الأداء تمّ في حدود التفويض الممنوح له من الملك، فكان الأصل أنّ القرارات التي تصدرها الحكومة بصفتها صاحبة سلطة لا يجوز الطعن فيها؛ واستمر الحال على ذلك حتى نشأة مرحلة مبدأ

٤٥٤- علي، سعيد حسن. ٢٠١٨. القانون الإداري. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٩-١٠.

٤٥٥- القانون الإداري: يتناول كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها بوصفها سلطة إدارية عامة تختص بتطبيق وتنفيذ القانون، ويتضمن مجموعة القواعد المبيّنة لكيفية تنظيم السلطة الإدارية وطريقة قيامها بوظائفها وسبل حسم المنازعات الإدارية الناشئة عنها.

٤٥٦- دورتي، جيمس وبالسغراف، روبرت. ١٩٨٥. النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية. ترجمة د. وليد عبد الحي. بيروت. لبنان: كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع. ص ٦٢.

٤٥٧- حسين، محمد بكر. ٢٠٠٦. مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها؛ دراسة مقارنة. الإسكندرية. مصر: دار الفكر الجامعي. ص ٨.

مسؤولية الدولة<sup>٤٥٨</sup> - بصفتها شخصاً معنوياً يخضع للقانون كغيره من الأشخاص المعنوية كما أن لها حقوقاً وعليها التزامات - فظهر مبدأ أساسان؛ الأول: مبدأ أعمال السيادة، والقضاء هو مَنْ يُحَدِّدُ القرار السيادي أو غير السيادي، فإن كان القرار سيادياً لا يقبل الطعن في القضاء الإداري، وإن كان غير سيادي فهو يقبل الطعن في القضاء الإداري، ويقوم هذا القضاء على النظرية التقليدية باعتبار أنَّ الباعث السياسي معياراً لأعمال السيادة، ولم تهجر هذه النظرية؛ إلا منذ أن نظر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩ فبراير ١٨٧٥م في الدعوى التي أقامها جوزيف-نابليون بونابرت (Joseph-Napoleon Bonaparte)<sup>٤٥٩</sup>، بتمسكه برتبة جنرال فرقة التي منحه إياها الإمبراطور، وهي دعوى ذات صبغة سياسية - لم يُعَد مجلس الدولة يقبل أن تؤدي الطبيعة السياسية للقرار، أو موضوعه السياسي إلى إفلاته من رقابة القضاء، بل بالعكس أصبح الباعث السياسي فيما بعد سبب الإلغاء للانحراف بالسلطة أو للغلط في القانون، كما أنه لم يحل محل هذا المعيار غيره منذ ذلك الحين، مما يصعب معه وضع تعريف عام نظري لأعمال السيادة، وإنما هي مجرد قائمة وضعها القضاء<sup>٤٦٠</sup>. والثاني: مبدأ تحصين القرارات الإدارية، إذ يجب أن يحصن القرار بنص القانون وفق نصوص واضحة الدلالة.

وفي المرحلة الأولى من نشأة القضاء الإداري الفرنسي نصت القوانين الخاصة على التعويضات في حالة الاعتداء على الملكية العقارية من خلال المادة (١٧) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩م، وكذا قانون بلوفيز (pluviôse) للسنة الثامنة في المادة (٤)، حيث تعرض بصفة عارضة لمسألة التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأشغال العمومية، أما المرحلة الثانية فتعود للتكريس القضائي للمسؤولية الإدارية من طرف محكمة التنازع التي أيدت مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار بلانكو (Blanco)<sup>٤٦١</sup> الشهير الصادر في ١٨٧٣/٠٢/٠٨، الذي يعتبر حجر الزاوية والبداية للوجود الحقيقي والواقعي للقانون

٤٥٨ - كان لكتابات مفكري القرن الثامن عشر والفلاسفة التي نادى بوجوب احترام الحقوق الفردية أثرها في نشر الوعي السياسي والاجتماعي والقانوني، وأدت إلى فهم الشعوب المختلفة لحقوقهم وحرّياتهم تجاه السلطات العامة، وساعد التطور الصناعي، وانتشار الأفكار الاشتراكية المتعلقة بالنشاط الاقتصادي على ظهور مبدأ المسؤولية الإدارية فكان للانتقال من الاقتصاد الحر إلى الاقتصاد الموجه دور في حدوث الأخطاء من قبل موظفي الدولة وتعارض نشاط الدولة وعملها مع نشاط الأفراد من تجار وغيرهم، وقد مر هذا المبدأ بتدرج يختلف من دولة إلى أخرى، حيث بدأ بتقرير مسؤولية موظفي الدولة عن أخطائهم الشخصية ثم تطور الأمر إلى تقرير مسؤولية الدولة ممثلة بالسلطة التنفيذية "الخطأ المرفقي" ولا زالت أعمال السلطة التشريعية والسلطة القضائية بمنأى عن انطباق مبدأ المسؤولية عليهما.

٤٥٩ - ضيققت السياسة القضائية في هذه الفترة والفترة التالية لها من نطاق أعمال السيادة، وضاعت من نطاق طعن تجاوز السلطة والعمل القضائي مجلس الدولة وفاعليتها من إقرار الانحراف بالسلطة سبباً للإلغاء، وهجرة نظرية الوزير القاضي، وتوسيع مفهوم المصلحة في الدعوى، وقبول الطعن في لوائح الإدارة العامة، ورقابة قاضي الإلغاء على التكييف القانوني للوقائع وصحتها مادياً.

٤٦٠ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٣١-٣٢.

٤٦١ - T.C. ٨fevr. ١٨٧٣. Blanco, rec. ١er suppl. ٦١, concl. D. ٣, ١٧٤, concl. David; S. ١٨٧٣, ٣, ١٥٣.

الإداري كله، وإن ذهب بعض الكتاب اليوم إلى أنه عفى عليه الزمن لو كان له أصلاً تلك الأهمية التي أسبغت عليه.

وكان لا بداع نظرية المسؤولية على أساس المخاطر دون اشتراط وقوع خطأ من جانب الإدارة خطوة متقدمة في تقرير مسؤوليتها، إذ يكفي في هذه الحالة حدوث الضرر، وإثبات العلاقة السببية بين النشاط الإداري والضرر، وذلك من دواعي العدالة التي تتأتى من تعويض المضرور في حالة الضرر، حيث أكد حكم بلانكو (Blanco) المشار إليه، وتقرير دافيد (David) انحصار هذا الاختصاص في القضاء الإداري، مع تمام استبعاد أي فكرة عن الإدارة الخاصة (بالفرنسية: *gestion privée*)، حيث استبعد مفوض الحكومة صراحة اختصاص القضاء العادي، وتطبيق القانون المدني<sup>٤٦٢</sup>، إلا أن دعاوى التعويض ضد الأقاليم والبلديات استمرت من اختصاص المحاكم العادية إلى أن خضعت لمبدأ فصل الجهات الإدارية والقضائية في عام ١٩٠٣م، فأصبحت من اختصاص القضاء الإداري<sup>٤٦٣</sup>. ثم وضع حكومي لارويل (Laruelle) ودلفي (Delville) بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٥١م نظاماً فَرَّقَ بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي لتحديد الشخص المسؤول - الشخص العام أو عامله - والمحكمة المختصة، فمثّل هذا الحكم إتماماً لصرح القضاء الذي وضع أساسه وتوجيه حكم بليتيّة (pléthore) بتاريخ ٣٠ يوليو ١٨٧٣م، وكانا نقطة بداية تطور قضائي جديد أضاف إلى قضاء مسؤولية السلطة العامة وعاملها قبل الغير قضاء مسؤولية العاملين العاميين قبل السلطة العامة<sup>٤٦٤</sup>. بعد ذلك تنالت الأحكام واستقرت المبادئ القانونية؛ لتشكل دعائم وأسس للقانون الإداري واستقلاله، ونقطة تحوّل كبيرة في تاريخ القضاء الفرنسي، وفقره نوعية من عدم مسؤولية الإدارة إلى مسؤوليتها.

ومن ثمّ استقرت أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر وعُمان على مسؤولية الإدارة عن قراراتها غير المشروعة<sup>٤٦٥</sup> سواء كانت على أساس المخاطر أو المساواة أمام الأعباء العامة مراعاة لمبدأ العدالة ومبدأ الغنم بالغرم، وبذلك ظهر نظام مناسب للمتضررين أكثر من القانون المدني المطبق في هذه المسائل في وقت مضى.

٤٦٢ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٢١.

٤٦٣ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ١٠٦.

٤٦٤ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٤٤٠.

٤٦٥ - جمعة، وليد فاروق. (بدون سنة نشر) مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة، دراسة مقارنة في القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعُماني. مقرر دراسي لبرنامج الماجستير في القانون العام بكلية البرعي الجامعية. سلطنة عمان: بدون دار نشر. ص ٧.



ووصل الحال في التشريع الفرنسي إلى مد مسؤولية السلطة العامة عن أخطاء عمل المرافق القضائية، حيث نص قانون ١٧ يوليو سنة ١٩٧٠م على إمكانية التعويض بسبب الحبس الاحتياطي إذا كان الضرر غير معتاد بصورة صارخة، وذا جسامه خاصة؛ كما نصت المادة (١١) من القانون الصادر بتاريخ ٥ يوليو ١٩٧٢م على أن: "تلتزم الدولة بتعويض الضرر الذي يسببه تشغيل مرفق القضاء على وجه معيب". وقد استلهم مجلس الدولة الفرنسي هذه المبادئ لإقرار: "أن الخطأ الجسيم الذي ترتكبه محكمة إدارية في عملها القضائي يمكن أن يفتح حق التعويض؛" لكن هذه المسؤولية لا تقوم في حالة ما إذا كان الخطأ الجسيم المنسوب ناشئاً من ذات مضمون الحكم القضائي، وكان هذا الحكم قد أصبح نهائياً، ومثاله: عندما يُصدر القاضي حكماً ابتدائياً بإلغاء قرار إداري بغير حق، ثم يلغيه قاضي الاستئناف<sup>٤٦٦</sup>.

ولما تحقّق لمجلس الدولة الفرنسي قصور فكرة الخطأ عن توفير الحماية للأفراد المضطّرين، أنشأ مسؤولية الدولة عن نشاط الإدارة المشروع؛ لتحقيق قدر من العدالة الاجتماعية، والتوازن بين السلطات الممنوحة للإدارة في ممارسة أنشطتها، والأضرار غير العادية التي تصيب الأفراد من جراء ممارسة هذه الأنشطة<sup>٤٦٧</sup>.

أما القضاء المصري فكان يقضي بالتعويض أخذاً منه بنظرية "التعسف في استعمال الحق"، فالقاضي الإداري في نطاق قضاء الإلغاء لا يراقب إلا في حدود الانحراف بالسلطة<sup>٤٦٨</sup>، وفيما يتعلق بالتعويض، فإن القاضي يحاسب الإدارة على المسائل التي تتحقق فيها هذه النظرية، ومثاله الحكم الصادر في ١٥ يونيو ١٩٥٠ والذي ينص في دعوى الإلغاء على أن: "المسؤولية الملقاة على الحكومة من حيث إدارة الشؤون العامة ورعاية مصالح الدولة تقضي بأن يكون لها حق مراقبتهم، وفصل من تراه غير صالح للعمل، مراعاة للصالح العام، وبدون محاكمة تأديبية؛ إلا أن حقها في ذلك ليس مطلقاً، وإنما تستعمله في حدود المصلحة العامة، فإن تعدّت هذه الحدود، وأصدرت قرارات الفصل عن هوى، كان عملها غير مشروع، ولما كان الأصل في تصرفات الإدارة أنها للصالح العام، وأن من أسباب العزل ما تقتضي المصلحة العليا للدولة، أو المصلحة الشخصية للموظف عدم الإفصاح عنها، ترتب على هذا الأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها، فمن يدعي عليها من الأفراد بالعدوان يقع على عاتقه عبء إثبات ذلك، إذا ما

٤٦٦ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٤٦٤.

٤٦٧ - جمعة، وليد فاروق. (بدون سنة نشر) مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة، دراسة مقارنة في القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعُماني. مقرر دراسي لبرنامج الماجستير في القانون العام بكلية البرعي الجامعية. سلطنة عمان: بدون دار نشر. ص ٢٢٧.

٤٦٨ - يكمن هذا العيب فيما تصدره جهة الإدارة من قرارات تستند في إصدارها إلى سلطتها التقديرية، ولا يتصور قيام هذا العيب في ظل الاختصاص المقيّد بنصوص قانونية صريحة، وإلا لحق القرار الإداري عيب في الحل أو مخالفة الشكل أو عدم الاختصاص حسب الأحوال وليس في غايته.

