

The Islamic University – Gaza

Research and Postgraduate Affairs

Faculty of Sharia and Law

Master of Public Law



الجامعة الإسلامية - غزة

عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

كلية الشريعة والقانون

ماجستير القانون العام

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في فلسطين

"دراسة تحليلية - مقارنة"

Judicial Control over the Administration Discretion in Palestine

"A Comparative Analytical Study"

إعداد الباحثة

منيرة عمر اليازجي

إشراف

د. هاني عبد الرحمن غانم

قُدِّمَ هَذَا البَحْثُ إِسْتِكْمَالاً لِمَتَطَلِبَاتِ الحُصُولِ عَلَى دَرَجَةِ المَاجِسْتِيرِ
فِي القَانُونِ العَامِ بِكُلِّيَةِ الشَّرِيعَةِ والقَانُونِ فِي الجَامِعَةِ الإِسْلَامِيَّةِ بِغَزَّةِ

رمضان/1438هـ يوليو/2017م

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في فلسطين

"دراسة تحليلية - مقارنة"

Judicial Control over the Administration

Discretion in Palestine:

"A Comparative Analytical Study"

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

I understand the nature of plagiarism, and I am aware of the University's policy on this.

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted by others elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	منيرة عمر اليازي	اسم الطالبة:
Signature:	منيرة عمر اليازي	التوقيع:
Date:	2017/06/07	التاريخ:



نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة شئون البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحثة/ منيرة عمر احمد اليازجي لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ قسم القانون العام وموضوعها:

الرقابة القضائية علي السطة التقديرية للإدارة في فلسطين "دراسة تحليلية - مقارنة"

وبعد المناقشة العلنية التي تمت اليوم الثلاثاء 9 شوال 1438 هـ، الموافق 2017/07/04م الساعة

الحادية عشر صباحاً، في قاعة مبنى الحديدان، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

د. هاني عبد الرحمن غانم مشرفاً و رئيساً
د. أنور حمدان الشاعر مناقشاً داخلياً
د. شريف أحمد بعلوشة مناقشاً خارجياً

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحثة درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/قسم القانون العام.

واللجنة إذ تمنحها هذه الدرجة فإنها توصيها بتقوى الله ولزوم طاعته وأن تسخر علمها في خدمة دينها ووطنها.

والله ولي التوفيق ،،،

نائب الرئيس لشئون البحث العلمي والدراسات العليا

أ.د. عبد الرؤوف علي المناعمة



ملخص الرسالة

تهدف هذه الرسالة إلى تسليط الضوء على أهمية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، وذلك نتيجة اتساع نشاط الدولة وتزايد النشاط الإداري الذي يصعب حصره، فأصبحت السلطة التقديرية ضرورة لا بد منها، وكان لا بد من البحث عن تنظيم الرقابة على تلك السلطة لضمان عدم خروجها عن القانون.

وقد اتبع الباحث في هذه الرسالة المنهج التحليلي لبيان وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع، بالإضافة إلى المنهج المقارن لتتبع واستقراء تجارب الأنظمة القانونية ومقارنتها بالمشروع الفلسطيني.

وقد قسّمت الدراسة إلى خمسة فصول، وتناولنا في الفصل الأول الإطار العام للرسالة وتناولنا في الفصل الثاني الأحكام العامة لمبدأ المشروعية، وفي الفصل الثالث تناولنا السلطة التقديرية للإدارة أما الفصل الرابع فتناولنا فيه رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ثم خصصنا الفصل الخامس لحدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة. وأنهينا هذه الدراسة بخاتمة تشمل النتائج والتوصيات التي خلصت إليها الباحثة.

ومن أهم النتائج التي خلصت إليها الباحثة:

- 1- تعد السلطة التقديرية للإدارة وسيلة قانونية لتحقيق مبدأ المشروعية مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة فهي ليست امتيازاً للإدارة ولا تعد خروجاً عن مبدأ المشروعية إنما واجب يتضمن في مقاصده المصلحة العامة.
- 2- إن المجتمع بحاجة إلى نوعين السلطة: السلطة المقيدة والسلطة التقديرية فالسلطة المقيدة تحمي الأفراد من تعسف الإدارة والسلطة التقديرية لا تغل الإدارة وتحول دون أن تجعلها عاجزة عن التصرف في الحالات تتطلب قدراً من المرونة في مواجهة الظروف المتطورة والمتغيرة تحقيقاً للمصلحة العامة.
- 3- ترتبط الرقابة مع النشاط الإداري ارتباطاً وثيقاً فهي تلازمه على الدوام فأينما وجد النشاط الإداري وجدت الرقابة.

ومن أهم التوصيات التي خلصت إليها الباحثة:

- 1- ضرورة توحيد القوانين في الضفة الغربية وقطاع غزة لاسيما بعد صدور قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.
- 2- نوصي المشروع الفلسطيني بوضع قيود على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة بما يضمن عدم إساءة استعمالها بوجه غير مشروع.

Abstract

The purpose of this thesis is to highlight the importance of judicial supervision over the administration discretionary power as a result of the expansion of the state's mandate and the increasing administrative activity, which is difficult to enumerate. Thus, the discretionary authority has become a necessity, which requires well-defined rules to supervise this authority to ensure that it does not violate the law. In this thesis, the researcher followed the analytical method to explain and analyze the legal texts related to the subject. This is in addition to the comparative approach to trace and extrapolate the experiences of legal systems and compare them with the Palestinian legislators. The study was divided into three chapters. The first chapter presented the general rules related to the concept of legality. The second chapter discussed the administration discretionary power and its justifications. The third chapter was allocated for the supervision role of the Supreme Court over the discretionary authority of the administration. These chapters were followed by a conclusion that includes the study results and recommendations.

The most important results are as follows:

- 1- The discretionary authority of the administration is a legal mean to achieve the principle of legality. This is similar to the restrictive authority, which is not a privilege of the administration and does not constitute a departure from the principle of legality, but a duty that observes the public interest.
- 2- The society needs two types of power: Restrictive power and discretionary power. The restrictive authority protects individuals from the administration arbitrariness, while the discretionary power prevents the administration from being unable to act in situations that require flexibility in the public interest.
- 3- Supervision is closely related to administrative activity. Wherever administrative activity is found, the control is found too.

The most important results are as follows:

- 1- The need to unify the laws in the West Bank and the Gaza Strip, especially after the issuance of Law No. (3) of 2016 on the separation of administrative disputes.
- 2- We recommend that the Palestinian legislator establish restrictions on exercising the discretionary authority of the administration to prevent any abuse in this regard.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



(يَرْفَعِ اللّٰهُ الَّذِیْنَ اٰمَنُوْا مِنْكُمْ وَالَّذِیْنَ اُوْتُوْا
الْعِلْمَ دَرَجٰتٍ)

[المجادلة: 11]



الإهداء

إلى ملاكي في الحياة.... معنى الحب والتفاني ... إلى من كان دعاؤها سر نجاحي...

**** أمي الحبيبة ****

من علمني دون انتظار ليرى ثمارًا حان قطافها بعد انتظار....

**** أبي الغالي ****

إلى من رافقني في الدراسة خطوة بخطوة.. إلى مَنْ بحبته أزهرت أيامي... إلى شريك دربي..

**** زوجي الغالي ****

إلى من كان الفرح يتراقص في عينيها لثمرة النجاح..

**** روح جدتي الطيبة ****

إلى من هم أقرب إليّ من روحي إلى مَنْ أستمد منهم عزّي وإصراري..

**** إخوتي وأخواتي ****

إلى هذا الصرح العلمي الفتّي الجبار..

**** الجامعة الإسلامية ****

إلى كل من طلب العلم وسار على درب العلماء..

إلى من نستمد من صمودهم قوتنا ونشحن عزيمتنا بصبرهم..

**** أسرانا خلف القضبان ****

إلى شهداء فلسطين والأمة الإسلامية من عطروا بدمائهم ثرى الوطن..

إلى مَنْ يصمد أمام ويلات الاحتلال بكل قوة وجبروت أهلنا في الضفة الغربية وأخص

عائتي آل الجعبة بالخليل.

إلى أخواتي اللواتي لم تلدهنّ أمي إلى مَنْ تحلّين بالإخاء وتميّنن بالوفاء..

إلى من كانوا معي على طريق التميّز والنجاح..

صديقاتي

شكر وتقدير

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك جلّ جلالك...
أما بعد...

لحظات يقف فيها المرء حائراً عاجزاً عن التعبير كما تختلج في صدره أكوام من الشكر المرصدة لأشخاصاً مدوه بالكثير والكثير.. لحظات صار لا بد أن ينطق بهما اللسان ويعتبر بفضل النجوم التي تحيط سمائه وتمدها نوراً على نور؛ لأنه الأساس المتين الذي بني عليه صرح العلم وأناروا سبيل البلوغ إليه..

لا يسعني بعد أن وفقني الله سبحانه وتعالى في إتمام هذا العمل المتواضع إلا أن أتوجه إلى الله بالحمد والشكر أن هداني وأنار طريقي اعترافاً بفضلته عليّ، حامداً له نعمه، راجية عفوه وتوفيجه.

واعترافاً بذوي الفضل عليّ، يسعدني أن أسجل شكري وتقديري إلى المصباح الذي لا يبخل بإمدادي بنور معرفته، إلى المثل الأعلى في العلم والمعرفة أستاذي الفاضل الدكتور/ **هاني عبد الرحمن غانم** الذي سعدت بإشرافه على هذا البحث، فكانت لتوجيهاته البناءة وروحه الطيبة وخلقه الكريم الأثر الكبير في إنجاز هذا العمل.

كما أتوجه بالشكر والإمتنان للدكتور/ **أنور حمدان الشاعر** بصفته مناقشاً داخلياً والدكتور/ **شريف أحمد بعلوشة** بصفته مناقشاً خارجياً الذين وافقا مشكورين على الإشراف على هذه الدراسة ومنحاني شرف أن يكونا أعضاء مناقشة رسالتي.

ولا يفوتني أن أشكر بعمق إلى من علمني حرفاً أصبح سنا برقه يضيئ الطريق أمامي الأستاذ الدكتور **مازن اسماعيل هنية** الذي حثني على مواصلة الدراسات العليا وحفز في نفسي طاقات البحث العلمي، والذي عاملني طوال مدة الدراسة معاملة تجلّى فيها حنان الأب وحكمة العالم وموعظة الفقيه المرشد، أدامه الله لفلسطين وللوطن العربي واحداً من أكبر فقهاء الشريعة الإسلامية.

ولا أنسى أن أتقدم بالشكر والامتنان لكل من مد لي يد العون والمساعدة في سبيل إتمام هذا البحث.

قائمة المحتويات

أ.....	ملخص الرسالة
ب.....	Abstract
ث.....	الإهداء
ج.....	شكر وتقدير
ح.....	قائمة المحتويات
2.....	الفصل الأول: الإطار العام للرسالة
2.....	مقدمة:
4.....	المنهجية وطرق البحث:
3.....	مشكلة الدراسة:
3.....	أهمية الدراسة:
4.....	أهداف الدراسة:
6.....	الفصل الثاني: الأحكام العامة لمبدأ المشروعية
7.....	المبحث الأول: ماهية مبدأ المشروعية ونطاقه
8.....	المطلب الأول: ماهية مبدأ المشروعية
8.....	الفرع الأول: مفهوم مبدأ المشروعية
9.....	الفرع الثاني: الفرق بين مبدأ المشروعية وغيره من المصطلحات المشابهة له
10.....	أولاً: مبدأ المشروعية وسيادة القانون
11.....	ثانياً: مبدأ المشروعية والشرعية
11.....	ثالثاً: مبدأ المشروعية ومبدأ الخضوع للقانون
11.....	الفرع الثالث: موقف المشرع الفلسطيني من مبدأ المشروعية
13.....	المطلب الثاني: نطاق إعمال مبدأ المشروعية
14.....	الفرع الأول: نظرية الضرورة (الظروف الاستثنائية)
14.....	أولاً: مفهوم نظرية الضرورة
15.....	ثانياً: شروط تطبيق نظرية الضرورة
18.....	ثالثاً: الأسانيد والأسس لنظرية الضرورة
21.....	الفرع الثاني: نظرية أعمال السيادة:

22.....	أولاً: مفهوم نظرية أعمال السيادة.
25.....	ثانياً: معايير تحديد أعمال السيادة.
29.....	المبحث الثاني: ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية.
30.....	المطلب الأول: الرقابة غير القضائية على أعمال السلطة الإدارية.
30.....	الفرع الأول: الرقابة السياسية.
31.....	أولاً: الرقابة البرلمانية.
38.....	ثانياً: رقابة الأحزاب والتنظيمات السياسية والنقابية.
39.....	ثالثاً: رقابة الرأي العام على أعمال الإدارة.
40.....	الفرع الثاني: الرقابة الإدارية.
40.....	أولاً: طرق تحريك الرقابة الإدارية.
42.....	ثانياً: الرقابة الإدارية الخارجية.
44.....	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية.
45.....	الفرع الأول: نظام القضاء الموحد.
46.....	أولاً: مزايا نظام القضاء الموحد.
47.....	ثانياً: عيوب نظام القضاء الموحد ⁰ .
48.....	الفرع الثاني: نظام القضاء المزدوج.
49.....	أولاً: مزايا نظام القضاء المزدوج.
49.....	ثانياً: عيوب نظام القضاء المزدوج.
50.....	ثالثاً: طبيعة النظام القضائي في فلسطين.
58.....	الفصل الثالث: السلطة التقديرية للإدارة.
60.....	المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة.
61.....	المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.
62.....	أولاً: تعريف السلطة المقيدة.
63.....	ثانياً: تعريف السلطة التقديرية للإدارة.
66.....	المطلب الثاني: التطور التاريخي للسلطة التقديرية للإدارة.
66.....	أولاً: مرحلة اختفاء كل تقدير للإدارة.
66.....	ثانياً: مرحلة اختفاء كل تقييد للإدارة مع ظهور القرارات البحثية.
68.....	ثالثاً: مرحلة اختفاء القرارات البحثية وظهور قرارات الإدارة التقديرية.
69.....	رابعاً: مرحلة اختفاء القرارات التقديرية وظهور السلطة التقديرية للإدارة.

70.....	المطلب الثالث: الموازنة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية.....
70.....	أولاً: الحق الشخصي.....
70.....	ثانياً: استحالة خضوع الإدارة للقضاء.....
71.....	ثالثاً: التمييز بين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة.....
72.....	رابعاً: الاختيار بين عدة حلول مشروعة.....
73.....	خامساً: التزام الإدارة بما هو شرعي وحريتها فيما هو صالح.....
73.....	سادساً: الفارق في الكم لا في الكيف.....
73.....	سابعاً: تحليل القرار الإداري لتحديد السلطة التقديرية للإدارة.....
76.....	المبحث الثاني: أساس ونطاق السلطة التقديرية للإدارة.....
77.....	المطلب الأول: أساس السلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها.....
77.....	الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية.....
80.....	الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة.....
83.....	المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري.....
83.....	الفرع الأول: ماهية القرار الإداري.....
83.....	أولاً: تعريف القرار الإداري.....
84.....	ثانياً: أركان القرار الإداري.....
91.....	الفرع الثاني: السلطة التقديرية في القرار الإداري.....
91.....	أولاً: السلطة التقديرية في حدها الأقصى.....
92.....	ثانياً: السلطة التقديرية في حدها الوسط.....
92.....	ثالثاً: السلطة التقديرية في حدها الأدنى.....
94.....	الفصل الرابع: رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة.....
95.....	المبحث الأول: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وتطورها.....
96.....	المطلب الثاني: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....
96.....	الفرع الأول: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.....
97.....	أولاً: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر (البيّن) في التقدير في القضاء الفرنسي.....
99.....	ثانياً: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر (البيّن) في التقدير في القضاء الإداري المصري.....
100.....	ثالثاً: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر (البيّن) في التقدير في القضاء الفلسطيني.....
101.....	الفرع الثاني: نظرية التناسب.....
102.....	أولاً: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري الفرنسي.....

103	ثانياً: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري المصري.
104	ثالثاً: تطبيقات نظرية مبدأ التناسب في أحكام القضاء الفلسطيني.
104	الفرع الثالث: نظرية مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار.
104	أولاً: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الإداري الفرنسي.
105	ثانياً: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الإداري المصري.
107	ثالثاً: تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الفلسطيني.
109	المطلب الثاني: تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
109	الفرع الأول: الرقابة القضائية على مبدأ المشروعية.
109	أولاً: موقف القضاء من رقابة المشروعية.
110	ثانياً: موقف الفقه من رقابة المشروعية.
111	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على مبدأ الملاءمة.
111	أولاً: تعريف الملائمة وأساسها.
113	ثانياً: موقف الفقه والقضاء من رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للإدارة.
114	ثالثاً: موقف القضاء الفلسطيني من مبدأ الملاءمة.
117	المبحث الثاني: مظاهر ممارسة رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة.
118	المطلب الأول: ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
118	الفرع الأول: أنواع الدعاوى الإدارية التي يختص بها القاضي الإداري.
118	أولاً: قضاء الإلغاء:
120	ثانياً: قضاء التعويض (القضاء الكامل).
121	ثالثاً: قضاء التفسير:
122	رابعاً: قضاء الزجر والعقاب (التأديب):
122	الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء.
122	أولاً: دعوى الإلغاء دعوى قضائية.
123	ثانياً: دعوى الإلغاء دعوى موضوعية أو عينية.
124	ثالثاً: دعوى الإلغاء دعوى مشروعية.
124	الفرع الثالث: أوجه التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.
124	أولاً: موضوع الدعوى.
125	ثانياً: سلطة القاضي.
125	ثالثاً: ميعاد رفع الدعوى.

127	رابعًا: شرط المصلحة.....
127	خامسًا: حجية الأحكام الصادرة.....
128	المطلب الثاني: السلطة التقديرية ودعوى الإلغاء والتعويض.....
128	الفرع الأول: السلطة التقديرية ودعوى الإلغاء.....
128	أولاً: مدى سلطة قاضي الإلغاء في الرقابة على الإدارة في كيفية ممارسة الاختصاص التقديرى.....
128	ثانيًا: مدى سلطة قاضي الإلغاء في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية.....
129	الفرع الثاني: السلطة التقديرية وقضاء التعويض.....
129	أولاً: مدى سلطة قاضي التعويض في الحكم على الإدارة لتراخيها في اتخاذ القرار.....
130	ثانيًا: مدى سلطة قاضي التعويض في الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار.....
131	ثالثًا: مدى سلطة قاضي التعويض في الحكم على الإدارة لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة.....
134	الفصل الخامس: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....
135	المبحث الأول: الرقابة القضائية على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية.....
136	المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب عدم الاختصاص.....
137	الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب عدم الاختصاص.....
137	أولاً: تعريف الاختصاص وعيب عدم الاختصاص.....
138	ثانيًا: صور عيب عدم الاختصاص.....
140	الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للاختصاص.....
141	المطلب الثاني: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب الشكل والإجراءات.....
141	الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب الشكل والإجراءات.....
141	أولاً: مفهوم الشكل والإجراءات.....
142	ثانيًا: حالات عيب الشكل والإجراءات:.....
144	ثالثًا: تغطية عيب الشكل والإجراءات.....
147	الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للشكل والإجراءات.....
149	المطلب الثالث: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة لغاية لعيب الغاية.....
149	الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب الغاية.....
149	أولاً: ماهية عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة.....
150	ثانيًا: خصائص عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة.....
152	ثالثًا: صور عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة.....
156	رابعًا: إثبات عيب التعسف والقرائن الدالة.....

159	الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية بالنسبة لغاية القرار الإداري.
161	المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة.
162	المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب السبب.
162	الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب السبب.
162	أولاً: ماهية عيب السبب:
164	ثانياً: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لسبب القرار الإداري.
164	أولاً: الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع:
167	ثانياً: الرقابة على التكيف القانوني للوقائع:
169	ثالثاً: الرقابة على الملاءمة:
170	الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة بالنسبة لسبب القرار الإداري.
172	المطلب الثاني: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب المحل.
172	الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب مخالفة القانون.
172	أولاً: ماهية عيب مخالفة القانون.
173	ثانياً: صور عيب مخالفة القانون.
176	الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة بالنسبة لمحل القرار الإداري.
179	الخاتمة.
179	أولاً: قائمة النتائج.
182	ثانياً: قائمة التوصيات.
185	المصادر والمراجع.

الفصل الأول

الإطار العام للرسالة

الفصل الأول الإطار العام للرسالة

مقدمة:

يحدد المشرع عند تقرير اختصاصات الإدارة أحد السبيلين، فهو إما يمنحها اختصاصًا مقيّدًا، أو سلطة تقديرية، حيث تقوم الدولة القانونية على مبدأ المشروعية الذي يعتبر الالتزام به أساسًا لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم من تعسف الإدارة، غير أن هذا المبدأ يحتاج في تطبيقه إلى شيء من المرونة، حيث يمنح المشرع الإدارة سلطة تقديرية لضمان ممارسة مهامها وصلاحياتها، حيث تتمتع الإدارة بقسط من الحرية في تقدير الظروف والملاسات الواقعية المحيطة بالعمل الإداري، حيث إن هناك كثيرًا من المستجدات في الواقع العملي، وهناك أيضًا صعوبة في تقنين هذا النشاط بتشريعات قانونية محددة، فالمشرع مهما كان واسع الأفق ومهما بلغت دقته لا يستطيع الإحاطة بكافة الأمور والحاجات المتغيرة، لذلك قد منح للإدارة سلطة تقديرية.

إذ أن اشباع الحاجات العامة وضمان السير المنتظم للمرافق العامة يقتضي توافر كل من السلطة التقديرية، والسلطة المقيدة للإدارة لأن تقييد سلطة الإدارة من أهم الضمانات التي تحمي الأفراد من ضيم وتعسف الإدارة، وكذلك فإن توافر السلطة التقديرية للإدارة ضرورة ملزمة وملحة تفرضها تداعيات النشاط الإداري، واستهداف المصلحة العامة، وإن توافر مثل تلك السلطة لا يعني مطلقًا أن الإدارة تفعل ما تشاء بل تخضع السلطة التقديرية أثناء ممارسة اختصاصاتها الإدارية للرقابة القضائية بهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية.

وقد منح المشرع للإدارة هذه السلطة شعورًا منه بأنها أقدر على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة، لأنه مهما حاول لا يستطيع أن يتصور جميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري ويرسم الحلول المناسبة لها، فالسلطة التقديرية ضرورة لحسن سير العملية الإدارية وتحقيق غاياتها.

حيث إن خضوع الإدارة للرقابة القضائية أصبح من الأمور المسلّم بها في الدول الحديثة، حيث يمارس القضاء الإداري رقابته على الأعمال التي تصدر عن الإدارة سواء كانت صادرة استنادًا إلى سلطة مقيدة أم سلطة تقديرية وذلك للتحقق من عدم مخالفة قواعد الاختصاص، والشكل، ومحل القرار الإداري، والغاية التي تهدف الإدارة من وراء إصدارها، وكذلك الوجود المادي للوقائع التي بني عليها هذا القرار، أي أن القاضي الإداري يصدر قراره بإلغاء القرار الإداري بسبب ارتكاب الإدارة عيب عدم الاختصاص، أو عيب الشكل والإجراءات، أو عيب

إساءة استعمال السلطة، أو مخالفة القوانين واللوائح، أو عدم التحقق من الوجود المادي للوقائع، وكذلك يبسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع، ورغم تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة إلا أن الأمر لا يزال يثير الجدل حول مدى كفاية هذا النوع من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

مشكلة الدراسة:

يمكن صياغة مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس التالي: ما هي حدود رقابة محكمة العدل العليا على السلطة التقديرية للإدارة؟ حيث يتفرع من هذا السؤال الرئيس التساؤلات الفرعية التالية:

1. ما مفهوم السلطة التقديرية للإدارة؟ وما هو نطاق هذه السلطة؟ وما هي مبررات وجود مثل تلك السلطة؟
2. ما هي أوجه الاختلاف بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية؟
3. ما هي المبادئ والنظريات التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة؟
4. مدى تطبيق القضاء الإداري الفلسطيني للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في الدول المقارنة في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة.
5. ما هي القيود التي ترد على السلطة التقديرية للإدارة؟
6. بيان مدى الحرية المتروكة للإدارة من خلال سلطتها التقديرية وتأثيرها على عناصر صحة القرار الإداري.

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الدراسة من خلال الموضوع الذي تعالجه، ويظهر ذلك من خلال النقاط الآتية:

- 1- أن السلطة التقديرية للإدارة أصبحت ضرورة لا بد منها تفرضها تداعيات نشاط العمل الإداري، واستهدافها المصلحة العامة، ولا يمكن لنا الوقوف عند السلطة المقيدة للإدارة، إذ إن ذلك يعد تضييقاً للمصلحة العامة خصوصاً في ضوء النشاط الإداري المتزايد الذي يصعب حصره ويصعب تقنينه.
- 2- تتجلى أهمية الموضوع من خلال التعرض لعيوب القرار الإداري لما يمثله من تعبير لشمولية رقابة المشروعية على القرار الإداري.

3- إن القضاء في رقابته على أعمال السلطة التقديرية لأعمال الإدارة يعمل على التوفيق والملائمة وذلك من خلال القدرة في استنباط كثير من الحلول التوفيقية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق العديد من الأهداف، والمتمثلة في الآتي:

- 1- التعرف على طبيعة السلطة التقديرية للإدارة ونطاقها، والتفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة.
- 2- التعرف على مراحل تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، من خلال التعرف على النظريات التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على تصرفات الإدارة المبنية على السلطة التقديرية.
- 3- بيان مدى توفيق أو قدرة القضاء الفلسطيني من خلال مبدأ المشروعية والملائمة من الحد من تعسف الإدارة.
- 4- تهدف هذه الدراسة إلى إثراء المكتبة الفلسطينية بموضوع الدراسة، حيث لم يسبق أن تناولته الفقه الفلسطيني ضمن دراسة متخصصة وشاملة.

المنهجية وطرق البحث:

سيقوم الباحث في هذا الدراسة باستخدام منهجين للبحث:

- 1- يعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج التحليلي، حيث سيقوم الباحث ببيان وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهاد القضائي بالنسبة للموضوعات الجزئية محل الدراسة.
- 2- يعتمد الباحث في هذه الدراسة أيضاً على المنهج المقارن للنظر في تجارب بعض الأنظمة في بسط رقابتها على السلطة التقديرية، ومقارنتها بالنظام الفلسطيني.

الفصل الثاني

الأحكام العامة لمبدأ المشروعية

الفصل الثاني

الأحكام العامة لمبدأ المشروعية

تمهيد وتقسيم:

يعتبر خضوع الدولة للقانون الضمانة الأساسية لحماية حقوق وحرية الأفراد من تعسف الإدارة وانحرافها عن الصالح العام، وهذه الضمانة تتحقق بالأخذ بمبدأ المشروعية، ويعتبر عنصر من عناصر الدولة القانونية التي يخضع فيها الجميع حكماً ومحكومين لحكم القانون.

ولاسيما أن دساتير الدول تكرر مبدأ المشروعية وسيادة القانون على نحو يلزم كل هيئات الدولة بمراعاة حكم القانون في نشاطاتها وتصرفاتها وفي علاقاتها المختلفة. ولتحقيق مبدأ المشروعية وسيادة القانون لابد من التحديد الواضح لسلطات واختصاصات الإدارة وفق مبدأ الفصل بين السلطات.

ولا يكفي لحماية حقوق وحرية الأفراد أن يتم النص في الدساتير المقارنة على مبدأ سيادة القانون فحسب، بل لابد من توافر الضمانات الضرورية لحماية هذه الحقوق والحرية. لذلك حرص المشرع على وضع قيود وحدود على سلطات الإدارة سواء السلطات المقيدة أم التقديرية بهدف تحقيق التوازن بين امتيازات الإدارة وسلطاتها، وبين حقوق وحرية الأفراد، الأمر الذي يحقق المصلحة العامة.

فيكون بذلك مبدأ المشروعية المظلة التي يجب أن تستظل بها كافة السلطات في الدولة.

وبناء على ما سبق نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو التالي:

- ❖ المبحث الأول: ماهية مبدأ المشروعية ونطاقه
- ❖ المبحث الثاني: ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية

المبحث الأول

ماهية مبدأ المشروعية ونطاقه

تمهيد وتقسيم:

إن خضوع الدولة للقانون ما هو إلا مرآة تعكس وجود الدولة الديمقراطية القانونية ومن هنا تبرز العلاقة بين مفهوم المشروعية والدولة القانونية، حيث إن تجسيد مبدأ المشروعية أصبح طابعاً مميزاً لوجود الدولة القانونية في العصر الحديث بعيداً عن الدولة البوليسية المستبدة التي لا تخضع للقانون، فالضمانة الجوهرية لحماية الأفراد من استبداد السلطة الإدارية وظلمها وتعسفها تتجسد في تطبيق مبدأ المشروعية، والذي يعني خضوع الحكام والمحكومين لحكم القانون، وهذا ما يدل على تقدمها وتحضرها، فكان لزاماً على الدولة بسلطاتها كافة احترام القانون بما تتخذه من أعمال وتصرفات وما تتمتع به من امتيازات، فيعد مسألة أساسية وجوهرية لتحقيق مقتضيات حريات الأفراد، وفاعلية الجهاز الإداري⁽¹⁾، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة.

