كلية الحقوق
قسم القانون العام

الدور الإنشائي للقضاء الإداري

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة للحصول علي درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

ياسر محمود محمد أحمد الصغير

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د / محمد أنس قاسم جعفر (رئيساً)

أستاذ القانون العام – كلية الحقوق– جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الاسبق

أ.د / صبري محمد السنوسي (عضواً)

أستاذ القانون العام – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د / محمد سعيد حسين أمين (مشرفاً وعضواً)

أستاذ ورئيس قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

١٤٣٧ هـ – ٢٠١٥ م

كلية الحقوق
قسم القانون العام

صفحة العنوان

اســـم الباحـــث : ياسر محمود محمد أحمد الصغير

عنوان الرسالة : الدور الإنشائي للقضاء الإداري
(دراسة مقارنة)

الدرجة العلميـــة : دكتوراه

القسم التابع لـــه : القانون العام

اســـم الكليـــة : كلية الحقوق.

الجامعـــــــة : عين شمس.

ســـنة التخـــرج :

ســـنة المـــنح : ٢٠١٥

كلية الحقوق
قسم القانون القانون

رسالة دكتوراه

اسم الباحث : ياسر محمود محمد أحمد الصغير

عنوان الرسالة : الدور الإنشائي للقضاء الإداري
(دراسة مقارنة)

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د / محمد أنس قاسم جعفر (رئيساً)

أستاذ القانون العام – كلية الحقوق– جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الاسبق

أ.د / صبري محمد السنوسي (عضواً)

أستاذ القانون العام – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د / محمد سعيد حسين أمين (مشرفاً وعضواً)

أستاذ ورئيس قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة عين شمس.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ
أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ
صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ
فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾

صدق الله العظيم

(سورة النمل – الآية ١٩)

إهـــداء

إلي روح والدي.....

إلي أمي الحبيبة.....

إلى من تحملت معي الكثير

وما زالت تساندني

من أجل المزيد من التقدم

إلى زوجتي.....

إلى أبنائي الأعزاء.

شكر وتقدير

قال تعالي ((وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم ولئن كفرتم أن عذابي لشديد)) واعتراف بالفضل لأهله أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلي معالي سعادة **الأستاذ الدكتور/ محمد سعيد أمين** أستاذ ورئيس قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة عين شمس. والمشرف على رسالتي أقدم عظيم شكري وتقديري، وكامل اعتزازي ومودتي وعرفاني بالجميل علي ما بذله معي من جهد ابتغاء وجه الله تعالي من أجل إخراج هذا العمل فسيادته صاحب الفضل في اختيار الموضوع وفي توجيهي ودفعي إلي تحمل مشاق عديدة ولولا مساعدته لي بروح العالم الجليل لما تمكنت من إتمامه وليس هذا غريب عليه فهو صاحب مدرسة متميزة في القانون العام. والله اسأل أن يجزيه عني خير الجزاء، وأن يطيل الله في عمره ويبارك له ...أمين.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلي معالي سيادة **الأستاذ الدكتور/ أ محمد أنس قاسم جعفر** أستاذ القانون العام – كلية الحقوق– جامعة بني سويف ومحافظ بني سويف الاسبق، لتفضل سيادته برئاسة لجنة الحكم علي هذه الرسالة والذي أرفع إلى سيادته أجمل معاني الشكر والتقدير وأسمى عبارات الامتنان والتوقير، والله اسأل أن يجزيه عني خير الجزاء، وأن يطيل الله في عمره ويبارك له.....أمين.

كما أتقدم بوافر الشكر والعرفان للعالم الجليل **الأستاذ الدكتور / صبري محمد السنوسي** ، أستاذ القانون العام– كلية الحقوق – جامعة القاهرة، على تفضل سيادته بالتكرم والمشاركة في عضوية لجنة الحكم على الرسالة أطال الله في عمره وحفظه لنا وللعلماء.

الباحث

مقدمة

يجمع فقه القانون الإداري على أن هذا القانون هو قانون قضـــائي، بمعنى أن هذا القانون من صنع وإنشاء القضـــاء الإداري، كمـــا أن هنـــاك إجماعا من الفقه ايضا على أن القضاء الإداري هو قضاء إنشائي.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا، حين ذهبت إلي أن القضـــاء الإداري يفترق عن القضاء المدني، في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي، مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما، بل هو على الأغلب قضاء إنشائي لا مندوحة له من خلق الحل المناسب وبهذا أرسى نظام قانوني قائم بذاته.