طلب إلغاء القرار الإداري الصادر في شأنه"، وفيما يتعلق بدعوى التعويض تقرر: "... مع ذلك للموظف المفصول بغير طريق التأديب حق اقتضاء التعويض المناسب من الدولة إذا ما قام الدليل من أوراق الدعوى على أنه فصل في وقت غير لائق، أو بطريقة تعسفية، أو بغير مبرر شرعي، إذا ما تعذر عليه إقامة الدليل على إساءة استعمال السلطة، توصلًا لإلغاء قرار فصله، ذلك لأن الدولة إذا رغبت في أن تضحي بالموظف العمومي القابل للعزل، بإحالة للمعاش قبل بلوغه السن المقرر للتقاعد استعمالاً لحقها في حدود القانون وللصالح العام، فإنه يجب عليها أن تتحمل في الوقت ذاته مخاطر هذا التصرف، فتعوض الموظف المفصول تعويضاً معقولاً إذا ما تبين أنه فصل في وقت غير لائق، أو بطريقة تعسفية، أو بغير مبرر شرعي، لما في ذلك من تطبيق صحيح لقواعد المسؤولية في الفقه الإداري، وتغليب لقواعد العدالة، وتوفير الضمانات للدولة وموظفيها"<sup>٤٦٩</sup>. ثم عدل القضاء الإداري المصري عن موقفه السابق ورفض التعويض استناداً إلى مشروعية القرار بمقتضى الحكم الصادر في ١٤ أبريل ١٩٥٦م، ونصه أن: "المحكمة لم تستطع أن تستنبط من ملف خدمته - أي الموظف - قرينة على أن القرار مشوب بسوء استعمال السلطة؛ ومن ثمَّ يكون القرار سليماً، وخالياً من عيب البطلان، فتنهار بذلك دعوى الإلغاء، كما تنهار دعوى التعويض أيضاً، إذ لا محل للتعويض إلا إذا كان القرار المطعون فيه باطلاً"<sup>٤٧٠</sup>.

كما رتبَّ القضاء الإداري المصري على عيب الانحراف بالسلطة مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي يولدها القرار المشوب بهذا العيب، فذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أنه: "إذا كان القرار الإداري معيباً بالانحراف، فالقضاء مُستقِرٌّ على جعله باستمرار مصدراً للمسؤولية؛ لأن هذا الخطأ بطبيعته يستوجب التعويض إذا ترتب عليه ضرر ثابت"<sup>٤٧١</sup>. وبالنسبة لمسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية الجسمانية بمبدأ المشروعية، فتبين المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: "الأعمال أو الأفعال المادية التي تقع من الجهة الإدارية، هي تلك التي تقوم بها دون أن تستهدف من ورائها ترتيب أي أثر قانوني عليها، وتُعد من قبيل الأعمال المادية الضارة التي تأتيناها الجهة الإدارية، أو أحد موظفيها أثناء تأدية وظائفهم، فهذه الأعمال وإن كانت تعد صادرة من الجهة الإدارية، وتتحمل مسؤوليتها قانوناً إذا ما توافرت شرائط المسؤولية؛ إلا أنها لا تعد أعمالاً إدارية، بل أعمالاً مادية بحتة"<sup>٤٧٢</sup>.

---

٤٦٩ - حكمها بتاريخ ١٥ يونيو ١٩٥٠م، موثق عند: الشحري، محمد سالم بجيت. ٢٠١٨. مسؤولية الإدارة عن القرارات الإدارية غير المشروعة على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري العماني والمقارن. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة محمد الأول. ص ١٣.

٤٧٠ - حكمها بتاريخ ١٤ أبريل ١٩٥٦م، موثق عند: الشحري، محمد سالم بجيت. ٢٠١٨. مسؤولية الإدارة عن القرارات الإدارية غير المشروعة على ضوء الاجتهاد القضائي الإداري العماني والمقارن. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة محمد الأول. ص ١٤.

٤٧١ - حكم محكمة القضاء الإداري، جلسة ١٩٥٦/٩/٣٠، المجموعة السنة ١٠، ص ٤٣١.

٤٧٢ - حكمها بتاريخ ١٩٨٠/٢/٩م، مشار إليه لدى العلوي، سالم بن راشد. ٢٠١٦. "مسؤولية الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تقع من موظفيها في أحكام القضاء الإداري؛ دراسة مقارنة". مجلة الأمانة. أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة. عدد (٢٧). ص ٤٥.

ويبدو جلياً أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر استقرت أحكامه على الاختصاص بنظر دعاوى التعويض التي ترفع ضد الإدارة عن الأضرار المترتبة على الأعمال المادية، وبالنسبة لمسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن نشاط الإدارة المشروع، فأحكام القضاء الإداري المصري قد استقرت على رفض مسؤولية الدولة عن نشاط الإدارة المشروع سواء على أساس المخاطر، أو على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، ولا يعترف بمسؤولية الدولة إلا على أساس الخطأ، وتستند إلى أنه لم يرد في نصوص القانون المدني قيام هذه المسؤولية مهما كانت جسامة الضرر<sup>٤٧٣</sup>.

أما القضاء الإداري العُماني، فإن العمل بهذا النظام يُعد حديثاً - إلى حد ما - ولم يوجد قبل إنشاء المحكمة سبيل للطعن القضائي على أعمال الإدارة القانونية، فالقضاء العادي قبل إنشاء محكمة القضاء الإداري لم يكن مختصاً بالفصل في الخصومات الإدارية باستثناء العقود الإدارية، والتي كانت تختص بنظر المنازعات الناشئة عنها المحكمة التجارية سابقاً. كما أن محكمة القضاء الإداري لم تكن مختصة بالنظر في طلبات التعويض التي ترفع بسبب أعمال مادية أقدمت عليها الإدارة أو أحد موظفيها؛ إلا بعد صدور المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٩) بتعديل بعض أحكام قانونها، وذلك استناداً لنص الفقرة الخامسة من المادة (٦) منه.

وعلى الرغم من حداثة القضاء الإداري في سلطنة عُمان، إلا أنه سار على النهج الذي اتبعه مجلس الدولة الفرنسي، فاعترف بمسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة المشروعة، ومن المؤمل أن يتوسع القضاء العُماني في تطبيقات تلك المسؤولية سواء في مجال الأشغال العامة أو القرارات اللاتحجية أو القرارات الفردية فيما يتعلق بالإجراءات الاستثنائية، وفصل الموظفين وإلغاء تعيينهم، والامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية، والامتناع عن اتخاذ الإجراءات الإدارية، والامتناع عن إصدار التراخيص كما فعل القضاء الإداري في فرنسا من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية، وحماية الأفراد المضطربين من أنشطة الإدارة المشروعة<sup>٤٧٤</sup>.

يتضح من التمهيد السابق بأن الأحكام القضائية<sup>٤٧٥</sup> تتنوع وفقاً للعيب الذي يصيب القرار غير المشروع، فقد يكون الحكم بالإلغاء دون التعويض، ويكون بالإلغاء والتعويض معاً، وتؤسس المسؤولية عن الأعمال القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة للإدارة على القرار غير المشروع الذي يلحق ضرراً بالغير.

٤٧٣ - جمعة، وليد فاروق. (بدون سنة نشر) مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة، دراسة مقارنة في القضاء الإداري الفرنسي والمصري

والعُماني. مقرر دراسي لبرنامج الماجستير في القانون العام بكلية البرعي الجامعية. سلطنة عمان: بدون دار نشر. ص ٢٩٣.

٤٧٤ - جمعة، وليد فاروق. (بدون سنة نشر) مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة، دراسة مقارنة في القضاء الإداري الفرنسي والمصري

والعُماني. مقرر دراسي لبرنامج الماجستير في القانون العام بكلية البرعي الجامعية. سلطنة عمان: بدون دار نشر. ص ٣٠٤.

٤٧٥ - سمي قضاء الإلغاء أو مراجعة القرارات الإدارية بالقضاء الناقص؛ لأن الدائرة القضائية في الموضوع لا تملك إلا أحد أمرين؛ إما إلغاء القرار الإداري، أو رفض الدعوى، وليس لها أن تتدخل في سلطة جهة الإدارة، أو أن تعدل القرار أو أن تغيره.



وقد يشوب القرار عيب أو مخالفة جسيمة تنحدر به إلى درجة الانعدام؛ ليكون بمنزلة واقعة مادية لا يتقيد الطعن فيها بميعاد محدد، وتقوم دعوى التعويض على مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية التي تسبب الضرر لرافع الدعوى أو من له مصلحة محققة فيها. وسيوضح ذلك من خلال تناولنا في المباحث التالية عناصر صحة القرار الإداري والعيوب التي تلحق بها وتقف سداً لدعوى الإلغاء، أو كما تسمى في القانون العُماني دعوى مراجعة القرار الإداري، وذلك بعد الوقوف على التعريف الدقيق للقرار الإداري وأركان وجوده.

### المطلب الأول: ماهية القرار الإداري

تسلك جهة الإدارة وهي بصدد مباشرتها لاختصاصاتها عدداً من التصرفات القانونية، ومن أهمها إصدار القرارات الإدارية-موضوع دراستنا الحالية-وهي المظهر الأول لممارسة السلطة التنفيذية لمهامها، ووسيلتها الطبيعية في ممارسة نشاطها الإداري. وإبرام العقود الإدارية وتصدر بالاتفاق بين الإدارة والأفراد، وكلاهما يدخلان ضمن القواعد الموضوعية للقانون الإداري، أما قواعده الشكلية؛ فتتعلق بتنظيم جهة القضاء الإداري، وإجراءات التقاضي أمامها واختصاصاتها بالفصل في المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

ومع تنوع الأعمال العديدة التي تقوم بها الدولة، وفقدان التجانس فيما بينها، وتشابهاً في أوجه عديدة مع أعمال الدول الأخرى من تشريعية وقضائية، فإنه مما يستحيل معه وضع نظام خاص لها، وقواعد لا تطبق إلا عليه وحدها<sup>٤٧٦</sup>.

ويبقى القرار الإداري هو العمل المهيمن على كل نشاطات الإدارة، وأبرز أشكال التعبير عن إرادتها المنفردة، والوسيلة الملزمة للتأثير في المراكز القانونية للأفراد، وأهم وسيلة من جملة الأعمال القانونية (العقود، والأعمال القضائية، القرارات الإدارية) التي تقوم بها الإدارة في سبيل تقديم خدماتها للمنتفعين بها تحقيقاً للمصلحة العامة، والتي تتمتع بقرينة الصحة والنفذ متى تحقق علم المخاطبين بها بالتبليغ أو النشر أو العلم اليقيني<sup>٤٧٧</sup>، ذلك أن مناط الإدارة في كل ما تقوم به من أعمال وما تصدره من قرارات يبقى في الأصل؛ السعي لتحقيق المصلحة العامة غرضاً وموضوعاً، وتطبيق القوانين واللوائح؛ استجابة لمتطلبات المرفق العام المكلفة بالإشراف عليه؛ ومن ثمَّ فإنَّ ما يصدر عنها من قرارات يتمتع بقرينة الصحة والسلامة إلى أن يثبت خلاف ذلك يقيناً بالحجة والبرهان، وفي ذلك ضمان لمصادقية الإدارة، وارتقاء بأدائها عن الشبهات.

٤٧٦ - إسماعيل، عصام نعمة. ٢٠٠٩. الطبيعة القانونية للقرار الإداري؛ دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد. (رسالة دكتوراه منشورة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص ٥١.

٤٧٧ - عطية، محمود حمدي. ٢٠١٨. القيمة القانونية لقرينة صحة القرار الإداري. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ١٩.

وإن كان القرار الإداري من أخطر وسائل الإدارة في أداء مهامها لتسيير شؤون الدولة؛ وإنشاء الحقوق أو فرض الالتزامات بإرادتها المنفردة، وتغليب المصلحة العامة على مصالح الأفراد، ولكن لا يعفيها ذلك من الالتزام بالشروط القانونية للقرار التي تشكل ضماناً لحقوقهم وحرياتهم سواء كانت تلك الضوابط مفروضة من القانون، أو من الاجتهاد القضائي؛ لتحويل دون الخروج على مبدأ المشروعية، فالقاعدة العامة تقضي أن يكون القرار الإداري تعبيراً عن إرادة الإدارة الملزمة لترتيب آثار تتعلق بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني وفق عناصر تشكل الدعامة الأساسية لمبدأ المشروعية.