ويعد مبدأ المشروعية أحد أهم مبادئ القانون على الإطلاق، لما له من أثر على صعيد علم القانون ككل بمختلف فروع وأقسامه العامة والخاصة، وكلما ظهر مبدأ المشروعية وبدت آثاره ومعالمه ونتائجه كلما اختفت مظاهر الدولة البوليسية⁽²⁾.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو الآتي:

❖ المطلب الأول: ماهية مبدأ المشروعية

❖ المطلب الثاني: نطاق أعمال مبدأ المشروعية

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص 23).

(2) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص 20).

المطلب الأول

ماهية مبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية سيادة حكم القانون، بمعنى خضوع الجميع حكماً ومحكومين لحكم القانون⁽¹⁾، فالمشروعية تقتضي أن تتوافق كافة تصرفات الدولة والأفراد مع القواعد القانونية في الدولة، حيث يشكل ذلك الضمانة الحقيقية للحقوق والحريات العامة.

وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

- ❖ الفرع الأول: مفهوم مبدأ المشروعية
- ❖ الفرع الثاني: الفرق بين مبدأ المشروعية وغيره من المصطلحات المشابهة
- ❖ الفرع الثالث: موقف المشرع الفلسطيني من مبدأ المشروعية

الفرع الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

عرف بعض الفقهاء مبدأ المشروعية: بأنه سيادة حكم القانون أو مبدأ الخضوع للقانون ولما كانت الدولة في الوقت الحاضر دولة قانونية فهو يعني خضوع كل الحكام والمحكومين للقانون⁽²⁾.

فمبدأ المشروعية بمعناه العام من المبادئ القانونية العامة واجبة التطبيق في الدولة الحديثة، حيث إن إعلاء حكم القانون بات عنصراً أساسياً من عناصر الدولة القانونية الحديثة بغض النظر عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها الدولة، فخضوع الدولة حكماً ومحكومين لحكم القانون، وتوافق تصرفاتهم قانونية كانت أم مادية مع مقتضيات الشرعية القانونية أصبح سمة جوهرية وأكيدة للدولة المعاصرة⁽³⁾.

وذهبت الباحثة إلى أن الدولة القانونية تبدأ بتكريس مبدأ المشروعية الذي يعني خضوع الحكام والمحكومين للقانون، فبالتالي جميع هيئات الدولة بكافة أشكالها يجب أن تلتزم بقواعد وأحكام القانون في جميع تصرفاتها ونشاطاتها المختلفة وإلا عُدَّ تصرفها غير مشروع.

(1) غانم، القضاء الإداري (ص6).

(2) حافظ، القضاء الإداري في الأردن (ص9).

(3) كنعان، القضاء الإداري (ص4).

أما عن سريان المبدأ من حيث سلطات وهيئات الدولة فمبدأ المشروعية ملزم لكل الهيئات وهيكل الدولة بصرف النظر عن موقعها أو مركزها أو نشاطها وحتى طبيعتها (1)، وبناء على ذلك:

فالسطة التشريعية محكومة بخضوعها لمبدأ المشروعية بمعناه الواسع سواء في قيامها بوظيفتها النيابية المتمثلة في سن القوانين، أو في أعمالها البرلمانية ومن أمثلة هذه الأخيرة الرقابة على السلطة التنفيذية (2) بل يجب أن تخضع للقانون أعمالها الإدارية، فيجب ألا تتجاوز ما حدده لها الدستور والقانون من اختصاصات وصلاحيات.

السلطة القضائية إن احترام السلطة القضائية لمبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون هو أمر أكثر لزوماً من احترام السلطات الأخرى، فهي الحارس الأمين لمبدأ المشروعية ضد نفوذ وتغول السلطات الأخرى، فوجب عليها من باب أولى أن تخضع هي ذاتها لمبدأ المشروعية بمعناه الواسع وأن تصدر أحكامها بما لا يخالف القواعد القانونية أياً كان مصدرها وفق مبدأ تدرج القوة الإلزامية للقواعد القانونية (3).

السلطة التنفيذية حيث نالت حصة الأسد من أعمال ووظائف الدولة، فتهدف إلى تنفيذ القوانين والمحافظة على النظام العام بإشباع الحاجات العامة واستمرارية سير المرافق العامة بانتظام، فوجب عليها الخضوع لحكم القانون سيما في وظيفتها الإدارية (4).

وذهبت الباحثة إلى أن مبدأ المشروعية بمعناه الواسع يلزم جميع السلطات بتطبيق أحكامه والعمل وفق مقتضياته، وكما كان التخوف دائماً من السلطة التنفيذية فكان لزاماً توفير سبل الرقابة بأنواعها لتجسيد دور الدولة القانونية.

الفرع الثاني: الفرق بين مبدأ المشروعية وغيره من المصطلحات المشابهة له

هناك بعض المصطلحات المشابهة لمبدأ المشروعية (5)، وقد يختلط الأمر ما بين مبدأ المشروعية وهذه المصطلحات ومنها مبدأ سيادة القانون، والشرعية، والخضوع للقانون.

(1) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص24).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص13).

(3) غانم، القضاء الإداري (ص17).

(4) المرجع السابق، (ص22).

(5) بعض الفقهاء يؤثر استخدام تعبير مبدأ المشروعية والبعض الآخر استخدم مبدأ سيادة القانون ويرى البعض استخدام مبدأ الشرعية. انظر شطناوي، موسوعة في القضاء الإداري (ص25).

أولاً: مبدأ المشروعية وسيادة القانون

إن غالبية الفقه يستعمل الاصطلاحين كترادفين للدلالة على معنى واحد، وعليه فإن مبدأ المشروعية هو مبدأ سيادة القانون وهذا يعني احترام أحكامه وسيرها على كل من الحاكم والمحكوم⁽¹⁾.

بينما ذهب بعض الفقه إلى أن مبدأ المشروعية يعد تقريباً عن مبدأ أعلى وهو مبدأ سيادة القانون، وذلك أن الدولة التي نحيها الآن تلتزم به، فإنه يتعين لذلك أن تكون هيئاتها العامة وقراراتها النهائية ملتزمة بهذا القانون⁽²⁾.

وذهب رأي ثالث من الفقه إلى أن مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون، وكل منهما يدل على معنى مخالف، وذلك للبعد عن المفهوم المستقر لمعنى السيادة والذي يطلق على الدولة كاملة الاستقلال فهي ذات سيادة⁽³⁾.

وذهبت الباحثة إلى تأييد الرأي الأول القائل بأن الاصطلاحين يستعملان كترادفين فكل منهما يدل على ذات المعنى.

وهذا ما يلاحظ في دساتير الدول، حيث تبنت الرأي الأول وتستخدم مصطلح سيادة القانون للدلالة على مبدأ المشروعية، ومن ذلك نص المادة (6) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، حيث تنص على أن "مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص".

وتنص المادة (94) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014، على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة"، ووفق هذا المفهوم فإن مبدأ سيادة القانون مرادف لمعنى مبدأ المشروعية. كما وأن محكمة العدل العليا الفلسطينية تتبنى الرأي الأول، حيث تجمع ما بين مبدأ المشروعية وسيادة القانون في اجتهادها، حيث قررت "دعوى الإلغاء تتصرف إلى مخاصمة القرار الإداري المخالف لمبدأ المشروعية وسيادة القانون"⁽⁴⁾.

(1) الحلو، القضاء الإداري (ص16). غانم، الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين (ص30).

(2) الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارية العامة للقانون (ص3).

(3) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص19).

(4) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2010/324، جلسة 2010/10/12. مشار إليه عند غانم، القضاء

الإداري (ص24).

ثانياً: مبدأ المشروعية والشرعية

ذهب غالبية الفقهاء إلى استخدام تعبيرى المشروعية والشرعية كمترادفين لمعنى واحد، وبما تعنيه من خضوع سلطات الدولة لحكم القانون⁽¹⁾.

وبعض الفقه يرى ضرورة التمييز بينهما، فمصطلح المشروعية أكثر عمومية، إذ يوحي بضرورة اتباع أحكام القانون والتزام قواعده سواء كان مصدرها الشريعة الإسلامية أم غيرها من القواعد القانونية الوضعية⁽²⁾. بينما ذهب البعض إلى أن الشرعية توحى بالأحكام التي توافق الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

ثالثاً: مبدأ المشروعية ومبدأ الخضوع للقانون

يجمع غالبية الفقهاء على أن مبدأ المشروعية بمعناه الواسع هو خضوع الدولة بكافة سلطاتها للقانون⁽⁴⁾، ولا يقصد بالقانون بمعناه الضيق، أي القانون الصادر من السلطة التشريعية فحسب، بل يقصد به القانون بالمعنى الواسع، الذي يشمل كل قواعد القانون الوضعي القائم في الدولة⁽⁵⁾.

وهناك جانب من الفقهاء ذهب إلى القول: بأن مبدأ المشروعية يختلف عن مبدأ خضوع الدولة للقانون، فمبدأ خضوع الدولة للقانون يعني خضوع الجميع لحكم القانون حتى تكون بصدد دولة قانونية، بينما مبدأ المشروعية يعني خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية لما سنته السلطة التشريعية من قوانين⁽⁶⁾.

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأول لأن خضوع السلطة التنفيذية للقانون يعني مبدأ المشروعية الإدارية، وليس مبدأ المشروعية بمعناه الواسع.

الفرع الثالث: موقف المشرع الفلسطيني من مبدأ المشروعية

أكد المشرع الفلسطيني على أهمية مبدأ المشروعية وسيادة القانون وإخضاع الكافة لحكمه والعمل وفق مقتضياته، وقد عبرت عن ذلك وثيقة إعلان الاستقلال الصادرة عن المجلس

(1) الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) (ص 10-11).

(2) الجمل، القضاء الإداري (ص 10-11). شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص 25).

(3) غانم، القضاء الإداري (ص 32). والطلو، القضاء الإداري (ص 20).

(4) جمال الدين، القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية (ص 9).

(5) حافظ، القضاء الإداري في الأردن (ص 9).

(6) عبد الله، القضاء الإداري اللبناني (ص 11).

الوطني الفلسطيني، وكل المواثيق الفلسطينية، الميثاق الوطني، والإعلانات الصادرة عن المجلس الوطني وغيره، وكذلك في القانون الأساسي الفلسطيني، حيث جاء في المادة (21) من الميثاق القومي الفلسطيني الصادر عن منظمة التحرير عام 1964م⁽¹⁾ أنه: "يؤمن الشعب الفلسطيني بمبادئ العدل والحرية والسيادة وتقرير المصير والكرامة الإنسانية وحق الشعوب في ممارستها ويؤيد جميع المساعي الدولية التي تهدف إلى إقرار السلم على أساس الحق والتعاون الدولي الحر"، وكذلك المادة (24) من الميثاق الوطني لسنة 1968م⁽²⁾. أكدت على مبدأ المشروعية حيث نصت: "يؤمن الشعب العربي الفلسطيني بمبادئ العدل والحرية والسيادة وتقرير المصير والكرامة الإنسانية وحق الشعوب في ممارستها"، هذا وقد نصت المادة (2) من النظام الأساسي لمنظمة التحرير الفلسطينية على: "تباشر منظمة التحرير الفلسطينية مسؤولياتها وفق مبادئ الميثاق الوطني وأحكام هذا النظام الأساسي، وما يصدر استناداً إليها من لوائح وأحكام وقرارات"، وجاء في نص وثيقة إعلان قيام دولة فلسطين الصادرة عن المجلس الوطني الفلسطيني في 15/ نوفمبر/ 1988م أن: "دولة فلسطين هي للفلسطينيين أينما كانوا؛ فيها يطورون هويتهم الوطنية والثقافية، ويتمتعون بالمساواة الكاملة في الحقوق... في ظل دستور يؤمن بسيادة القانون والقضاء المستقل"، وأكدت الدساتير المتعاقبة على دولة فلسطين أن مبدأ سيادة القانون هو سيادة الحكم في فلسطين وعلى سريان مبدأ المشروعية على كافة السلطات والهيئات في الدولة، حيث جاء في نص المادة (6) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م منه أن: "مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص"⁽³⁾.

(1) عقب قرار مؤتمر القمة العربي الأول (كانون الثاني 1964) القاضي بالعمل على إبراز الكيان الفلسطيني وتكليف أحمد الشقيري. *الاتصال بالفلسطينيين لتحقيق هذا الغرض، وبعد سلسلة من الاتصالات الواسعة أجراها الشقيري مع التجمعات الفلسطينية في الدول العربية، عقد المجلس الوطني الفلسطيني. * (المؤتمر الوطني الفلسطيني) في دورته الأولى بالقدس في الفترة الممتدة من 5/28 إلى 1964/6/2، أعلن خلالها عن قيام منظمة التحرير الفلسطينية والمصادقة على الميثاق القومي الفلسطيني والنظام الأساسي لمنظمة التحرير الفلسطينية.

(2) شهدت منظمة التحرير الفلسطينية * إثر حرب 1967 وتصاعد العمل الفدائي المسلح تطورات مهمة على الصعيدين السياسي والتنظيمي. وكانت إحدى ثمرات هذه التطورات إقرار المجلس الوطني الفلسطيني في دورته الرابعة (القاهرة 10-17/7/1968) الميثاق الوطني الفلسطيني الذي جاء تعديلاً جوهرياً للميثاق القومي الفلسطيني.

(3) راجع نص المادة (6) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

المطلب الثاني

نطاق إعمال مبدأ المشروعية

تمهيد:

إن مبدأ المشروعية يقوم على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة باحترامها ومراعاتها في تصرفاتها، فهي تفرض على الإدارة قيوداً لصالح الأفراد، غير أن حماية الحرية الفردية يجب ألا تحجب عن الأبصار حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن الإدارة⁽¹⁾.

فخضوع الإدارة للقانون استلزم الرقابة القضائية على ما تصدره من أعمال وتصرفات سواء كانت قانونية أم مادية، ولهذا تناول الفقه وأقر القضاء ووضع المشرع نفسه بعض القيود على مبدأ المشروعية، بعضها يرجع إلى طبيعة الاختصاص التقديري المعترف به للإدارة، وإلى ما يستجد من ظروف طارئة غير متوقعة واستثنائية تخفف من نطاق المشروعية الإدارية العادية، وترجع أحياناً إلى فكرة أعمال السيادة التي تعد في نظر الفقه خروجاً عن المشروعية الإدارية، حيث تتحرر الإدارة من قواعد المشروعية الإدارية، وتخضع بالتالي كل ضمانة للحريات العامة⁽²⁾.

وتختلف التسميات التي أطلقها الفقه الإداري على هذه القيود، فبعض الفقهاء تحدث عما أسماه (نطاق مبدأ المشروعية وحدودها)⁽³⁾، في حين أطلق عليه البعض مصطلح (منحنيات مبدأ المشروعية)، في حين فضل الكثير من الفقهاء استخدام مصطلح (موازنة مبدأ المشروعية)⁽⁴⁾.

وتتحصر هذه القيود في ثلاث نظريات ترد على مبدأ المشروعية: الأولى توسع منه وهي نظرية الضرورة، أما الثانية فهي تعدمه وهي نظرية أعمال السيادة، أما الثالثة فقد تحللت من مبدأ المشروعية قليلاً وهي نظرية السلطة التقديرية.

سوف نقتصر في هذا الموضع على النظرية الأولى والثانية، أما السلطة التقديرية سوف نفرد لها فصلاً مستقلاً على اعتبار أنها محور بحثنا في هذه الرسالة.

(1) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص39).

(2) كنعان، القضاء الإداري (ص35).

(3) غانم، القضاء الإداري (169).

(4) كنعان، المرجع السابق، (ص35).

وبناء على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: نظرية الضرورة

❖ الفرع الثاني: نظرية أعمال السيادة

الفرع الأول: نظرية الضرورة (الظروف الاستثنائية)

الأصل أن الإدارة تخضع لحكم القانون، فهي ملزمة باحترام القواعد القانونية، وفي هذا إعمال لمبدأ المشروعية، وهذه القواعد وضعت لتطبق في الظروف العادية لتتناسب معها، ولكن إذا طرأت ظروف استثنائية غير عادية مثل الحروب الدولية أو الأهلية أو الفيضانات أو الزلازل وغيرها من الكوارث الطبيعية أو حالات الانقلاب أو الانقلاب الأمني أو انتشار مرض أو وباء يهدد الصحة العامة للمواطنين⁽¹⁾، ففي هذه الظروف يتطلب من الإدارة السرعة والحزم في التصرف، فتجد نفسها مضطرة وفي سبيل القيام بواجباتها في حفظ النظام العام وتسيير المرافق العامة إلى مخالفة بعض القواعد القانونية، وبالتالي الخروج عن مبدأ المشروعية.

وهذا يجعلنا نتساءل حول هذه النظرية التي تخلق نوعاً من التوازن المبرر والمنطقي مع مبدأ المشروعية⁽²⁾.

ما المقصود بهذه النظرية؟ وما الأسس والأسانيد القانونية التي تبرر قيامها؟ وهل للإدارة الحرية الكاملة فيما تتخذه من تصرفات وهل هناك رقابة قضائية على الإدارة في هذه الحالة وإن كانت الإجابة بنعم فما حدودها وما أثرها على مبدأ المشروعية؟

أولاً: مفهوم نظرية الضرورة

يقصد بها تلك الظروف الخطيرة وغير العادية التي تحدث فجأة وتهدد بالخطر سلامة الدولة ونظامها كالحروب والكوارث⁽³⁾، ومتى قامت مثل هذه الظروف فلإدارة الحق في أن تتخذ كافة الإجراءات والتدابير اللازمة والضرورية للمحافظة على النظام العام⁽⁴⁾.

فقد تعترض الدولة ظروف استثنائية من كوارث أو أزمات تهدد كيانها وحينئذ لا تستطيع الإدارة أن تتبع قواعد وأحكام القوانين العادية لمواجهة الظروف الخطيرة فتقوم الإدارة بالتححرر من

(1) عبد الله، القضاء الإداري اللبناني (ص44).

(2) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ص210).

(3) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص41).

(4) القيسي، القضاء الإداري (ص58). وشطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص99).

القواعد العادية بتعديلها أو تعطيلها بل لها إلغاءها كلياً، وذلك للمحافظة على النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام وتحل محلها مشروعية استثنائية خاصة حيث أقر القضاء صفة المشروعية على بعض القرارات الإدارية غير المشروعة في الظروف العادية إذا صدرت في ظل الظروف الاستثنائية أو ما يعرف بنظرية الضرورة.

وتعد نظرية الضرورة نظرية قانونية من أصل قضائي، فترجع في نشأتها إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أرسى دعائمها من خلال إضفاء صفة المشروعية على القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة الظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

وقد عرف القضاء الفرنسي فكرة الضرورة قبل الحرب العالمية الأولى، حيث منحها لسلطات الضبط الإداري وأقرتها محكمة التنازع، حيث عدت الضرورة من مبررات التنفيذ الجبري⁽²⁾.

حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي بأنه "تستطيع السلطات الإدارية في الظروف الاستثنائية، أن تتخذ تدابير تتجاوز دائرة اختصاصاتها العادية، من أجل الاستجابة بالسرعة القصوى لضرورات اللحظة"⁽³⁾. وأن فكرة "مبدأ استمرار المرافق العامة يتضمن متطلبات استثنائية في زمن الحرب تبرر توسعة استثنائية لسلطات الحكومة والإدارة"⁽⁴⁾.

وذهبت الباحثة: أن مضمون نظرية الضرورة ينصرف إلى أن بعض الأعمال أو التصرفات الإدارية والمعتبرة غير مشروعة في الظروف العادية تعد مشروعة في ظل الظروف الاستثنائية⁽⁵⁾، إذا ما ثبت لزومها لمواجهة هذه الظروف للمحافظة على النظام العام أو دوام سير المرافق العامة.

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الضرورة

الأصل أن القوانين واللوائح توضع لتطبق في الظروف العادية⁽⁶⁾. وفي حال تعرضت البلاد لظروف تلقائية وفجائية غير عادية وعطلت السير المنتظم للمرافق العامة فتقوم الإدارة

(1) كنعان، القضاء الإداري (ص52)، وبخلاف ذلك يرى بعض الفقهاء أن أصل هذه النظرية يرجع إلى الفقه الإسلامي تحت ما يسمى بالضرورات تبيح المحظورات". لمزيد من الإيضاح راجع، غانم، القضاء الإداري (187).

(2) المرجع السابق، (ص186).

(3) راجع مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص225).

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص133).

(5) الحلو، القضاء الإداري (ص55).

(6) كنعان، القضاء الإداري (ص51).

بمواجهة هذه الظروف حماية للمصلحة العامة. وقد تبني مجلس الدولة الفرنسي شروطاً معينة مجتمعة يجب أن تتوافر لإعمال مبدأ المشروعية في ظل الظروف الاستثنائية. نظراً لخطورة السلطات التي تتمتع بها الإدارة في ظل حالة الضرورة⁽¹⁾.

فيجب أن تتوافر هذه الشروط مجتمعة وهي على النحو الآتي:

1- نشوء حوادث جسيمة وغير متوقعة بصفة فجائية

لقيام حالة الضرورة لابد من وجود وقائع فعلية حقيقية وغير مألوفة وتخرج عن حسابان الإدارة، تتمثل في الخطر الجسيم المفاجئ بحيث يشل عمل الدولة ووظيفتها في جميع أرجاء البلد وكافة المرافق العامة كالحروب، أو جزء من إقليمها⁽²⁾، كالعصيان المسلح في أحد أقاليمها، أو زلزال في أحد المحافظات.

2- استحالة تصرف الإدارة على وجه مشروع بالوسائل العادية

لابد أن يترتب على الظروف الاستثنائية استحالة مواجهة الإدارة الخطر الناجم عنها، بما تمتلكه من سلطات عادية⁽³⁾. وليس صعوبة كما يرى بعض فقهاء القانون فإن استطاعت أن تدفع الخطر بالقواعد العادية فلا يجوز لها أن تلجأ للإجراءات الاستثنائية.

ولم يشترط بعض الفقهاء شرط الاستحالة، حيث يرى أن صعوبة مجابهة الظروف الاستثنائية بالقواعد العادية يبرر اعلان نظرية الضرورة

وتؤيد الباحثة بعض الفقه⁽⁵⁾ الذي ذهب إلى أن شرط الاستحالة ضروري وواجب حتى نكون أمام قيام حالة الضرورة، فالاستهانة بهذا الشرط تعطي للإدارة الحرية للخروج عن مبدأ المشروعية متى تشاء.

3- استمرار وجود الظروف الاستثنائية في تاريخ التدابير التي تتخذها الإدارة

يجب أن يكون الخطر الذي يهدد الصالح العام قد وقع فعلياً ولم ينته أمره وأحدث أثره. وعليه يجب أن تكون أعمال وتصرفات الإدارة سابقة على نهاية الظروف الاستثنائية، وقد أقر

(1) الشويكي، القضاء الإداري (ص76).

(2) عثمان، دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر (ص34).

(3) غانم، القضاء الإداري (ص189).

(4) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص144). حيث ذهب إلى القول بأنه "يشترط أيضاً أن تكون حالة الضرورة يصعب ولا نقول يستحيل مواجهتها بقواعد الشرعية العادية.

(5) ومن أنصار هذا الرأي الدكتور هاني غانم، راجع غانم، القضاء الإداري (ص137).

مجلس الدولة الفرنسي ضرورة استمرار وجود الظروف الاستثنائية في تاريخ القرار المتنازع فيه⁽¹⁾.

وهذا الشرط ما هو إلا تطبيق لما جاءت به الشريعة الإسلامية بقاعدة أن "ما وجد لضرورة زال بزوالها"، وعليه تعود قواعد المشروعية العادية في حال زوال الظروف الاستثنائية.

4- ابتغاء الإدارة تحقيق المصلحة العامة

لابد أن تكون المصلحة التي ضحي من أجلها بمبدأ المشروعية العادية هي مصلحة مهمة وحيوية⁽²⁾. ولا بد أن يكون الهدف من إعلان حالة الضرورة تحقيق الصالح العام، ويرى جانب من الفقه أنه لا ضرورة لذكر هذا الشرط، وذلك أن أي تصرف للإدارة سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية يجب أن يهدف إلى تحقيق الصالح العام⁽³⁾.

ولكن في حقيقة الأمر هذا الشرط ضروري لاسيما أن فكرة المصلحة العامة فكرة مرنة، ومثال ذلك هدم منازل الأفراد بهدف توسيع شارع فيه مصلحة عامة، ولكن يحتاج لإجراءات شكلية وأحكام خاصة، كأن يكون صادرًا من جهة مختصة وإلا حكم بعدم مشروعية تصرف الإدارة هذا في الظروف العادية، ولكن عندما نكون أمام ظروف استثنائية فلا داعي لمثل هذه الشكليات، فيعد تصرف الإدارة غير مخالف لمبدأ المشروعية حتى وإن صدر من جهة غير مختصة بذلك، فإن وقعت الأحداث والظروف الاستثنائية في حدود منطقة جغرافية من إقليم الدولة، فلا يمكن اعتبار المصلحة العامة متوفرة في حال تم استغلالها لهدم منازل الأفراد دون مراعاة الشكلية المطلوبة في حال كانت هذه المنازل في مناطق بعيدة عن الظروف الاستثنائية، ولا يمكن أن تساعد في القضاء أو الحد من هذه الظروف، ففكرة المصلحة العامة تنحصر في ضمان سير المرافق العامة أو الحفاظ على النظام العام وفي حدود القضاء أو الحد من الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد⁽⁴⁾.

5- عدم الخروج عن قواعد المشروعية العادية إلا بالقدر اللازم لمجابهة الظروف الاستثنائية

(1) مشار إليه عند غانم، القضاء الإداري (ص 190).

(2) كنعان، القضاء الإداري (ص 57).

(3) أبو راس، القانون الدستوري (ص 76).

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص 138).

وعليه يجب على الإدارة أن تتخذ من الإجراءات والتدابير ما هو مناسب وضروري لمواجهة الظروف غير العادية للمحافظة على النظام العام وعلى سير المرافق العامة بانتظام واضطراد⁽¹⁾، ويجب أن تقدر الضرورة بقدرها، وألا تضحي بالمصلحة الفردية لتحقيق المصلحة العامة إلا بمقدار ما تقتضيه حالة الضرورة⁽²⁾، فتنبتعد عن التعسف والمغالاة في استخدام سلطاتها لأن ذلك فيه مساس بالحقوق والحريات الفردية.

وهذا ما نصت عليه الشريعة الغراء، حيث أقرت بأن "الضرورات تقدر بقدرها"، ومثال ذلك حيث إن الشريعة الإسلامية قد أباحت للإنسان المسلم شرب الخمر وأكل الميتة في حال تعرض حياته للخطر وذلك بالقدر الذي يقي الإنسان من الهلاك دون زيادة⁽³⁾. وهذا يعود للإدارة هنا بأن تتخذ ما هو لازم فقط لمواجهة الظرف الاستثنائي وعدم المغالاة والتعسف.

ويترتب على توافر هذه الشروط النتائج الآتية⁽⁴⁾:

أ- تملك الإدارة الخروج على أحكام القوانين التي تلتزم بالخضوع لها واحترام قواعدها في الظروف العادية، فتستطيع أن توقف تطبيقها، وأن تعدلها أو تلغيها، وما تتخذه من إجراءات وما تصدره من قرارات في هذا السبيل يكون مشروعاً طالما ابتغت المصلحة العامة وقام على سبب صحيح.

ب- إن نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية لا تؤدي إلى هذه النتيجة وهي مشروعية أعمال الإدارة التي كانت تعد غير مشروعاً لو أنها صدرت في ظروف عادية- إلا بالقدر الذي تتطلبه الضرورة.

فإذا ثبت أن الإدارة كانت بصدد تصرف أو إجراء معين أن تتبع أحكام القوانين العادية ولم تفعل كان هذا التصرف أو الإجراء باطلاً مع أنه اتخذ في ظل حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية السائدة في فترة معينة.

ثالثاً: الأسانيد والأسس لنظرية الضرورة

ولقد سلم بعض فقه القانون العام تأسيس نظرية الظروف الاستثنائية على حق الدولة الشرعي في الدفاع عن النفس في حال تعرضت لخطر جسيم، فتستطيع الإدارة دفع هذا الخطر

(1) بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته (ص31).

(2) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص106).

(3) غانم، القضاء الإداري (ص187).

(4) حافظ، القضاء الإداري (ص129).

حتى لو التجأت إلى تعديل القانون أو إلغائه، فلا توصف بأنها جرائم كما هو مسلك المشرع الفرنسي والمصري، فلا تعد مانعاً من المسؤولية الجنائية كما هو مسلك القانون الفرنسي الكنسي السابق عن الثورة⁽¹⁾. وتجد هذه النظرية سندها القانوني في حماية النظام العام واستمرار سير المرافق العامة بانتظام في جميع الظروف العادية وغير العادية، ما يتعين على الإدارة الخروج على قواعد المشروعية مادامت القواعد العادية عاجزة عن مواجهة الظروف الطارئة للمحافظة على النظام العام⁽²⁾. ولهذا تكون الأسانيد الفقهية لأساس هذه النظرية تتمثل في عدم صلاحية التشريعات التي وضعت لتحكم الظروف العادية لكي تواجه ما يترتب على الظروف الاستثنائية من أخطار، إضافة إلى ضرورة بقاء الدولة واستمرارها وهذا أمر منطقي يبرر في الواقع والخروج على مبدأ المشروعية العادية والتمسك بما تقتضي به نظرية الظروف الاستثنائية، إذا ما الفائدة من احترام القوانين إذا كان من شأن ذلك انهيار الدولة ذاتها؟⁽³⁾.

أما الأساس التشريعي فيتمثل في أن نظرية الظروف الاستثنائية تأخذ أشكالاً ومسميات متعددة في الدول المعاصرة، بين حالة الطوارئ، أو الأحكام العرفية، وحالة الحصار، إلى غير ذلك من المسميات⁽⁴⁾.