إلا أن البين من مطالعة مؤلفات القانون الإداري، أنها تعرض لفكرة الطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري، كخصيصة للقضاء الإداري، دون أن تبين مضمون هذه الفكرة أو بيان هذا الدور الانشائى ، فكتب فقه القانون الادارى، تقرر ان القانون الادارى قانون قضائى، انشأه واسسة القضاء الادارى، كما انها تقرر ان القضاء الادارى هو قضاء انشائى، يبتـــدع الحلـــول القانونيـــة للمنازعات التى تعرض عليه، حال عدم وجود نصوص قانونية توفر له الحل المناسب.

لذلك كانت أهمية هذا البحث، وهي توضيح وبيان لحقيقـــة الـــدور الإنشائي للقضاء الإداري من واقع الأحكام الكبرى للقضاء الإداري سواء في مصر أو فرنسا في خلق نظريات القانون الإداري، والمبادئ التي تحكم هـــذا القانون حتى الآن.

فاذا ما نظرنا الى حقيقة الدور الانشائى للقضاء الادارى، فاننا نلحظ هذا الدور جليا واضحا، فى تعريف القرار الادارى، الذى هو محل دعـــوى الالغاء، والتى عليها وبها بنى صرح القانون الادارى. فالقضاء الادارى هو من عرف القرار الادارى، وبين اركانه، والمعيار المميز للعمل الادارى عن اعمال السلطتين القضائية والتشريعية، سواء اعتمد فى ذلك علـــى المعيـــار

الشكلى الذى يقتضى الرجوع الى الجهة التى صدر عنها حسبما الدستور والقوانين القائمة، دون النظر الى موضوع العمل فى ذاته.

او المعيار الموضوعى الذى يستند الى جوهر العمل ذاته او مضمونه ومحتوياته دون النظر الى السلطة التى اصدرته ، او الاجراءات التى اتخذت فى اصداره، للتمييز بين القرار الادارى واعمال السلطتين القضائية والتشريعية، او الاخذ بالمعيارين معا بما عرف بالمعيار المختلط.

ولما كان النفع العام يمثل الهدف الذى تسعى الادارة الى تحقيقه، فان النفع العام فى ذاته ليس حكرا على الادارة وحدها، فتحقيق الخير للجماعة لايقتضى منع الافراد من المساهمة فيه.من هنا فقد اتيح للافراد واشخاص القانون الخاص ادارة المرافق العامة الاقتصادية، من خلال عقود امتياز المرافق العامة.

كما سمح للمنظمات الخاصة بان تتولى مهمة تحقيق النفع العام، او ادارة بعض المرافق العامة، متمتعة فى ذلك ببعض امتيازات القانون العام وسلطاته، ومن بينها سلطة اصدار قرارات تنظيمية وفردية، ومن هنا ثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للقرارات التى تصدرها هذة المنظمات؟ وهل هى قرارات ادارية مما يختص مجلس الدولة والقضاء الادارى بالنظر فى المنازعات التى تثور بشأنها؟

ونظرا لان المعايير التقليدية لتمييز القرار الادارى، وكذا تعريف القرار الادارى بانه افصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد احداث اثر قانونى معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا، لاتسعف فى تحديد طبيعة هذة القرارات، من هنا جاءت فكرة المعيار الوظيفى لتمييز القرارات الادارية، وهذه الفكرة ظهرت باحكام مجلس الدولة الفرنسى ابتداء من منتصف الثلاثينات، وذلك بحكم موسسة فيزيا عام ١٩٣٥، والاحكام التى صدرت بعد ذلك.

ولقد اخذ مجلس الدولة المصرى، بهذا المعيار وبدا فى تطبيقة والاستناد اليه فى تحديد مفهوم القرار الادارى، وهذا ما سوف نبرزه من خلال هذه الدراسة.

كذلك فان الدور الانشائى للقضاء الادارى، يظهر فى تحديد درجات البطلان التى تشوب القرار الادارى، سواء كان البطلان لعيب من عيوب عدم المشروعية، او الانعدام حين يكون العيب جسيما، يهوى بالقرار الى درجة الانعدام ان تضمن اعتداء الى مبدا الفصل بين السلطات. ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسى له دور السبق فى تحديد حالات انعدام القرار الادارى، وتبعه فى ذلك مجلس الدولة المصرى، وان كان هذا الاخير قد توسع كثيرا فى تقرير حالات انعدام القرار الادارى، على النحو الذى سوف يتضح من دراستنا الحالية.