ويتعين لاتصاف تصرف الإدارة بهذا الوصف أن تصدر قراراتها بوصفها سلطة عامة، حال مباشرتها لوظيفتها الإدارية؛ ومن ثم يخرج عن نطاق تلك القرارات جميع تصرفات الإدارة التي تعتمد في إصدارها على كونها سلطة حكم، وليس جهة إدارة، وهي تلك التصرفات ذات الطبيعة السياسية، أو ما يُسمى بأعمال السيادة<sup>٤٧٨</sup>.

ولما كان تعريف القرار الإداري يتوقف على بيان ماهيته للإحاطة به؛ فقد حاول الفقه والقضاء التعرض له، وتباينت مفاهيمه بين فقه القانون، والاجتهاد القضائي، ولا يوجد مفهوم موحد لنظامه القانوني فهو متسع الأبعاد والجوانب، ويثير الجدل في أساسه ومبناه امتيازات الإدارة الإنشائية للقرارات الإدارية بالإرادة المفردة دون موافقة المستهدفين به لتمتعه بقرينه الصحة والسلامة<sup>٤٧٩</sup>.

ويُعزى الاختلاف حول تعريف القرار الإداري بين الفقه والقضاء إلى الزاوية التي ينظر بها كل منهما؛ فبينما يركز فقهاء القانون على بيان العناصر الجوهرية اللازمة لوجود القرار؛ ينظر القضاء من زاوية كون القرار قابلاً للطعن بالإلغاء<sup>٤٨٠</sup>، ومن ثم يدخل في الاختصاص القضائي أم لا؟ ومن أجل الحصول على فهم عام لتعريف القرار الإداري، فإنه لا مناص من تناول هذين الاتجاهين بالبحث والدراسة لهذه الغاية، وهما القرار في الفقه الإداري، والقرار في الاجتهاد القضائي.

### الفرع الأول: تعريف القرار الإداري في الفقه الإداري

تعددت تعريفات فقهاء القانون الإداري، فطرحوا جملة من التعريفات للقرار الإداري مركزين فيها على بيان العناصر الجوهرية اللازمة لوجوده، وسنحاول التطرق إلى أبرزها، وبيان التمايز بينها، فعند التفرقة بين القرارات الإدارية والأعمال القضائية والتشريعية، فإن الفقه الحديث في صدد التفرقة بينهما يتردد بين

٤٧٨ - خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠١٦. الأسس العامة للقرارات الإدارية، مقومات وعيوب القرار الإداري. المنصورة. مصر: دار الفكر والقانون. ص ٤.

٤٧٩ - عطية، محمود حمدي. ٢٠١٨. القيمة القانونية لقريضة صحة القرار الإداري. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ١٠.

٤٨٠ - هادي، محمد فريد حسين. ٢٠١٨. القرار الإداري، مفاهيمه ومراحل اتخاذها والمشكلات التي تثيرها منازعاته. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص ١٢.

معياريين، هما: المعيار الشكلي، والمعيار الموضوعي، ومقتضى المعيار الشكلي "العضوي" - المعتبر في أكثر الأحوال - مبني على صفة القائم بالعمل القانوني، والسلطة التي أصدرته، غير أنَّ الأخذ بهذا المعيار في هذا الشأن يستلزم الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات.

فقد اختلف شراح القانون العام في وضع معايير للتفرقة بين القرار الإداري والقرار القضائي، فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي، ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي، والرأي الراجح هو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط<sup>٤٨١</sup>، ووفقاً للمعيار الشكلي، فإن ذلك يرجع إلى السلطة التي يصدر منها، فإذا صدر عن جهة إدارية فهو عمل إداري وإذا صدر عن السلطة القضائية<sup>٤٨٢</sup> فهو عمل قضائي مع الأخذ في الاعتبار بأن ذلك ليس على إطلاقه، فقد تصدر من الجهات الإدارية قرارات تعتبر أعمالاً قضائية، كأعمال الضبط الإداري، وهناك أعمال تدخل في وظيفة القاضي الولائية، ولا تُعد أحكاماً بل أعمالاً إدارية، وتندرج المعايير التي تميز جهة القضاء في مجموعتين: المعايير المادية، والمعايير العضوية والشكلية؛ والمعيار المادي هو ذلك الذي يأخذ القرار في ذاته، ويعرفه بصفاته الداخلية دون بحث مصدره، ولا طبيعة أشكاله، بينما تعرف المعايير العضوية والشكلية القرار بأصله وأشكاله<sup>٤٨٣</sup>.

ومن التعريفات التي اقتضت على الجانب الشكلي، تعريف بعض الفقهاء بأنه: "عبارة عن عمل قانوني يصدر عن الإدارة بإرادتها المفردة" والقول بأنه "عمل قانوني" فإنه يشمل العقود الإدارية، وبذلك يكون هذا التعريف غير مانع<sup>٤٨٤</sup>.

كما تختلف القوانين التي يصدرها المشرع عن القرارات الإدارية، فمن المستلزم به أن القوانين لا يمكن الطعن فيها إلا بالطريق الدستوري المقرر، أما القرار الإداري فيمكن طلب إلغائه والتعويض عنه أمام القضاء الإداري، ويعرف الفقه القرار الإداري وفقاً لهذا المعيار بأنه "كل عمل صادر من فرد أو هيئة تابعة للإدارة أثناء أداء وظيفتها"<sup>٤٨٥</sup>، إلا أن هذا التعريف لا يستبعد العمل المادي للإدارة، كما أنه جعل الفرد أو الهيئة تابعة للإدارة، مع أن التبعية غير كافية لتحقيق ركن من أركان القرار الإداري، بل يجب أن يكون العمل

٤٨١ - عكاشة، حمدي ياسين. ٢٠١٨. موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة "الكتاب الأول: ماهية القرار الإداري وأحكامه". ط٢. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ٢٠٠.

٤٨٢ - الجهة التي أنطت بها القانون الفصل في خصومة بين طرفين، وقد اتجه القضاء في فرنسا ثم في مصر إلى الأخذ بالمعيارين معاً "الشكلي والموضوعي" مع بعض الضوابط.

٤٨٣ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسري رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٣٦٠.

٤٨٤ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٧. "تعريف القرار الإداري وعناصره". مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. جامعة بابل. العراق. ج٩. الإصدار ١. السنة (التاسعة). ص ٥١٠.

٤٨٥ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ١٧٥.

صادراً باسم الإدارة وحسابها، كذلك العمل الصادر أثناء أداء الوظيفة يشمل الأعمال المادية والقانونية ويشمل العقود والقرارات الإدارية على حد سواء<sup>٤٨٦</sup>.

ولما كان المعيار الشكلي به من الاتساع بحيث يضم ما ليس بقرار إلى نطاقه، فكان لا بد لإعادة التوازن أن يتم اعتماد المعيار الموضوعي أو المادي في تعريف القرار الإداري، وحصره بذلك الصادر وفقاً لأحكام القانون العام باستخدام امتيازات السلطة العامة؛ لأن القرار قد يصدر عن شخص خاص ويكون قراراً إدارياً، إذا تم اتخاذه بالنظر إلى موضوعه ومحتواه في إطار تسيير مهمة المرفق العام، وإذا كان يستعمل امتيازات السلطة العامة. والسلطة العامة والمرفق العام مفهومان متكاملان؛ لأنهما يقعان على مستويين مختلفين، فالمرفق العام الذي يضم المصلحة العامة يكون على مستوى الغايات، وامتيازات السلطة العامة على مستوى الوسائل، لذلك يتطلب المفهوم أحدهما الآخر، ويقدمان سنداً مشتركاً، وبأبي في مقدمة أنصار الاتجاه الموضوعي الفقهاء (دوجي Duguit، وبونار Bonnard)، منتقدين المعيار الشكلي؛ لأنه يقف عند الشكليات، دون الاهتمام بطبيعة العمل وجوهره.

وفي إطار سعي الفقه الفرنسي إلى تعريف القرار الإداري، ظهرت العديد من المحاولات الفقهية لتعريف القرار الإداري دون أن تصل إلى تعريف موحد متفق عليه بين فقهاء القانون الإداري، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي ايزمان (Eisenman): إن تعبير القرار الإداري المنفرد الطرف ليس موضوعاً يتوافق جميع الفقهاء حوله، كما ليس له معنى أو مفهوم واحد بالنسبة لكل القوانين، حيث نجد في الأدبيات القانونية أكثر من مفهوم للقرار الإداري، بل تضمنت بعض الكتابات تعريفاً أو مفهوماً للقرار لا يتوافق أبداً مع هذه الفكرة، مما يعزز الانطباعات الخاطئة حول القرار الإداري<sup>٤٨٧</sup>، ويعتبر الفقهية موريس هوريو (M.Hauriou)<sup>٤٨٨</sup> عميد مدرسة (تولوز)، من أشهر الفقهاء الفرنسيين الذي حاول وضع تعريف للقرار الإداري، حيث اعتبر أن القرار الإداري الانفرادي هو الأسلوب المميز للقانون الإداري، إذ يقول: الكل متركز على القرار، ويظهر القرار كمحور للعمل الإداري، ويعرف القرار الإداري بأنه: "إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني تجاه الأفراد، يصدر عن سلطة إدارية، في صورة تنفيذية، أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر"<sup>٤٨٩</sup>، وقد أثار هذا المفهوم للقرار الإداري الاستغراب والحيرة، واختلف الفقه حول المقصود من أنه تنفيذي؛ لأن شرط التنفيذ المباشر أو الفوري من قبل الإدارة، وهو شرط غير جوهري، وما هو إلا استثناء

٤٨٦ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٧. "تعريف القرار الإداري وعناصره". مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. جامعة بابل. العراق. ج. ٩. الإصدار ١. السنة (التاسعة). ص ٥١٠.

٤٨٧ - هادي، محمد فريد حسين. ٢٠١٨. القرار الإداري، مفاهيمه ومراحل اتخاذه والمشكلات التي تثيرها منازعاته. بيروت. لبنان: منشورات الحلي الحقوقية. ص ٣٥.

٤٨٨ - Hauriou (M.). ١٩٢٧. Précis de droit administratif et de droit public، TI، Sirey ١١ème édition، P. ٣٥٦.

٤٨٩ - Hauriou (M.). ١٩٣٨. Précis de droit administratif et de droit public، TI، Sirey ١١ème édition، P. ٧٣.



ووفقاً لشروط قانونية، ولذا فإن الفقيه هوريو (Hauriou) لم يُفرّق بين النفاذ "ركن قانوني" والتنفيذ "فعل مادي إجرائي"<sup>٩٠</sup>، فالقرار وفقاً لهذا الشرط لا يشمل القرارات الإدارية المانحة للحقوق أو التصاريح والرخص، والنفاذ خصيصة وركن أساسي للقرار، وليست جزءاً من تسميته<sup>٩١</sup>. كما ينسب لهوريو (Hauriou) تعريف آخر يرى بأنه: "تصريح وحيد الطرف عن الإرادة، صادر عن السلطة الإدارية المختصة بصيغة النفاذ، وبقصد إحداث أثر قانوني"<sup>٩٢</sup>، وإن كان الإعلان عن الإرادة هو العنصر اللازم لوجود التصرف القانوني، إلا أن لفظ "إعلان" أو "تصريح" كلاهما يفيدان القرار الصريح أو الإيجابي، ولا يشملان القرار الضمني أو السلبي، كما أنه في التعريف الأول ذكر الإرادة ولم يقيدها بالمنفرد، فجعله يشمل العقد الإداري، ذلك أن العقد تتحقق فيه إرادة قانونية أخرى تتمثل في الطرف الثاني فيه.

أما العميد دوجي (Duguit) - فلم يُفرّق بين العمل القانوني العام والخاص - عندما عرّف القرار الإداري بأنه: "كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره، أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة"<sup>٩٣</sup>، واتفق معه تلميذه العميد بونار (Bonnard) عندما عرّف القرار الإداري بأنه: "كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة"<sup>٩٤</sup>، وقد لقي هذان التعريفان نقد الفقهاء، وأخذ عليهما عدم التعرض لإرادة الإدارة المنفردة في إصداره، وهما بذلك يشملان جميع الأعمال المادية، والعقود الإدارية، كما أن عبارة "تعديل الأوضاع القانونية" فيها قصر الأثر على الأوضاع القائمة، فيخرج عنها إنشاء الأوضاع القانونية الجديدة.