تعد نظرية الضرورة قانونية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي من خلال إضفاء صفة المشروعية على القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة الظروف الاستثنائية⁽⁵⁾، وقد لقيت هذه النظرية اهتماماً واضحاً من قبل المشرع الدستوري والإداري، وذلك بهدف تنظيم سلطات الإدارة في أوقات الأزمات والظروف غير العادية، وقد نظمت السلطات الاستثنائية للإدارة وهذا ما تضمنته بعض الدساتير العالمية كال دستور الفرنسي والمصري من نصوص تمنح رئيس الجمهورية سلطات واسعة في اتخاذ الإجراءات التي تقتضيها الظروف الاستثنائية⁽⁶⁾.

(1) علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري (ص70).

(2) القيسي، القضاء الإداري (ص58).

(3) بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري (ص122).

(4) عمر، القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية" (ص61-62).

(5) راجع مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص215).

(6) كنعان، القضاء الإداري (ص53).

أما بخصوص فلسطين فقد عرف القانون الأساسي الفلسطيني حالة الضرورة، وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في العديد من أحكامها⁽¹⁾، وكما نظمها المشرع الدستوري، حيث تنص المادة (43) من القانون الأساسي على أنه "الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة والتي لا تحتل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون. ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون. أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون"، حيث يتضح من نص هذه المادة أنها غير مرتبطة بمدة زمنية معينة مما يشكل انتهاكاً للحقوق والحريات العامة، فلذلك نوصي بأن يتم تحديد هذه المدة الطويلة لأنها تمثل عيباً وعواراً في القانون يجب تداركه.

كما ونظم المشرع الدستوري حالة الطوارئ، بحيث تضمن باباً كاملاً تحت عنوان أحكام حالة الطوارئ، حيث جاء ذلك في نص المادة (110) من القانون الأساسي على أنه: "1_ عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد على 30 يوماً"⁽²⁾.....

(1) وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بحالة الضرورة في التشريع المدني وهو المعتبر بمثابة الأصل الذي تستقي منه بقية القوانين مصدرها حتى القانون المدني رقم (4) لسنة 2012م وهي مكملة له، ويتجلى هذا الأخذ في العديد من النصوص نجملها بما يأتي: م/ 18 تنص "الأمر إذا ضاق اتسع".

م/ 19 تنص "لا ضرر ولا ضرار".

م/ 20 تنص "الضرر يزال".

م/ 21 تنص "الضرورات تبيح المحظورات".

م/ 22 تنص "الضرورات تقدر بقدرها".

م/ 23 تنص "ما جاز لعذر بطل بزواله".

م/ 24 تنص "ما زال المانع عاد الممنوع".

م/ 25 تنص "الضرر لا يزال بمثله".

م/ 26 تنص "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".

م/ 27 تنص "الضرر الأشد يزول بالضرر الأخف".

* هذه بعض القواعد الواردة في مجلة الأحكام العدلية والتي تمثل المصدر للقانون المدني الفلسطيني، والتي يمكن الاستناد إليها في تقرير حالة الضرورة في المعاملات المدنية، وعليه يمكن الأخذ ببعض هذه القواعد كون القانون المدني يشكل الأساس الذي عن طريقه يتم استنباط جميع القواعد القانونية.

(2) انظر المادة "110" من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

ويتضح مما سبق أنه في حقيقة الأمر أن حالة الطوارئ تمنح السلطة الإدارية (رئيس الدولة) الحق في اتخاذ تدابير أقل من تلك الممنوحة في حالة الضرورة، وإذا كان يمنع على الرئيس مخالفة أحكام الدستور في حالات الضرورة فعليه من باب أولى ألا يخالف أحكام الدستور في حالات الطوارئ.

كيفية معالجة الظروف الاستثنائية⁽¹⁾:

وإذا طرأت ظروف استثنائية على الدولة تلجأ لحل هذه الظروف بإحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: الإنجليزية، والتي بموجبها عند حدوث ظروف استثنائية تلجأ السلطة التنفيذية للبرلمان وتطلب منه منحها سلطات استثنائية لتنظيم الظروف الاستثنائية بإجراءات ضبط استثنائية، فيتولى البرلمان فحص كل حالة ويفوض الحكومة في اتخاذ تدابير مناسبة.

وهذه الطريقة لا تصلح في فلسطين وذلك من شروط إعلان حالة الضرورة هو أن المجلس التشريعي يجب أن يكون في غير أدوار الانعقاد، ولكنها تصبح صالحة في حال تمديد حالة الطوارئ⁽²⁾.

الطريقة الثانية: الفرنسية، والتي بموجبها يتم وضع قانون خاص بالظروف الاستثنائية مسبقاً وقبل حدوثها يبين ما يمكن للسلطة التنفيذية اتخاذه من إجراءات لمعالجة الظروف الاستثنائية عند حدوثه عن طريق إعلان الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ، وذلك دون الرجوع إلى البرلمان لضمان كسب الوقت وإعطاء مرونة بيد السلطة التنفيذية بعيداً عن روتين التشريع.

الفرع الثاني: نظرية أعمال السيادة

تعد نظرية أعمال السيادة أخطر استثناء على مبدأ المشروعية الإدارية، حيث يضع المشرع بموجبها سلاحاً خطيراً بيد السلطة التنفيذية في مواجهة حقوق وحرّيات الأفراد، ويصبح القاضي مكتوف الأيدي حيال وجود النص التشريعي الملزم له بعدم التعرض لأعمال السيادة بأي صورة من صور الرقابة القضائية: الإلغاء، التعويض، فحص المشروعية، أو رقابة التفسير⁽³⁾.

(1) الجبوري، القضاء الإداري (ص44).

(2) راجع نص المادة 43،110،111 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

(3) كنعان، القضاء الإداري (ص61).

أولاً: مفهوم نظرية أعمال السيادة

إن أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا تخضع للرقابة القضائية بمفهومها الواسع سواء رقابة القضاء الإداري أم رقابة القضاء العادي⁽¹⁾، فهي لا تكون محلاً لرقابة الإلغاء أو وقف التنفيذ أو التعويض أو التفسير أو فحص المشروعية، وتعد أعمال السيادة قرارات حكومية تصدرها سلطة تنفيذية وترتب آثاراً قانونية لكن هذه القرارات تتحصن من فرض رقابة القضاء الإداري عليها نظراً لموضوعها إلا أنها مع ذلك يمكن أن تخضع لرقابة جهات أخرى كخضوعها للرقابة السياسية أو الإدارية⁽²⁾.

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن "أعمال السيادة هي الأعمال التي تتميز بالصبغة السياسية البارزة فيها لما يحيطها من اعتبارات سياسية، فهي تصدر من السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، فينعقد لها في نطاق وظيفتها السياسية سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة كلها والسهر على احترام دستورها، والإشراف على علاقاتها مع الدول الأخرى وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج"⁽³⁾.

بينما في فلسطين قررت محكمة العدل العليا أن "أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية، تباشرها بمقتضى هذه السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى، بصفتها ممثلة لمصالح الدولة الرئيسة لتحقيق مصالح الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام دستورها وتسيير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية، أما القرارات التي تصدر عنها تطبيقاً للقوانين والأنظمة فهي عمل إداري وليس من أعمال السيادة وبالتالي يجوز الطعن بهذه القرارات أمام هذه المحكمة"⁽⁴⁾.

وقد نشأت فكرة أعمال السيادة في فرنسا في القرن الماضي، لأسباب تاريخية خاصة، وذلك على إثر سقوط الإمبراطور نابليون وعودة الملكية مرة أخرى كنظام للحكم في فرنسا. وقد

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص84).

(2) أبو العثم، القضاء الإداري (ص105).

(3) في 24/6/1999 الطعن رقم 9552 لسنة 64ق، مكتب فني 50، ج2، ص896. مشار إليه لدى عبد الناصر أبوسمهانة، القضاء الإداري في فلسطين (ص140).

(4) قرار محكمة العدل العليا رقم 98/85، جلسة 1999/11/7، برام الله، غير منشور، مشار إليه عبد الناصر أبو سمهانة، المرجع السابق.

كان لهذه الظروف أثرها الكبير في اضطرار المجلس إلى خلق فكرة أعمال السيادة⁽¹⁾، واتخاذها وسيلة للحفاظ على كيانه، وصمام أمان يكفل حمايته مما كان مهددًا به من جانب السلطة التنفيذية⁽²⁾. وقد سجل المجلس اعتناقه لفكرة أعمال السيادة في حكمه في قضية "Gombert" في 28 مارس سنة 1947⁽³⁾.

وقد نظم المشرع المصري نظرية أعمال السيادة، ومنح أعمال السيادة في مصر حصانة قضائية ضد رقابة القضاء بجميع صورته ومظاهره، وتعد هذه النظرية في مصر ذات أصل تشريعي بخلاف ما نجدها في فرنسا فهي ذات طبيعة قضائية.

وقد تولى المشرع المصري تقنين أعمال السيادة في جميع القوانين المتعاقبة والمنظمة للسلطة القضائية⁽⁴⁾.

وهذا ما جاء في نص المادة (11) من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم 47 سنة 1972: "لا تختص بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، وكما تنص المادة (17) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 على أنه "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة".

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن فلسطين عرفت في زمن الانتداب البريطاني والاحتلال الإسرائيلي تحصين بعض القرارات من رقابة القضاء⁽⁵⁾.

أما مشرنا الفلسطيني فلم يتطرق إلى هذه النظرية في قوانينه جميعها التي وجدت بعد ميلاد السلطة الوطنية، حيث إنه لم يقر بحصانة أي أعمال أو قرارات تصدر من السلطة التنفيذية من رقابة القضاء.

وما يؤكد ذلك نص الفقرة الثالثة من المادة (30) من القانون الأساسي: "يحظر النص في القوانين تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء".

(1) السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة (ص 88).

(2) راجع. حافظ، القضاء الإداري (ص 52). والطماوي، الوجيز في القضاء الإداري (ص 263). والشويكي، القضاء الإداري (ص 88).

(3) مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص 32 وما بعدها).

(4) كنعان، القضاء الإداري (ص 62).

(5) غانم، القضاء الإداري (ص 171).

وهنا يثار السؤال حول مدى تطبيق نظرية أعمال السيادة في فلسطين بالرغم من النص الدستوري السابق؟

حيث اختلف الفقه الفلسطيني هل هذه المادة سالفه الذكر تقطع الطريق أمام أعمال نظرية السيادة في فلسطين أم لا...؟؟؟

يرى الدكتور شريف بعلوشة أن هذا النص يقطع الطريق أمام نظرية أعمال السيادة في فلسطين، مستنداً إلى نص المادة (30) من القانون الأساسي على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء"، حيث إن القانون الأساسي لم يأخذ بتلك النظرية، حيث ضمن للجميع حق اللجوء للقضاء والتقاضي أمامه دون تمييز بين أحد، وحظر على السلطتين التشريعية والتنفيذية النص في القوانين واللوائح الصادرة عنها تحصين أي من القرارات أو الأعمال الإدارية من خضوعها لرقابة القضاء. وبالتالي فإن جميع القرارات والأعمال الإدارية الصادرة عن الجهات الإدارية تخضع لرقابة القضاء الفلسطيني لتقدير مدى مشروعيتها، ويعتبر حماية فاعلة وضرورية للجهات الإدارية وضمان لوحدة نشاطها الإداري وانسجامه. ويضيف الدكتور أنه حسناً فعل المشرع الفلسطيني الذي لم يحصن أعمال الإدارة من رقابة القضاء ولم يأخذ بنظرية أعمال السيادة.

ويرى الدكتور هاني غانم وبحق أن هذا النص لم يقطع الطريق أمام أعمال نظرية أعمال السيادة في فلسطين، ويستند إلى أن أعمال السلطة التنفيذية تنقسم إلى قسمين: أعمال حكومية وهي التي تباشرها بوصفها سلطة حكم وصاحبة سيادة، وأعمال إدارية وهي التي تباشرها بوصفها سلطة إدارية، حيث إن أعمال الإدارة الإدارية تنقسم إلى قسمين: أعمال قانونية وهي القرارات الإدارية والعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وأعمالها المادية.

حيث إن النص المشار إليه ينص على أن "يحظر النص في القوانين تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء"، ويتضح من النص أن هذه الأعمال هي التي تباشرها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارية، فاكتفى بالنص على الأعمال والقرارات الإدارية ولم يتطرق إلى أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية التي تباشرها بوصفها سلطة الحكم⁽¹⁾.

(1) للمزيد من الإيضاح راجع هاني غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص121، 122).

ومما سبق يتضح لنا أن المشرع الدستوري لم يقطع الطريق أمام أعمال نظرية أعمال السيادة في فلسطين، لذلك نصي المشرع الدستوري أن يعدل نص المادة (30) من القانون الأساسي لتصبح على النحو الآتي:

"يمنع تحصين أي عمل من أعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء"، حيث إن من المستقر أن أعمال السلطة التنفيذية هي أعمال حكومية وأعمال إدارية، وبذلك يكون المشرع الدستوري قطع الطريق أمام نظرية أعمال السيادة والتي تشكل نقطة سوداء في جبين مبدأ المشروعية الأبيض.

ثانياً: معايير تحديد أعمال السيادة

تباينت أحكام القضاء في تحديد متى يعد عمل السلطة التنفيذية من أعمال السيادة بحيث لا تخضع لرقابة القضاء ولا تثار معها مسؤولية الدولة، ومتى يعد من أعمالها الإدارية والتي تخضع لرقابة القضاء والمستقر فيها مسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية، فإيجاد معيار لتحديد أعمال السيادة وتمييزها عن غيرها كانت من أهم المعضلات التي واجهت القضاء الإداري في تطبيق الاستثناء الخاص بأعمال السيادة ولحل هذه المعضلة طرح الفقه والقضاء عدة معايير لتمييز أعمال السيادة وهي: معيار الباعث السياسي، ومعيار طبيعة العمل، ومعيار العمل المشترك، ومعيار القائمة القضائية⁽¹⁾، وسنتناولها على النحو الآتي:

1- معيار الباعث السياسي

يعد هذا المعيار من أقدم المعايير التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾. ويعتمد هذا المعيار على الباعث الذي دفع الإدارة إلى إصدارها للقرارات الإدارية، فيعد العمل من أعمال السيادة إذا كان الباعث الذي حمل السلطة التنفيذية على إصداره باعثاً سياسياً، ويعد العمل إدارياً إذا كان الباعث إدارياً بحتاً.

ويؤخذ على هذا المعيار أنه معيار مرن ونسبي وغير محدد ولا يمكن الاعتماد عليه لتحديد دائرة أعمال السيادة بصورة قاطعة، وينطوي على خطورة كبيرة على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة، فقد تستغلها السلطة التنفيذية أسوأ استغلال وتدعي أن الدافع من وراء إصدارها لقرارات دافع سياسي كلما أرادت أن تفلت من رقابة القضاء⁽³⁾.

(1) كنعان، القضاء الإداري (ص 63).

(2) الشوبكي، القضاء الإداري (ص 89).

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص 43).

ولقد تبنت محكمة العدل العليا الفلسطينية نظرية الباعث السياسي في تحديد أعمال السيادة⁽¹⁾، لكنها هجرت هذا المعيار في أحكامها اللاحقة. وما يدل على ذلك حيث تبنت محكمة العدل العليا في فلسطين فكرة القائمة القضائية، وقامت بتعداد غالبية الحالات التي عدها مجلس الدولة الفرنسي أعمالاً تدخل في نطاق نظرية السيادة، حيث قررت التطرق إلى مسألة أعمال السيادة، القول بأن قرار الاعتقال المطعون فيه هو عمل من أعمال السيادة فإننا لا ندري كيف يمكن اعتبار إجراء اعتقال مواطن من قبل أفراد الشرطة عملاً من أعمال السيادة التي بمفهومها القانوني البسيط والمختصر تتمثل في الأعمال الحكومية المتعلقة بتنفيذ القوانين الأساسية الدستورية، وروابط الحكومة بالمجالس النيابية ومع الدول الأجنبية وما تقوم به من أعمال تتعلق بكيفية تنفيذ مواد الاتفاقيات والمعاهدات وبما له مساس بالسيادة العامة للدولة. وتعد من أعمال السيادة الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية وبعض إجراءات الأمن الداخلي كالقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، بإعلان حالة الطوارئ والعمل بقانون الدفاع، والعفو من العقوبة والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية وبعض الأعمال الحربية⁽²⁾.

2- معيار طبيعة العمل أو موضوعه

يعتمد هذا المعيار على أساس طبيعة العمل ذاته، فالأعمال الصادرة بناء على الوظيفة الحكومية تعد أعمال سيادة وبالتالي لا تخضع للرقابة، بينما الأعمال الصادرة على أساس الوظيفة الإدارية تعد أعمالاً إدارية وتخضع للرقابة القضائية، وقد أخذ القضاء الإداري المصري بهذا المعيار في بعض أحكامه، حيث قررت محكمة القضاء الإداري المصري أن "أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة..."⁽³⁾، كما وأخذت به محكمة العدل العليا في فلسطين، حيث قررت بأن "... الفقه والقضاء قد استقروا على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال أو الإجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارية...."⁽⁴⁾.

(1) راجع قرار محكمة العدل العليا رقم 58/29، جلسة 1959/3/12، الحايك، مجموعة مختارة من قرارات محكمة العدل العليا (ج25/10).

(2) قرار رقم 2000/18، جلسة 2000/7/11، برام الله، مشار إليه عند: أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (141). وغانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص130-131).

(3) فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة (قضاء الإلغاء) (ص410).

(4) غانم، القضاء الإداري (ص176).

ويؤخذ على هذا المعيار أنه تحكمي، كما أنه يستلزم حل مشكلة مبدئية هي التمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة، حتى يتيسر بعد ذلك إعماله وتطبيقه، ولما كانت هذه المشكلة الأخيرة من الأمور التي لم تجد حلاً دقيقاً، فإن الاستناد إلى هذا المعيار لا يكون منتجاً⁽¹⁾.

3- معيار القائمة القضائية⁽²⁾

يعتمد هذا المعيار على ما استقر عليه الاجتهاد القضائي فيما يعد عملاً من أعمال السيادة وبالتالي يتمتع بحصانة ضد الرقابة القضائية، وفيما يعد عملاً إدارياً يخضع لتلك الرقابة، فبعد المحاولات التي بذلها الفقهاء في سبيل الوصول إلى معيار جامع مانع لتمييز أعمال السيادة⁽³⁾، ومن ثم يمكن القول بأن المرجح لتحديد إذا كان العمل يعد من أعمال السيادة أو من الأعمال الإدارية هو القضاء⁽⁴⁾.

ولقد أخذ به القضاء الإداري المصري كما أخذت به محكمة العدل العليا في فلسطين فكرة القائمة القضائية.

ولقد درج القضاء والفقهاء على اعتبار كل ما يلي من ضمن أعمال السيادة:

- أ- الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية: كاقترح القوانين أو الاعتراض عليها، حل البرلمان، ودعوته للانعقاد، فهذه الأعمال تحرك مسؤولية الحكومة السياسية وليست الإدارية⁽⁵⁾.
- ب- الأعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية: كالأعمال المتصلة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي، والمتعلقة بالرعايا الأجانب والاعتراف بالحكومات وعلاقة الدولة بغيرها من الدول، وتوقيع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية⁽⁶⁾.

(1) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص54).

(2) يذهب بعض الفقهاء إلى أن معيار القائمة القضائية غير دقيق، حيث لا يفسح المجال للقضاء الإداري من إضافة أي جديد لهذه القائمة، والأولى هو المعيار المختلط والذي مفاده هو أن أعمال السيادة هي أعمال مختلطة بمعنى أنها لا تصدر عن السلطة التنفيذية وحدها، وإنما هذه الأعمال تكون ضمن علاقة الحكومة بسلطات أخرى سواء داخلية أم خارجية. للمزيد راجع هاني غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص126).

(3) أبو العثم، القضاء الإداري (ص109).

(4) بطيخ، الرقابة على الجهاز الإداري (ص139).

(5) كنعان، القضاء الإداري (ص67).

(6) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص55).

ج- الأعمال الحربية: مثل قرار إعلان الحرب والإجراءات المتصلة بسير العمليات العسكرية وكافة التدابير التي تتخذ كتدابير احترازية أو بمناسبة الحرب⁽¹⁾.

د- الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة وأمنها الداخلي، مثل إعلان الأحكام العرفية، وحالة الطوارئ وإعلان حالة الضرورة⁽²⁾.

ولقد تبنت محكمة العدل العليا في فلسطين فكرة القائمة القضائية وقامت بتعداد غالبية الحالات التي عدها مجلس الدولة الفرنسي أعمالاً تدخل في نطاق نظرية السيادة، حيث قررت التطرق إلى مسألة أعمال السيادة، القول بأن قرار الاعتقال المطعون فيه هو عمل من أعمال السيادة فإننا لا ندري كيف يمكن اعتبار إجراء اعتقال مواطن من قبل أفراد الشرطة عملاً من أعمال السيادة التي بمفهومها القانوني البسيط والمختصر تتمثل في الأعمال الحكومية المتعلقة بتنفيذ القوانين الأساسية الدستورية، وروابط الحكومة بالمجالس النيابية ومع الدول الأجنبية وما تقوم به من أعمال تتعلق بكيفية تنفيذ مواد الاتفاقيات والمعاهدات وبما له مساس بالسيادة العامة للدولة، وتعد من أعمال السيادة الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية وبعض إجراءات الأمن الداخلي كالقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، بإعلان حالة الطوارئ والعمل بقانون الدفاع، والعفو من العقوبة والأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية وبعض الأعمال الحربية⁽³⁾.

(1) أبو العثم، القضاء الإداري (ص110).

(2) عمر، القضاء الإداري الفلسطيني (مبدأ المشروعية) (ص100 وما بعدها).

(3) قرار رقم 2000/18، جلسة 2000/7/11، برام الله. مشار إليه عند: أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (141). وغانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص130-131).

المبحث الثاني

ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية

تمهيد:

إن احترام مبدأ المشروعية كمبدأ أساسي وجوهري تقوم عليه الدولة المعاصرة- الديمقراطية- لا يتحقق إلا بتوافر ضمانات ووسائل عملية تضمن سيادة أحكامه على الجميع حكماً ومحكومين⁽¹⁾، وتتفاوت هذه الضمانات والوسائل في مضمونها ونتائجها من دولة لأخرى، إذ تحكمها درجة ديمقراطية النظام ومدى احترامه لحقوق الإنسان والتي لا يعكسها فقط سن النصوص القانونية إنما تنفيذها على أرض الواقع⁽²⁾.

وتتمثل الضمانات التي تكفل احترام مبدأ المشروعية بصورة فاعلة وحقيقية وذلك بأخذ دستور الدولة بمبدأ الفصل بين السلطات⁽³⁾، وتقرير الرقابة على مشروعية أعمال تلك السلطات. حيث ترتبط الرقابة مع النشاط الإداري ارتباطاً وثيقاً، فهي تلازمه على الدوام، فأينما وجد النشاط الإداري وجدت الرقابة، وتتنوع الرقابة على أعمال الإدارة وفقاً للجهة التي تمارسها⁽⁴⁾. فهناك الرقابة الإدارية التي تقوم بها الإدارة ذاتها، والرقابة الشعبية أو السياسية التي يقوم بها البرلمان في الدولة أو الأحزاب السياسية أو الرأي العام، وأخيراً الرقابة القضائية المتمثلة برقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

❖ **المطلب الأول: الرقابة غير القضائية على أعمال السلطة الإدارية**

❖ **المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية**

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص30).

(2) عدنان، القضاء الإداري الفلسطيني (مبدأ المشروعية) (ص112).

(3) نصت المادة (2) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م على أن "الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي".

(4) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص148).

المطلب الأول

الرقابة غير القضائية على أعمال السلطة الإدارية

تعرف الرقابة بأنها الإشراف والفحص والمراجعة من جانب سلطة لها هذا الحق وفقاً للقانون، للتعرف على كيفية سير العمل داخل المؤسسة محل الرقابة، للتأكد من حسن استخدام الأموال العامة للأغراض المخصصة لها، ومن أن التصرفات تحصل طبقاً للقوانين واللوائح والتعليمات المعمول بها، والكشف عن المخالفات والانحرافات وبحث الأسباب التي أدت إلى حدوثها، واقتراح وسائل علاجها لتفادي تكرارها مستقبلاً⁽¹⁾.

ويختلف نوع الرقابة على أعمال الإدارة باختلاف الهيئة التي تباشرها، فقد تكون سياسية شعبية أو إدارية.

وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

❖ الفرع الأول: الرقابة السياسية

❖ الفرع الثاني: الرقابة الإدارية

الفرع الأول: الرقابة السياسية

تعد الرقابة السياسية أحد أساليب الرقابة على أعمال الإدارة، ولها أهميتها، حيث إنها لا تقتصر على رقابة المشروعات فقط بل تمتد إلى رقابة الملاءمة⁽²⁾، وقد تتخذ هذه الرقابة صورة آراء وتعليقات وشكاوى تطرحها أحزاب المعارضة في الصحف ووسائل الإعلام الأخرى بحيث تخلق رأياً عاماً يضغط على الحكومة وينبه على الأخطاء ما يدفع جهات الإدارة إلى محاولة عدم الوقوع في أخطاء مماثلة، وقد يمارسها البرلمان على أعمال الإدارة العامة، الذي يتمتع بحق محاسبة السلطة التنفيذية بوسائل عديدة، ولاشك أن للرقابة السياسية على أعمال الإدارة ميزة مهمة ترجع إلى تعدد أساليبها وخطورة النتائج المترتبة على مباشرتها والتي قد تصل إلى إجبار الحكومة على الاستقالة⁽³⁾، فالرقابة السياسية على عمل السلطة التنفيذية لا بد من وجودها في

(1) حرب، أجهزة الرقابة وأنظمة المساءلة في القطاع العام الفلسطيني (ص6).

(2) غانم، الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإداري في فلسطين (ص233).

(3) عثمان، دروس في قانون القضاء الإداري (ص42).

الدولة الحديثة، على أن تمارس بأمانة وإتقان وذلك على نحو يوازن عمل السلطات دون أن يرجح أحدها على الأخرى⁽¹⁾.

وهذه الرقابة يتولاها البرلمان في الدولة والأحزاب السياسية والرأي العام.

أولاً: الرقابة البرلمانية

يمارس البرلمان في غالبية النظم السياسية رقابته على الحكومة، وتختلف آليات الرقابة ومظاهرها حسب طبيعة النظام الدستوري السائد في الدولة⁽²⁾.

ويقصد بالرقابة البرلمانية: أن يقوم البرلمان بمحاسبة السلطة التنفيذية عن جميع تصرفاتها، ومراقبة مختلف أعمالها، ومناقشتها في سياستها العامة التي نالت الثقة من البرلمان على أساسها، فالمراقبة البرلمانية تقوم بجوهرها على مفهوم فحص الأداء السياسي والإداري والمالي والقانوني للسلطة التنفيذية وفق معايير وضوابط محددة. يستطيع البرلمان عن طريق هذه الرقابة التعرف على طريقة سير الجهاز الحكومي وكيفية أداء الأعمال المختلفة⁽³⁾.

والهدف منها: هو إلزام السلطة التنفيذية سواء بوصفها سلطة حكم أم بوصفها سلطة إدارية بمراعاة مبدأ المشروعية في تصرفاتها وأعمالها من ناحية، ومن ناحية أخرى مدى ملاءمتها لأهداف الدولة والصالح العام⁽⁴⁾.

إلا أنه أخذ على هذه الرقابة عدة مآخذ أهمها افتقارها إلى الفاعلية نتيجة للاعتبارات الحزبية التي تتدخل في عمل البرلمان فتفسد هذه الرقابة، فالبرلمان لا يمكنه توقيع جزاء مباشر على الإدارة نتيجة تصرفها المخالف للقانون، فليس له سلطة إلغائه أو التعويض عن الضرر الذي نتج عنه، الأمر الذي يجعل هذه الرقابة غير فاعلة في حماية حريات الأفراد⁽⁵⁾.

ولقد نصت غالبية دساتير دول العالم المختلفة فيما يتعلق بالرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة، فحددت فحواها وحدودها.

(1) الجبوري، القضاء الإداري (ص24).

(2) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص43). حيث تكاد تنعدم في النظام الرئاسي. وتكون بصورة واضحة في النظام البرلماني.

(3) كايد، تقرير حول إشكالية العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في السلطة الوطنية الفلسطينية (ص51).

(4) السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة (104).

(5) عثمان، دروس في قانون القضاء الإداري (ص43).

ولقد تبني المشرع الدستوري الفلسطيني الرقابة البرلمانية، حيث وسع من نطاقها إلى أبعد مدى.

ويتبين ذلك من نص المادة (47) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م على أنه:

1- المجلس التشريعي الفلسطيني هو السلطة التشريعية المنتخبة.
2- "بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي....".
يظهر من هذا النص أن للمجلس التشريعي دوراً رقابياً على أعمال السلطة التنفيذية إلى جانب دوره في سن القوانين.

وتتمثل وسائل الرقابة البرلمانية التي يمارسها المجلس التشريعي الفلسطيني بالأسئلة، والاستجواب وسحب الثقة وتشكيل لجان تقصي الحقائق إلى جانب الرقابة التي تقوم بها اللجان الدائمة.