واذا ما انتقلنا صوب النظرية العامة للعقود الادارية، فانها- وبلا شك- من صنع وابداع القضاء الادارى، بداية من تعريف العقد الادارى، واركانه، والمعايير المحددة للعقد الادارى، مرورا بكيفية انعقادة وتنفيذة، وانتهاء بالاثار والالتزامات التى يرتبها العقد الادارى على طرف العقد.

اما الحقوق المقررة للطرفين، فقد بينها القضاء الادارى، وحدد حالات التوازن المالى للعقد الادارى، وكذا الظروف التى تطرأ اثناء تنفيذ العقد، سواء كانت ظروف طارئة، او صعوبات مادية غير متوقعة، او فعل الامير، وحدد حالات التعويض فى حالة.

وفى نطاق الوظيفة العامة، حدد القضاء الادارى مفهوم الموظف العام، وشروط شغل الوظيفة، وكذا الحالات التى يتم فيها شغل الوظيفة دون سند قانونى، او بطلان سند شغل الوظيفة، واسس بذلك نظرية الموظف الفعلى.

وفى مجال التأديب فى الوظيفة العامة، ابتدع نظرية الغلو، او رقابة الخطأ البين ، وذلك لرقابة مدى التناسب بين الخطأ الادارى، والجزاء الموقع بمناسبة هذا الجزاء.

وفى كل هذة الحالات فان القضاء الادارى قد مارس دورا انشـــائيا، لايمكن انكاره، او التقليل من قدره، وهذا واضح فى جميـــع كتـــب القـــانون الادارى، والتى تصف هذا القانون انه قانون قضائى من انشاء وابداع القضاء الادارى، الذى يعتبر بدوره قضاء انشائى.

منهج البحث:

ان منهجنا فى ابراز حقيقة الدور الإنشائي للقضاء الإداري، مـــنهج تأصيلى تحليلى يعتمد على بيان الأحكام الكبرى للقضاء الإداري في مصـــر وفرنسا، والتي أصدرها مجلس الدولة في البلدين، ثم نتبع هذه الأحكام لبيان مدى استقرار المبادئ التي أنشأها حكم المبدأ من عدمه، وكـــذا اســـتعراض الفتاوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتـــوى والتشـــريع بمجلـــس الدولة المصري، التي صدرت في ذات الموضوعات التـــي نتعـــرض لهـــا باعتبار أن هذه الفتاوى إنما تأخذ نفس الأهمية –الأدبية– لأحكـــام المحكمـــة الإدارية العليا في مصر، كما نعرض لأحكام محكمة القضاء الإداري التـــي تتصل بالموضوع الذي نبحث فيه.

ونظراً لأن دراستنا الماثلة إنما تعتمد –كما بينـــا– علـــى الأحكـــام الكبرى للقضاء الإداري وتتبعها، فإننا لم نتعرض لآراء الفقه المتعلقـــة بمـــا ندرسه بالتفصيلات الدقيقة التي أوردها الفقه في كل موضوع، بل آثرنـــا أن نشير إلى بعض آراء الفقه، وفي نفس الوقت نبهنا إلى أنه يتعين الرجوع إلى المؤلفات في كل فرع ندرسه حتى يمكن لم يريد الاستزادة أن يرجع إليها.

ولقد اخترنا القضاء الإداري الفرنسي ممثلا للمقارنة لأن فرنسا تكاد تكون هي البلد الوحيد الذي اكتمل فيه نمو القانون الإداري، أو قارب علـــى التمام، كما أن أحكام وآراء الفقه الفرنسي تعتبر هـــي المصـــدر التـــاريخي

والرئيس لمعظم المبادئ التي أخذ بها مجلس الدولة في مصر، فكلاهما يعتبر في حقيقة الأمر مناراً ومرشدا أميناً لكل من يريد استقصاء وتأصيل مبـــادئ وأسس ونظريات القانون الإداري المختلفة.

ولايمكن لنا ان نتعرض لبحث الدور الانشائى للقضاء الادارى، دون ان نبين حقيقة الدور العظيم، الذى قام به مفوضو الحكومة فى فرنسا، ومـــا قدموه من حلول وافكار، كانت هى المصباح المنيـــر الـــذى اضـــاء دروب القانون الادارى، واسست لقيام نظرياته الكبرى، بل لقيـــام القـــانون الادارى ككل. ولذلك تعرضنا لبيان هذا الدور مع الاشارة الـــى كبـــار المفوضـــين وارائهم التى قدموها.