أما فالين (Vallin) فقد عرّف القرار الإداري بأنه: "عمل قانوني يصدر عن هيئة إدارية، أو هيئة خاصة لها امتيازات السلطة العامة، ويكون موضوعه إدارياً، ويصدر تنفيذاً للقوانين أو لسلطات ممنوحة في الدستور" وهذا التعريف لم ينص أيضاً على إرادة الإدارة المنفردة، ولم يحدد الهدف من القرار، كما أنه يتردد بين هيئة إدارية وهيئة خاصة لها امتيازات السلطة العامة.

٩٠ - هادي، محمد فريد حسين. ٢٠١٨. القرار الإداري، مفاهيمه ومراحل اتخاذه والمشكلات التي تثيرها منازعاته. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٣٩.

٩١ - إسماعيل، عصام نعمة. ٢٠٠٩. الطبيعة القانونية للقرار الإداري: دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد. (رسالة دكتوراه منشورة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص ٧.

٩٢ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٧. "تعريف القرار الإداري وعناصره". مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية. جامعة بابل. العراق. ج ٩. الإصدار ١. السنة (التاسعة). ص ٥١٢.

٩٣ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٤. نظرية التعسف في استعمال السلطة؛ الانحراف بالسلطة دراسة مقارنة. نقحه كل من د. عبد الناصر أبو سمهدانة، ود. حسين خليل. ط ٣. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٢٧.

٩٤ - Bonnard, prececis de droit Adminstratif, ٤e ed. ١٩٤٢. p. ٢٨.

ويعرف د. ماجد الحلو القرار الإداري بأنه: "إفصاح عن إرادة منفردة، يصدر عن سلطة إدارية، ويرتب آثاراً قانونية"<sup>٤٩٥</sup>. حيث أخذ بالمعيار الشكلي، بصرف النظر عن احتواء القرار على قاعدة عامة مجردة لا تفتقر عن القانون من الناحية الموضوعية، وفي تعريف حديث للدكتور ماجد الحلو عدل فيه عن لفظ "إفصاح" واستبدله بـ "تعبير"، عندما عرفه بأنه: "تعبير عن إرادة منفردة، يصدر عن سلطة إدارية، بسند قانوني، ويرتب آثاراً قانونية"<sup>٤٩٦</sup>، بينما يعرف د. عاصم إسماعيل القرار الإداري بأنه: "تصرف قانوني منفرد صادر عن سلطة إدارية يتمتع بقوة تنفيذية"<sup>٤٩٧</sup>. أما الأستاذ د. عبدالرزاق السنهوري، فيعرفه بأنه: "قرار يصدره موظف مختص بإصداره في الشكل الذي يوجبه القانون لإنشاء مركز قانوني صادر من أسباب معينة، ومستهدفاً لغاية تتفق مع المصلحة العامة"<sup>٤٩٨</sup>، وهذا التعريف نوعاً ما يكون قريباً من تعريف القضاء الإداري في الوطن العربي الذي يركز على ذكر أركان القرار في تعريفه للقرار الإداري، ومن بين التعريفات المهمة في هذا الصدد تعريف الدكتور القاضي عبدالرحمن بن يحيى آل ثاني بأنه: "تعبير سلطة الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد إحداث أثر قانوني"<sup>٤٩٩</sup>، فأراد من كلمة "تعبير" أن يتضمن التعريف للقرار الإيجابي والسلبي والضمني<sup>٥٠٠</sup>، و"سلطة الإدارة" للتمييز بينه وبين القرارات التي تصدر عن السلطتين التشريعية والقضائية.

ومن أهم التعريفات التي احتوت القرار الإداري - شكلاً وموضوعاً - تعريف عبدالغني بسيوني عبدالله، بأنه: "عمل قانوني نهائي، يصدر من سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة، وتترتب عليه آثار قانونية"<sup>٥٠١</sup>، وتعريف د. سالم بن راشد العلوي بمناسبة دراسته للقرار الإداري كسند لدعوى الإلغاء بأنه: "عمل قانوني نهائي، يصدر بالإرادة المنفردة لسلطة إدارية وطنية، بقصد إحداث أثر قانوني معين ممكناً وجائزاً قانوناً"<sup>٥٠٢</sup>، و"السلطة الوطنية" فيها إشارة إلى الإدارة المركزية واللامركزية سواء كانت داخل الدولة

- 
- ٤٩٥ - الحلو، ماجد راغب. ١٩٩٥. القضاء الإداري. الإسكندرية. مصر: دار المطبوعات الجامعية. ص ٢٧١.
- ٤٩٦ - الحلو، ماجد راغب. ٢٠١٩. "الإرادة والنية في القرارات الإدارية". مجلة الحقوق. مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت. الكويت. عدد (١). السنة ٤٣. ص ٤٧٧.
- ٤٩٧ - إسماعيل، عصام نعمة. ٢٠٠٩. الطبيعة القانونية للقرار الإداري؛ دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد. (رسالة دكتوراه منشورة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص ٨ وما بعدها.
- ٤٩٨ - الشمري، رشا عبد الرزاق جاسم. ٢٠١٦. صفة النهائية في القرار الإداري. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٣٧.
- ٤٩٩ - آل ثاني، عبد الرحمن بن يحيى. ٢٠٢٠. إلغاء القرار الإداري لعيب السبب. ج ١. القاهرة. مصر: مركز الغندور. ص ٦٣.
- ٥٠٠ - يترتب على التفرقة بين القرار السلبي والضمني: أن الأول يعد قراراً مستمراً يجوز الطعن عليه في أي وقت، طالما كانت حالة الاستمرار قائمة؛ أما القرار الضمني فهو قرار إيجابي يتقيد الطعن عليه بالميعاد المقرر قانوناً بذلك، والقرار الضمني في أجلى صورته في حالة التظلم الوجوبي.
- ٥٠١ - عبدالله، عبدالغني بسيوني. ٢٠٠٥. القانون الإداري: دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر. الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٤٥٤.
- ٥٠٢ - العلوي، سالم بن راشد. ٢٠١٦. "مسؤولية الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تقع من موظفيها في أحكام القضاء الإداري؛ دراسة مقارنة". مجلة الأمانة. أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة. عدد (٢٧). ص ٤٦.

أو خارجها، كذلك يحتوي تعريف محمد طه الحسيني للقرار الإداري على هذه الأركان، وهو بأنه: "عمل قانوني، تتخذه الإدارة بإرادتها المنفردة، ويحدث أثراً قانونياً معيناً"<sup>٥٠٣</sup>، ويقترب هذا التعريف من تعريف د. محمد العندي للقرار الإداري بأنه "عمل قانوني أحادي الجانب تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة ويترب عليه آثار قانونية"<sup>٥٠٤</sup>. ففي القول بأنه: "عمل قانوني" قيد لإخراج العمل الإداري المادي، وعبرة "تصدره الإدارة" تخرج العمل القضائي والعمل القانوني الصادر عن المشرع، و"الإرادة المنفردة" تخرج العقد الإداري، ولكن القول بأنه: "يحدث أثراً قانونياً معيناً"، فهذا الأثر بالمعنى القانوني ما هو إلا موضوع القرار الذي يحدثه أو يسببه أو يلحقه في التنظيم القائم، ويمثل ركن "المحل"، فكيف ندخله في تعريف القرار، ونحمل أركانه الأخرى؟!.

لذا يمكننا تعريف القرار الإداري بأنه: "تصرف قانوني نافذ، تتخذه السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة"، فالقول بأنه: "تصرف قانوني"؛ ليكون الأثر القانوني هو نتيجته الطبيعية التي لا تحقق ما لم يكن القرار نهائياً، ولفظ "نافذ" يدل على قدرته الذاتية على فرض الالتزام بشكل نهائي على الوقائع والأحداث الجارية ولا ينعطف بالتطبيق على الماضي، وعبرة "تتخذه السلطة الإدارية" تعني تمتع جهة الإدارة بامتيازات السلطة العامة، و"الإرادة المنفردة" تخرج العقد الإداري.

ولما كانت التعريفات الفقهية تختلف على تحديد القرار الإداري تحديداً دقيقاً، فيتوسع بعضها؛ ليدخل أركان أخرى ينعقد القرار بدونها، ويقتصر البعض الآخر اقتصاراً شديداً على ركن أو ركنين، ويستبعد أركاناً ضرورية لوجود القرار الإداري، فإن القضاء الإداري ما زال يعاني من صعوبة عند الطعن في أي قرار إداري للفصل في أمرين مهمين هما: وجود القرار أو انقفاؤه، ومدى إمكانية قبول الطعن في القرار بالإلغاء أم لا؟

### الفرع الثاني: تعريف القرار الإداري في الاجتهاد القضائي

ينظر الاجتهاد القضائي في تعريفه للقرار الإداري من زاوية كونه قابلاً للطعن بالإلغاء، لما قد يدخل في اختصاص القضاء أم لا؟ وتظهر أهمية تعرض القضاء الإداري لتعريف القرار من أن دعوى الإلغاء، أو دعوى مراجعة القرار الإداري - كما يطلق عليها في القانون العُماني<sup>٥٠٥</sup> - هي دعوى موضوعية تخصم القرار، وليس جهة الإدارة التي أصدرته.

٥٠٣ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٧. "تعريف القرار الإداري وعناصره". مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية. جامعة بابل. العراق. ج ٩. الإصدار ١. السنة (التاسعة). ص ٥١٣.

٥٠٤ - العندي، محمد مقبل. ٢٠١٨. الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري في مجالي الحريات العامة والتأديب الوظيفي: مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية. عُمان. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ص ٢٥.

٥٠٥ - مما يحسب للمشرع العُماني اختياره مصطلح "مراجعة القرار الإداري"؛ لما يحتويه من لطف معنوي، ورقي لفظي، تتجلى خصوصيته اللفظية في قانون محكمة القضاء الإداري.



ومن يُجَلَّ اجتهد القضاء الفرنسي يجد عدة تعابير لوصفه، فقيل: عنه إنه تنفيذي أو منشئ للقواعد، أو منشئ للحقوق، أو نافذ، أو يلحق مظلمة، أو إلزامي، أو سارٍ بمواجهة الغير<sup>٥٠٦</sup>، ونستطيع من خلال تتبع أحكام مجلس الدولة الفرنسي استخراج بعض النماذج التي تفيد القرار الإداري، ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٦ نوفمبر ١٨٧٥م، حين بيّن أسباب إلغاء القرار الإداري، وهو أن المدير تصرف تنفيذاً لتعليمات صادرة من وزير المالية، وفي إطار مصلحة مرفق مالي للدولة، فيكون بذلك قد استعمل سلطات الضبط الثابتة له بالنسبة إلى المنشآت الخطرة من أجل هدف آخر غير ذلك الذي عهد به إليه لتحقيقه، ويتضح من ذلك أن تصرف المدير المسؤول تنفيذاً لتعليمات وزير المالية يعد قراراً إدارياً<sup>٥٠٧</sup>، والقرار الإداري في ظل قضاء مجلس الدولة، هو ذلك القرار القابل للتنفيذ دون حاجة إلى أي إجراء لاحق، وأن يكون من شأنه أن يحدث آثاراً قانونية معينة، فإذا كان القرار غير قابل للتنفيذ، وذلك لضرورة اعتماده أو التصديق عليه من الرئيس المختص، فإنه لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء<sup>٥٠٨</sup>. لذا لا بد أن يكون القرار الإداري موجوداً وهائياً، أي قابلاً للتنفيذ دون حاجة إلى أي إجراء لاحق، بحيث يصدر عن سلطة إدارية تملك سلطة إصداره بصورة نهائية دون حاجة إلى تصديق سلطة أعلى؛ أما إذا كان القرار لا يزال غير قابل للتنفيذ بضرورة اعتماده أو التصديق عليه من الرئيس الإداري الأعلى، أو من جهة إدارية أخرى، فلا يقبل الطعن بالإلغاء<sup>٥٠٩</sup>.