1- توجيه الأسئلة

يعد السؤال إحدى الوسائل الرقابية حيث يمنح الحق لأعضاء البرلمان في توجيه الأسئلة لأعضاء الحكومة -الوزراء ورؤساء الهيئات والمؤسسات العامة وغيرهم من المسؤولين التنفيذيين- عن أمور تتعلق بأعمال وزاراتهم أو مؤسساتهم وذلك بقصد الاستيضاح عن أمر معين، أو تنبيه هذا المسؤول لمسألة أو مخالفة معينة ارتكبت، أو قد يرتكبها هذا المسؤول أو موظفوه نتيجة قرار أو إجراء معين⁽¹⁾.

فقد نص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (56) على أنه: "لكل عضو من أعضاء المجلس الحق في: توجيه الأسئلة والاستجوابات إلى الحكومة أو إلى أحد الوزراء، ومن في حكمهم....".

ونص قانون واجبات وحقوق أعضاء المجلس التشريعي رقم 10 لسنة 2004م على أنه: "للعضو الحق في توجيه الأسئلة إلى الوزراء ومن في حكمهم واستجوابهم وفقاً لأحكام القانون الأساسي والنظام الداخلي".

ونظم النظام الداخلي للمجلس التشريعي موضوع السؤال فقد نص على أنه:

(1) بشناق، محاضرات النظم السياسية والقانون الدستوري (ج1).

1- "يحق للعضو توجيه الأسئلة إلى الوزراء وله استجوابهم عن أمر يريد معرفة حقيقته أو للتحقق من حصول واقعة علم بها ومعرفة الإجراءات التي اتخذت أو قد تتخذ في أمر من الأمور.

2- "يجب أن يكون السؤال أو الاستجواب واضحًا ومحددًا للأمور المراد الاستفهام عنها دون أي تعليق".

وبين النظام شروط تقديم الأسئلة فنص على أنه: "يقدم السؤال كتابة للرئيس ويبلغه إلى الوزير المختص ويدرجه في جدول أعمال أقرب جلسة على أن يكون قد انقضى أسبوع على الأقل من تاريخ إبلاغه للوزير، ويخصص المجلس في أول الجلسة نصف ساعة للأسئلة إلا إذا قرر المجلس خلاف ذلك".

وبيّن حالة الرد على الأسئلة فنص على أنه: "يرد الوزير على الأسئلة الموجهة إليه والمدرجة في جدول الأعمال وله أن يطلب تأجيل الإجابة لجلسة أخرى يحددها المجلس، وفي حالة الاستعجال يحق للوزير أن يطلب الإجابة عن سؤال وجه إليه في أول جلسة بعد إبلاغه ولو لم يدرج في جدول أعمالها، ويخطر الوزير الرئيس بذلك ويشير إليها في محضر الجلسة".

وبين أنه لعضو المجلس الذي وجه السؤال أن يستوضح الوزير وأن يعلق على إجابته بإيجاز مرة واحدة.

وأشار إلى أنه لا تنطبق الإجراءات الخاصة بالأسئلة على ما يوجه منها للوزراء أثناء مناقشة موضوع مطروح على المجلس بل يحق للأعضاء أن يوجهوها.

2- الاستجواب

عرف بعض الفقه الدستوري الاستجواب بأنه "وسيلة تحقيق برلماني توجه للحكومة من خلال معارضي سياستها"⁽¹⁾.

ويعرفه البعض على أنه "وسيلة رقابة أكيدة تمارسها السلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية، وهو يعني المحاسبة بل قد يحمل معنى الاتهام"⁽²⁾.

(1) صلاح الدين، البرلمان دراسة مقارنة وتحليلية لبرلمان العالم (ص59).

(2) الجمل، النظام الدستوري في الكويت (ص71).

ويعد أقوى من السؤال وأخطر منه في نتائجه⁽¹⁾، لأنه قد ينتهي الأمر في حالة عدم الاقتناع بالنتيجة إلى التصويت على الثقة في حدود إجراءات معينة ويستهدف تحريك المسؤولية السياسية في مواجهة الحكومة أو أحد الوزراء⁽²⁾.

فقد نص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (56) على أنه: "لكل عضو من أعضاء المجلس الحق في: توجيه الأسئلة والاستجابات إلى الحكومة أو إلى أحد الوزراء، ومن في حكمهم، ولا يجوز مناقشة الاستجواب إلا بعد مرور سبعة أيام من تقديمه إلا إذا قبل الموجه إليه الاستجواب الرد والمناقشة حالاً أو في أجل أقل، كما أنه يجوز تقصير هذا الأجل في حالة الاستعجال إلى ثلاثة أيام بموافقة رئيس السلطة الوطنية".

ونص قانون واجبات وحقوق أعضاء المجلس التشريعي رقم 10 لسنة 2004م على أنه: "للعضو الحق في توجيه الأسئلة إلى الوزراء ومن في حكمهم واستجوابهم وفقاً لأحكام القانون الأساسي والنظام الداخلي".

ونظّم النظام الداخلي للمجلس التشريعي شروط الاستجواب وإجراءاته فقد نص على أنه:

1- "يجب أن يكون الاستجواب مكتوباً ويقدم للرئيس الذي يحدد موعداً لتلاوته على أن تراعى السرعة الممكنة في طرحه للنقاش، ويحدد الموعد بعد سماع رد الوزير، ولا يجوز إطالة المناقشة لأكثر من عشرة أيام".

2- للاستجابات الأسبوعية على سائر المواد المدرجة على جدول الأعمال ما عدا الأسئلة.

3- لكل عضو أن يطلب من الوزير المختص إطلاعه على بيانات أو أوراق تتعلق بالاستجواب المعروض على المجلس ويقدم هذا الطلب كتابة إلى رئاسة المجلس.

4- يشرح المستجوب موضوع استجوابه وبعد إجابة الوزير يجوز للأعضاء الاشتراك في المناقشة وللمستجوب بعد ذلك إذا لم يقتنع أن يبين أسباب عدم اقتناعه وله ولغيره من الأعضاء أن يطرحوا مسألة حجب الثقة عن الوزراء أو أحدهم مع مراعاة ما ينص عليه القانون الأساسي بهذا الشأن.

5- يجوز لمقدم الاستجواب سحبه واسترداده فلا ينظر فيه إلا إذا طلب ذلك خمسة أعضاء أو أكثر من أعضاء المجلس".

(1) الرشيدى، التحقيق البرلماني (ص373).

(2) القيسي، القضاء الإداري (ص63).

3- تشكيل لجان تقصي الحقائق

قد لا تكفي الوسائل السالفة في تحقيق المجلس التشريعي لمهامه الرقابية على الحكومة كما ينبغي، إذ تتطلب ممارسة المجلس لوظيفته في مراقبة أعمال الحكومة ضرورة الاطلاع على بعض الملفات أو القيام بالبحث والتحري حول بعض القضايا المطروحة عليه⁽¹⁾، فيعمد إلى تشكيل لجنة للتحقيق في أمر معين.

وللتحقيق البرلماني أثر كبير في أعمال الرقابة على السلطة التنفيذية، فإنه يستتبع المسؤولية السياسية عادة، وعلى اللجنة المكلفة تقديم تقارير دورية للمجلس حول نتائج التحقيق ليأخذ المجلس ما يراه مناسباً بشأنها، دون أن يكون للجنة التحقيق الحق في اتخاذ قرار من تلقاء نفسها، بشأن القضية التي تنظر فيها⁽²⁾.

وتعد لجان التحقيق البرلماني من بين الوسائل المهمة والخطيرة التي يستخدمها البرلمان للرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، حيث لا يمكن للبرلمان في بعض الحالات أن يكشف عيوب الجهاز الإداري سواء في الناحية المالية أو السياسية أو الإدارية، بغير هذه الطريقة⁽³⁾.

حيث نصت المادة (58) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه: "للمجلس أن يكون لجنة خاصة، أو يكلف إحدى لجانها، من أجل تقصي الحقائق في أي أمر عام، أو في إحدى الإدارات العامة".

واستند المجلس التشريعي الفلسطيني في تشكيله للجان تقصي الحقائق على الفقرة الثالثة من المادة (48) من النظام الداخلي والتي تنص على أن "للمجلس أن يشكل لجاناً أخرى لأغراض أنبية أو دائمة ولأهداف محددة".

4- اللجان الدائمة

اللجان البرلمانية الدائمة هي أداة المجلس التشريعي للقيام بالواجبات والأعباء التي تفرضها طبيعة مهامه البرلمانية، سواء أكانت واجبات رقابية على أعمال السلطة التنفيذية، أو تشريعية لاستصدار القوانين التي تخدم كرافعة تنموية للسياسات التنفيذية المقررة في المجلس التشريعي، وتشكل "اللجان" همزة وصل بين الحكومة والمجلس، وقد تعمل اللجان الدائمة كلجان تقصي حقائق حين يكلف المجلس التشريعي إحدى اللجان الدائمة بمهمة متابعة قضية

(1) حرب، أجهزة الرقابة وأنظمة المساءلة في القطاع العام الفلسطيني (ص34).

(2) السعدي، الرقابة البرلمانية على أداء الأجهزة الأمنية (ص24).

(3) شنطاوي، وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الأردني (مج31/25).

معروضة عليه ضمن اختصاص اللجنة⁽¹⁾، ووفقاً لأحكام الفقرة 1 من المادة 48 للنظام الداخلي: يشكل المجلس لجاناً دائمة؛ للرقابة، ولبحث مشاريع القوانين والاقتراحات والقضايا التي يحيلها المجلس ورئيسه إليها، وللمجلس أن يشكل لجاناً أخرى لأغراض آنية أو دائمة ولأهداف محددة وهي ما تعرف في الواقع بلجان تقصي الحقائق ولجان المتابعة.

وتنص المادة (57) من النظام الداخلي للمجلس على أنه: "للجان من خلال رؤسائها أن تطلب من أي وزير أو مسؤول في مؤسسات السلطة الوطنية معلومات أو إيضاحات تتعلق بالموضوعات المطروحة عليها أو التي تدخل ضمن اختصاصها"، كما أن لأي لجنة أن تطلب من الوزير المعني أو المسؤول المعني الممثل أمامها لتقديم عرض بخصوص موضوع من المواضيع التي تدخل في نطاق اختصاصاته، وذلك عند حضور الوزراء أو من ينوب عنهم في أعمال اللجان، وحق الاتصال يخول للنواب طلب الاستماع إلى الحكومة، وطلب الاطلاع على الوثائق الرسمية، وللجنة القيام بزيارات ميدانية، سواء إلى المراكز التابعة للقطاع الحكومي من أجل الوقوف على نشاط المؤسسة، أو المناطق المتضررة.

5- جلسات الاستماع (جلسات المناقشة)

استخدم المجلس التشريعي وسيلة رقابة شبيهة بالاستجواب هي المناقشة، (مع فارق النتائج المترتبة على كل منهما) عرفت بجلسات الاستماع، وتتخلص فكرة هذه الوسيلة الرقابية في عقد جلسة مناقشة، تتضمن الاستماع لأحد الوزراء أو أحد كبار الموظفين في السلطة، وهو إجراء يهدف إلى طرح موضوع مهم للمناقشة لتبادل الرأي بين المجلس والحكومة، بهدف الوصول إلى تصور مشترك بينهما، وليس سحب الثقة من الحكومة أو الوزير مثلما هو الحال في الاستجواب.

فالمناقشة تستهدف الرقابة الموضوعية، وتهدف كقاعدة عامة إلى لفت نظر الحكومة إلى الموضوع الجاري مناقشته، بقصد تدارك ما اعتراه من خلل، ومن ثم تطويره نحو الأفضل، دون التعرض لموضوع استمرار الحكومة أو الوزير في الحكم، وحق المشاركة في جلسات المناقشة مفتوح لمن يشاء من أعضاء المجلس ويصدر قراراً من المجلس بطلب الاستماع إلى أي من الوزراء أو رؤساء الهيئات العامة أو الشخصيات الرسمية بخصوص أمر ما أو قضية معينة. كما يجوز للنواب إبداء الآراء وطرح الأسئلة في الجلسة المخصصة للاستماع للشخص المدعو لذلك، وتنتهي المناقشة إما بقرار إقفال باب المناقشة والانتقال إلى جدول الأعمال، أو بقرار

(1) أبو خديجة، تقرير حول السلطة التشريعية والحكم الرشيد، <http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=4866>

برغبة المجلس في أمر معين وخصوصاً في الحالات التي قد يظهر من خلالها حقائق عن أوضاع ومسائل لم تكن واضحة أو معروفة لأعضاء المجلس⁽¹⁾.

وعلى الرغم من عدم النص على هذه الوسيلة الرقابية في القانون الأساسي الفلسطيني، أو حتى النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني، إلا أنه تم اللجوء إلى الأعراف البرلمانية لاستحداث هذه الوسيلة تحت قبة المجلس التشريعي الفلسطيني⁽²⁾.

6- مناقشة البيان الوزاري وإقراره ومنح الثقة للحكومة وحجبها

تعد أعلى مستويات الرقابة البرلمانية، وآخر وسيلة قد يلجأ إليها البرلمان بعد لجان تقصي الحقائق، أو الاستجواب لمحاسبة الحكومة أو أحد أعضائها. ودون هذه الوسيلة تختفي إحدى أهم دعائم النظام البرلماني وأحد أركانه الجوهرية، وتشكل هذه الوسيلة تجسيداً للمساءلة السياسية للحكومة أمام البرلمان، والتي تعطيه صلاحية إجبارها، أو أحد أعضائها، على تقديم الاستقالة، أو اعتبارها مستقيلة بمجرد إقرار سحب الثقة منها وفق نصوص القانون الناظم لها⁽³⁾.

والمسؤولية السياسية للحكومة تكون إما مسؤولية تضامنية جماعية أو مسؤولية فردية، فهي الخاصة الأساسية التي تميز النظام البرلماني عن غيره من الأنظمة الأخرى؛ فكل الأنظمة البرلمانية تقر بمسؤولية الحكومة أمام البرلمان، وأن الحكومة لا تستلم مهامها إلا بعد أن يصادق البرلمان على برنامجها⁽⁴⁾. وتتص الفقرة (3) من المادة (73) من القانون الأساسي على أن: "رئيس الوزراء وأعضاء حكومته مسؤولون مسؤولية فردية وتضامنية أمام المجلس التشريعي".

وعلى الرغم من أن التشريعي له الدور الرقابي إلا أن طبيعة النظام السياسي في فلسطين لا يمنع ما بين الجمع بين الحقيبة الوزارية وعضوية المجلس التشريعي، بل إن غالبية الحكومات السابقة هم أعضاء في المجلس التشريعي إلا أن هذا الأمر يترتب عليه عدم فاعلية الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية. لذلك نوصي المشرع الفلسطيني بأن ينص صراحة على عدم الجمع بين عضوية المجلس التشريعي وتولي أي منصب وزاري، وفي ذلك تفعيل الدور الرقابي وتأكيد لمبدأ المشروعية وضمان أوسع لحماية الحقوق والحريات.

(1) حرب، تأثير النظام الانتخابي على الأداء الرقابي للمجلس التشريعي (ص38).

(2) بادرت لجنة التربية والقضايا الاجتماعية بعقد جلسات استماع في الدورة الرابعة للمجلس التشريعي الفلسطيني، ثم تبعتها اللجان الأخرى، راجع. السعدي، الرقابة البرلمانية على أداء الأجهزة الأمنية (ص29).

(3) السعدي، الرقابة البرلمانية على أداء الأجهزة الأمنية (ص29).

(4) أبو خديجة، تقرير حول السلطة التشريعية والحكم الرشيد، <http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=4866>.

ثانياً: رقابة الأحزاب والتنظيمات السياسية والنقابية

تعد الأحزاب إحدى الظواهر البارزة في الحياة السياسية لاسيما في الأنظمة الديمقراطية وذلك لما تقوم به من تنافس على السلطة وتجسيدا لمبدأ المشاركة السياسية إضافة إلى التعبير عن إرادة المجتمع بكافة أطرافه ومصالحه، وتقوم الأحزاب بمراقبة تصرفات الحكومة وأعمالها الأمر الذي يؤثر في السلطة ويمنعها من التجاوزات والفساد، فأسلوب عمل الأحزاب يضمن أن تكون النظريات والأهداف السياسية والاجتماعية في وضع قابل للتطبيق⁽¹⁾.

وتستخدم الأحزاب المعارضة في ممارستها لتلك الرقابة وسائل متعددة إما عن طريق نواب تلك الأحزاب في المجلس النيابي، أو بواسطة الصحف التي تصدرها أو في الاجتماعات والندوات والمؤتمرات التي تعقدها، وذلك للمطالبة بتصحيح الأوضاع وإصلاح المخالفات في سبيل تحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

وقد لعبت الأحزاب والتنظيمات السياسية في فلسطين دوراً فاعلاً في الرقابة، فقد أولى المشرع الدستوري اهتماماً واضحاً للأحزاب السياسية ولدورها الفاعل في تحقيق المصلحة العامة⁽³⁾، حيث تبنى التعددية النيابية والحزبية وذلك من خلال نص المادة (5) من القانون الأساسي الذي نصت بأن "نظام الحكم في فلسطين نظام ديمقراطي نيابي يعتمد على التعددية السياسية والحزبية.....".

وتبني حق المشاركة في الحياة السياسية، حيث جاء في نص المادة (26) من القانون الأساسي ذاته على أن "للفلسطينيين حق المشاركة في الحياة السياسية أفراداً وجماعات ولهم على وجه الخصوص الحقوق الآتية":

- 1- تشكيل الأحزاب السياسية والانضمام إليها وفقاً للقانون.
- 2- تشكيل النقابات والجمعيات والاتحادات والروابط والأندية والمؤسسات الشعبية وفقاً للقانون.
- 3- التصويت والترشيح في الانتخابات لاختيار ممثلين منهم يتم انتخابهم بالاقتراع العام وفقاً للقانون.
- 4- تقلد المناصب والوظائف العامة على قاعدة تكافؤ الفرص.

(1) مفهوم الحزب السياسي ووظائفه www.facebook.com/notes/rnn/218791238149972

(2) عبد الله، القضاء الإداري مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) (ص 65).

(3) غانم، القضاء الإداري (ص 260).

5- عقد الاجتماعات الخاصة دون حضور أفراد الشرطة، وعقد الاجتماعات العامة والموكب والتجمعات في حدود القانون.

يتضح مما سبق أن المشرع الدستوري أحال للقانون بشأن تأني تشكيل الأحزاب السياسية، إلا أنه لم يصدر مثل هذا القانون حتى الآن، ونحن من جانبنا نؤيد هذا الموقف لأن أي قانون يصدر في الفترة الحالية يتطلب أن يتم تسجيل الحزب بصورة رسمية وأن يحدد أعضائه ومنتسبيه وأن تظهر أمواله من مصادرها وأين صرفت؟ وهذا كله يتنافى مع مرحلة التحرر التي تتطلب السرية، لذلك نوصي المجلس التشريعي بعدم إصدار قانون الأحزاب السياسية حتى اكتمال قيام الدولة الفلسطينية في ظل سيادة كاملة.

ثالثاً: رقابة الرأي العام على أعمال الإدارة

يراد بمصطلح الرأي العام: هو الفكرة السائدة لدى جمهور من الناس تربطهم مصلحة مشتركة إزاء موقف من المواقف، أو تصرف من التصرفات، أو مسألة من المسائل المهمة التي تثير اهتمامهم وتتعلق بمصالحهم المشتركة⁽¹⁾.

ويشارك في تكوين الرأي العام مختلف الهيئات والتنظيمات الشعبية والنقابية والحزبية عن طريق طرح أفكارها واتجاهاتها والدعوة إليها بمختلف الوسائل التي تؤدي الصحافة والوسائل السمعية والبصرية دوراً كبيراً في نشرها وتعبئة الرأي العام وتوجيهه من خلالها.

حيث إن هذا النوع من الرقابة له الأثر البالغ في تنظيم أعمال الإدارة ومنعها من التعسف في استعمال السلطة، والتي غالباً ما كشفت عن بعض التجاوزات من موظفي الإدارة العامة. باعتباره الأداة الفاعلة للتعبير عن حريات الشعوب، حيث يزداد دور الرأي العام قوة في الحكم الديمقراطي⁽²⁾، غير أن هذا الطريق من طرق الرقابة لا يمتد تأثيره إلا في المجتمعات التي يبلغ فيها الرأي العام من النضج ما يؤهله القيام بواجب الرقابة وعدم الخضوع لمصالح فئات معينة تسخر الإرادة الشعبية والرأي العام لتحقيق أهدافها ومصالحها الخاصة، فتفقد بذلك حقيقة تعبيرها عن المصلحة العامة.

ولا يقوم إلا في نظام حر ديمقراطي تكفل فيه حرية الرأي والاجتماع والأحزاب والصحافة، وهي حريات كفلتها المواثيق العالمية والإعلانات والحقوق والساتير المختلفة⁽³⁾.

(1) إمام، الإعلام والاتصال بالجمهير (ص205).

(2) أبو راس، القانون الدستوري (ص534).

(3) أبو عمارة، القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة (ص100).

وقد نصت بعض الدساتير على حق الاستفتاء الشعبي الذي يتيح الفرصة للمواطنين لإبداء آرائهم في سياسات الحكومة والقرارات السياسية والإدارية.

ونجد الأهمية الخاصة التي أولاها المشرع الدستوري للرأي العام وللحرية في الرأي، حيث جاء ذلك في نص المادة (19) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، أنه "لامساس بحرية الرأي ولكل إنسان الحق في التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غير ذلك من وسائل التعبير أو الفن مع مراعاة أحكام القانون"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية

تواجه الإدارة ظروفًا ومتغيرات جديدة تجد معها ضرورة إعادة النظر في القرارات الصادرة عنها من حيث مشروعيتها وملاءمتها، فتتجه إلى إصدار قرارات أخرى تتناسب والظروف المستجدة، بهدف حماية سيادة القانون واحترام أحكامه⁽²⁾، ويقصد بالرقابة الإدارية الرقابة الذاتية الداخلية للإدارة، أي مراقبة السلطة الإدارية لما تقوم به من أعمال وتصرفات، فالإدارة نفسها التي تحاسب نفسها وتصحح اعوجاجها⁽³⁾. وهذه الرقابة تضم بين دفتيها رقابة المشروعية والملائمة.

أولاً: طرق تحريك الرقابة الإدارية

تتخذ الرقابة الإدارية صورتين، فإما أن تكون نابعة من الجهة الإدارية ذاتها التي قامت بالتصرف وفي هذه الحالة يطلق عليها مصطلح الرقابة الذاتية، وتتحقق الرقابة الذاتية إما تلقائيًا أو بناء على تظلم، وإما أن تكون الرقابة خارجية وليست ذاتية أي تمارسها جهة مستقلة عن جهة الإدارة التي قامت بالتصرف.

1- الرقابة الإدارية الداخلية

تتحرك الرقابة الإدارية إما بصورة تلقائية من جانب الإدارة نفسها، بمعنى أن الرقابة تكون داخل المؤسسة الإدارية نفسها، فتقوم بإعادة النظر في التصرف الذي صدر منها إما بإلغائه أو تعديله أو استبداله، أو بناء على تظلم يقدم إليها من ذوي المصلحة الذين لحقهم ضرر من تصرفات الإدارة.

(1) راجع المادة (19) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003.

(2) أبو العثم، القضاء الإداري (ص130).

(3) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص169).

2- الرقابة الإدارية التلقائية

تتم هذه الرقابة الإدارية بغير تظلم من صاحب المصلحة، حيث تقوم بها الإدارة من تلقاء نفسها في بعض الأحيان، وتكون عندما يقوم رجل الإدارة بمراجعة أعماله لمعرفة مدى مشروعيتها أو ملاءمتها، فإذا وجد خطأ في اتخاذها فيقوم بسحب أو إلغاء أو تعديل القرار الصادر عنه⁽¹⁾. ويمارس الرقابة التلقائية إما الموظف الذي قام بالعمل غير المشروع أو غير الملاءم أو رئيسه الإداري بما له من سلطة رئاسية تجاه مرؤوسيه، فالمستقر أن الرئيس الإداري يمارس سلطة التوجيه والإشراف والرقابة على أعمال مرؤوسيه حتى ولو لم ينص القانون على ذلك، فالأصل وجود هذه الرقابة ولا تنتفي إلا بنص صريح يستبعدا⁽²⁾.

3- الرقابة الإدارية بناء على تظلم

تتحرك هذه الرقابة بناء على تظلم يقدم من المضرور جراء أعمال وتصرفات الإدارة، ويقدم إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار. ويعرف التظلم الإداري بأنه وسيلة من الوسائل القانونية التي تسمح باستصدار قرار إداري منقح مع القانون، ويعني أن تتولى الإدارة نفسها مراجعة قراراتها التي أصدرتها، وتتعدد صور التظلم، فقد يكون ولائي أو رئاسي أو إلى لجنة:

أ- **التظلم الولائي**: وقد يقوم بهذه المهمة نفس الرئيس الذي أصدر الأمر بناء على تظلم يقدم إليه من ذوي المصلحة طالباً منه أن يعيد النظر في تصرفه إما بسحبه أو بإلغائه أو تعديله، ويسمى في بعض الحالات تظلماً بطريق الالتماس⁽³⁾.

ب- **التظلم الرئاسي**: وقد يقوم به أحد الرؤساء الذين يعلنون من أصدر القرار في السلم الإداري⁽⁴⁾. والرئيس بناء على سلطته الرئاسية يقوم بسحب القرار أو إلغائه أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون⁽⁵⁾.

وتناول قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998م والمعدل بقانون رقم 4 لسنة 2005 في المادة (105) التظلم الرئاسي بشيء من التفصيل، وذلك كما يأتي:

(1) أبو العثم، القضاء الإداري (ص130).

(2) غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص99).

(3) حمد، السلطة التقديرية للإدارة مدى رقابة القضاء عليها (ص72).

(4) فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة (ص13).

(5) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص72).

1- للموظف أن يتظلم لرئيس الدائرة الحكومية من أي قرار إداري وذلك خلال عشرين يوماً من تاريخ علمه.

2- يتم البت في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه فإذا انقضت المدة دون رد خطي على المتظلم عد التظلم مرفوضاً.

3- للموظف اللجوء إلى القضاء خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه رفض تظلمه أو انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة الثانية أعلاه.

4- تنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون الإجراءات الخاصة بالتظلم من القرارات الإدارية⁽¹⁾.

وفي جميع صور الرقابة الإدارية بناء على تظلم يجب أن يكون مقدم التظلم صاحب مصلحة، وأن يوجه إلى الجهة الإدارية المختصة سواء إلى مصدر القرار أو الرئيس الأعلى أو إلى اللجنة الخاصة في حال كان القرار المشتكى منه يدخل في نطاق اختصاصها⁽²⁾.

حيث إن الرقابة الذاتية هذه ضرورية ومحقة في كثير من الأحيان لحسن سير المرافق العامة واحترام القانون، وإعمال مبدأ المشروعية، إلا أنها مع ذلك غير كافية لتحقيق هذه الأهداف، نظراً لأنها ذاتية، والإدارة تراقب نفسها بنفسها، وليست رقابة من هيئة محايدة مستقلة⁽³⁾.

ثانياً: الرقابة الإدارية الخارجية

تتمثل الرقابة الإدارية الخارجية بقيام بعض الأجهزة المركزية في الدولة بالقيام بالرقابة على السلطات العامة وفقاً للقانون، وهذا النوع من الرقابة يعد نوعاً من أنواع الرقابة الإدارية للوصول إلى أعلى درجة من الشفافية والنزاهة في منظومة العمل الإداري⁽⁴⁾، حيث يقوم في فلسطين ديوان الرقابة المالية والإدارية بالرقابة على العمل الإداري والمالي في جميع مؤسسات السلطة الوطنية الفلسطينية كافة⁽⁵⁾، وقد تمارس الحكومة المركزية على السلطات الإدارية اللامركزية نوعاً من الرقابة الخارجية بما تملكه من وصاية إدارية⁽¹⁾.

(1) راجع المادة (105) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 والمعدل رقم 4 لسنة 2005. للمزيد انظر أبو عمارة، القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة (ص111-1129).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص182).

(3) حافظ، القضاء الإداري في الأردن (ص23).

(4) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص175).

(5) نص المادة (2) من قانون ديوان الرقابة الإدارية والمالية رقم 15 لسنة 2005. "على أن ينشأ بمقتضى أحكام هذا القانون ديوان عام يسمى ديوان الرقابة المالية والإدارية ويكون له موازنة خاصة ضمن الموازنة العامة للسلطة الوطنية

وبالرغم بما يقوم به ديوان الرقابة الإدارية والمالية من مهام عظيمة في حماية مبدأ المشروعية من خلال مهامه المتمثلة في الرقابة على المال العام والأداء الوظيفي، إلا أن المشرع الفلسطيني لم يمنح الديوان سلطة تحريك الدعوى الجزائية في حق من يثبت ارتكابه لأفعال تشكل جرائم جزائية تستوجب عقوبة جزائية أو تلك التي تمثل مخالفات إدارية تستوجب عقوبات إدارية. لذلك نوصي بأن يمنح رئيس الديوان سلطة تحريك الدعوى الجزائية أو على الأقل إحالة ما يتكشف له من جرائم تستوجب المسؤولية الجزائية إلى النيابة العامة من أجل السير في الدعوى الجزائية، وكذلك نوصي بتحويل الحق في إحالة الملفات التي تثبت المخالفات الإدارية إلى ديوان الموظفين وإلى الجهات المختصة بتأديب الموظفين العموميين.

والهدف الأساسي من الرقابة الإدارية بنوعيتها، هو تحقيق المصلحة العامة، وذلك بالمحافظة على حسن سير المرافق العامة، وأدائها للخدمات العامة بكفاءة أكبر، وعلى وجه أفضل، وكفالة تنفيذ القوانين والأنظمة، والتزام حدودها وضمان نزاهة الموظفين وكفاءتهم، ويعود كل ذلك بالخير والنفع على المجموع، كما يؤدي إلى حماية الأفراد من جور الإدارة، وصون حقوقهم وحياتهم من اعتدائها⁽²⁾.

وتتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة ويتمتع بالأهلية القانونية الكاملة لمباشرة كافة الأعمال والنشاطات التي تكفل تحقيق المهام التي قام من أجلها". وراجع المادة (23) من هذا القانون والتي تتحدث عن اختصاصات ديوان الرقابة الإدارية والمالية.

(1) للمزيد من الإيضاح راجع، غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص98 وما بعدها).

(2) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص75).

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية

تعد من أفضل أنواع الرقابة على أعمال الإدارة، وذلك لأن القضاء مستقل في إصدار أحكامه⁽¹⁾، فتصدر من جهة تتسم بالحياد والاستقلال والتحقيق القانوني والدرامية بتطبيق القانون⁽²⁾.

وتعرف الرقابة القضائية: "بأنها منح السلطات والاختصاصات للقضاء سواء كان القضاء عادياً أم متخصصاً للبت في المنازعات ذات الصبغة الإدارية أو المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وتعطي لهذه الأحكام الحكم القضائي الملزم "حجية الأمر المقضي به"⁽³⁾.

والهدف الأساسي من هذه الرقابة أنها تحقق ضماناً حقيقية للأفراد لحماية حقوقهم وحياتهم وتعطي الحق للأفراد باللجوء إلى جهة مستقلة تتمتع بضمانات حصينة من أجل الإلغاء أو التعديل أو التعويض عن الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة مخالفة للقواعد القانونية المقررة⁽⁴⁾، حيث إنها تعد تحذيراً وتنبهاً للإدارة ما يدفعها إلى احترام القانون والخضوع لسلطاته.

حيث إن الرقابة القضائية تصل ذروة قوتها وتبلغ أبعد مداها، وذلك حين يمارس القضاء سلطة إلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون، بناءً على طلب صاحب المصلحة، وتعد هذه الصورة أقوى صور الرقابة القضائية؛ لأن الإلغاء يترتب عليه إزالة القرار من الوجود، ولا يقتصر أثر الحكم بالإلغاء على أطراف القضية المعروضة بالذات وإنما ينفذ بالنسبة للكافة ويحتج به على الكافة⁽⁵⁾.

فالرقابة القضائية لا تتحرك من تلقاء نفسها، بل يجب أن ترفع دعوى أو يقدم دفع من ذوي الشأن لكي يتدخل القاضي ويباشر الرقابة على أعمال الإدارة.

(1) الجبوري، القضاء الإداري (ص26).

(2) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص83).

(3) حافظ، القضاء الإداري في الأردن (ص77).

(4) أبو العثم، القضاء الإداري (ص145). وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري في النظم اللاتينية (النظام المزدوج) لا تستطيع أن يعدل قرارات الإدارة غير المشروعة بل يقتصر دوره على الإلغاء، وهذا بخلاف ما عليه العمل في النظام القضائي في فلسطين، حيث يستطيع القضاء الإداري تعديل القرار الإداري غير المشروع.

(5) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص83).

فالرقابة القضائية كما تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر "هي المظهر العملي الفاعل لحماية الشرعية فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود"⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الجهة القضائية التي تباشر مثل هذه الرقابة إنما تختلف باختلاف النظام القضائي في الدولة، وعمّا إذا كان يقوم على أساس وحدة القضاء أم على أساس ازدواجيته⁽²⁾.

وتختلف الدول في تنظيم وتحديد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ومن المستقر وجود نوعين من نظم الرقابة القضائية في دول العالم على أعمال الإدارة الأول يسمى القضاء الموحد والذي تتزعمه إنجلترا ومن بعدها الولايات المتحدة الأمريكية وغيرها من الدول، والثاني يسمى القضاء المزدوج والذي أنشأته فرنسا وتأخذ به مصر وسوريا ولبنان ودول المغرب العربي.

وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

❖ الفرع الأول: نظام القضاء الموحد

❖ الفرع الثاني: نظام القضاء المزدوج

الفرع الأول: نظام القضاء الموحد

يقصد بالنظام القضائي الموحد وجود هيئة قضائية واحدة يكون اختصاصها شاملاً لمختلف صور المنازعات أيًا كانت طبيعتها ودون تفرقة بين أطرافها، سواء بالنسبة للمنازعات الناشئة بين الأفراد أنفسهم أم بينهم وبين الجهات الإدارية أم بين جهات الإدارة ذاتها⁽³⁾.

ويتميز هذا النظام بأنه أكثر اتقافاً مع مبدأ المشروعية، إذ يخضع الأفراد والإدارة لقضاء واحد وقانون واحد مما لا يسمح بمنح الإدارة أي امتيازات في مواجهة الأفراد⁽⁴⁾.

ومن أمثلة الدول التي أخذت بوحدة القضاء والذي يطلق عليه النظام "الأنجلوسكسوني" إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وغالبية الدول التي خضعت للاحتلال والانتداب البريطاني

(1) المحكمة الدستورية العليا في مصر، الحكم الصادر بتاريخ 1976/4/3، الدعوى رقم 13، المجموعة الأولى، القسم الأول، (ص442). مشار في جمال الدين، قضاء الملاءمة (ص6).

(2) بطيخ، الرقابة على الجهاز الإداري (ص6).

(3) السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة (ص163).

(4) بشناق، محاضرات في القانون الإداري (ص183).

مثل الهند وباكستان، وكل الدول العربية التي خضعت للانتداب البريطاني مثل فلسطين والعراق والسودان والإمارات العربية المتحدة، والمملكة الأردنية الهاشمية.

ولكل نظام قضائي مميزات وعيوب، ولنظام القضاء الموحد مزايا متعددة، كما وله بعض العيوب.

أولاً: مزايا نظام القضاء الموحد

1- ضمانات جوهرية لمبدأ المشروعية

إن النظام الموحد يقوم على فكرة وجود جهة قضائية واحدة تختص بنظر جميع المنازعات على اختلاف أنواعها، وتطبق قانوناً واحداً تخضع له الإدارة والأفراد على السواء. مما يؤدي لتحقيق المساواة بين الإدارة والأفراد وتوحيد الأحكام والمبادئ القضائية⁽¹⁾، وهذا يؤكد على مبدأ المشروعية الذي يعد الضمانة الجوهرية لحماية حقوق وحريات الأفراد ضد تعسف الإدارة. فضلاً عن عدم منح امتيازات للإدارة في مواجهة الأفراد⁽²⁾.

2- تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات

يؤكد النظام القضائي الموحد مبدأ الفصل بين السلطات، فمهمة القاضي في النظام الأنجلوسكسوني تطبيق القانون لا خلق قواعد قانونية، فعندما لا يجد القاضي في النظام الموحد نصاً قانونياً خاصاً يفصل في المنازعة الإدارية فيرجع لقواعد الشريعة العامة والمتمثلة في القانون الخاص⁽³⁾، وتجدر الإشارة إلى أنه وبعد إقرار قانون الفصل في المنازعات الإدارية أصبحت فلسطين مرحلة وسط بين النظام الموحد والنظام المزدوج، حيث أطلق عليه بعض الفقه الفلسطيني بأنها نظام مختلط أو هجين يجمع بين النظام الموحد والنظام المزدوج⁽⁴⁾.

3- بساطة النظام القضائي الموحد

يمتاز القضاء الموحد بوجود جهة قضائية واحدة مختصة بالنظر في جميع المنازعات التي تثار بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة، فالقواعد القانونية التي تطبق على الأفراد هي ذاتها تطبق على الإدارة، ففي دول هذا النظام المحاكم العادية من تتولى الرقابة على أعمال

(1) بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري الفلسطيني (81).

(2) طارق، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية (ص 77).

(3) غانم، القضاء الإداري (ص 295).

(4) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطيني الجديد رقم 3 لسنة 2016

(ص 230).

الإدارة⁽¹⁾، فهذا الأمر لا تثار معه مشكلة تنازع الاختصاص في حال تعدد الجهات القضائية ولا تثار معه مشكلة تعارض الأحكام⁽²⁾.

4- حماية الحقوق والحريات الفردية

يرى مؤيدو هذا النظام أنه أقوى نظام ضد اعتداء الإدارة، ويضمن حماية الحقوق والحريات الفردية، حيث إن الإدارة في هذا النظام لا تتمتع بأي امتيازات في مواجهة الأفراد⁽³⁾. فالإدارة والأفراد تخضع لجهة قضائية واحدة في جميع المنازعات بما فيها المنازعات المتعلقة بالحقوق والحريات.

ثانياً: عيوب نظام القضاء الموحد⁽⁴⁾

1- اختلاف طبيعة المنازعة الإدارية

يؤخذ على النظام الموحد أنه يتجاهل طبيعة المنازعات الإدارية، فالإدارة عند ممارستها لأعمالها تسعى لتحقيق الصالح العام، أما الأفراد فيهدفون لتحقيق المصلحة الخاصة، فلا بد من ضرورة منح الإدارة طابعاً متميزاً عن الأفراد، وهذا يتعارض مع النظام الذي يساوي بين الأفراد والإدارة⁽⁵⁾.

2- عدم تحقيق الحماية الكافية للحقوق والحريات

لم يكفل نظام القضاء الموحد الحماية الكافية لحقوق الأفراد، حيث إن هناك بعض أعمال الإدارة لا تخضع للرقابة القضائية بحكم القانون. وبالتالي لا يجوز الطعن فيها⁽⁶⁾.

(1) عبد الله، القضاء الإداري اللبناني (ص72).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص194).

(3) بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري الفلسطيني (ص81).

(4) لمزيد من الإيضاح حول الرد على هذه العيوب راجع غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص198 وما بعدها).

(5) طارق، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية (ص77).

(6) الحلو، القضاء الإداري (ص77). وينتقد هذا الرأي فإن كان ذلك صحيحاً فالمشروع هو من قام بتحسين بعض الأعمال الإدارية من رقابة القضاء، والإدارة ملزمة بعدم مخالفة القانون. للمزيد من الإيضاح راجع هاني غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص197-198).

3- عدم مسؤولية الدولة

كما ويؤخذ عدم مسؤولية الدولة استنادًا إلى قاعدة أن "الملك لا يخطئ"، فالدولة في هذا النظام لا تخطئ ولا تثار مسؤوليتها، فتحمل الموظفين مسؤولية أخطائهم الوظيفية، ولا يجوز أن ترفع دعاوى التعويض ضدها لضعف الإمكانات المالية للموظف مقارنة بالدولة⁽¹⁾.

4- توجيه أوامر ونواهٍ للإدارة

يؤخذ على هذا النظام تعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه لم يحقق استقلال جهة الإدارة، فالمحاكم في النظام القضائي الموحد تستطيع أن تصدر أوامر ونواهي للجهة الإدارية تأمرها بموجبها بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء أو تعديل القرارات التي أصدرتها، مما يشكل خروجًا على وظيفة القاضي الذي يحكم ولا يدير⁽²⁾.

الفرع الثاني: نظام القضاء المزدوج

ويعني إنشاء قضاء إداري مستقل بجوار القضاء العادي الخاص بالأفراد يختص بالمنازعات الإدارية، ويتولى مهمة مراقبة مشروعية الأعمال الإدارية⁽³⁾.

حيث تتولى الوظيفة القضائية جهتان قضائيتان، الأولى جهة القضاء العادي والتي تتولى الفصل في المنازعات المدنية والتجارية، والثانية جهة القضاء الإداري التي تتولى الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية الناشئة بين الأفراد والإدارة في حال تمتعت هذه الأخيرة بامتيازات السلطة العامة وتطبق عليها قواعد القانون العام⁽⁴⁾.

حيث إن الأصل وجود محاكم خاصة ومستقلة عن المحاكم العادية، بجانب خضوع الإدارة لقواعد قانونية خاصة ومستقلة عن تلك التي تطبق على الأفراد وهي قواعد القانون الإداري.

(1) علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري (ص143). وينتقد هذا الرأي حيث يستند إلى قاعدة قديمة سرعان ما تم هجره، فالمستقر أن الإدارة تستطيع أن تعود على الموظف في التعويضات التي دفعتها للمضروب عن أخطائه الشخصية وكذلك عن الخطأ المشترك ما بين المرفق والموظف. للمزيد من الإيضاح راجع هاني غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص198-199).

(2) أبو سمهدانة، القضاء الإداري في فلسطين (ص194). حيث إن غالبية الفقه اعتبر ذلك عيبًا من عيوب النظام الموحد، إلا أن الدكتور هاني غانم يرى أنه من مميزات النظام الموحد، وللمزيد من الإيضاح راجع هاني غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص195).

(3) السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة (ص163).

(4) أبو العثم، القضاء الإداري (ص150).

ومن أمثلة الدول التي أخذت بهذا النظام فرنسا التي تعد مهد القضاء الإداري، كما وتعد المدرسة اللاتينية الأولى في العالم، وقد أخذت العديد من الدول بنظام القضاء المزدوج مثل: مصر التي تعد المدرسة العربية الأولى التي أخذت بالنظام المزدوج، ودول المغرب العربي وسوريا ولبنان.

لنظام القضاء المزدوج مزايا متعددة، وكما له بعض العيوب:

أولاً: مزايا نظام القضاء المزدوج

1- تطبيق مبدأ التخصص

إن وجود قضاء إداري مستقل يؤكد الطبيعة المتميزة التي يجب أن تمنح للإدارة المغايرة لطبيعة العلاقات بين الأفراد، حيث إن هذا القضاء المتخصص يظهر ويطبق القواعد الخاصة التي تتناسب مع طبيعة الروابط الإدارية⁽¹⁾.

2- يرسخ مبدأ المشروعية

يؤكد ويرسخ مبدأ المشروعية، فالنظام المزدوج يؤدي إلى التوفيق بين المصلحة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقها من خلال منحها السلطة التقديرية ومجموعة كبيرة من الامتيازات وبين مصالح الأفراد المتمثلة في حماية الحقوق والحريات العامة⁽²⁾.

ثانياً: عيوب نظام القضاء المزدوج

1- تعقيد النظام القضائي المزدوج

يؤخذ على نظام القضاء المزدوج أنه يؤدي إلى التعقيد والتنازع في الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري، ويتطلب ذلك وجود محكمة تنازع الاختصاص لتكتمل نظام القضاء المزدوج لتقوم بفض أحكام التنازع وتحديد جهة الاختصاص وتناقض الأحكام⁽³⁾.

(1) غانم، القضاء الإداري (ص302).

(2) طارق، القضاء الإداري، قضاء التعويض، مسؤولية الدولية عن أعمالها غير التعاقدية (ص80). الحلو، القضاء الإداري (ص80). ويرى جانب من الفقه أن النظام القضائي المزدوج يتعارض مع مبدأ المشروعية واعتبره عيباً من عيوب هذا النظام، حيث إن ضمان مبدأ المشروعية يتطلب وجود قضاء موحد يخضع له الجميع سواء الأفراد أو الجهة الإدارية. للمزيد من الإيضاح راجع بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري الفلسطيني (ص85).

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص67).

2- محاباة الإدارة على حساب الحقوق والحريات

إن النظام المزدوج يقوم على ازدواج القانون وازدواج القضاء، فوجود قانون للإدارة مختلف عن قانون الأفراد يمثل اعتداء على مبدأ المساواة أمام القانون، لأنه يحايي الإدارة على حساب الأفراد⁽¹⁾.

ثالثاً: طبيعة النظام القضائي في فلسطين

عرفت فلسطين القضاء الإداري منذ القدم والذي اختلف ما بين قضاء التعويض وقضاء الإلغاء وفقاً للنظام السائد والذي طبق عبر المراحل التي مرت بها فلسطين من حكم الخلافة العثمانية عام 1517م حتى 1917م، تلاها الاحتلال البريطاني منذ العام 1917م وحتى 1922م مروراً بالانتداب البريطاني 1922م حتى 1948م، لتخضع بعد ذلك للحكم العربي عام 1948م، حيث خضع قطاع غزة تحت وصاية الإدارة المصرية، وخضعت الضفة الغربية والقدس الشرقية لحكم المملكة الأردنية الهاشمية. ووصولاً بالاحتلال الإسرائيلي لأراضي الضفة الغربية وقطاع غزة 1967م، إلى عودة السلطة كنواة لإقامة الدولة المستقلة.

المرحلة الأولى: القضاء الإداري خلال فترة الحكم العثماني

لم يعرف في ظل حكم الخلافة العثمانية من عام 1517م حتى 1917م، القضاء الإداري بمعناه الحالي، ففي هذه الفترة عرفت ما يسمى (مجلس شورى الدولة العثمانية) المشابه لمجلس الدولة الفرنسي الحالي⁽²⁾، والذي عهد إليه اختصاص الفصل في المنازعات الإدارية، وأُنشئت في الولايات العثمانية والتي كانت فلسطين إحداها، مجالس الإدارة، والتي أسند إليها ذات الاختصاص، فكانت مجالس إدارة إقليمية لكل ولاية عثمانية تتولى التصدي للشكاوى والنزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد وبيت المال أو الجباية أو الحرس في الطرقات، وظلت هذه المجالس حتى سقوط الخلافة العثمانية⁽³⁾. فكانت تمثل نموذجاً لتطبيق القضاء الإداري مستقلاً عن القضاء المدني⁽⁴⁾، حيث إن هذه الفترة شهدت ملامح لقضاء إداري وكان أقرب إلى النظام القضائي المزدوج.

(1) غانم، القضاء الإداري (ص306).

(2) بشناق، محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني (ص45).

(3) نده، القضاء الإداري في الأردن (ص85 وما بعدها).

(4) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص20).

المرحلة الثانية: مرحلة الانتداب البريطاني

في حقبة خضوع فلسطين للاحتلال البريطاني ثم الانتداب البريطاني خلال المدة ما بين 1917-1948، حيث ارتبط وجود القضاء الإداري بمرسوم دستور فلسطين لعام 1922م. حيث نصت المادة (43) منه على أنه: "تشكل محكمة تعرف بالمحكمة العليا تقرر طريقة تأليفها بقانون، ومع مراعاة أحكام أي قانون يكون لهذه المحكمة بصفتها محكمة استئناف صلاحية القضاء في كافة استئنافات الأحكام الصادرة من أية محكمة من المحاكم المركزية بصفتها محكمة ابتدائية أو الأحكام الصادرة من محكمة الجنايات أو محاكم الأراضي، ويكون لهذه المحكمة لدى انعقادها بصفة محكمة عدل عليا صلاحية سماع وفصل المسائل التي هي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أية محكمة أخرى مما تستدعي الضرورة فصله لإقامة قسطاس العدل"⁽¹⁾.

وبذلك عرفت فلسطين القضاء الإداري الموحد تأثرًا بالانتداب البريطاني، حيث إن القضاء الإداري في هذه الحقبة تمارسه جهة قضائية واحدة على كامل الإقليم الفلسطيني وهي المحكمة العليا المنعقدة بصفتها محكمة عدل عليا، وهي أعلى محكمة في إطار المحاكم النظامية العادية، وقد مارست اختصاصها في إطار دعوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، ولم تكن لها سلطة القضاء الكامل⁽²⁾.

المرحلة الثالثة: مرحلة الإدارة العربية المصرية والحكم الأردني

لم يتغير في ظل الحكم المصري لقطاع غزة والحكم الأردني للضفة الغربية القضاء الإداري، فظلت المحاكم في ظل الحكم المصري لقطاع غزة تطبق القانون البريطاني، ولكن تم إعادة تشكيل محكمة العدل العليا والتوسع من صلاحياتها، أما في ظل الحكم الأردني للضفة الغربية فطبق النظام القضائي الأردني وكان من أهم ما يميز هذه الحقبة بأن قوانين تشكيل المحاكم النظامية المتعاقبة ابتداء من القانون رقم 71 لسنة 1951 ثم القانون رقم 26 لسنة 1952 وأخيرًا قانون رقم 38 لسنة 1963م نص على إنشاء محكمة تمييز تنعقد بصفتها محكمة عدل عليا للبت في المنازعات الإدارية المحددة على سبيل الحصر، وولايتها ولاية إلغاء

⁽¹⁾ راجع المادة (43) من مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922.

⁽²⁾ غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص 27).

القرارات الإدارية غير المشروعة كما كان لها في الضفة الغربية صلاحية النظر في منازعات التسوية⁽¹⁾.

المرحلة الرابعة: مرحلة الاحتلال الإسرائيلي

في ظل احتلال إسرائيل لفلسطين تعرض القضاء الإداري لانتكاسة، حيث نقل الاختصاص في المنازعات الإدارية إلى محكمة الاستئناف برام الله، ومنع الطعن في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية إلا بالحصول على إذن من الحاكم العسكري مما حال دون نظر محكمة العدل العليا في منازعاتها، فاقصر دور المحكمة على نظر منازعات البلديات فقط⁽²⁾.

حيث كان القضاء الإداري في هذه الحقبة قضاء موحدًا، حيث بقيت محكمة العدل العليا ضمن ولاية الإلغاء فقط، ولم تدخل ضمن اختصاصها منازعات التعويض عن أعمال الإدارة أو منازعات العقود عمومًا سواء مدنية أم إدارية⁽³⁾.

المرحلة الخامسة: مرحلة السلطة الوطنية الفلسطينية

بعد قيام السلطة الوطنية الفلسطينية سنة 1994 فإن اختصاص القضاء الإداري في فلسطين انقسم إلى ثلاث مراحل، المرحلة الأولى: وهي قبل صدور تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، والمرحلة الثانية وهي اللاحقة لصدور هذا القانون، أما المرحلة الثالثة: فهي مرحلة صدور القانون رقم 3 لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، وسوف نتناول هذه المراحل بشيء من التفصيل:

المرحلة الأولى: أصدر الرئيس الفلسطيني الشهيد ياسر عرفات "طيب الله ثراه" قرار رقم 1 لسنة 1994 والذي قضى بموجبه بالاستمرار بالعمل في القوانين والأنظمة والأوامر التي كانت سارية قبل الخامس من حزيران 1967، أي قبل الاحتلال الإسرائيلي لقطاع غزة والضفة الغربية، وبذلك مارست محكمة العدل العليا اختصاصاتها على التفصيل السابق في هذه الحقبة من الزمن، وألغيت القيود التي فرضها الاحتلال على اختصاصات المحكمة في فترة الاحتلال. وعليه مارست محكمة العدل العليا رقابة الإلغاء فقط دون التعويض في هذه الفترة الزمنية.

(1) غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص 27).

(2) عمرو، مبادئ القانون الإداري (نشاط الإدارة ووسائلها) (ص 21).

(3) غانم، القضاء الإداري (ص 28).

المرحلة الثانية: وهي بعد إصدار قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، وإصدار القانون الأساسي الفلسطيني والذي يمثل الدستور المؤقت لفلسطين، حيث جاء ذلك في نص المادة (102) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م على أنه: "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية⁽¹⁾، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها"، كما ونصت المادة (104) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م على أنه: "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

ومما سبق يتبين نية المشرع الفلسطيني إلى السعي لإنشاء محاكم إدارية مستقلة عن المحاكم العادية، حيث أوكل مهامها إلى المحكمة العليا بصفة مؤقتة.

أما قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م فنص على اختصاصات محكمة العدل العليا، والتي منها النظر في المنازعات الإدارية، فقد نصت المادة (33) منه على ما يأتي: "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يأتي":

- 1- الطعون الخاصة بالانتخابات.
- 2- الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية.
- 3- الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
- 4- المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
- 5- رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
- 6- سائر المنازعات الإدارية.

⁽¹⁾ اقرأ قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد الذي يطبق في غزة، وقام بإنشاء المحاكم الإدارية لكنه لم ينص على إنشاء المحاكم التأديبية.

- 7- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
- 8- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

ويتضح من نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية المشار إليها إلي أن محكمة العدل العليا هي محكمة الغاء فقط.

إلا أن الفقه المصري والفلسطيني اختلف حول الفقرة السادسة من المادة (33) المشار إليها والتي تنص على أن "تختص محكمة العدل العليا بالنظر في "سائر المنازعات الإدارية" حيث ذهب جانب من الفقه إلي أن هذه الفقرة تضم قضاء الإلغاء وكذلك قضاء التعويض والعقود الإدارية⁽¹⁾، بينما ذهب أستاذنا د. هاني غانم وبحق إلي أن هذه الفقرة قاصرة على سائر المنازعات الإدارية المتعلقة بمشروعية القرارات الإدارية فقط وعليه لا تضم قضاء التعويض كما لا ينعقد اختصاص المحكمة للنظر في منازعات العقود الإدارية. ولقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا على ذلك حيث قررت بأنه " متى كان الثابت أن النزاع قائم بين الطرفين على عقد، فإن الاختصاص في نظره لا ينعقد لهذه المحكمة وإنما إلى المحكمة المختصة طبقاً للقانون"⁽²⁾. ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الثاني ولا سيما إذا تم الاستناد إلي المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية والتي تنص على أنه " يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر مما يلي: الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون". ويتضح من ذلك أن اختصاص محكمة العدل العليا قاصر على الإلغاء فقط، كما أن أحكام الباب الرابع عشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الخاص بالإجراءات المتبعة أمام محكمة العدل العليا قصر في اختصاص المحكمة على الإلغاء فقط⁽³⁾.

المرحلة الثالثة: صدور القانون رقم 3 لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.
حيث أن هذا القانون مطبق في قطاع غزة فقط نتيجة للإنقسام السياسي. حيث تم استحداث

(1) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص 61 وما بعدها).

(2) قرارها رقم 1999/161، جلسة 2000/3/8م. مشار إليه عند هاني هانم، القضاء الإداري (ص 225).

(3) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016 (ص 225 وما بعدها).

المحكمة الإدارية للنظر في المنازعات الإدارية⁽¹⁾، وهي محكمة أول درجة وتستأنف أحكامها أمام محكمة العدل العليا⁽²⁾، ولها ولاية إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وولاية النظر بمنازعات العقود الإدارية ودعاوى الجنسية والتعويض عن الأضرار المترتبة عن الأعمال الإدارية⁽³⁾.

لكن من الناحية العملية قد قصرت المحكمة اختصاصها على طلبات التعويض الناتجة عن الأعمال القانونية للإدارة أي عن الأضرار الناتجة عن قرار إداري أو عن عقد إداري، وكذلك بناء على قرار إداري، أما الأعمال المادية البحتة مثل حوادث المركبات الحكومية أو خطأ طبيب حكومي فإن المحكمة الإدارية قررت عدم مد ولايتها للنظر في طلبات التعويض المترتبة عليها⁽⁴⁾.

ويتضح من النصوص السابقة أن النظام الرقابي القضائي في فلسطين بعد إقرار قانون الفصل في المنازعات الإدارية هو نظام مختلط هجين بين النظام الموحد والنظام المزدوج، حيث جمع بعض خصائص النظام الموحد وبعض خصائص النظام المزدوج، إن كان النظام القضائي الفلسطيني أقرب للنظام الموحد، فنظامنا ليس نظاماً مزدوجاً؛ وذلك لأن قاضي الإدارة هو ذاته قاضي الأفراد فليس عندنا وحدة القضاء. كما وأن نظامنا ليس نظاماً موحداً لأن القاضي غير ملزم بوحدة القانون، فالقاضي الإداري في ظل القانون الجديد غير مقيد بقواعد القانون الخاص⁽⁵⁾.

حيث كان في السابق يعطي الحق للقضاء الإداري في أن يأمر الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل؛ وذلك وفق نص المادة من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م، في الباب الرابع عشر والذي يتحدث عن أصول المحاكمات أمام محكمة

(1) حيث نصت المادة 2 من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 3 لسنة 2016 على أنه "تتشأ بموجب أحكام هذا القانون محكمة تسمى (المحكمة الإدارية) تخضع لإشراف المجلس الأعلى للقضاء".

(2) تنص المادة (1) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 3 لسنة 2016 على أنه "تتظر المنازعات الإدارية في فلسطين على درجتين: 1_ المحكمة الإدارية 2_ محكمة العدل العليا".

(3) تنص المادة (1) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 3 لسنة 2016م على أنه "تتظر المنازعات الإدارية في فلسطين على درجتين: 1_ المحكمة الإدارية 2_ محكمة العدل العليا".

(4) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (290). راجع نص المادة (3) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم(؟) لسنة 2016 التي تحدثت عن اختصاصات المحكمة الإدارية.

(5) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص36).

العدل العليا والذي ينص على: "تصدر المحكمة حكمها على وجه السرعة في الطلب وذلك إما برفضه أو بإلغاء القرار المطعون فيه أو بتعديله مع ما يترتب على حكمها من آثار قانونية⁽¹⁾. أما القانون الجديد فلم ينص على ذلك صراحة ولذلك نوصي القضاء الإداري الفلسطيني بأن يحافظ على ما استقر في اجتهاد محكمة العدل العليا وأن يأمر الإدارة في حال مخالفتها لمبدأ المشروعية ويظهر لها الحل السليم.

وتؤيد الباحثة ما ذهب إليه الدكتور هاني غانم بأنه "لا داعي لتحول النظام القضائي في فلسطين من نظام موحد إلى نظام مزدوج، حفاظاً على البيئة القانونية التي انطبعت عليها فلسطين، كما وأن غالبية المبادئ التي خلقها مجلس الدولة الفرنسي أو المصري هي مستقرة في أحكام محكمة العدل العليا، وأخذت تشكل مجموعة كبيرة من السوابق القضائية والمبادئ العامة للقانون.."⁽²⁾.

(1) راجع نص المادة (291) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.

(2) المرجع السابق، (ص 200).