تحديد نطاق الرسالة:

وأخيراً، فإنه من اللازم ان نؤكد انه لا يمكن لنا أن نوضـــح الـــدور الإنشائي للقضاء الإداري في جميـــع فـــروع ومجـــالات القـــانون الإداري، فالقانون الإداري ذاته من إبداع وإنشاء القضاء الإداري، إنما آثرنا أن نختار بعض النظريات الكبرى التي تعتبر أساس للقانون الإداري، وتغطـــي أهـــم مجالاته سواء في الوظيفة العامة، أو القرارات الإداريـــة، وأخيـــرا العقـــود الإدارية، فهذه النظريات هي القلب النابض للقانون الإداري والركن الرئيسي فيه.

تقسيم:

وعلى ذلك سوف نتناول بالبحث للدور الإنشائي للقضـــاء الإداري فـــى خمسة فصول، على ان نسبق ذلك بفصل تمهيدى، على النحو التالي:

- فصل تمهيدي:

نشأة وتكوين مجلس الدولة في فرنسا ومصـــر وتحديـــد فكـــرة الـــدور الانشائى للقضاء الادارى.

- **الفصل الأول:**
- الدور الإنشائي للقضاء الادارى وفكرة المعيـــار الـــوظيفى لتمييـــز القرارات الادارية.
- **الفصل الثاني:**
- الدور الإنشائي للقضاء الإداري ونظرية االنعدام القرارات الإدارية
- **االفصل الثالث:**

الدور الانشائى للقضاء الادارى فى نطاق نظرية العقود الادارية.

- **الفصل الرابع:**
- الدور الإنشائي للقضاء الادارى ونظرية الموظف الفعلي
- **الفصل الخامس:**
- الدور الإنشائي للقضاء الادارى في إطار التأديب في الوظيفة العامة(نظرية الغلو).
- **الخاتمة.**
- المراجع.
- الفهرس.

فصل تمهيدي
نشأة وتكوين مجلس الدولة في فرنسا ومصر
وتحديد فكرة الدور الانشائى للقضاء الادارى

فصل تمهيدي

نشأة وتكوين مجلس الدولة في فرنسا ومصر وتحديد فكرة الدور الانشائى للقضاء الادارى.

يتعين علينا قبل ان نتعرض لبحث موضوع الدور الإنشائي للقضاء الإداري، أن نتناول بالبحث نشأة وتكوين مجلس الدولة في فرنسا ومصر(المبحث الاول)، ثم نبين ونحدد فكرة الدور الانشائى للقضاء الادارى (المبحث الثانى)، وذلك كدراسة تمهيدية ، حتى يتسنى لنا بعد ذلك البحث في الدور الذي لعبه كلاهما في تأسيس وإنشاء القانون الإداري[1].

---

(١) يراجع في تشكيل واختصاصات مجلس الدولة في مصر وفرنسا المراجع العامة التالية: اولا: الفقه المصرى:

د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، سنة ١٩٩٣، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، سنة ١٩٩٥؛ د/ محمد أنس جعفر، القضاء الإداري، سنة ١٩٩٢؛ د/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري – كتاب الإلغاء سنة ١٩٩٢؛ د/ محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، دراسة مقارنة، سنة ١٩٨٥؛ د/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، سنة ١٩٨٤؛ د/ بكر القباني، القانون الإداري، سنة ١٩٨٦؛ د/ طعيمة الجرف، القانون الإداري، سنة ١٩٧٨؛ د/ سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المنازعات الإدارية، سنة ١٩٩٢؛ د/ محمود حافظ، القضاء الإداري، سنة ١٩٦٨؛ د/ محمد رفعت عبد الوهاب، د/ حسين عثمان، القضاء الإداري، سنة ١٩٩٧؛ د/ سعاد الشرقاوي، القضاء الإداري، سنة ١٩٨٤؛ د/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول: قضاء الإلغاء، سنة ١٩٨٦، القضاء الإداري، الكتاب الثاني: قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، سنة ١٩٨٦، القضاء الإداري، الكتاب الثالث: قضاء التأديب، سنة ١٩٨٧

شفيق حاتم، القانون الإداري، ١٩٨٥؛ د/ ماجد الحلو، القضاء الإداري١٩٨٥ ؛ د/ محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، ١٩٨٢، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، ١٩٩٣؛ د/ محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، ١٩٩٠؛ د/ محمد الشافعي أبو رأس، القضاء الإداري، ١٩٨١؛ د/ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول سيادة القانون واختصاص القضاء الإداري، ١٩٩٤؛ د/ محمد عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، ١٩٩٠؛ د/ محمود محمد حافظ، القضاء