وفي حكم مجلس الدولة الشهير بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٢٢م للسيدة كاشية (Dame Cachet) ورد في الحثية الخامسة منه: "أن قرار مدير التسجيل باعتبار أن له صفة القرار التنفيذي، وأنه أنشأ حقوقاً، فلا يجوز تطبيقاً للمبادئ العامة أن يعدّله الوزير من تلقاء نفسه، إلا لسبب قانوني وخلال مدة خمسة عشر يوماً".<sup>٥١٠</sup> ذلك أن سحب القرار الإداري فكرة قضائية في الأساس ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ليوازن بين حق الإدارة الرجوع في القرار الخاطئ، والحقوق التي ترتبت للأفراد من هذا القرار، وعلى هذا الأساس كانت أحكام المجلس، ففي قضية (Amoros) نص الحكم على أن القاضي الإداري ليست له الصلاحية في أن يوجه أوامر للإدارة؛ ومن ثم لا يجوز للمحاكم الإدارية أو لمجلس الدولة - كمبدأ - الأمر بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه إلا إذا كان هذا القرار تنفيذياً، ويستفاد من خلال الاطلاع على أحكام هذا القضاء

٥٠٦- إسماعيل، عصام نعمة. ٢٠٠٩. الطبيعة القانونية للقرار الإداري؛ دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد. (رسالة دكتوراه منشورة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص ٨٢.

٥٠٧- مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٨١.

٥٠٨- الشمري، رشا عبد الرزاق جاسم. ٢٠١٦. صفة النهائية في القرار الإداري. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٢٧.

٥٠٩- شيجا، إبراهيم عبد العزيز. ٢٠٠٣. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية). الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٣١٤.

٥١٠- مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٢١٠.



أن القرار الإداري الذي يقبل الطعن ضده، هو ذلك القرار الذي تترتب عليه آثار قانونية معينة، وأن تترتب هذه الآثار على القرار ذاته<sup>٥١١</sup>، فلا يقبل الطعن في العملية المركبة التي تشمل عدة قرارات؛ إلا إذا وجه الطعن إلى القرار الذي ترتب به الآثار القانونية أكثر من غيره، ويلاحظ مما سبق أن القضاء الفرنسي يتبنى المعيار الموضوعي في تعريفه للقرار الإداري بالتركيز على نفاذ القرار، وذلك بإحداثه للآثار القانونية المعينة، وبالنظر في حكم مجلس الدولة بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٥٤م بشأن مدرسة القديسة كريسكير (Kreisker) ورد في الحاشية الرابعة منه: "أن سلطة اتخاذ قرار نهائي في طلبات إعانة المؤسسات الحرة للتعليم الثانوي ثابت للمجالس العامة، والمجالس البلدية، فلا يستطيع وزير التعليم الوطني قانوناً إخضاع ممارسة المجالس المحلية سلطتها لإبداء رأي لم ينص عليه القانون"<sup>٥١٢</sup>.

أما التعريف التقليدي للقرار الإداري الذي كان يلتزم به مجلس الدولة المصري - في أحكامه باستمرار - فهو: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"<sup>٥١٣</sup>، ثم استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا بمصر على تعريف القرار الإداري بأنه: "إفصاح الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة"<sup>٥١٤</sup>. وتعرفه أيضاً بأنه: "تصرف قانوني يصدر عن الإدارة بما لها من سلطة عامة ملزمة؛ لينشئ مركزاً قانونياً جديداً أو يؤثر في مركز قديم لفرد محدد أو لعدد من الأفراد محددين وموصوفين"<sup>٥١٥</sup>.

ونلاحظ أن هذا التعريف يركز على بيان عناصر مشروعية القرار الإداري، وأنه يمكن اعتباره نهائياً بالنسبة للجهة الإدارية التي أصدرته، ولكنه غير نهائي في دعوى الإلغاء، لذا نجد د. محمد العندي يرى أن الأثر القانوني يتحقق بمجرد صدور القرار الإداري، فلا يحتاج إلى تصديق من سلطة أعلى، ومن ثم فإن

---

٥١١ - الشمري، رشا عبد الرزاق جاسم. ٢٠١٦. *صفة النهائية في القرار الإداري*. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٢٧.

٥١٢ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. *أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي*. مجموعة القانون العام. رنية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٤٧٦.

٥١٣ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. *النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة*. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ١٨٢.

٥١٤ - الطعن رقم ٣٤١٣ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١١/٢٦/١٩٨٨م. المحكمة الإدارية العليا. مجموعة السنة ٣٤ ج ١. مصر. ص ١٨٩؛ موثق عند: سلامة، شعبان عبد الحكيم. ٢٠١١. *القرار الإداري السليبي؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي*. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة. ص ٦٦؛ الدعوى رقم ٣٢٤١٢ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٤/١٧/٢٠١٠م. محكمة القضاء الإداري. موثق عند: عكاشة، حمدي ياسين. ٢٠١٨. *موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة "الكتاب الأول: ماهية القرار الإداري وأحكامه"*. ط ٢. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ٤٣.

٥١٥ - الطعن رقم ٢٦٤٨ لسنة ٣٤ ق، جلسة ٢٨/٢/١٩٩٣م. المحكمة الإدارية العليا. مصر؛ موثق عند: عكاشة، حمدي ياسين. ٢٠١٨. *موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة "الكتاب الأول: ماهية القرار الإداري وأحكامه"*. ط ٢. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ٧٥.

القرار الإداري لا يحتاج إلى وصفه نهائياً؛ لأنه لا يقوم ولا يتحقق ما لم يولد بذاته آثاراً قانونية دون توقف على إرادة أخرى<sup>٥١٦</sup>، كما يرى د. سليمان الطماوي أن اختيار صفة "نهائي" للقرار الإداري هو اختيار غير موفق؛ لأن القرار النهائي قد يكون كذلك بالنسبة لسلطة معينه كلجنة شؤون الموظفين، وغير نهائي بالنسبة لدعوى الإلغاء؛ لحاجته إلى التصديق من سلطة أعلى، ويجبذ استبدالها بكلمة "تنفيذي"<sup>٥١٧</sup>.

إلا أن أغلب الفقهاء لا يتفقون مع هذا الرأي؛ فقد يكون القرار الإداري متمتعاً بالصفة التنفيذية أي نهائي، ولكنه مع ذلك لا يجوز تنفيذه تنفيذاً مباشراً، كما أن الرأي السابق يخلط بين الإجراءات التحضيرية التي لا تنتج أثراً قانونياً وبين القرار الإداري الذي لا يحتاج إلى تصديق من سلطة أعلى، فالقرار النهائي هو الذي استنفذ جميع مراحل التدرج اللازمة لإصداره، إذ العبرة في تحديد ما يعتبر نهائياً ولا يعتبر كذلك، هي بانتهاء المرحلة التي يتولد عنها الأثر القانوني<sup>٥١٨</sup>.

واستقر القضاء الإداري العماني - كنظيره المصري - على إسباغ صفة (النهائية) على القرار الإداري الذي يصدر من سلطة إدارية تمتلك حق إصداره دون الحاجة إلى تصديق سلطة إدارية أخرى، ومن ذلك قضاؤه بأن: "القرار النهائي الذي يجوز الطعن فيه أمام محكمة القضاء الإداري هو أن يكون صادراً من سلطة مختصة دون الحاجة إلى تصديق سلطة أعلى بقصد إحداث أثر قانوني معين"<sup>٥١٩</sup>، والقرار الإداري بهذه المثابة يختلف عن الإجراءات التمهيدية التي تسبقه.

وقد أورد القضاء العماني عدداً من التعريفات للقرار الإداري - كان أولها - أنه: "إفصاح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إحداث مركز قانوني أو إلغاؤه أو تعديله متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة"<sup>٥٢٠</sup>، ثم توالى تعريفاته للقرار الإداري - في أكثر من حكم - بأنه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون، بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان

---

٥١٦ - العنذلي، محمد مقبل. ٢٠١٨. الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري في مجالي الحريات العامة والتأديب الوظيفي: مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية. عُمان. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ط ٢. ص ٢٧.

٥١٧ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٦٧٢.

٥١٨ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ٣٧٩.

٥١٩ - الاستئناف رقم ٩٠ لسنة ٧٧ ق.س. بجلسة ٢٠٠٧/١٢/١٧ (م. م لعام ٨ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٠. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي الثامن. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠١٠/٢٤٨. ص ١٦٩.

٥٢٠ - الاستئناف رقم ٥٥ لسنة ٤٤ ق.س. بجلسة ٢٠٠٥/٢/٢٦ (م. م لعام ٥-٦ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠٠٨. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين الخامس والسادس. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠٠٨/١١٥. ص ٨٢.

الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة<sup>٥٢١</sup>، ويرى الدكتور القاضي عبدالرحمن بن يحيى آل ثاني أن هذا التعريف هو الشائع، وهو يضيف إلى الإرادة أركان الشكل والاختصاص والمحل والغاية، ومع ذلك فإن المحكمة عندما تكون في صدد نفي وجود القرار الإداري أو انتفائه في الدعوى المنظورة، فإنها تقتصر على الإشارة إلى الإرادة فقط، فتعتد بعنصر الإرادة الملزمة للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني لاعتبار التصرف من القرارات الإدارية، وهذا الأثر الذي يمكن أن يستهدفه القرار لا يقتصر على إنشاء مركز قانوني جديد لم يكن موجوداً؛ بل يرد على مركز قانوني قائم فيعدل عليه أو يغيره، أو يقوم بإلغائه، وبذلك فإن كلمة "أثر" أكثر اتساعاً، وأكثر مسامية لمعنى القرار الإداري<sup>٥٢٢</sup>.

ومن التعريفات الأخرى للقرار الإداري أنه: "إفصاح من جانب الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"<sup>٥٢٣</sup>، وينقص هذا التعريف عن سابقه عبارة "في الشكل الذي يتطلبه القانون"، ثم عادت المحكمة في السنة الثامنة إلى تعريفها الأول للقرار الإداري<sup>٥٢٤</sup>؛ كما يؤخذ على التعريفات السابقة تبنيها للفظ "إفصاح"، وبما إشارة إلى القرارات الإيجابية (الصريحة)، مما يخرج عنها القرارات السلبية (الضمنية) التي من شأنها حيازة نفس القيمة القانونية للقرارات الصريحة<sup>٥٢٥</sup>، ويجعل التعريف مقتصرًا على النوع الأول من القرارات، ولا يبرر ذلك أن إفصاح الإدارة غالباً ما يكون أكثر من سكوتها.

ثم - وفي مرحلة متقدمة - استقر القضاء الإداري العماني في أغلب أحكامه على تعريف القرار الإداري بأنه: "إعلان الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إنشاء أو تعديل أحد المراكز القانونية متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً وكان الهدف منه تحقيق المصلحة العامة"، وتفسر المحكمة أن إعلان الإدارة لإرادتها يستوي أن يكون صريحاً أو ضمناً، وأن القرار الضمني هو الذي يستنتج من سكوت الإدارة بالنسبة لموقف معين، وتملك الإدارة تطبيق القرار بمجرد صدوره، كما تمتلك إرجاء تنفيذه؛ لأن وقت التنفيذ رخصة مخولة للإدارة تترخص بإجرائه في الوقت الذي تراه مناسباً بحسب مقتضيات المصلحة العامة، وسكوت الإدارة عن اتخاذ إجراء معين لتنفيذ قرار أصدرته بمثابة قرار ضمني بوقف

٥٢١ - الاستئناف رقم ٣١ لسنة ٤٤ ق.س. بجلسة ٢٦/٣/٢٠٠٥ (م. م لعام ٥-٦ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠٠٨. مجموعة المبادئ

القانونية التي قررتها المحكمة في العامين الخامس والسادس. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠٠٨/١١٥. ص ١١٢.

٥٢٢ - آل ثاني، عبد الرحمن بن يحيى. ٢٠٢٠. إلغاء القرار الإداري لعيب السبب. ج ١. القاهرة. مصر: مركز الغندور. ص ٦٢.

٥٢٣ - الاستئناف رقم ٢٦ لسنة ٨٨ ق.س. بجلسة ٣/٣/٢٠٠٨ (م. م لعام ٨ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٠. مجموعة المبادئ القانونية

التي قررتها المحكمة في العام القضائي الثامن. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠١٠/٢٤٨. ص ٣٦٧.

٥٢٤ - تعريف المحكمة للقرار الإداري بأنه: "إفصاح الجهة الإدارية عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة". انظر محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٠.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي الثامن. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٢٠١٠/٢٤٨. ص ٦٠.

٥٢٥ - آل ثاني، عبد الرحمن بن يحيى. ٢٠٢٠. إلغاء القرار الإداري لعيب السبب. ج ١. القاهرة. مصر: مركز الغندور. ص ٦٠.



تنفيذه<sup>٥٢٦</sup>. ولكننا نرى بأن الأولى لو اعتمدت في تعريفها عبارة "بقصد إحداث أثر قانوني"؛ لأن الأثر القانوني لا يقتصر على إنشاء أو تعديل المراكز القانونية للأفراد فحسب، بل ويلغيتها.