الفصل الثالث

السلطة التقديرية للإدارة

الفصل الثالث

السلطة التقديرية للإدارة

تمهيد وتقسيم:

إن التزام أجهزة الإدارة العامة في الدولة بمبدأ المشروعية يعد أساساً لحماية حقوق وحرريات الأفراد من الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليهم بسبب مخالفة السلطات الإدارية لهذا المبدأ⁽¹⁾، فالمشرع قيدها بوضع الخطوط العامة التي تعمل السلطة التنفيذية في نطاقها وبالتالي يجب عليها عدم الخروج عن تلك الخطوط العامة، ولكن مقتضيات العمل وضرورات الحياة الإدارية تتطلب في ذات الوقت الاعتراف للإدارة بقدر من حرية التصرف تستعمله وفقاً للظروف دون معقب عليها⁽²⁾.

فالجميع معترف في واقع الأمر بأن هذه السلطة أو ذلك القدر من الحرية يعد بمثابة الشرط الأول لحياة وبقاء كل إدارة، خاصة بعد أن تعاضم دورها في الوقت الراهن نتيجة تشعب وتداخل مجالات ومسؤوليات الدولة الحديثة وقلول نجم الدولة الحارسة⁽³⁾.

فهناك ارتباط وتلازم بين أن يكون للإدارة سلطة تقديرية وبين أن تكون الدولة التي تباشر فيها الإدارة هذه السلطة دولة قانونية، بمعنى أن الإدارة حينما تباشر اختصاصاتها التقديرية - إيجابية كانت أم سلبية- فيجب عليها أن تلتزم حدود النظام القانوني المقرر في المجتمع، لما في ذلك من كفالة وضمانة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم⁽⁴⁾.

فالسطة التقديرية لا تعد خروجاً على مبدأ المشروعية⁽⁵⁾، إنما أعمال لهذا المبدأ الذي يتطلب تمتع الإدارة بشيء من المرونة في ممارسة اختصاصاتها لتحقيق الصالح العام.

(1) العتوم، القضاء الإداري (ص34).

(2) الجبوري، القضاء الإداري (ص36).

(3) حيث تقتصر وظائف الدولة في ظل الدولة الحارسة على تحقيق الأمن الداخلي والخارجي وإقامة العدل وبعض الأشغال الضرورية. بينما في ظل الدولة الحديثة تتطور دور الدولة ووظائفها نتيجة التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي صاحبت بداية القرن العشرين حيث أصبح النشاط المالي للدولة يهدف الي تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، بهدف تحقيق الرفاهية للمجتمع. للمزيد من الايضاح راجع غانم، المالية العامة والتشريع الضريبي في ضوء النظام المالي والضريبي لدولة فلسطين (ص9 ومابعدها).

(4) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها (ص5).

(5) الشوبكي، القضاء الإداري (ص69).

وبناء على ما سبق نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

- ❖ المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة
- ❖ المبحث الثاني: أساس ونطاق السلطة التقديرية للإدارة

المبحث الأول

ماهية السلطة التقديرية للإدارة

تمهيد:

تعد فكرة السلطة التقديرية فكرة حديثة نسبياً، وهي من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون العام الحديث⁽¹⁾، وقد اعترفت بها معظم النظم القانونية في دول العالم، وكان النظام القانوني الفرنسي السباق لفكرة السلطة التقديرية للإدارة، بحيث كان لفقته وللإجتهاد القضائي دورٌ كبيرٌ في تحديد معالمها وحدودها، وهي في الواقع حقيقة لا غنى عنها لحسن سير الإدارة فهي لازمة كلزوم السلطة المحدودة المقيدة لحماية حقوق وحرريات الأفراد، فكما تخطى القانون "الذي يشمل كل القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة"، عن تحديد وتنظيم جانب أو عنصر من عناصر قرار الإدارة أو نشاطها كان للإدارة سلطة تقديرية، أما إذا تولى القانون تنظيم بعض الجوانب أو العناصر بقواعد ملزمة وأمرة فإن الإدارة تكون مقيدة بالالتزام بأحكام هذه القواعد، بحيث يكون قرارها مشروعاً أو غير مشروع بقدر ما يكون هذا الجانب مطابقاً للقانون أو مخالفاً له⁽²⁾.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

- ❖ **المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة**
- ❖ **المطلب الثاني: التطور التاريخي للسلطة التقديرية للإدارة**
- ❖ **المطلب الثالث: الموازنة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية**

(1) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية (ص31).

(2) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص91).

المطلب الأول

مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

إن المشرع حينما يمنح الإدارة سلطات واختصاصات معينة فإنه يسلك أحد السبيلين فإما أن يمنحها السلطة التقديرية أو المقيدة، فإذا كان المشرع قد حدد للإدارة شروط ممارسة الاختصاص ورسم لها حدودها كانت سلطة الإدارة في هذه الحالة سلطة مقيدة⁽¹⁾.

ويقصد بالسلطة المقيدة: السلطة التي يفرض فيها المشرع على الإدارة بطريقة أمره الهدف المعين الذي يجب عليها أن تسعى لتحقيقه، كما يحدد لها الأوضاع التي يجب أن تتخذها للوصول لهذا الهدف⁽²⁾.

وفي هذا الصدد يقول الفقيه جيرو: "إنه في حالة السلطة المحددة (المقيدة) لا يترك القانون للإدارة أي حرية في التقدير، بل إنه يفرض عليها بطريقة أمره، التصرف الذي يجب عليها مراعاته"⁽³⁾.

ولكن المشرع كثيراً ما يترك للإدارة شيئاً من الحرية في التصرف تستعمله وفقاً للظروف دون معقب، ويكون لها الكلمة الأخيرة في تقدير ملاءمة القرارات التي تتخذها بناء على هذه السلطات⁽⁴⁾، وتعرف هذه الطريقة بالسلطة التقديرية.

وفي هذا الصدد حدد العميد بونار هذا النوع من الاختصاصات بقوله: "تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت هذا التدخل وكيفيته، وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تنحصر إذاً في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه"⁽⁵⁾.

حيث إن السلطة سواء كانت تقديرية أم مقيدة ليست إلا وسيلة لتحقيق حكم القانون⁽⁶⁾.

(1) الشوبكي، القضاء الإداري (ص27).

(2) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص29-30).

(3) مشار إليه عند: المرجع السابق، (ص29 وما بعدها).

(4) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة (ص43).

(5) Devili, Cours de droit administratif (P. 278).

(6) السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية (ص212).

وضرورة التمييز بين السلطتين التقديرية والمقيدة، يعود من شأنه إلى تحديد شروط مشروعية العمل أو القرار الإداري على نحو دقيق، وبالتالي تحيد مدى الرقابة القضائية على هذا العمل أو القرار، والقيود الخاصة بها⁽¹⁾.

أولاً: تعريف السلطة المقيدة

يقصد بالسلطة المقيدة: هي السلطة التي يفرضها المشرع على الإدارة بصفة أمره وبطريقة محددة وملزمة، راسماً للإدارة الطريق الذي تسلكه في ممارستها ومحددًا لها الشروط التي تنقيد بها⁽²⁾، فدور الإدارة، مقصور في هذه الحالة، على مجرد تنفيذ القانون بطريقة آلية⁽³⁾.

ومثال على ذلك: أن يحدد المشرع للإدارة تحديداً صريحاً للحالات التي تلتزم فيها الإدارة بمنح رخصة معينة للأفراد وشروط منح تلك الرخصة، والإجراءات الواجب اتباعها بشأنها، فإذا ما تحققت الشروط في أحد الأفراد وتقدم بطلب منحه الرخصة، فإن الإدارة لا تملك في هذه الحالة سوى أن تمنحها له⁽⁴⁾.

حيث إن هذا التمييز بين سلطات الإدارة بين ما هو متروك لتقديرها وما هو مفروض عليها أمر يقتضيه حسن سير الإدارة، حيث إنه أصبح من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون العام في الآونة الأخيرة، ولهذا نلاحظ القوانين الحديثة توسعت شيئاً فشيئاً في الأخذ بنظام السلطات المحددة، حتى ترد غائلة الإدارة في بعض الاختصاصات التي أكثرت من التعسف فيها⁽⁵⁾.

والمجتمع بحاجة إلى نوعين من السلطة: السلطة المقيدة والسلطة التقديرية، فالسلطة المقيدة تحمي الأفراد من تعسف الإدارة، والسلطة التقديرية لا تغل يد الإدارة، وتحول دون أن تجعلها عاجزة عن التصرف في حالات تتطلب قدرًا من المرونة في مواجهة الظروف المتطورة والمتغيرة تحقيقاً للمصلحة العامة⁽⁶⁾. ونحن أمام نقيضين الأول _ السلطة التقديرية _ والذي يتطلب منح الإدارة قسطاً من الحرية، والثاني _ السلطة المقيدة _ وهي التي تدعو إلى التحديد

(1) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص 8).

(2) المرجع السابق، (ص 212).

(3) عثمان، دروس في القضاء الإداري (ص 37).

(4) السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية (ص 212).

(5) الطماوي، مبادئ القانون الإداري (ص 932).

(6) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص 167).

وتقييد حركتها. إن هذا التناقض لا بد منه ولا بد من التآلف بين قطبيه من أجل إرضاء المصلحة العامة⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف السلطة التقديرية للإدارة

السلطة التقديرية: هي نوع من الحرية التي تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، واختيار وقت تدخلها، ولتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة، ولكنها محاطة دائماً بفكرة المصلحة العامة التي تشرف على جميع أعمالها وتهيمن على كل تصرفاتها، وقد يلزمها المشرع بمراعاة هدف معين ومحدد من أهداف المصلحة العامة. فالحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة، وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع، ووقت التدخل ووسيلة مواجهة الحالة⁽²⁾.

فلقد تعددت وتتنوعت تعريفات السلطة التقديرية، لكنها تدور جميعها حول فكرة واحدة، تتمثل في تحديد وبيان الحالات التي تتمتع الإدارة فيها بحرية التصرف⁽³⁾.

فتعرف بأنها: مكنة تتيح للإدارة الاختيار الحر للإجراء الذي تراه مناسباً للوقائع التي تبرر اتخاذ ذلك في غير الحالات التي تلتزم بما يقرره كل من المشرع والقاضي من قيود بخصوصها⁽⁴⁾.

ويعرفها البعض بأنها: حرية الإدارة في التصرف أو عدم التصرف، وفي اختيار الوقت والقرار المناسب على أن يتم في إطار تطبيق القانون وحرية التقدير في ملاءمة إصدار القرارات⁽⁵⁾.

ويعرفها الفقيه الفرنسي ميشو فيرى "أن السلطة التقديرية تتحقق في كل مرة تستطيع فيها السلطة الإدارية أن تعمل بحرية، ودون أن يكون هناك مسلك محدد تفرضه بطريقة مسبقة إحدى القواعد القانونية"⁽⁶⁾.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص150).

(2) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية (ص63).

(3) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص61).

(4) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها (ص45).

(5) إمام، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة) (ص54).

(6) مشار إليه عند: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ص197).

أما الفقيه دي لوبادير فيرى أن "السلطة التقديرية هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه"⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم نلاحظ أن أغلب التعريفات تتفق حول عناصر ومقومات السلطة التقديرية للإدارة، وهي أن سلطة الإدارة تكون تقديرية عندما يمنحها المشرع قدرًا من حرية التقدير أو التدخل سواء بالنسبة لاتخاذ القرار أو عدم اتخاذه، وتقدير مدى ملاءمة التصرف واختيار وقت وقرار اتخاذه⁽²⁾، وبهذا تظهر السلطة التقديرية بأنها عبارة عن نوع من الحرية أو هامش من حرية التصرف المسموح بها للإدارة العامة⁽³⁾.

حيث إن السلطة التقديرية للإدارة كانت نتيجة مباشرة لمجهود كبير بذله الفقه والقضاء للتوفيق بين حقوق الناس وحياتهم من ناحية وبين مقتضيات الصالح العام من ناحية أخرى⁽⁴⁾.

فالمرجع في تمتع الإدارة بسلطة التقدير من عدمه هو القانون بمعناه الواسع، أي مجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك المبادئ القانونية التي يستتبطها القضاء عند ممارسة الإدارة لاختصاصاتها⁽⁵⁾.

وقد يربط معظم الفقه بين "السلطة التقديرية" و"الملاءمة"، فالأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي يقول تحت عنوان: السلطة التقديرية أو الملاءمة، أنه "مادام لا توجد قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة، فمعنى هذا أننا بعيدون عن السلطة المقيدة، وعلى الإدارة أن تقرر وحدها أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم، فهي وحدها القادرة على ملاءمة قراراتها للظروف الواقعية"⁽⁶⁾.

ويؤيد أغلب الفقه الفرنسي ما ذهب إليه الفقيه الكبير "موريس هوريو" في تعريفه للسلطة التقديرية هي "سلطة تقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية"⁽⁷⁾.

(1) مشار إليه عند: الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، (ص 46 وما بعدها).

(2) العتوم، القضاء الإداري (ص 35).

(3) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ص 61).

(4) بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة (ص 35).

(5) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص 92)، ويقصد بالمبادئ العامة للقانون هي مجموعة القواعد غير المكتوبة التي استخلصها القضاء في أحكامه من روح التشريع ومن ضمير الجماعة ومن المقومات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمجتمع. للمزيد راجع غانم، القضاء الإداري (ص 104).

(6) فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة (ص 378).

(7) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص 19).

ويرى الفقه المصري أن "سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا خوّل القانون الإدارة العامة حرية الاختيار بين إجراء عمل إداري معين، وذلك على أساس الملاءمة التي يُترك للإدارة أمر تقديرها في ضوء الصالح العام، وذلك حتى لا تكون السلطة التقديرية سلطة مطلقة أو تحكيمية"⁽¹⁾.

ويرى الدكتور هاني غانم أن العلاقة بين القاعدة القانونية والعمل الإداري وثيقة جدًّا، وأنها تتأرجح ما بين علاقة الملاءمة وعلاقة التطابق، فعندما تترك القاعدة القانونية هامشًا من الحرية والحركة للإدارة فإننا أمام السلطة التقديرية للإدارة، وعندما تفرض القاعدة القانونية السلوك الواجب القيام به من قبل الإدارة فإننا نكون أمام السلطة المقيدة⁽²⁾.

ومثال على ذلك: تمتع الإدارة بسلطة تقدير نوع وحجم الجزاء التأديبي الذي تقوم بتوقيعه على الموظف المخطئ، فتمنح الحرية في تقدير نوع العقوبات بما يتناسب مع نوع الخطأ المرتكب⁽³⁾. فتقدير الإدارة يكون من وجهة نظر حسن سير وانتظام المرفق العام.

ومن أمثلة السلطة التقديرية في التشريع الفلسطيني: ما حدده المشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية، حيث جاء في نص المادة (40) منه على أنه: "يجوز بقرار من رئيس الدائرة الحكومية المختص بالتنسيق مع ديوان الموظفين، ندب الموظف مؤقتًا لمدة أقصاها سنة قابلة للتجديد مرة واحدة للعمل في دائرة حكومية أخرى بنفس درجة وظيفته أو وظيفة تعلوها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك".

(1) البناء، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة (ص58).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص150).

(3) السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية (ص212).

المطلب الثاني

التطور التاريخي للسلطة التقديرية للإدارة

لم تظهر السلطة التقديرية في المجالات الإدارية طفرة واحدة، وإنما مرت بمراحل عديدة، بحيث تبدو كل مرحلة من هذه المراحل بمثابة مقدمة للمرحلة التالية لها، وذلك إلى أن اتضحت معالم تلك السلطة وتحددت سماتها وضوابطها على النحو الذي هي عليه الآن⁽¹⁾.

وسوف نتناول تلك المراحل وذلك على النحو التالي:

أولاً: مرحلة اختفاء كل تقدير للإدارة

قد كانت الإدارة في ظل الثورة الفرنسية خاضعة كلية للقانون، ومن مظاهر ذلك أن الجمعية الوطنية الفرنسية لم تكن فقط تعطي الإدارة حق إصدار اللوائح التنفيذية، كما واحتفظت بحق إصدار التعليمات التفصيلية لتسهيل تنفيذ القوانين التي تصدرها، وألزمت جميع الموظفين بإبلاغ تفاصيل نشاطهم كل عشرة أيام إلى لجنتي السلامة العامة والأمن العام المنبثقتين من الجمعية التشريعية لمراقبة تنفيذ القوانين، ومن هنا أمكن إطلاق اسم نظام الإدارة المحجوزة على هذا الأسلوب من أساليب الإدارة، وبناء على ذلك يمكن القول بأن المشرع الفرنسي في ظل هذه المرحلة قد استأثر بكل السلطات من أجل ضمان سيادة القانون.

هذه السيادة تستوجب إذن عدم تمتع رجال السلطتين التنفيذية والقضائية بأية حرية في ممارسة أعمالهم، وعلى ذلك فاختصاص الإدارة والقضاء كان من قبيل الاختصاص المقيد. وتبرير ذلك يرجع إلى أن الإدارة في ظل مثل هذا النظام، لم تكن بحاجة إلى قاضي يناقش شرعية أعمالها، فالمشرع نفسه هو قاضي شرعية الأعمال والقرارات الإدارية، فهو الذي يأمر الإدارة وهو الذي يتحقق من تنفيذ الإدارة لأوامره ولما يضعه من قوانين⁽²⁾.

ثانياً: مرحلة اختفاء كل تقييد للإدارة مع ظهور القرارات البحتة

حيث إن إصرار رجال الثورة الفرنسية على تطبيق مبدأ الفصل المطلق بين السلطات خاصة بين الإدارة والقضاء، وإصرارهم بمنع القضاء العادي من نظر كافة منازعات الإدارة، أو

(1) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها (ص 20).

(2) عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (ص 16).

التدخل في أعمالها، فأصبح من الضروري أن يترك للسلطة التنفيذية قدر من الحرية لاتخاذ ما تراه ملائمًا من قرارات تواجهه به ما قد يطرأ في الحياة العملية من مستجدات وأحداث.

وهكذا انقلب وضع الإدارة الفرنسية رأسًا على عقب، فبعد أن كانت مقيدة كليًا في تصرفاتها وممنوعة من إصدار لوائح تنفيذية أو تفسيرية للقوانين التي ترغب في تطبيقها، أصبحت طليقة من كل قيد، تمتلك حرية واسعة في التقدير، حرية لا يحد منها سوى قيد احترام الحقوق الشخصية للأفراد⁽¹⁾، ومعنى ذلك أن اختصاصها بعد أن كان من قبيل الاختصاص المقيد أصبح اختصاصًا تقديريًا.

وفي السنة الثامنة لقيام الجمهورية الفرنسية الأولى، وبمقتضى المادة رقم (52) من دستور السنة الثانية في عهد نابليون بونابرت تم إنشاء مجلس الدولة، وكان دوره محدودًا للغاية وقد اقتصر عمله على تقديم الشورى وإعداد مشروعات القوانين والأوامر والمراسيم، ليعرضها على رئيس الدولة ليصدرها بعد ذلك، فلقد كان في بادئ الأمر بمثابة هيئة استشارية. كما كان مجلس الدولة ينظر ويفحص الطعون والتنظيمات التي يرفعها الأشخاص ضد الأعمال الإدارية غير المشروعة، وقد كانت سلطة مجلس الدولة في هذه المرحلة فنية استشارية، أما سلطة القضاء البات، فكانت لرئيس الدولة لذلك سمي هذا النظام بنظام القضاء المحجوز أو المقيد⁽²⁾.

ولقد ظل وضع الإدارة على هذا النحو حتى بعد صدور قانون بتاريخ 24 مايو 1872 ينص على مبدأ اختصاص مجلس الدولة المفوض أي سلطة القضاء النهائي البات⁽³⁾، وهكذا دفعت التطورات السريعة والمتلاحقة للنشاط الإداري للدولة الحديثة في المجالات المختلفة بمجلس الدولة الفرنسي إلى ممارسة دوره الإنشائي في ابتداع الحلول التي تمكنه من مواكبة هذه التطورات، ومباشرة مهمته في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة بفاعلية واقتدار، وذلك بما يتماشى مع مبادئ الشفافية في العمل الإداري ومنظومات حقوق الإنسان في العالم المعاصر، واضعًا نصب عينيه تحقيق توازن دقيق بين ما ينبغي للصالح العام من رعاية وحماية، وما ينبغي للحريات والحقوق الفردية من حماية وتدعيم، بوصفه حاميًا للمشروعية الإدارية⁽⁴⁾.

(1) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها (ص24).

(2) غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين (ص19).

(3) المرجع السابق، (ص25).

(4) الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة. <https://khalifasalem.wordpress.com>

ولكن لم يكن لمجلس الدولة في هذه الفترة الاختصاص إلا في الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون، وبقي مبدأ ألا يكون للإدارة قاض ساريا، حيث كانت التظلمات ترفع للوزير المختص، وبعد ذلك فقط تعرض على مجلس الدولة في الاستئناف⁽¹⁾.

وهكذا ظلت الإدارة وحتى الربع الأول من القرن التاسع عشر تتمتع بحرية واسعة بل ومطلقة في كثير من الأحيان في تقدير وملاءمة أعمالها دون معقب أو رقيب عليها⁽²⁾.

ثالثاً: مرحلة اختفاء القرارات البحتة وظهور قرارات الإدارة التقديرية

لقد ترتب على الوضع السابق بقاء حقوق وحرية الأفراد دون حماية فاعلة، وذلك لأنها لا ترتب التزامات قانونية على عاتق الإدارة تجاه قراراتها البحتة، كما لم تكن أية قيود تشريعية تحد من السلطة الواسعة المعترف بها للهيئات الإدارية بهذا الشأن. ولذلك بدأ مجلس الدولة يبتدع الحلول للتلطيف من تلك الآثار، واتجه صوب فكرة "الاختصاص" وجعلها سبباً شرعياً لإلغاء القرارات البحتة دون أن يتدخل في مضمون القرار أو فحواه، فاكتفي بإلغاء القرار الإداري كلما ثبت أنه مخالف للقوانين واللوائح المتعلقة بموضوع الاختصاص⁽³⁾.

وقد وسع من نطاق هذا العيب "عيب الاختصاص" وجعله شاملاً لعيب الشكل⁽⁴⁾، حيث إن رجل الإدارة حينما يمنح اختصاصاً معيناً، فيكون ملزماً بأن يباشر الاختصاص وفقاً لقواعد الشكل والإجراءات وإلا عُذَّ خارجاً عن حدود الاختصاص، ومن ثم يمكن القول بأن فكرة القرارات البحتة قد زالت واختفت وأصبحت من القرارات الإدارية محلاً للطعن عليها أمام القضاء الإداري، ومن هنا تحولت أنظار الفقه إلى فكرة القرارات التقديرية⁽⁵⁾.

(1) غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين (ص20).

(2) ولكن هذا لا يعني عدم وجود رقابة على هذه الأعمال. فقد أنط قانون 14/7/ أكتوبر/ 1790 الخاص بالتنظيم القضائي الجديد، وقد أدى مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والسلطات القضائية إلى ظهور نظام الإدارة القاضية. فعلى الأفراد إذا ما ترتب على النشاط الإداري أضرار، أن يلجؤوا إلى الجهات الإدارية المختصة عن طريق رفع تظلمات وطعون إدارية للبت والفصل في تظلماتهم ضد الإدارة العامة.

(3) ويقصد بالاختصاص: هو القدرة القانونية على القيام بتصرف معين، بالنسبة للقرارات الإدارية يعني "قدرة الموظف قانوناً على اتخاذ القرارات التي تدخل في نطاق صلاحياته".

(4) يقصد بعيب الشكل هو صدور القرار الإداري بطريقة مخالفة للإجراءات التي أرادها المشرع، وبالتالي يكون القرار الإداري في هذه الحالة قابلاً للإلغاء لعيب في شكله.

(5) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها (ص28-32).

رابعًا: مرحلة اختفاء القرارات التقديرية وظهور السلطة التقديرية للإدارة

لقد ظلت نظرية القرارات التقديرية تلعب دورًا أساسيًا في المجالات الإدارية حتى القرن العشرين، وكان أول حكم تقرر فيه التغيير الجوهري، الحكم الذي صدر في قضية (NOLLET) في الأول من فبراير 1901، حيث إن مجلس الدولة قبل الطعن بالإلغاء للانحراف بالسلطة في هذا القضية لمجرد توافر المصلحة الشخصية لصاحب الدعوى دون أن يشترط أن يكون هناك حق مكتسب أصابه القرار المطعون فيه بضرر، وبهذا الحكم يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسي قد وسع من رقابته على القرارات الإدارية بشكل ينتفي معه أن تكون هناك قرارات تتأى بطبيعتها عن رقابة مشروعية عناصرها الداخلية.

وهكذا في الوقت الذي تم فيه تأبين القرارات التقديرية، فقد تم تدشين نظرية السلطة التقديرية للإدارة، وبالتالي الانتقال إلى مرحلة قضائية جديدة ينظر فيها إلى التقدير الإداري للإدارة ليس تقديرًا مطلقًا يتناول كافة العناصر الداخلية للقرار، وإنما فقط بعض تلك العناصر، الأمر الذي يقلل من خطر التحكم والاستبداد الإداري من ناحية، ويزيد من ضمانات صيانة وحماية حقوق وحرريات الأفراد من ناحية أخرى⁽¹⁾.

(1) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها (ص32-35).

المطلب الثالث

الموازنة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية

أثار الفقه تساؤلاً في غاية الأهمية، وهو كيف يتسنى لرجل الإدارة أو القاضي الإداري أن يتعرف ما إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مواجهة حالة ما، أم أن اختصاصه حيالها مقيد؟ فحتاج إلى تحديد معيار للتمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، يتخذه رجل الإدارة أساساً يهتدي به إلى معرفة مدى سلطته في إصدار قرار ما⁽¹⁾.

ومن هنا تأتي صعوبة تحديد معيار للسلطة التقديرية، وهو موضوع شغل الباحثين منذ زمن طويل ومحل جدل ونقاش بطبيعته ما يزيد من صعوبات محاولة تحديد هذا المعيار. وبالرغم من صعوبته إلا أن جانباً من الفقه حاول وضع معيار للتمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة.

وفيما يأتي أهم المعايير التي قبلت في هذا الشأن:

أولاً: الحق الشخصي

يعد من أقدم الآراء التي قيل بها في هذا المجال، ويميز هذا الرأي بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة على أساس الحق الشخصي، فالإدارة تتمتع باختصاص تقديري في الحالات التي لا تواجه فيها حقاً شخصياً، انطلاقاً من أنه لا يسمح للإدارة بالمساس بالحقوق الشخصية إلا في أضيق الحدود، ما يستلزم أن تكون سلطة الإدارة مقيدة⁽²⁾.

وينتقد هذا الرأي من ناحيتين: حيث إنه من الصعب تحديد الحقوق الشخصية من ناحية، فالحقوق الشخصية قد تكون حقوق عامة وقد تكون حقوق خاصة، وتكمن الصعوبة بالتفرقة بين الحقوق الشخصية العامة والخاصة نظراً لتشابه هذين الحقين في الطبيعة⁽³⁾، كما أن الإدارة حينما تمارس نشاطها لا بد وأن تمس تلك الحقوق بشكل مباشر أو غير مباشر.

ثانياً: استحالة خضوع الإدارة للقضاء

ذهب هذا الرأي إلى التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة اعتماداً على إمكانية إخضاع أعمال الإدارة للرقابة القضائية، فتكون سلطة الإدارة تقديرية إذا كان من المستحيل

(1) النجار، القضاء الإداري (ص13).

(2) راجع كل: الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص46). ورسلان، وسيط القضاء الإداري (ص172).

(3) عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (ص30 وما بعدها).

إخضاعها للقضاء الإداري، وعلى العكس من ذلك إذا كان من الممكن إخضاع الإدارة للرقابة القضائية نكون أمام سلطة مقيدة.

وقد انتقد هذا الرأي لأنه يخالف الأصل، فالأصل خضوع جميع التصرفات الإدارية للرقابة القضائية، وإن تفاوتت في مداها في كل حالة، فالرقابة موجودة في السلطة التقديرية شأنها في ذلك شأن السلطة المقيدة⁽¹⁾.

ويؤكد ذلك قول الدكتور يحيى الجمل "طيب الله ثراه": إن تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مواجهة أمر معين ليس معنى ذلك أنها تفلت من كل رقابة قضائية، فذلك غير صحيح، والصحيح "أن الرقابة القضائية موجودة دائماً على جميع التصرفات الإدارية لا تختلف في طبيعتها وإن تفاوتت فقط في مداها"⁽²⁾.

بل إن القضاء الإداري أصبح يتدخل رويداً رويداً ببسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ومن ثم توسعت رقابة القاضي الإداري على الأعمال التي توصف بالتقديرية⁽³⁾.

ثالثاً: التمييز بين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة

تصنف القرارات الإدارية من حيث إنشائها أو تغييرها لمراكز قانونية، إلى قرارات منشئة وقرارات كاشفة، ويقصد بالقرارات المنشئة هي تلك القرارات التي يترتب عليها إنشاء مركز قانوني جديد، أو تغيير في المراكز القانونية القائمة بالتعديل أو الإلغاء، وقد تمثل هذه القرارات الأغلبية العظمى من القرارات الإدارية، كالقرار التي تتخذه الإدارة لتعيين أو ترقية موظف معين⁽⁴⁾.

بينما القرارات الكاشفة فيقصد بها تلك القرارات التي لا تنشئ مراكز قانونية جديدة ولا تحدث تغييراً في المراكز القانونية القائمة لا بالتعديل ولا بالإلغاء، وإنما تقتصر على تأكيد أو تقرير المراكز القانونية الموجودة بالفعل⁽⁵⁾.

(1) نضر، الأصول العامة للقضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص117).

(2) الجمل، النظام الدستوري في الكويت (ص46).