ومهما سبق التفسير السابق، فإن لفظ "الإعلان" لا يختلف عن لفظ "الافصح" في كونهما يفيدان القرار الصريح، ولا يشملان القرار السليبي؛ كما أن السكوت عدم فلا يدل على قبول ولا على رفض، ويعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن ذلك بقولهم: "لا ينسب لساكت قول"، ومعناه أنه لا يجوز أن يُقَوَّل الساكت ما لم يقله، فيقال قال كذا، وهذا هو الأصل العام - استثناء منه - يعتبر السكوت بياناً ودليلاً على الإرادة، وهو ما أشار إليه الفقهاء في قولهم: "لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"<sup>٥٢٧</sup>.

إذ يكون السكوت في بعض الأحيان أبلغ في التعبير من كثرة الكلام، وأن التعبير الضمني للإرادة يُعدّ وضعاً إيجابياً يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه، فليس شرطاً أن يكون سكوت الإدارة من أجل اتخاذ موقف بالقبول أو الرفض، وإنما قد تكون هناك أسباب تحول من اتخاذ الإدارة لموقف معين كالإهمال أو التقصير أو بطء الإجراءات وغيرها، وهناك من الفقهاء من يُعد امتناع الإدارة الحريصة على المصلحة العامة، تعبيراً سلبياً عن الإرادة حتى في ظل اختصاصها التقديري، وقد صدرت أحكام حديثة من مجلس الدولة المصري في هذا الاتجاه.

ومن خلال التعريفات السابقة - سواء في القضاء أو الفقه الإداري - يتضح وجود خلط بين أركان وجود القرار من الأساس وشروط صحة أركانه؛ فبينما يركز بعض فقهاء القانون الإداري على تعريف ماهية القرار في ذاته وجوده، نجد أن التعريف القضائي يدخل أركان القرار الخمسة في تعريفه، وهو ما أحدث فرقاً كبيراً في تعريف القرار الإداري بين الفريقين؛ بسبب اختلاف طريقة بحث القاضي في تحديد مفهوم القرار الإداري بما يخدم عمله.

### الفرع الثالث: تسمية القرار الإداري في التشريع العُماني

لم يحدد المشرع العُماني -تعريفاً للقرار الإداري رغم الإشارة إليه في العديد من المراسيم والقوانين التي أصدرها- شأنه في ذلك شأن المشرعين الفرنسي والمصري<sup>٥٢٨</sup> - ويُعد قانون التفسيرات والنصوص العامة لسنة ١٩٧٣ م من أقدم القوانين ذات الصلة، وقد وصف عدداً من الكلمات والتعبيرات التي قد ترد في قانون التفسيرات، أو في أي قانون آخر، بمعاني مبيّنة أمام كل منها ما لم يقتض سياق النص معنى آخر،

٥٢٦ - الاستئناف رقم ٧٨٤ لسنة ١٣ ق.س. بجلسة ٢٠١٣/١١/١٩ محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٦. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام الرابع عشر. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٥٠٨ / ٢٠١٦ م. ص ٢٣٧.

٥٢٧ - سلامة، شعبان عبد الحكيم. ٢٠١١. القرار الإداري السليبي؛ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة. ص ٩٤.

٥٢٨ - عبدالله، عبد الغني بسيوني. ٢٠٠٥. القانون الإداري: دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر. الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٤٦١.

أو ينص على معنى، أو تفسير مغاير في القانون الآخر<sup>٥٢٩</sup>؛ ولكنه لم يتطرق إلى تعريف القرار وفق هذا النمط الذي عرف به القانون.

كما أن المشرع العماني عندما أصدر المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) لم يُعرّف القرار الإداري، بل ترك للقضاء الحريّة في إدخال كل ما من شأنه يصب في معناه، ويشير الواقع إلى عدم تعرض التشريعات المقارنة لتعريفه حتى لا تقع في نقص، أو خلل من جراء التغيرات التي يفرضها الواقع العملي.

ومثلما تتنوّع تسميات القرار الإداري في التشريع المقارن، نجد ذات التنوّع في التشريع العماني، واختلفت تسميته من قانون إلى آخر، ومن أجل بيان ذلك، تحقق لنا استخلاص مفهوم القرار الإداري من أهم المراسيم السلطانية والقوانين ذات الصلة المباشرة به على سبيل المثال، وليس الحصر. فبالنسبة لقانون تنظيم الجهاز الإداري للدولة رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥، أشار إلى "القرارات السلطانية" بوصفها أداة للتعبير عما يصدر عن السلطان، حيث جاء في الملحق (أ) اختصاصات المجالس والوزارات أن من بين اختصاصات وزارة شؤون الديوان السلطاني، ما يلي: "٢٠ -مراجعة مسودات المراسيم والقوانين المقدمة من الوزارات المختلفة عن طريق مكتب المستشار القانوني بالوزارة، واتخاذ إجراءات إصدارها ونشرها.. ٨- تبليغ القرارات السلطانية إلى الوزارات المعنية.."، كما تنص المادة (٢١) منه على أن: "تقدم كل وزارة إلى مجلس الوزراء في موعد أقصاه آخر فبراير من كل عام تقريراً كتابياً عما حققته في خلال السنة السابقة. ويجب أن يتضمن التقرير على الأقل الأمور التالية: ..نص جميع القرارات والأنظمة التي أصدرتها الوزارة مع خلاصة وافية عن أية قرارات، أو أنظمة سقطت بسبب إصدار ونفاذ القرارات والأنظمة الجديدة..".<sup>٥٣٠</sup>

وما لبث هذا القانون حتى غُذِل في أقل من عام بالمرسوم السلطاني رقم (٧٦/١٣)<sup>٥٣١</sup>، حيث أنشئ ديوان التشريع؛ ليكون بمستوى مديرية عامة تابعة لوزارة شؤون الديوان السلطاني، فألغيت الفقرة الثانية من الملحق السابق بموجب مادته رقم (٢) بأن: "يلغى نص الفقرة ٢ من اختصاصات وزارة شؤون الديوان السلطاني الواردة بالملحق (أ) بقانون تنظيم الجهاز الإداري للدولة لسنة ١٩٧٥م، ويعوّض عنه بالفقرة الآتية: إعداد ومراجعة مشاريع القوانين والمراسيم السلطانية قبل إصدارها وذلك عن طريق ديوان التشريع، واتخاذ إجراءات إصدارها ونشرها". وقد كانت المادة (٥) من قانون تنظيم الجهاز الإداري للدولة تنص على أنه: "لا يجوز لأي وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة أو لأي مسؤول بما أن يصدر قرارات أو تعليمات أو أنظمة تتعارض والقوانين والمراسيم السارية، ولا يعتد بالقرارات أو التعليمات أو

٥٢٩ - انظر المادة رقم (٣) من قانون التفسيرات والنصوص العامة، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٧٣/٣).

٥٣٠ - المرسوم السلطاني رقم (٧٥/٢٦) بإصدار قانون تنظيم الجهاز الإداري للدولة، صدر بتاريخ ٢٨ يونيو ١٩٧٥م، ونُشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (٨٣) الصادر في ١٥/٧/١٩٧٥م.

٥٣١ - المرسوم السلطاني رقم (٧٦ / ١٣) بتعديل قانون تنظيم الجهاز الإداري للدولة، صدر بتاريخ ١١ أبريل ١٩٧٦م، ونُشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (١٠٠) الصادر في ١٥/٤/١٩٧٦م.

الأنظمة التي تصدر بالمخالفة لها". ثم أضاف المرسوم السلطاني رقم (٧٦/١٣)، إلى آخر هذه المادة الفقرة التالية: "...إن القرارات والأنظمة الوزارية يجب أن تنشر في الجريدة الرسمية".

وبالنظر إلى الدستور العُماني، نجد أن النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) قد حدد الشكل الذي تصدر به قرارات السلطة التنفيذية، فخصَّ السلطان بأداتين قانونيتين هما: "المرسوم" و"الأمر السلطاني" للتعبير، يصدران عنه باعتباره رئيس الدولة، ورئيس مجلس الوزراء في ذات الوقت، حيث أشارت المادة (٤٠) منه إلى القرار الإداري في عبارة "والأوامر الصادرة من السلطات العامة تنفيذاً لها"، فأغلب ما يصدر عن السلطات العامة هي القرارات الإدارية الملزمة، التي تتمتع بقوة تنفيذية. كما تضمنت المادة (٤١) النص على أن: "أمره مطاع" أي السلطان، فالأمر السلطاني هو قرار إداري محصن من الرقابة القضائية بقانون، وهو ما تؤكد المادة (٧) من قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١)، بأن لا تختص المحكمة بالنظر في الأوامر السلطانية، ولو لم يكن الأمر السلطاني قراراً إدارياً لما أُخرج على وجه الخصوص عن رقابة القضاء الإداري.

كما حدد النظام الأساسي السابق لمجلس الوزراء أداتين أخريين للتعبير الذي يصدره السلطان، وهما "المرسوم" الذي يصدر عنه بصفته رئيساً لمجلس الوزراء و"القرارات" التي تصدر عن المجلس من غيره، حيث ورد في المادة (٤٤) أن: "مجلس الوزراء هو الهيئة المنوط بها تنفيذ السياسات العامة للدولة، ويتولى بوجه خاص ما يلي: .. اقتراح مشروعات القوانين والمراسيم - مناقشة اقتراحات الوزارات في مجال تنفيذ اختصاصاتها واتخاذ التوصيات والقرارات المناسبة في شأنها". وجاء في المادة (٥٦) "تنشأ المجالس المتخصصة وتحدد صلاحياتها، ويعين أعضائها بمقتضى مراسيم سلطانية"، بينما تسمى المادة (٥٨) مكرراً (٣٣) أعمال السلطة التشريعية بالقرارات، حيث تنص بأن: "تصدر قرارات كل من مجلس الدولة ومجلس الشورى بالأغلبية المطلقة..".

وفي بداية النهضة المتجددة ألقى السلطان هيثم بن طارق المعظم - حفظه الله - في الثالث والعشرين من فبراير ٢٠٢٠م خطابه التاريخي لاستكمال نهضة عُمان، فوعد بإعادة هيكلة الجهاز الإداري للدولة وتطويره ليتماشى مع متطلبات المرحلة القادمة، وما لبث أن ترجم هذا الوعد بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٧٥)، فبين في المادة رقم (٢) تشكيل الجهاز الإداري للدولة بأنه يتكون من وحدات مركزية كالوزارات، والأجهزة، والمجالس، وما في حكمها، ومن وحدات لامركزية كالمؤسسات، والمؤسسات العامة، وما في حكمها، وأجاز في مادته رقم (٤) لوحدة الجهاز الإداري للدولة إصدار لوائح أو قرارات أو تعليمات في حدود الاختصاصات المقررة لها بموجب المراسيم السلطانية الصادرة بشأنها، كما تضمنت



المادة (١٣) اختصاصات مجلس إدارة الهيئة أو المؤسسة العامة، ومنها: إقرار اللوائح التي تتطلبها مجالات العمل في الهيئة أو المؤسسة العامة<sup>٥٣٢</sup>.

وبالنسبة لقانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١)، فقد وردت التسمية بـ "القرار الإداري" ولم تتغير. بينما يكتفي المشرع العُماني في بعض القوانين كقانون الخدمة المدنية رقم (٢٠٠٤ / ١٢٠)، بلفظ "قرار" أو "القرار" وبجمعهما "قرارات" دون أي إضافة للدلالة على "القرار الإداري" ولم يرد القرار مقروناً بكلمة "إداري"؛ فالقرار الذي تصدره الدولة وبالأخص السلطة التنفيذية يكون معروفاً بأنه قرار إداري، وقد تكررت الألفاظ الثلاثة مجتمعة (١١٦) مرة، حيث وردا اللفظان الأولان معاً في المادة (٧) في النص التالي: "تنشأ في كل وحدة لجنة لشؤون الموظفين تشكل بقرار من رئيس الوحدة من عدد فردي لا يقل عن ثلاثة أعضاء، على ألا تقل وظيفة رئيس اللجنة عن مدير عام أو ما في حكمها، ويجوز تشكيل لجنة أخرى أو أكثر في الوحدات التي تقتضي ظروف العمل بها ذلك، ويحدد القرار الصادر بتشكيل اللجنة أمين سرها من بين المختصين بشؤون الموظفين ولا يكون له حق التصويت".

وكذلك الحال بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٠٠٢/٢٩) الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٦م، حيث استخدم المشرع لفظ "قرار" أو "القرار" أو "قرارات" دون أي إضافة للدلالة على "القرار الإداري"، وقد تكررت فيه الألفاظ الثلاثة مجتمعة ومتفرقة (٥٨) مرة. وقد مثلت المادة (٣٩) من هذا القانون أكثر المواد تكراراً له<sup>٥٣٣</sup>.

#### الفرع الرابع: نصوص قانونية أضافت إلى تسمية القرار وصفاً نهائياً أو نافذاً

درجت أغلب التشريعات على اشتراط النهائية في القرارات الإدارية كالمشرع المصري الذي وضع وصف (النهائية) للقرارات الإدارية التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري، وذلك عندما حدد في المادة (١٠) من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م، اختصاص مجلس الدولة بالنظر في الطعون الموجهة ضد القرارات الإدارية النهائية، وكان لإضافة كلمة "نهائي" إلى القرارات الإدارية التي تقبل الطعن بالإلغاء موضع انتقاد

٥٣٢- المواد أرقام (٢، ٤، ١٣) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٧٥) في شأن الجهاز الإداري للدولة، الصادر في ١٢ أغسطس سنة ٢٠٢٠م، الجريدة الرسمية. مسقط. سلطنة عُمان. ع ١٣٥٣. ص ١٢-١٤.

٥٣٣- تنص المادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٠٠٢/٢٩) بأنه: "يجب على الادعاء العام متى قدمت إليه شكوى تتعلق بمنازعة من منازعات الحياة، مدنية كانت أو جزائية، أن يصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف الشكوى وإجراء التحقيقات اللازمة، ويصدر القرار المشار إليه من عضو الادعاء العام بدرجة رئيس ادعاء عام على الأقل. وعلى الادعاء العام إعلان هذا القرار لذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره. وفي جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذي شأن أمام القاضي المختص بالأمور المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار، وبحكم القاضي بحكم وقتي بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه، وله بناءً على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل في التظلم".

من جانب بعض الفقهاء، وافترض بعضهم استبدالها بـ "التنفيذية"<sup>٥٣٤</sup>. وقد تأثر المشرع العُماني بنظيره المصري في هذا الجانب<sup>٥٣٥</sup>، وهو أمر مهم لإخراج أعمال الإدارة التي لا تتمتع بهذه الصفة من نطاق دعوى مراجعة القرارات الإدارية.

ومن خلال الاطلاع على تسميات القرار الإداري في النظام الأساسي والقوانين العُمانية، نجد أن كلمة "نافذ" صفة تلتصق بالقوانين والمراسيم، وتدل على النفاذ الحتمي بعد أن تمت المصادقة عليها، ونشرها للعمل بها؛ ونلاحظ ذلك في مقصد المشرع العُماني عندما يبيّن في النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) الأدوات التي تستخدمها الجهات الحكومية على سبيل المثال، وليس الحصر، حيث نصت المادة (٨٠) بأنه "لا يجوز لأي جهة في الدولة إصدار أنظمة أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم النافذة أو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي هي جزء من قانون البلاد"، كما نص المشرع في المادة الرابعة من المرسوم السلطاني رقم (٩ / ٢٠١٢)، بشأن المجلس الأعلى للقضاء على أن: "يجتمع المجلس الأعلى للقضاء برئاسة جلالة السلطان، ويجوز أن يعقد برئاسة نائب الرئيس، وفي هذه الحالة لا تكون قرارات المجلس نافذة إلا بعد اعتمادها من جلالة السلطان، ويصدر المجلس قراراً بنظام سير العمل به"<sup>٥٣٦</sup>.

ولم يُسمَّ القرار الإداري بالنافذ أو النهائي، وإنما هما صفتان تطلقان على القرار الذي أصبح قابلاً لإنتاج أثر قانوني<sup>٥٣٧</sup>، كما ورد نص المادة (٩) من قانون الخدمة المدنية (١٢٠/٢٠٠٤) أنه: "يجتمع لجنة شؤون الموظفين بناءً على دعوة من رئيسها أو بناءً على طلب رئيس الوحدة، وتكون توصياتها بأغلبية الآراء، فإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذي منه الرئيس، وتصدر اللجنة توصياتها في مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ عرض الموضوعات عليها، على أن ترفعها في مدة لا تتجاوز أسبوعاً من تاريخ إصدارها إلى رئيس الوحدة للاعتماد، فإذا لم يعتمدها ولم يُبدَّ اعتراضاً عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصولها إليه عدّت نافذة من تاريخ انقضاء هذا الأجل، أما إذا اعترض على أية توصية، تَعَيَّن أن يبيّن أسباب ذلك، على أن يعرض ذلك على اللجنة للنظر فيه خلال أجل يحدده رئيس الوحدة، فإذا انقضى هذا الأجل دون أن تبدي اللجنة رأياً اعتبر رأيه نافذاً، أما إذا تمسكت برأيها خلال الأجل المحدد كان عليها أن ترسل ذلك إلى رئيس الوحدة لاتخاذ القرار، ويعتبر قراره في هذه الحالة نهائياً"، حيث قرر المشرع أن اجتماعات اللجنة لا

٥٣٤ - شحيا، إبراهيم عبد العزيز. ٢٠٠٣. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية). الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٣١٥.

٥٣٥ - آل ثاني، عبد الرحمن بن يحيى. ٢٠٢٠. إلغاء القرار الإداري لغياب السبب. ج ١. القاهرة. مصر: مركز الغندور. ص ١٢٩.

٥٣٦ - المادة الرابعة من المرسوم السلطاني رقم (٩ / ٢٠١٢) بشأن المجلس الأعلى للقضاء الصادر بتاريخ ٢٩ / ٢ / ٢٠١٢م.

٥٣٧ - تنص الفقرة الثانية من المادة رقم (١) من الملحق رقم (١) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٣٥) في شأن المجلس الأعلى للقضاء بأنه: "ويجوز أن يجتمع المجلس برئاسة نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء، وفي هذه الحالة لا تكون قرارات المجلس نافذة فيما يتعلق بالمسائل المنصوص عليها في البنود من (١ إلى ٧) من المادة (٢) من هذا الملحق إلا بعد اعتمادها من السلطان".

تكون توصياتها نافذة إلا بأغلبية الآراء، فإذا تساوت الأصوات رجح الجانب الذي فيه رئيس اللجنة، وبعد اعتماد التوصيات من رئيس اللجنة، لا بد أن يصدر قرار نهائي من رئيس الوحدة في رأيها الذي تتمسك به. ونصت المادة (١٢٣) من ذات القانون على أنه: "... ويعتبر انقضاء هذه المدة دون بَتِّ في التظلم بمثابة رفضه، وفي جميع الأحوال يعتبر القرار في شأن التظلم نهائياً".

ونصت المادة (٣٩) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم (٢٩/٢٠٠٢)، بأنه "يجب على الادعاء العام متى قُدِّمَتْ إليه شكوى تتعلق بمنازعة من منازعات الحياة، مدنية كانت أو جزائية، أن يصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف الشكوى وإجراء التحقيقات اللازمة.."، فكلمة "نافذ" ليست جزءاً من تسمية القرار الإداري، وإنما هي صفة تطلق على القرار الذي أصبح قابلاً لإنتاج مفاعيل قانونية، وإذا كان من المستحب إلحاق الصفة بالموصوف؛ إلا أن ذلك لا يعني فقدان القرار الإداري لطبيعته إذا لم يُسمَّ بالقرار النافذ، والنفاد في القرار الإداري مفهوم يتعلق بشهر أو إشهار القرار، ونهايته أو مصادقة السلطة المختصة عليه، وبقانونية الجهة الإدارية التي أصدرته<sup>٥٣٨</sup>.

وإذا كان المشرع العماني في قانون الخدمة المدنية رقم (١٢٠ / ٢٠٠٤)، قد اكتفى بلفظ "قرار" أو "القرار" وبجمعهما "قرارات" دون إضافة لفظ "إداري" ولا "نهائي" للدلالة على أن القرار إداري محدث لآثاره، كون القرار الذي تصدره الإدارة معروفاً بأنه قرار إداري نافذ، فإنه قد حرص على استخدام تسمية "القرار الإداري" مضافاً إليه لفظ (النهائية) في المادة (٦) من قانون محكمة القضاء الإداري - قبل تعديلها - من أجل إخراج الأعمال غير النهائية من نطاق دعوى مراجعة القرار الإداري، حيث أورد في البند (٤): "الدعوى التي يقدمها ذوو الشأن بمراجعة القرارات الإدارية النهائية"، وفي البند (٥): "مراجعة القرارات الإدارية النهائية الصادرة من لجان إدارية ذات اختصاص قضائي"<sup>٥٣٩</sup>، وبعد أن صدر المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣)، تم تعديل المادة (٦) السابقة التي تعني بالاختصاص الولائي للمحكمة؛ فأصبحت مختصة - دون غيرها - بالفصل في الخصومات الإدارية ومنها: "الدعوى التي يقدمها الموظفون العموميون بمراجعة القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بسائر شؤونهم الوظيفية.."، وقد كان هذا الاختصاص مقتصرًا - طبقاً للبند (٢) قبل هذا التعديل - على الدعوى التي يقدمها الموظفون العموميون بمراجعة القرارات الإدارية النهائية الصادرة بإحالتهم إلى التقاعد أو بفصلهم بغير الطريق التأديبي.

٥٣٨ - إسماعيل، عصام نعمة. ٢٠٠٩. الطبعة القانونية للقرار الإداري؛ دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد. (رسالة دكتوراه

منشورة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص ٦.

٥٣٩ - المادة رقم (٦) من قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١) المعدل بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣).



وحرص المشرع العُماني أيضاً على إبراز صفة النهائية في المادة (٧٠) من قانون السلطة القضائية لتحديد القرارات الإدارية التي تختص المحكمة بنظر المنازعات المتعلقة بها: "بالفصل في الدعاوى التي يرفعها القضاة بمراجعة القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم الوظيفية".<sup>٥٤٠</sup>

وتلتصق كلمة (نهائي) كصفة بالعمل القضائي، وقرارات المحاكم العدلية، ففي قانون الإجراءات المدنية والتجارية، نصت المادة (٣١٦) منه على أن: "تفصل المحكمة في صحة الحساب المقدم إليها، ويجب أن يشمل القرار النهائي الذي تصدره أمراً بالزام مقدمه بأداء المبلغ المتبقي في ذمته وإيداعه خزنة المحكمة في ميعاد تحدده"، ويظهر من الوصف "نهائي" أن المشرع قصد نهائية القرار القضائي. كما نصت المادة (٣١٧) منه على أنه: "لا يقبل طلب استرداد الولاية على المال، أو رفع الحجر، أو المساعدة القضائية، أو رفع الوصاية، أو الولاية، أو إعادة الإذن للقاصر، أو المحجور عليه إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائي الصادر برفض الطلب السابق"<sup>٥٤١</sup>، ويفهم من ذلك أن الاعتبار يعود إلى تاريخ صدور القرار القضائي النهائي.

وعندما أعطى المشرع العُماني للمدعي العام الحق في إصدار القرارات الإدارية اللازمة لممارسته الاختصاصات الإدارية المتعلقة بتنظيم العمل في الادعاء العام، فقد أوجب عليه إخطار نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء بنسخة من تلك القرارات خلال أسبوع من إصدارها، ولنائب رئيس المجلس خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإخطار تعديلها أو إلغاؤها وفق ما تقتضيه المصلحة العامة مع ذكر الأسباب<sup>٥٤٢</sup>.

#### الخلاصة:

يتضح مما سبق أن نطاق مبدأ المشروعية يتحدد مداه تبعاً للظروف والاعتبارات المحيطة بالإدارة عند مباشرتها لأعمالها، وفي إطار سعيها إلى إيجاد التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة، فقد يؤدي الالتزام بقواعد المشروعية العادية إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة، وتعرض سلامة الدولة وأمنها للخطر، مما يتطلب تخفيف الالتزام بالقواعد العادية، ونطبيق القواعد الاستثنائية، وغالباً ما تستدعي مقتضيات العصر الحديث أن تترخص الإدارة في حدود القانون؛ لتتواءم مع متطلبات التطوير، والتحديث لحسن سير العمل بانتظام واضطراد، وهو ما يطلق عليه السلطة التقديرية، وفكرتها تعمل في ظل قواعد المشروعية الكاملة، كما توجد اعتبارات معينة تتصل بسيادة الدولة الداخلية والخارجية أو بعلاقتها بالبرلمان أو أسباب

٥٤٠ - المرسوم السلطاني رقم ٩٠ / ٩٩ بإصدار قانون السلطة القضائية، ٢١ صدر من نوفمبر سنة ١٩٩٩م، ونُشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (٦٦٠) الصادر في ١٢ / ١ / ١٩٩٩م.