(3) غانم، الوسيط في القضاء الإداري في فلسطين (ص155).

(4) الخلايلة، القانون الإداري (ص233).

(5) المرجع السابق، (ص233)، عبد الله، القانون الإداري، (ص504)، ومشار إليه غانم، الوسيط في مبادئ القانون

الإداري (ص254).

حيث يربط هذا الرأي بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة من ناحية، وبين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة من ناحية أخرى، فيرى أن القرارات الإدارية الكاشفة إنما تصدر عن اختصاص مقيد، بينما القرارات الإدارية المنشئة تصدر عن اختصاص تقديري⁽¹⁾.

فالقرار الكاشف يستمد قوته وأثره من القانون فهو لا يحدث أثرًا قانونيًا بذاته ولا يقبل الطعن أمام قاضي الإلغاء ويسري بأثر رجعي، بينما القرار المنشئ يحدث أثرًا قانونيًا بذاته ويقبل الطعن أمام قاضي الإلغاء ويتحصن من الطعن والإلغاء بمرور أجل الطعن القضائي وهي سنتين يومًا من اليوم التالي لتاريخ العلم بالقرار الإداري⁽²⁾.

ولكن هذا الرأي منتقد حيث إنه استبدل المشكلة بمشكلة أخرى، حيث يصعب التمييز بين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة، كما أن هناك من القرارات المنشئة ما يصدر عن اختصاص مقيد إلى مدى بعيد⁽³⁾، ومثال ذلك: قرار ترقية موظف عام بناء على الأقدمية فتكون سلطة الإدارة مقيدة إلى حد كبير بالرغم من أن قرار الترقية قرار منشئ وليس قرارًا كاشفًا⁽⁴⁾.

رابعًا: الاختيار بين عدة حلول مشروعة

يرى بعض الفقهاء أن جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الإدارة في الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة، بينما تكون سلطة الإدارة مقيدة إذا كانت تختار حلًا بعينه بحيث إذا تعدته إلى سواه أصبح عملها غير مشروع⁽⁵⁾، وهذا تعريف دقيق للسلطة التقديرية والسلطة المقيدة.

ورغم دقة هذا المعيار، إلا أنه توجد صعوبة عند تطبيقه، إذ يتعين على القاضي البحث في كل حالة على حدة، إذا كانت الإدارة ملزمة قانونًا باتباع حل معين أو لها أن تختار بين عدة حلول أجاز لها القانون الأخذ بأي منها⁽⁶⁾.

(1) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص47).

(2) عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (ص62).

(3) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص98).

(4) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص174).

(5) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص48).

(6) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص174).

خامسًا: التزام الإدارة بما هو شرعي وحريتها فيما هو صالح

يميز هذا الرأي بين ما هو شرعي يجب على الإدارة أن تلتزم به، وبين ما هو صالح يجب على الإدارة أن تختار أصلحها وفقًا لتقديرها والأكثر تحقيقًا للمصلحة العامة⁽¹⁾، وقد قدم الفقيه فالين التوجيه التالي ليُهتدى به في تحديد مجال السلطة التقديرية، إذ يقول: (لا يمكن أن يكون للإدارة حرية تقدير التزاماتها القانونية بأية حالة 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)⁽²⁾.

وهذا هو أوفى تعريف للسلطة التقديرية، لكنه لا يغنى عن بيان حدود السلطة التقديرية الداخلية والخارجية.

سادسًا: الفارق في الكم لا في الكيف

ترى المدرسة النمساوية بزعامة هانز كلسن أنه لا يوجد مجال منفصل لكل من السلطتين التقديرية والمقيدة، بل توجد السلطان معًا في كل عمل إداري، وأن التمييز بين التقدير والتقييد في سلطات الإدارة هو مسألة نسبية، بمعنى أن الفارق بينهما في الكم لا في الكيف⁽³⁾، وهذا الرأي لا يمكن فهمه إلا في ضوء الأفكار التي تقوم عليها المدرسة النمساوية، فترى أن كل القواعد القانونية ترجع إلى أصل واحد، ويتم تطبيق هذا الأصل العام بإضافة عناصر جديدة إليه لمواجهة الحالات الفردية، وذلك وفقًا لفكرة التخصيص، فكل قاعدة دنيا إنما يتم تخصيصها في نطاق القاعدة العليا، بحيث تكون هذه القاعدة ملتزمة بالقاعدة الأعلى منها وملزمة للقاعدة الأدنى منها⁽⁴⁾.

سابعًا: تحليل القرار الإداري لتحديد السلطة التقديرية للإدارة

نادى بهذا الرأي الفقيه الفرنسي بونار وأيده بعض الفقهاء، والذي يتفق إلى حد كبير مع أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وقد أخذ به بعض الفقهاء المحدثين أمثال الفقيه فالين⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص 174).

⁽²⁾ مشار إليه عند الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص 49).

⁽³⁾ المرجع السابق، (ص 50).

⁽⁴⁾ أشار إليه رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص 175).

⁽⁵⁾ الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص 51).

ويقوم هذا الرأي على أساس تحليل القرار الإداري والتعرف على عناصر صحته لتحديد ما هو تقديري وما هو مقيد بالنسبة لكل عنصر من عناصر صحة القرار الإداري.

ويتمثل مضمون هذا الرأي في أمرين:

- **الأول:** ليس هناك ثمة قرار تقديري بحت، وعليه لا توجد حالة تكون فيها سلطة الإدارة تقديرية بالكامل، فعندما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة مثل الترقية بالاختيار، فإنها مقيدة بالحد الأدنى بقواعد الاختصاص، كأن يصدر القرار بالترقية من السلطة المختصة، وكما أنها مقيدة بالشكل، بحيث يصدر القرار وفق الشكل الذي تطلبه المشرع، وكذلك هي مقيدة بإبتغاء المصلحة العامة في جميع قراراتها¹.
- **الثاني:** أن التقدير والتقييد يرد على كل عنصر من عناصر صحة القرار الإداري، وهذا يتطلب تحليل كل عناصر القرار الإداري لإبراز ما يعتبر مقيداً وما يعتبر تقديرياً، وذلك في كل حالة على حدة.

وإن كان ظاهراً هذا المسلك يضيق من نطاق السلطة التقديرية فيقصرها على القرارات الإدارية مع أن نشاط الإدارة لا يقتصر فقط على القرارات الإدارية وإنما تشمل الأعمال المادية والعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها سواء عقود إدارية أم عقود خاصة تنزل فيها منزلة الأفراد⁽²⁾. ولكن التعمق في تحليل أعمال الإدارة لتحديد مواطن السلطة التقديرية فإنه يتبين أن هذه السلطة ترتد دوماً إلى القرارات الإدارية فقط، فالسلطة التقديرية في مجال العقود الإدارية لا تتبدى إلا في القرارات الإدارية المتصلة بهذه العقود مثل قرارات إبرامها، وقرارات إرساء المناقصات والمزايدات وهي في حقيقتها قرارات إدارية لها مقومات وأركان القرار الإداري، ولقد درج الفقه والقضاء على تسميتها بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري⁽³⁾، كما أن الأعمال المادية للإدارة تدور في جانب كبير منها حول تنفيذ القرارات الإدارية، وهذا يؤكد وبوضوح أن القرارات الإدارية وراء كل تصرف من تصرفات الإدارة أو أعمالها⁽⁴⁾.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص153).

(2) لمزيد من الإيضاح حول معيار تمييز العقود الإدارية عن عقود الإدارة الخاصة راجع غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص57).

(3) لمزيد من الإيضاح راجع: غانم، إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري (ص109 وما بعدها).

(4) جمال الدين، القضاء الإداري (ص219).

وتؤيد الباحثة هذا الرأي لأنه الأقرب للحقيقة والمنطق ومن السهل تطبيقه وذلك تحديد العناصر التقديرية والمقيدة في القرار الإداري يمثل معياراً دقيقاً للتمييز بين السلطتين التقديرية والمقيدة.

وإذا كانت السلطة المقيدة يتجسد فيها أكبر ضمان لحرية الأفراد، وحمائتهم من تعسف الإدارة وانحرافها، فيكفي للفرد أن يثبت الشروط المادية التي يتطلبها القانون، حتى يتحتم على الإدارة أن تستجيب لطلباته، وتخضع لما يريد⁽¹⁾، فإذا عزفت عن الطريق الذي رسمه لها المشرع فما أسهل أن يردها القضاء لجادة الصواب، إلا أن دواعي تحقيق المصلحة العامة يتطلب أن يترك المشرع للإدارة سلطة تقديرية في بعض الحالات تمكنها من مواكبة التطورات ومختلف الظروف، وتنمي لديها الابتكار والتجديد، فالسلطة التقديرية ضرورية ولازمة لحسن سير العمل في المرافق العامة⁽²⁾، فالإدارة لا يمكن أن يقتصر دورها على أن تكون مجرد تابع للقانون، أو أداة لتنفيذه تنفيذاً حرفياً، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف⁽³⁾.

وفي الواقع إن الاختلاف بين السلطة التقديرية والمقيدة إنما اختلاف في الدرجة وليس اختلافاً في الجوهر أو الطبيعة، حيث يمكن القول بأن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من حرية التقدير تختلف ضيقاً واتساعاً حسب الظروف والاعتبارات التي يقدرها القانون، بينما الاختصاص المقيد هو الاستثناء⁽⁴⁾.

حيث إن السلطة التقديرية تتطلب منح الإدارة قسطاً من الحرية، بينما السلطة المقيدة تدعو إلى تحديد وتقييد حركتها وحريتها، فإننا أمام نقيضين، وهذا التناقض لا بد منه ولا بد من التآلف بين قطبيه من أجل إرضاء المصلحة العامة⁽⁵⁾.

(1) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص44).

(2) العتوم، القضاء الإداري (ص35).

(3) حافظ، القضاء الإداري في الأردن (ص149).

(4) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص92).

(5) غانم، الوسيط في القضاء الإداري (ص150).

المبحث الثاني

أساس ونطاق السلطة التقديرية للإدارة

تتمثل الوظيفة الأساسية للإدارة في إشباع الحاجات العامة للمواطنين، وذلك في إطار احترام القانون بالمعنى الواسع، ومن ثم فهي بحاجة ماسة لإعطائها السلطة الكافية للقيام بهذه الوظيفة، حيث إن المشرع لا يتبع أسلوبًا واحدًا لتحديد اختصاص الإدارة بل يقدر - في كل حالة على حدة - سلطة الإدارة للقيام بوظيفتها فيقوم بالموازنة الضرورية لتحقيق التوازن بين متطلبات كفالة الحقوق والحريات من ناحية، واحتياجات الإدارة للسلطة للقيام بوظيفتها من ناحية أخرى⁽¹⁾.

حيث إن المشرع يمنح الإدارة القدر المعقول من السلطة التقديرية للقيام بوظيفتها في إطار كفالة الحقوق والحريات العامة، وعندما يمنحها حرية التقدير تبعًا للظروف التي تواجهها أثناء قيامها بوظيفتها يمنحها حرية اختيار القرارات ومدى ملاءمتها ووقت صدورها، وذلك كله في إطار مبدأ المشروعية⁽²⁾.

وسنتناول الحديث عن هذا المبحث من خلال مطلبين على النحو الآتي:

- ❖ المطلب الأول: أساس السلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها
- ❖ المطلب الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري

(1) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص 167).

(2) عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (ص 51).

المطلب الأول

أساس السلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها

يقصد بأساس السلطة التقديرية: هي الأسس القانونية والفنية والعملية التي تستوجب إعطاء السلطات الإدارية المختصة قدرًا من حرية الحركة والتقدير والملاءمة للقيام بوظائفها بانتظام واطراد.

إن السلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية، فعندما يباشر رجل الإدارة سلطته التقديرية في تطبيق القانون فإنه لا يستمد هذه السلطة من ذاته، ولكنه يستمدّها من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها، فالسلطة التقديرية للإدارة تظهر عند تطبيق قاعدة قانونية وتباشر في حدود هذه القاعدة⁽¹⁾، كما يوجد العديد من المبررات التي استوجبت منح هذه السلطة _ السلطة التقديرية _ للإدارة.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية

❖ الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة

الفرع الأول: الأساس القانوني للسلطة التقديرية

إن الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة كسلطة قانونية يتوجب تحديد أساسها القانوني. وللحديث عن الأساس القانوني للسلطة التقديرية ظهرت عدة أفكار أو نظريات لقيام السلطة التقديرية للإدارة، ولعل من أهمها:

1- فكرة تدرج القواعد القانونية

ويرجع أساس هذه الفكرة إلى الفقيه النمساوي "هانز كلسن" وتفسير هذه النظرية: أن البناء القانوني للدولة يتكون من مجموعة ضخمة من القواعد القانونية المتدرجة بحيث يقف على قمته الدستور، وتشكل القواعد الأخرى قاعدة الهرم القانوني للدولة⁽²⁾، ثم تترتب هذه القواعد في نسق هرمي من القمة إلى قاعدة الهرم القانوني للدولة⁽³⁾.

(1) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص31).

(2) أشار إليه الجبوري، القضاء الإداري (ص20).

(3) يعتبر الدستور أعلى القواعد القانونية مرتبة من حيث القوة الإلزامية، فالقواعد التي يحتويها الدستور تسمو على جميع القواعد الأخرى، لذلك فهو يتمتع بالسمو الموضوعي، وكما تتمتع الدساتير الجامدة بالسمو الشكلي، فالسلطة المختصة

فكل عمل قانوني يحتوي على تخصيص لقاعدة أعلى وتقييد لقاعدة أدنى، حيث إن القاعدة القانونية الأعلى تحدد نطاق القاعدة الأدنى منها درجة، والقاعدة القانونية الدنيا هي تخصيص للعليا(1).

فعندما تقوم القاعدة القانونية الدنيا بتخصيص عمومية القاعدة القانونية العليا، فإنها بعملية التخصيص "التكييف والتفسير" تضيف شيئاً جديداً للقاعدة الأدنى منها درجة، وهكذا حتى نصل إلى أدنى قاعدة هرم تدرج قانوني(2).

فكل قاعدة قانونية في التدرج القانوني للدولة لها صفتان: فهي منفذة ومخصصة للقاعدة الأعلى منها درجة من ناحية، ومنشئة في ذات الوقت للقاعدة الأدنى منها درجة من ناحية أخرى(3).

فعندما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية، فإن اختصاصه يكون مقيداً إذا وقف بقراره عند حدود التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية التي يستمد منها اختصاصه، بينما يكون اختصاصه تقديرياً إذا أضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة التخصيص لعمومية القاعدة القانونية(4).

ولكن يؤخذ على هذه النظرية أنها تضيق من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص ووضع العناصر الجديدة، وقد تتحقق في حالة الاختيار بين قرارين أو أكثر، أو اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه، أو اختيار الوقت المناسب لاتخاذ القرار، وفي جميع الحالات لا يمكن إضافة عناصر جديدة إلى القاعدة القانونية العليا(5).

2- فكرة الحقوق الشخصية

تقوم هذه النظرية على الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد، وبمفهوم المخالفة تتحقق السلطة التقديرية في حالة غياب هذه الحقوق. فالحقوق الشخصية تتميز بأن لها وسيلة قانونية لحمايتها تتمثل في الدعوى القضائية، ففي حالة الاختصاص المقيد، تكون هناك

بوضع الدستور هي السلطة التأسيسية على حين أن القواعد القانونية الأخرى تصدر عن السلطات المؤسسة التي أوجدها الدستور ذاته. غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية (ص 69).

(1) الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (ص 21).

(2) عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (ص 29).

(3) بطيخ، الرقابة على الجهاز الإداري (ص 46).

(4) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص 34).

(5) المرجع السابق، (ص 35).

من الحقوق الشخصية ما يتولد مباشرة من المراكز المنصوص عليها بالقوانين، وتكون حمايتها بالدعوى المتصلة اتصالاً وثيقاً بهذه الحقوق، بينما في حالة الاختصاص التقديري لا يمكن للأفراد مطالبة الإدارة بعمل أو الامتناع عنه لانتهاء الرابطة القانونية بين الإدارة وبينهم.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد في معظم جوانبها، ومثال ذلك أن الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد، وتوافر السلطة التقديرية في حال غياب هذه الحقوق، هو ربط غير واقعي، حيث ثبت خلاف ذلك، فهذه النظرية تتصل بمجال السلطة التقديرية وليس بأساسها القانوني⁽¹⁾.

3- فكرة المشروع

يقوم أساس هذه النظرية على الأنشطة التي تقوم بها الإدارة والتي تشبه إلى حد كبير مشروعات الأفراد الخاصة، وبما أن الأفراد يتمتعون بسلطة تقديرية عند إدارتهم لمشروعاتهم، فإنه يجب الاعتراف للإدارة بمثل هذه السلطة⁽²⁾.

وهنا يثار التساؤل عن سبب تخلي القواعد القانونية عن تحديد النشاط الإداري أحياناً، بمعنى آخر عن سبب تمتع الإدارة بحرية التقدير في ممارسة النشاط الإداري، في صفة المشروع التي تصبغ هذا النشاط الإداري، حيث إن سلطات الإدارة بوصفها المدير المسئول أو الرئيس لهذا المشروع، وعليه تقوم الإدارة بتسيير مشروع كبير بهدف تحقيق المصلحة العامة، وتعتبر السلطة التقديرية للإدارة أمراً يرتبط بطبيعة المشروع فينظر إلى النشاط الإداري باعتباره مشروعاً من المشروعات، وفي سبيل ذلك تملك الإدارة تقييد نشاطها ذاتياً، كما تملك تقدير ملاءمة نشاطها، وبالتالي تمثل صفة المشروع للنشاط الإداري مصدر السلطة التقديرية وأساسها.

حيث إن فكرة المشروع كأساس قانوني للسلطة التقديرية للإدارة ترادف فكرة "المرفق العام" في القانون الإداري بمعناها الواسع، وحيث إننا نتلمس الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة في بعض المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة وخاصة مبدأي "دوام المرفق العام"، و"القابلية للتغيير"³ وهي مبادئ ملزمة مقررة دون الحاجة إلى نص قانوني باعتبارها من عناصر

(1) المرجع نفسه، (36-35).

(2) بطيخ، الرقابة على الجهاز الإداري (ص50).

(3) لمزيد من الايضاح حول هذه المبادئ راجع غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص153_157).

المشروعية⁽¹⁾. والإدارة الحديثة تتطلب رؤية متطورة للنشاط الإداري، وتستلزم أن تملك قدرًا معقولاً من حرية التقدير في ممارسة نشاطها باعتباره بمثابة "المشروع" الذي يتعين أن يؤدي نشاطه على أكمل وجه في سبيل تحقيق الأهداف المبتغاة منه، وذلك في إطار المصلحة العامة للمجتمع.

الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة

إن لفكرة السلطة التقديرية للإدارة مبررات وأسانيد قانونية وفنية وعملية ومنطقية تحتم وتفرض وجودها وتمتع السلطات الإدارية المختصة باستخدامها عند القيام بوظائفها⁽²⁾، وتتمثل هذه المبررات فيما يأتي:

1- استحالة وضع قواعد عامة لكافة تفاصيل الحياة الإدارية

إن المشرع لا يستطيع أن يتنبأ بجميع ملاسبات وظروف الوظيفة الإدارية، أو أن يرسم للإدارة السلوك الذي يجب عليها اتخاذه في كل حالة على حدة، ولذلك كان من المتعين أن يترك للإدارة وهي تمارس وظيفتها، حرية تقدير ملاءمة أعمالها، بالنسبة لبعض اختصاصاتها⁽³⁾.

فالقانون مهما بلغ شموله وزادت دقته لا يقوى على الإحاطة بكل شيء والإلمام بجزئيات لا حصر لها⁽⁴⁾، لذلك كان من الواجب منح الإدارة قدرًا من الحرية لتقدير الوقائع ووزن الظروف، فهي الأقدر على مواجهة الحياة اليومية وحل المشكلات التي تواجه العمل الإداري والتي تمثل خطرًا على النظام العام⁽⁵⁾.

2- فكرة الصلاحية الإدارية

عادة لا يتمتع المشرع بالقدر الكافي من الخبرة الإدارية التي تمكنه من استنباط كافة الضوابط الإدارية التي تحكم سير العمل الإداري، حيث إن الخبرة والتجارب التي تكتسبها الإدارة، ووسائلها الخاصة التي تستقي منها معلوماتها والروح العملية التي تستمدتها من إشرافها المستمر على إدارة المرافق العامة تبرر إعطاءها قدرًا معقولاً من حرية التصرف تحقيقًا

(1) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص36-40).

(2) عبد الجليل، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة (ص59 وما بعدها).

(3) حافظ، القضاء الإداري (ص49).

(4) نضر، الأصول العامة للقضاء الإداري (ص114).

(5) السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء (ص539).

للمصلحة العامة⁽¹⁾، ولهذا فقد حرص المشرع والقضاء الإداري على عدم الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلا بالقدر اللازم والضروري لتحقيق أهدافها ودون أية تضحية بحقوق الأفراد وحياتهم⁽²⁾.

3- السلطة التقديرية ضرورية لفاعلية العمل الإداري

إن مقتضيات العمل وضرورات الحياة الإدارية توجب أن يترك للإدارة معالجة الحالات الواقعية ووزن ظروفها وملابساتها لأنها أكثر احتكاكًا بالأفراد وأقرب إلى الجمهور⁽³⁾، حيث تعتبر السلطة التقديرية الوسيلة الناجعة والفاعلة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الاحتياجات العامة للأفراد، فبمقتضى سلطتها التقديرية تختار أنسب الوسائل، وأفضل الأوقات لاتخاذ القرارات اللازمة والملائمة له⁽⁴⁾.

ولقد أدت التطورات الاجتماعية والاقتصادية إلى حدوث تغييرات في دور الإدارة صاحبها تغييرات في أساليب الحكومة، فظهرت سلطات جديدة تمت إنانيتها بالإدارة، وأساليب جديدة لممارسة الوظيفة الإدارية⁽⁵⁾.

لهذا كله يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار تنظيم الإدارة وطبيعة ومدى سلطاتها، والطرق والأساليب التي تتم بواسطتها إدارة النشاط الحكومي على ضوء احتياجات العمل ومتطلباته.

حيث إن المصلحة العامة تقتضي الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة، فلا يمكن أن يقتصر دور الإدارة على أن تكون مجرد آلة صماء أو أداة لتنفيذ القانون تنفيذًا حرفيًا، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار والتقدير حتى تنمو لديها ملكة الابتكار والتجديد⁽⁶⁾.

وعلى ذلك، فإن المنطق، والصالح العام، وحسن سير العمل الإداري في جهاز الدولة يتطلب منح الإدارة قدرًا من الحرية في اتخاذ القرار المناسب أو عدم اتخاذه، أو اتخاذ نوع العمل الملائم، وبالتالي تحديد الوقت المناسب للتصرف⁽⁷⁾.

(1) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص45).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص445).

(3) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص33).

(4) الشويكي، القضاء الإداري (ص71).

(5) الشويكي، القضاء الإداري (ص70). لمزيد من الايضاح حول أثر التطورات الاجتماعية والاقتصادية على دور الدولة

ووظائفها راجع غانم، المالية العامة والتشريع الضريبي (ص20).

(6) نضر، الأصول العامة للقضاء الإداري (ص114).

(7) عبد الله، القضاء الإداري (ص39).

4- تغادي عيوب السلطة المقيدة

إن تغادي عيوب السلطة المقيدة يعتبر مبررًا للاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة، فإذا كانت السلطة المقيدة لازمة لحماية حقوق وحرّيات الأفراد ضد تعسف الإدارة أو تحكّمها، إلا أنها قد تنتهي في كثير من الحالات إلى وضع عراقيل في سبيل العمل الإداري وتؤدي من الناحية العملية إلى بطء وارتباك العمل الإداري، كذلك تقتل روح الابتكار والتجديد في العمل الإداري، فلذلك كان من الضروري منح الإدارة السلطة التقديرية بجانب السلطة المقيدة، فالسلطة التقديرية تسمح للإدارة بملاءمة تصرفاتها وتطبيق القواعد العامة المجردة على الواقع المتغير للحياة اليومية⁽¹⁾.

ومن هنا تأتي أهمية السلطة التقديرية للإدارة، فهي ضرورية لحسن سير العملية الإدارية، وإلى جوارها لا بد من وجود السلطة المقيدة وذلك حماية لحقوق وحرّيات الأفراد.

حيث إن استقلال الإدارة بشيء من الحرية في التصرف ليس بدعًا في ذاته، فجميع السلطات العامة في الدولة تتمتع بقدر من الحرية في التصرف يختلف ضيقًا واتساعًا بحسب الأحوال⁽²⁾.

(1) كنعان، القضاء الإداري (ص38).

(2) الطماوي، النظرية العامة لقرارات الإدارية (ص33).

المطلب الثاني

نطاق السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري

عندما يمنح المشرع للإدارة سلطة تقديرية تبعًا للظروف والمستجدات التي تعترضها أثناء ممارستها لاختصاصاتها، فيمنحها حرية اختيار القرارات ومدى ملاءمتها وتوقيت صدورها، ولكن هذا لا يعنى تحرير الإدارة تحريراً مطلقاً من الخضوع لمبدأ المشروعية ولا من رقابة القضاء الإداري على تصرفاتها، فالسلطة التقديرية للإدارة لا تمارس إلا في نطاق مبدأ المشروعية وفي ظل الرقابة القضائية.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: ماهية القرار الإداري

❖ الفرع الثاني: السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري

الفرع الأول: ماهية القرار الإداري

قبل الحديث عن نطاق السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري لا بد من الحديث عن تعريف القرار الإداري وأركانه.

أولاً: تعريف القرار الإداري

لم يعرف المشرع في النظم القانونية المقارنة القرار الإداري، تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء، وسنعرض التعريف الفقهي والقضائي للقرار الإداري:

التعريف الفقهي للقرار الإداري: تعددت تعريفات الفقه الإداري للقرار الإداري إلا أن غالبية هذه التعريفات تدور حول نفس المعنى.

حيث يعرفه بعض الفقه بأنه: "إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثاراً قانونية"⁽¹⁾.

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "عمل قانوني نهائي صادر بإرادة الإدارة المنفردة كسلطة إدارية وطنية، وتترتب عليه آثار قانونية معينة"⁽²⁾.

(1) الحلو، القضاء الإداري (ص 271).

(2) عبد الله، القضاء الإداري (ص 41).

وعرفه الفقيه الفرنسي ليون دوجي بأنه: "كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما ستكون في لحظة مستقبلية"⁽¹⁾.

التعريف القضائي للقرار الإداري: بالإضافة للتعريفات الفقهية فقد عرف القضاء الإداري القرار الإداري:

حيث عرفه قضاء مجلس الدولة المصري بأنه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، ابتغاء تحقيق المصلحة العامة"⁽²⁾.

كما عرفته محكمة العدل العليا الفلسطينية تعريفاً مطابقاً لتعريف القضاء المصري بأنه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً بهدف من المصلحة العامة"⁽³⁾.

وفي قرار آخر عرفت القرار الإداري بأنه: "تعبير عن الإرادة المنفردة للسلطة الإدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين"⁽⁴⁾.

وبناء على التعريفات السابقة يمكن تعريف القرار الإداري بأنه: عمل قانوني نهائي صادر بإرادة منفردة عن سلطة إدارية وطنية يحدث أثراً قانونياً معيناً.

ثانياً: أركان القرار الإداري

للقرار الإداري مجموعة من الأركان تظهر الذاتية المستقلة له وتميزه عن غيره من الأعمال الإدارية، ويترتب على هذا أن دعوى الإلغاء لا تقام إلا على قرار إداري، وبالتالي إن تخلف ركن من هذه الأركان لم يتحقق وجود القرار الإداري ومن ثم لا يقبل قاضي الإلغاء الدعوى ويردها شكلاً⁽⁵⁾، حيث يمكن استخلاص هذه الأركان من تعريف الفقه للقرار الإداري، وهي على النحو الآتي:

(1) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري (ص29).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص244).

(3) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 21 / 2008، جلسة 2008/5/20، مبادئ محكمة العدل العليا للمستشار/ أشرف نصر الله وآخرين (ص90 وما بعدها).

(4) قرار رقم 138/2002، جلسة 2003/11/16، غير منشور، مشار لدى علي صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص122).

(5) أبو سميحة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص36).

1- القرار الإداري عمل قانوني

يعتبر القرار الإداري عملاً قانونياً تصدره الإدارة، فهو ليس من قبيل أعمال الإدارة المادية سواء كانت إرادية أو غير إرادية⁽¹⁾، حيث أن الإدارة حينما تباشر وظيفتها تصدر نوعين من الأعمال والتصرفات، فإما أن تكون أعمالاً قانونية وهي التي تنحصر في القرارات الإدارية والعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها سواء كانت هذه العقود عقود إدارية أم عقود خاصة تنزل فيها الإدارة منزلة الأفراد. وإما أن تكون أعمالاً مادية، وحيث يترتب على اعتبار القرار الإداري عملاً قانونياً استبعاد الأعمال المادية من رقابة قاضي الإلغاء⁽²⁾.

2- صدور القرار الإداري بصفة نهائية

يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن يكون القرار الإداري نهائياً، أي قابل للتنفيذ دون حاجة إلى إجراء لاحق⁽³⁾. وقد اختلف فقهاء القانون العام على تسمية القرارات الإدارية "بالنهائية".

حيث ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن اختيار كلمة (نهائي) للدلالة على القرارات الإدارية التي تقبل الطعن بالإلغاء هو اختيار غير موفق، واقترح استبداله بكلمة تنفيذي لأنه أوفى بالغرض، فالقرارات الإدارية تصبح قابلة للطعن بالإلغاء من لحظة صيرورتها قابلة للتنفيذ⁽⁴⁾.