٥٤١ - المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٢/٢٩). قانون الإجراءات المدنية والتجارية. صدر في ٦ من مارس سنة ٢٠٠٢م. ونُشر في الجريدة الرسمية بالعدد ٧١٥. مسقط. سلطنة عُمان.

٥٤٢ - انظر المادة رقم (١١) من الملحق رقم (١) في شأن المجلس الأعلى للقضاء من نظام إدارة شؤون القضاء. الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٢/٣٥. الجريدة الرسمية. عدد (١٤٤٥).

أمنية وغيرها من الأمور السيادية، ما يجعل تصرفات الإدارة تخرج عن ولاية القضاء إلغاءً وتعويضاً، وهي ما يطلق عليها أعمال السيادة.

ونظرية الظروف الطارئة بوصفها إضفاء لصفة المشروعية الاستثنائية على الإجراءات التي تتخذها الإدارة عندما تجبرها الظروف غير العادية على اتخاذها، فإن الظرف الاستثنائي أياً كانت صورته حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، ولا يعدو الأمر أن يكون توسعاً لقواعد المشروعية تأسيساً على قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، فالإدارة تبقى مسؤولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الذي يقع منها، غير أن هذا الخطأ يُقاس بمعيارٍ آخر، ويوزن بميزان مغاير لذلك الذي يوزن به الخطأ في ظل الظروف العادية.

وتعتمد هذه النظرية على فكرة "الضرورة"، وفكرة "الواجبات العامة"، فإذا ما طرأت ظروف غير مألوفة تعوق الإدارة عن أداء واجبها في ظل الظروف العادية، فإن ذلك يسوغ لها التحلل مؤقتاً بالقدر الذي يمكنها من القيام بواجبها حيال تلك الأمور، على أسسٍ من النصوص القانونية وضعت لمواجهة مثل هذه الظروف، وفكرة سلامة الدولة واستمرارها، وحق الدفاع عن النفس، عند توافر الشروط المحددة لقيام حالة الظروف الطارئة.

وقد نظم المشرع العُماني حالة الطوارئ بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٥ / ٢٠٠٨)، مبيّناً الحالات التي تخول الحكومة إعلان الحالة متى ما تعرّض الأمن أو النظام العام في سلطنة عُمان أو منطقة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب، أو قيام حالة تهدد أو تنذر بوقوعها، أو حدوث اضطراباً، أو ظواهر إجرامية في الداخل، أو كوارث عامة، أو انتشار وباء أو آفة تهدد كيان المجتمع، أو سلامة الدولة؛ ليترب على إعلان حالة الطوارئ عدد من النتائج، أهمها مشروعية وجوب القيام ببعض الأعمال والقرارات المخالفة للقوانين في الظروف العادية، والاعتداد بتصرفات الموظف الفعلي، ومشروعية القرارات المعيبة بثلاثة عيوب في أركان القرار الإداري تتمثل (الاختصاص، والشكل أو الإجراءات، والمحل) ولا تخرج عن ركني السبب والغاية، وقد أدّى عدم وجود محكمة دستورية في سلطنة عُمان إلى إمكانية قيام السلطان بإعلان حالة الطوارئ الذي يدخل في مهامه وصلاحياته دون معقّب.

واستقر الفقه الفرنسي الحديث على الاعتراف بهذه النظرية باعتبارها نظرية قانونية داخل مبدأ المشروعية، وتعود أهميتها وتقديرها إلى القضاء؛ للتحقق من توافر الظرف الاستثنائي الذي تستدعي مواجهته اتخاذ إجراء غير عادي، واستقر القضاء الإداري على منح الإدارة سلطة الاستناد إلى المشروعية الاستثنائية، عند توفر شروطها، ومنها قيام حالة شاذة لا يتماشى تطبيق القانون العادي فيها مع قصد المشرّع، وتوافر المصلحة الجدية لدى السلطات من إتيان تصرفها، وكون الإدارة ملزمة بمخالفة القانون.

أما نظرية أعمال السيادة بوصفها إحدى الاستثناءات التي ترد على مبدأ المشروعية، فهي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تخرج عن اختصاص القضاء في كل الأحوال، وتصبح بمنأى عن الرقابة القضائية، مما يُعد خروجاً سافراً على مبدأ المشروعية، وهي نظرية قضائية الأساس والتطبيق أوجدها القضاء الفرنسي نتيجة الصراع الأبدي بين السياسة والقانون، فكانت مبرراتها إما أسباب سياسية، أو اعتبارات عملية، مما جعلها وصمة في جبين القانون العام، وثغرة خطيرة في بنائه، وتهديداً لبناء المشروعية؛ لأن السلطة التنفيذية تمارس أعمالاً تتمتع بالحصانة من الرقابة القضائية، فلا تكون قراراتها محلاً للإلغاء أو التعويض أو فحص المشروعية، بغض النظر عن الظروف التي صدرت فيها. وقد ظهرت هذه النظرية أيضاً في مصر وسلطنة عُمان، وكانت ذات أساس تشريعي، يرجع إلى بداية التنظيم القضائي في كلا الدولتين، وبالرغم من حداثة القضاء الإداري العُماني، فقد وجدت لها تطبيقات عدة، وظلت من المسائل الراسخة في فكر القاضي العُماني متى وَجَدَ مُبرراتٍ إعمالها من تلقاء نفسه دون الحاجة لنص في هذا الشأن.

وتظهر نظرية السلطة التقديرية بوصفها عنصراً من عناصر موازنة مبدأ المشروعية، حينما يكتفي المشرع بوضع قاعدة عامة تتصف بالمرونة تاركاً للإدارة تقدير ملائمة التصرف، شريطة أن تتوخى الصالح العام في أي عمل تقوم به، وألا تنحرف عن هذه الغاية، ومن ثم فإن مبدأ المشروعية لا يُعدّ مطلقاً في ذاته، إنما يرد عليه بعض القيود المقررة لصالح الإدارة حتى تزن الصالح العام مع صالح الأفراد. كما أن حرية الإدارة ليست مطلقة تماماً، فبالإضافة إلى أنها مقيدة باستهداف قراراتها المصلحة العامة، تكون ملزمة باتباع قواعد الاختصاص والشكلية المحددة قانوناً، بينما تتجلى سلطة الإدارة التقديرية في سبب القرار الإداري الذي يمثل الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اتخاذ القرار، وفي ركن المحل وهو الأثر القانوني المترتب عنه حالاً ومباشرة، كما يعتبر هذا الركن مشروعاً في ظل الظروف الاستثنائية.

ونظراً لاستحالة تصوّر جميع الحالات التي قد تطرأ على العمل الإداري مستقبلاً، ورسم الحلول المناسبة لها سلفاً، فقد منح المشرع للإدارة السلطة التقديرية شعوراً منه بأنها أقدر على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم للظروف المستجدة، وحتى لا يقتصر دورها على مجرد أن تكون تابِعاً للقانون ومجرد آلة صماء جامدة، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار وتشجيعها على الابتكار والإبداع، ولذلك أتاح لها المشرع خاصية التمتع بالسلطة التقديرية لعدة مبررات، منها عجز التشريعات عن وضع جميع التفاصيل لنشاط الإدارة، ومقتضيات النشاط الإداري، ومقتضيات عملية وقانونية.

فالسلطة التقديرية باعتبارها أهم امتيازات الإدارة، ومن أدق مواضع القانون الإداري على الإطلاق، تتضح ملامحها في إصدار جهة الإدارة للقرارات الإدارية، والقانون والقضاء عندما يقررا بعض الامتيازات للإدارة ويمنحانها قدراً من الحرية، فإنهما يهدفان إلى ضمان حسن سير العمل، وإتاحة الفرصة للتجديد والابتكار في إدارة المرافق العامة.



غير أن جميع تصرفات الإدارة تخضع للرقابة القضائية؛ لتكون الوسيلة الشرعية لحماية الحقوق والحريات، ويستطيع القضاء الإداري إبطال القرارات إذا ما صدرت مخالفة لمبدأ المشروعية، وما استدعى إلى تفعيل هذه الرقابة عليها! - في ظل السلطة المقيدة أو التقديرية - إلا تعسفها في استعمال سلطتها. لذا أوجد القضاء الإداري الحديث مبدأ التناسب بهدف رقابة القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها التقديرية للتحقق من الأسباب الدافعة وملاءمتها، وهو ما يطلق عليه "رقابة المعقولة" في القانون الإنجليزي، ويسمى في القانون الفرنسي "الخطأ الظاهر في التقدير" أو "الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرار"، بحيث لا يكون الضرر أكبر من المصلحة، أو لا يمكن تداركه مستقبلاً، ويطلق عليه في القانون المصري "رقابة الغلو".

وفي الحقيقة يتضمن القرار الإداري في جميع الأحوال - ولكن بنسب متفاوتة - قدراً من السلطة التقديرية، وقدراً من الاختصاص المقيد معاً؛ فالأولى: تتعلق باختيار الوقت المناسب للتصرف، والثاني: يتعلق بالغاية من التصرف وهو المصلحة العامة، لذا فإن السلطة التقديرية لا تخرج كلياً عن رقابة القضاء الإداري، كما يتفاوت التقييد والتقدير في أركان القرار الواحد، فلا يوجد قرار يستند على سلطة مقيدة بشكل مطلق في جميع الأركان، كما تتحقق السلطة التقديرية كلما تحلّى القانون عن تحديد وتنظيم جانب من أركان القرار الإداري.

ويمثل القرار الفكرة المحورية في مجال القانون الإداري، وهو من أبرز المجالات الرئيسية؛ لممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، والتي تتنوع أحكامها وفقاً للعيب الذي يصيب القرار الإداري، فقد يكون الحكم بالإلغاء دون التعويض، ويكون بالإلغاء والتعويض معاً، وتؤسس المسؤولية الإدارية عن الأعمال القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة للإدارة على القرار غير المشروع الذي يلحق ضرراً بالغير.

ويهيمن القرار الإداري على كل نشاطات الإدارة كأبرز أشكال التعبير عن إرادتها المنفردة، والوسيلة الملزمة للتأثير في المراكز القانونية للأفراد، فهو أهم وأخطر وسائل الإدارة في أداء مهامها؛ لتسيير شؤون الدولة، وإنشاء الحقوق أو فرض الالتزامات، وتغليب المصلحة العامة على مصالح الأفراد، ولذا يتمتع بقرينة الصحة والنفوذ متى تحقق علم المخاطبين به بالتبليغ أو النشر أو العلم اليقيني.

ويوجد اختلاف بين الفقه والقضاء حول تعريف القرار الإداري، يُعزى ذلك إلى الزاوية التي ينظر بها كل منهما، ويتردد الفقه الحديث عند تمييز القرارات الإدارية عن الأعمال القضائية والتشريعية بين معيارين، هما؛ المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي، ومن التعريفات التي اقتصرت على الجانب الشكلي، تعريفه بأنه: "عبارة عن عمل قانوني يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة".

ولما كان المعيار الشكلي به من الاتساع بحيث يضم ما ليس منه إليه، اعتمد المعيار الموضوعي، ومن أهم التعريفات التي احتوت أركان القرار الإداري - شكلاً وموضوعاً - تعريف عبد الغني بسيوني، بأنه: "عمل

قانوني نهائي، يصدر من سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة، وتترتب عليه آثار قانونية"، وتعرّف دراستنا الحالية القرار الإداري بأنه: "تصرف قانوني نافذ، تتخذه السلطة الإدارية بإرادتها المفردة".

كما استقر القضاء الإداري العماني - في مرحلة متقدمة - على تعريف القرار الإداري بأنه: "إعلان الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، بقصد إنشاء أو تعديل أحد المراكز القانونية متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الهدف منه تحقيق المصلحة العامة".

ولمزيد من الإيضاح تتناول هذه الدراسة في الفصل الرابع الطبيعة القانونية، وتحديد كيفية تقييد سلطة الإدارة وإطلاقها في شأن كل ركن من أركان القرار الإداري الخمسة، وبيان الحدود الخارجية للسلطة التقديرية، والتي تشمل بعضاً من أركان القرار، والحدود الداخلية للسلطة التقديرية، ليجيب هذا الفصل على التساؤل الرابع من أسئلة الدراسة ويحقق الهدف الرابع منها.