إلا أن هناك جانب كبير من الفقه، _ وبحق _ يفضل استخدام لفظ "نهائي" للدلالة على قابلية القرار للطعن عليه بالإلغاء، على اعتبار أن القرار _ لكي يعتبر نهائياً _ لا ينظر إلى الجهة التي أصدرته، وإنما بالنظر لصاحب المصلحة في موضوع معين⁽⁵⁾.

حيث أن استخدام لفظ نهائي مستقر تشريعياً وقضائياً وفقهياً، وهو ذات موقف غالبية الفقه المصري والفلسطيني. حيث قررت محكمة العدل العليا بأنه "يجب أن يكون القرار

(1) المرجع السابق، (ص37).

(2) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص255).

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص273).

(4) مشار إليه عند أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين _ الكتاب الثاني _ (ص53)، صادق ، دعوى

الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني.(ص173).

(5) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص175).

المطعون فيه أمام هذه المحكمة قراراً إدارياً ثابتاً ونهائياً وإلا فإن الطعن فيه سابقاً لأوانه ويتعين رفضه،...."(1).

وتؤيد الباحثة ما ذهب إليه الرأي الثاني بإبقاء لفظ نهائي وليس تنفيذي وذلك منعا لحدوث ارتباك لا داعي له نتيجة لتغير المصطلحات، ولتعارف الجميع على أن القرار الإداري النهائي هو القرار الذي لا يجوز التعقيب أو المصادقة عليه من جانب سلطة إدارية أعلى من السلطة التي قامت بإصداره. وهذا ما استقرت عليه أحكام محكمة العدل العليا على أن المقصود بالقرار الإداري النهائي هو "القرار الذي يؤثر في مركز قانوني للطاعن ولا يمكن تداركه إلا بإلغائه أو تعديله من قبل المرجع المختص وهو محكمة العدل العليا"(2).

كما وقضت بأنه: "الإجراءات التحضيرية والأعمال التمهيدية لا تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا لأنها ليست قرارات نهائية، وبالتالي لا يجوز إطلاق وصف القرار الإداري عليها لأن القرار النهائي هو القرار الأخير الصادر عن الإدارة والذي ينفذ بغير حاجة إلى صدور قرار آخر يصدر عن سلطة أعلى"(3). كما وقضت بأن قرار وقف الموظف عن عمله وتذييل القرار بعبارة - لحين صدور تعليمات أخرى- هو قرار غير نهائي(4).

وبناء على ما سبق وتأكيداً له لا تعد قرارات اللجنة المختصة بالتحقيق مع الموظف المخالف بأنها قرارات إدارية إذ إنها تحتاج إلى تصديق جهة أعلى منها حيث ألزم المشرع لجنة التحقيق برفع تقرير إلى اللجنة المختصة بتشكيلها، كما يجوز للسلطة المختصة بتشكيل اللجنة الأخذ بتوصيات اللجنة أو تعديلها وذلك كما ورد في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية(5).

حيث أنه وتجدر الإشارة إلي أن بعض أحكام محكمة العدل العليا استخدمت كل من لفظ "تنفيذي" و"قطعي" للدلالة على نهائية القرارات الإدارية، حيث قررت أن "القرار الإداري هو القرار المتضمن إفصاح سلطة إدارية عامة عن إرادتها الملزمة، بما لها من سلطة عامة

(1) قرار محكمة العدل العليا رقم 2002/119، جلسة 2002/12/29، مشار إليه عند: غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص260).

(2) قرار رقم 2000/8، جلسة 2004/4/7 رام الله، غير منشور. مشار إليه عند: أبو سميح، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين _ الكتاب الثاني _ (ص54).

(3) قرار محكمة العدل العليا رام الله رقم (2008/233) جلسة 2001/1/31م

(4) قرار محكمة العدل العليا بغزة رقم (2002/119) جلسة 2002/2/29.

(5) نص المادة (3،1/91) حيث جاء فيها: "يجب على لجنة التحقيق بعد الانتهاء من التحقيق أن تقدم تقريراً إلى السلطة المختصة بتشكيل اللجنة مصحوباً بمحضر اللجنة ... والتوصيات التي تراها مناسبة... يجوز للسلطة المختصة بتشكيل لجنة تحقيق الموافقة على توصيات اللجنة أو تعديلها.

بمقتضى القانون، بقصد إحداث مركز قانوني معين، وأن القرار القابل للطعن أمام محكمة العدل العليا هو القرار الإداري النهائي التنفيذي⁽¹⁾.

3- القرار الإداري تعبير صادر بالإرادة المنفردة للإدارة

التعبير عن الإرادة قد يتمثل في أمر إيجابي، وقد يستفاد من موقف سلبي، لذلك يوجد القرار الإيجابي والسلبي والضمني. ويجب أن يكون القرار صادراً عن إرادة الإدارة المنفردة دون أي اعتبار لإرادة المخاطب بالقرار الصادر، لكي نكون أمام قرار إداري قابلاً للطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

ويكون القرار إيجابياً إذا أظهرت فيه الإدارة إرادتها باتخاذ موقف إيجابي معين، وذلك قد يكون إما بكتابة القرار، مثل معظم القرارات اللائحية وغالبية القرارات الفردية. أو النطق به شفاهة، مثل قرارات فض التجمهرات غير المشروعة. أو التعبير عنه بالإشارة، وقد تكون الإشارة ضوئية أو صوتية كالتالي تستخدم في تنظيم المرور في الشوارع والبياديين⁽²⁾.

أما القرار السلبي فهو القرار الذي يتحقق في امتناع جهة الإدارة أو رفضها اتخاذ إجراء معين يلزمها القانون واللوائح باتخاذها⁽³⁾. حيث تنص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية على أنه: "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:....5_ رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القانون أو الأنظمة المعمول بها....".

أما القرار الضمني فهو القرار الذي يفترضه المشرع استناداً إلي سكوت الإدارة سكوتاً ملائماً، ولكي يكون هناك قرار ضمني لا بد من توافر شرطين هما المدة والنتيجة، بمعنى أنه لا بد أن تكون هناك مدة محددة كما في حالة الاستقالة حيث اشترط القانون مرور ثلاثين يوماً دون البت فيها، تكون النتيجة قبول الاستقالة ضمناً. حيث قررت محكمة العدل العليا بأن

(1) القرار رقم 97/24 عدل عليا برام الله_ جلسة 1999/12/28، عبد المجيد الحاج على ضد محافظ نابلس. مشار إليه عند: غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م، (ص263)، وعند: صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (174).

(2) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين _ الكتاب الثاني_ (ص42).

(3) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص268).

"انقضاء مدة ثلاثين يوماً على تقديم الطلب وامتناع الإدارة عن اتخاذ أي قرار هو قرار ضمني بالرفض"⁽¹⁾.

هذا ولا يعني شرط صدور القرار بالإرادة المنفردة للإدارة أنه يجب أن يصدر من فرد واحد، فقد يشترك في تكوينه أكثر من فرد كل منهم يعمل في مرحلة من مراحل تكوينه لأنهم بالنهاية يعملون لحساب جهة إدارية واحدة⁽²⁾، كما لا تتأثر إرادة الإدارة المنفردة إذا كان تنفيذ القرار معلقاً على موافقة الأفراد كقرار تعيين موظف، أو يتطلب قبل صدوره تقديم طلب من صاحب الشأن كطلب الاستقالة⁽³⁾.

4- صدور القرار الإداري من سلطة إدارية وطنية

حتى يعتد بالقرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء يجب أن يصدر عن أحد أشخاص القانون العام بغض النظر عن كونها مركزية أو غير مركزية⁽⁴⁾، فالقرار الإداري يمكن أن يصدر عن رئيس السلطة الوطنية أو من أحد الوزراء، كما يمكن أن يصدر عن هيئة محلية أو من هيئة عامة، أو من إحدى النقابات المهنية باعتبارها من أشخاص القانون العام⁽⁵⁾.

حيث قضت محكمة العدل العليا بأنه: "يشترط في دعوى الإلغاء أن يكون القرار المطعون فيه قراراً إدارياً، وأن القرار الإداري لا يعتبر قراراً خاضعاً للطعن أمام محكمة العدل العليا ما لم يكن صادراً عن سلطة إدارية أو مؤسسة عامة أو شخص من أشخاص القانون العام"⁽⁶⁾، ويقتضي هذا الشرط أن تكون السلطة الإدارية العامة التي يصدر عنها العمل أو التصرف سلطة إدارية وطنية تطبق قوانين البلاد وتستمد سلطتها منها بحيث يكون التصرف معبراً عن الإرادة الذاتية لهذه الجهة بوصفها سلطة عامة وطنية، أما إذا استمدت الإدارة سلطتها في إصدار القرار من قانون أجنبي فإنها لا تعتبر سلطة وطنية، وذلك لأن دعوى الإلغاء إنما وجدت للرقابة على مشروعية قرارات السلطات الإدارية الوطنية، وعليه لا تقبل دعوى الإلغاء على القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الأجنبية حتى وإن مست هذه القرارات مراكز

(1) قرارها رقم 2005/106، جلسة 2006/5/31. رام الله، غير منشور. مشار إليه عند: أبو سمهانة، موسوعة القضاء

الإداري في فلسطين _ الكتاب الثاني _ (ص44).

(2) عمرو، القضاء الإداري (ص35).

(3) الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص212).

(4) العتوم، القضاء الإداري (ص78).

(5) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص44).

(6) قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (2008/195) جلسة 2008/9/28م.

الوطنيين وذلك كون أن للسلطات الأجنبية دولها ولا يحق لأي دولة استناداً لمبدأ إقليمية القوانين أن تنظر في مدى مشروعية القرارات الصادرة بمقتضى قانون أجنبي⁽¹⁾، ولقد استقرت أحكام محكمة العدل العليا في فلسطين على ضرورة أن يكون القرار المطعون فيه صادر عن سلطة إدارية وطنية تستمد اختصاصاتها في إصدار القرار من القانون الوطني، وعليه لم تعتبر القرارات الصادرة من موظفي وطنيين يستمدون سلطاتهم من قانون أجنبي قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمامها⁽²⁾.

5- أن يحدث القرار الإداري أثراً قانونياً

يتميز القرار الإداري بأنه تصرف ينطوي على تعبير عن إرادة الإدارة المنفردة بقصد ترتيب أثر قانوني، وهذا ما يميزه عن باقي تصرفات الإدارة هو أنه يترتب آثاراً قانونية بذاته تؤثر في المركز القانوني للطاعن⁽³⁾، وذلك بإنشاء مركز قانوني جديد أو بتعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم بالفعل مادام أن هذا الأثر ممكناً وجائزاً قانوناً.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأن: "القرار الإداري الذي يقبل الطعن بالإلغاء هو القرار الذي من شأنه أن يحدث أثراً قانونياً"⁽⁴⁾.

ولا بد أن ينتج عن القرار الإداري آثاراً قانونية، قد تكون إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين، فإذا لم يترتب على القرار الإداري آثار من هذا القبيل فإنه لا يعد قراراً إدارياً.

والقضاء الإداري يشترط حتى يكون القرار الإداري منتجاً لآثاره القانونية توافر شرطين:

1- وجوب تولد آثار قانونية عن قرار المطعون فيه وبالتالي يستبعد أي قرار لا يحدث أثراً قانونياً من نطاق دعوى الإلغاء.

2- أن يحمل القرار قابلية إحداث آثار قانونية بذاته من شأنها أن تحدث ضرراً بالمدعي.

ومما سبق يتضح أن هذا القرار يجب أن يمس مصالح الأفراد ويؤثر على أوضاعهم سواء تعلق القرار بفرد أو أفراد معينين بذواتهم أو تعلق بقرار تنظيمي لائحي⁽⁵⁾.

(1) الجبوري، القضاء الإداري "دراسة مقارنة" (ص 71).

(2) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص 272).

(3) عمرو، مبادئ القانون الإداري "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص 54).

(4) قرار محكمة العدل العليا برام الله (2010/634) جلسة 2011/6/8م.

(5) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص 275).

حيث أقرت محكمة العدل العليا بأن: "الأصل في القرارات الإدارية التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا أن تكون مستوفية لكافة أركانها وشروط صحتها ثم أن يكون من شأنها التغيير في المراكز القانونية للمستدعين سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو بتعديل مركز قانوني أو بإلغاء مركز قانوني"⁽¹⁾.

ومما سبق فإنه يخرج من نطاق دعوى الإلغاء القرارات التي تصدرها الإدارة والتي لا ترتب أثراً قانونية لعدم إلحاقها أية أضرار، أي عدم مساسه بالمركز القانوني للطاعن من ناحية أو القرار الذي يولد أثراً قانونية معينة ولكنها غير ممكنة أو جائزة قانوناً من ناحية أخرى⁽²⁾.

حيث استقر قضاء محكمة العدل العليا على العديد من المبادئ والتي اعتبرت فيها أنها غير مختصة بالنظر في الطلبات المقدمة إليها لعدم التأثير على المركز القانوني للطاعن أو عدم حدوث ضرر له من قبل القرار، ومن هذه الأمثلة ما قرره بعدم اختصاصها بالنظر في القرارات التوكيدية وقررت أنه: ".... بناءً على ما تقدم تجد المحكمة أن القرار المطعون فيه هو تأكيد على قرار سابق، وإنه لم تطرأ أو تستجد أية أمور بعد صدور القرار السابق، ولم يحدث القرار المطعون فيه أي تغيير أو تعديل في المركز القانوني للمستدعي وعليه فإن هذا القرار لا يقبل الطعن"⁽³⁾.

ومن تطبيقات محكمة العدل العليا الفلسطينية قررت أن: الأعمال التحضيرية و الإجراءات التمهيدية لا تقبل الطعن بالإلغاء وأن الطعن بالإلغاء يجب أن ينصب على القرار الإداري الذي يحدث بذاته الأثر القانوني⁽⁴⁾. وكذلك أكدت المحكمة على أن: " الإجراءات التنفيذية اللاحقة لإصدار القرار الإداري لا تقبل الطعن باعتبار أنها لا تحدث بذاتها أثراً قانونياً"⁽⁵⁾. كما وقررت بأنه "لا يعتبر الإعلان عن الرغبة قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء لأنه لا يترتب عليه تغيير في المراكز القانونية"⁽⁶⁾.

(1) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2013/62، جلسة 2013/5/21، مجموعة المستشار أشرف نصر الدين وآخرين، مرجع سابق، (ص136).

(2) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين _ الكتاب الثاني_ (ص59).

(3) قرارها رقم 2005/171، جلسة 2006/6/3، وقرارها رقم 2003/39، جلسة 2005/3/10، برام الله. مشار إليه عند: أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين_ الكتاب الثاني_ (ص59).

(4) قرار محكمة العدل العليا برام الله بالدعوى رقم (2006/63) جلسة 2007/3/5.

(5) قرار محكمة العدل العليا برام الله بالدعوى رقم (2009/170) جلسة 2010/6/16م

(6) قرار محكمة العدل العليا بغزة بالدعوى رقم (2012/54) جلسة 2012/5/24م

كما قضت بأنه: "القرار الإداري القابل للطعن أمام محكمة العدل العليا هو القرار الإداري النهائي التنفيذي"⁽¹⁾.

وبعد الحديث عن تعريف القرار الإداري وأركانه سنتناول الحديث عن نطاق السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية في القرار الإداري

تعتبر سلطة الإدارة في إصدار القرارات الإدارية المظهر الرئيس لوسائل الإدارة في مباشرة كافة أوجه نشاطها دون استثناء، لذلك يعتبرها فقه القانون العام أهم وأخطر امتيازات السلطة الإدارية التي لا غنى عنها، حيث إن الإدارة لا تستطيع أن تمارس امتيازاتها إلا من خلال هذه القرارات، فتباشر عن طريقها السلطة التقديرية⁽²⁾.

حيث إن غالبية القرارات الإدارية تجمع بين السلطتين التقديرية والمقيدة، فليس ثمة سلطة تقديرية مطلقة وكذلك لا يوجد سلطة مقيدة مطلقة، فيتعذر القول بوجود عمل يحتوي على سلطة تقديرية مطلقة أو سلطة مقيدة مطلقة⁽³⁾.

فهاتان السلطتان تتكاملان عند مباشرة سلطة اتخاذ القرار الإداري، فكل عمل إداري هو مزيج من السلطتين معاً، وقد تصل السلطة التقديرية أحياناً في إطلاقها إلى حد بعيد، وقد تتضاءل أحياناً أخرى لحد شديد بحيث تغطي عليها فكرة الاختصاص المقيد⁽⁴⁾.

وقد توجد السلطة التقديرية في حدها الأقصى أو الأدنى، وقد تكون سلطة وسط بين هذه وتلك. ونفصل ذلك على النحو التالي:

أولاً: السلطة التقديرية في حدها الأقصى

يختلف مدى السلطة التقديرية للإدارة إزاء القرارات الصادرة عن الإدارة، حيث تبرز السلطة التقديرية للإدارة في أوسع نطاق لها عندما يمنحها المشرع حرية القيام بالعمل أو عدم

(1) قرار محكمة العدل العليا برام الله رقم 303 في الدعوى رقم (1999/12) الصادر بتاريخ 2007/2/28.

(2) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص6).

(3) يذهب بعض الفقه الفلسطيني خلاف ذلك حيث يرى الدكتور هاني غانم: "أن سلطة الإدارة لا يمكن أن تكون تقديرية بالكامل، إنها تتضمن قسماً من السلطة التقديرية وقسماً آخر من السلطة المقيدة. إن العمل الإداري يجمع في الغالب الأعم بين السلطتين المقيدة والتقديرية معاً، ولكن هذا لا يمنع أن تكون مقيدة بالكامل، وخير مثال على هذه الأخيرة حساب رواتب الموظفين ومنح الترقية بالأقدمية. راجع غانم، الوسيط في القضاء الإداري في فلسطين (ص153).

(4) جمال الدين، لمرجع السابق، (ص93).

القيام به، فيكون لها اختيار الأسباب التي تبني على أساسها تصرفها واختيار الوقت المناسب للقيام بذلك التصرف⁽¹⁾، ومثال ذلك: منح التأشيرات للأجانب ومنح الجوائز والشهادات والأوسمة الفخرية.

ثانياً: السلطة التقديرية في حدها الوسط

وتبرز السلطة التقديرية للإدارة في حدها الوسط عندما يمنحها المشرع الحرية في أن تتصرف أو تمتنع عن التصرف، ولكن تبقى ملزمة إذا ما اختارت أن تتصرف أن تبني قراراتها على أسباب معينة⁽²⁾.

ومثال ذلك: تأديب الموظفين وترقية الموظفين على أساس الامتياز أو الاختيار، ومنح رخص القيادة والصيد وحمل السلاح.

ثالثاً: السلطة التقديرية في حدها الأدنى

تبرز السلطة التقديرية للإدارة في حدها الأدنى عندما لا يترك المشرع للإدارة مجالاً واسعاً في الاختيار، فإذا وجدت أسباباً معينة فلا بد أن تتصرف جهة الإدارة في اتجاه معين ولكن لها الحرية في اختيار الوقت الذي يصدر فيه قراراتها⁽³⁾.

ومثالها: قرارات الترقية بالأقدمية وإحالة الموظف على التقاعد ببلوغه سن التقاعد، وإحالة موظف على التقاعد ببلوغه سن الستين أمر وجوبي بنص القانون كما نصت المادة (6) من قانون الخدمة المدنية لعام 1998م "تنتهي خدمة الموظف إذا أكمل الستين من عمره" فتلتزم الإدارة بما جاء وفق القانون ولكن يبقى لها الحرية في تقدير عمر الموظف للثبوت من بلوغه سن الستين عند إحالته للتقاعد ولها الحرية في اختيار الوقت المناسب للتقاعد معه.

مما سبق يلاحظ أن السلطة التقديرية للإدارة سواء اتسعت أو ضاقت، لا توجد سلطة تقديرية مطلقة بل تبقى الإدارة مقيدة دائماً بتحقيق المصلحة العامة وعدم إساءة استعمال السلطة، فإذا انحرفت الإدارة بسلطتها عن تحقيق المصلحة العامة أو الهدف المخصص لها قانوناً، فيصبح قرارها معيباً بعبء إساءة استعمال السلطة وجديراً بالإلغاء.

(1) عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (ص52).

(2) فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة (قضاء الإلغاء) (ص393).

(3) عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (ص53).

الفصل الرابع

رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

الفصل الرابع

رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

تمهيد وتقسيم:

تعتبر الرقابة القضائية التي تباشرها المحاكم على أعمال الإدارة، أنجح صور الرقابة ضماناً لحقوق وحريات الأفراد، ومن غير شك أن الحرص على الحقوق والحريات العامة للأفراد، هو من أنبل وأسمى ما يهدف إليه كل فقيه أو قاضٍ، وهذا يدفع إلى المزيد من الرقابة الفاعلة لضمان حقوق الأفراد تجاه النشاط الإداري، وذلك نظراً لما يتمتع به القضاء من استقلال وحصانة وحيدة ونزاهة، مع مراعاة ألا يتجاوز القضاء الإداري حدود سلطاته فتكون له الكلمة الأخيرة في المسائل الإدارية.

وقد توكل مهمة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة إلى المحاكم العادية، حيث تختص بالفصل في جميع المنازعات سواء المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيهم، أم تلك التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم، وهو ما يطلق عليه القضاء الموحد أو الأنجلوسكسوني، وإلى جوار هذا النظام يوجد النظام المزدوج أو اللاتيني، حيث خص المشرع المنازعات الإدارية بمحاكم خاصة، تتميز باستقلالها عن المحاكم العادية. ولكل نظام خصائصه وعيوبه، كما وأن للرقابة القضائية سمات تميزها عن غيرها من صور الرقابة الأخرى على أعمال الإدارة سواء كانت ضمن النظام الموحد أم المزدوج.

وبناء على ما سبق، نقسم الفصل إلى المباحث الآتية:

- ❖ المبحث الأول: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وتطورها
- ❖ المبحث الثاني: مظاهر ممارسة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

المبحث الأول

أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وتطورها

تعتبر السلطة التقديرية للإدارة ضرورة حتمية بالنسبة للسلطة الإدارية، فهي تمنح للإدارة الحرية في ممارسة صلاحياتها، وتعتبر من أهم الأفكار التي يقوم عليها القانون الإداري، حيث إن تقييد حرية الإدارة يشل حركة الإدارة ويقتل روح الإبداع وحب التجديد لدى موظفيها، مما يلحق ضرراً بالمصلحة العامة.

خلصنا مما سبق أن التطور العلمي واتساع مجال الوظيفة الإدارية، أدى إلى تزايد صلاحيات الإدارة واتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة تماشيًا مع تلبية رغبات وحاجات الأفراد، فلذلك تطورت رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة بشكل عام، وعلى السلطة التقديرية بشكل خاص، فانتقلت رقابة القاضي من رقابة مشروعية إلى ملائمة ضمانًا لحماية حريات وحقوق الأفراد.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

- ❖ **المطلب الأول: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة**
- ❖ **المطلب الثاني: تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة**

المطلب الثاني

أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

إن السلطة التقديرية مقررة قانوناً للإدارة، فقد منح المشرع الحرية للإدارة في ممارسة أعمالها وصلاحياتها لتحقيق المصلحة العامة وتنظيم سير المرافق العامة.

ولم تكن القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التقديرية للإدارة تخضع لرقابة القضاء الإداري إلا بعد التطور الراهن الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي، وأصبح لزاماً على القاضي أن يتأكد من مدى احترام قرارات الإدارة للقانون، وكان ذلك من منطلق حرص القضاء الإداري على تحقيق التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية حقوق وحرقات الأفراد واعتبارات فعالية أعمال الإدارة ونشاطها في ظل الظروف المتطورة.

وقد بدأت رقابة القاضي الإداري تتطور تدريجياً على أعمال السلطة التقديرية للإدارة من خلال القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، حيث بدأ في نهاية القرن الماضي بعدما أقر مجلس الدولة الفرنسي بعض النظريات لمواجهة السلطة التقديرية للإدارة، ومن أهمها نظرية الخطأ البين في التقدير، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، ونظرية التناسب.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

❖ الفرع الأول: نظرية الخطأ الظاهر (البين) في التقدير

❖ الفرع الثاني: نظرية التناسب

❖ الفرع الثالث: نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

الفرع الأول: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

إن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير تعتبر نظرية حديثة نسبياً في المنازعات الإدارية ولها مكانتها في منازعات الإلغاء، ويمكن اعتبارها وجهاً جديداً لقبول الطعن في حال تجاوز السلطة وهو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع التي تبرر القرار الإداري⁽¹⁾.

وتعد هذه النظرية من أهم النظريات الحاسمة في مجال تحديد وتقييد السلطة التقديرية. ويتحقق مبدأ الرقابة على الخطأ البين في التقدير عند استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية، فالقرار

(1) بوعكة، السلطة التقديرية للإدارة (ص 29-30).

الذي لا يتطابق مع الوقائع المادية يكون مشوباً بخطأ في القانون ويؤدي إلى انحراف في استعمال السلطة⁽¹⁾.

ولقد تعددت اتجاهات الفقه في تعريف الخطأ الظاهر (البيّن) في التقدير⁽²⁾:

فذهب الاتجاه الاول إلى أن الخطأ البيّن يرد على وصف الوقائع أي أنه يشوف التكيف القانوني، ولاسيما أن الرقابة القضائية تطورت وقد جاوزت هذا المجال إلى النظر في تقدير الوقائع، ومن تطبيقاتها رقابة التناسب في مجال الجزاءات التأديبية.

أما الاتجاه الثاني فذهب إلى الربط بين الخطأ الظاهر (البيّن) في التقدير وفكرة عدم المعقولة من شأنه أن يؤدي إلى مواجهات التقديرات غير المعقولة للإدارة، وإيراد قيد على تصرفات الإدارة وحصر النشاط الإداري في حدود معقولة.

وذهب الاتجاه الثالث إلى إبراز بعض صفات الخطأ البيّن كالجسامة والظهور والوضوح والخطورة هي صفات لازمت الخطأ البيّن في العديد من التطبيقات، إلا أن هذا التلازم غير ضروري.

في حين ذهب الاتجاه الرابع إلى أن الخطأ الظاهر (البيّن) يعتبر مخالفاً للقانون بمعناه الواسع وذلك بتوسيع دائرة الرقابة القضائية على التكيف القانوني للوقائع.

يتضح أن هذا الاتجاه وسّع من رقابة الحد الأدنى أي رقابة العيوب التقليدية للقرار الإداري إلى رقابة التكيف القانوني في الحالات التي يخضع فيها هذا التكيف للرقابة. يتحرك القضاء ضمنه لتضييق مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة.

أولاً: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر (البيّن) في التقدير في القضاء الفرنسي

لقد طبق القضاء الفرنسي نظرية الخطأ الظاهر (البيّن) لأول مرة في مجال الوظيفة العامة، وذلك نتيجة لما تتمتع به السلطة الإدارية من حرية واسعة في تعيين الموظفين ونقلهم وتأديبهم وترقيتهم⁽³⁾.

حيث أصدر مجلس الدولة الفرنسي أول قرار له في تطبيق نظرية الخطأ البيّن، يتضمن مسألة تتعلق بسلطة التعيين في الوظيفة، وتتلخص وقائع القضية في قيام النقابة الفرعية لأحد

(1) خليفي، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة (ص228).

(2) المرجع السابق، (ص230).

(3) راجع مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري، (ص159،160).

المستشفيات في منطقة نانت الفرنسية برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية نانسي، تطلب فيها إلغاء قرار وزير الصحة العامة بشأن رفض إدارة المستشفى القيام بإجراء مسابقة توظيف لمنصب طبيب، حيث قضت المحكمة الإدارية بإلغاء هذا القرار، فقام الوزير برفع طعن أمام مجلس الدولة، حيث قضى مجلس الدولة برفض الدعوى وذلك لأن الإدارة لها حرية التقدير في إجراء مسابقة التوظيف، ولا يناقش أمام القاضي الإداري إلا إذا شاب ذلك التقدير خطأً بيّن أو انحراف في السلطة أو غلط في القانون أو قام على وقائع مادية غير صحيحة.

كما وقضى مجلس الدولة الفرنسي أن القاضي ليست له سلطة رقابة تقدير وزراء الوطنية والصحة العامة في الحالات التي يكون فيها خطأً بيّن، أو خطأً في تطبيق القانون والتعسف في استعمال السلطة أو عدم صحة الوقائع المادية، وقضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم صحة الوقائع المادية التي على أساسها رفض إدماج مشارك جراح في المستشفيات إلى مركز استشفائي جامعي، وتعويضه عن الضرر الذي أصابه بقيمة 60000 فرنك⁽¹⁾.

حيث إن هذا الحكم يتميز عن غيره من الأحكام، حيث إن القاضي بمجلس الدولة الفرنسي قام بالبحث في التقدير الشخصي لمصدر القرار ورقابة جميع الظروف المحيطة بالقرار فلم يكتفِ برقابة الوقائع المادية ولذلك فإن هذا الحكم يندرج ضمن الرقابة القصوى وليست الدنيا⁽²⁾.

حيث عندما يقوم مجلس الدولة الفرنسي برقابة محددة لتقدير الإدارة فإنه يحتفظ لنفسه في أغلب الأحوال برقابة الغلط الظاهر⁽³⁾.

وتتوعد تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الخطأ الظاهر (البين) في العديد من المسائل والموضوعات، وله العديد من القرارات القضائية المتعلقة بتطبيق نظرية الخطأ البين. فلم تعد مقتصرة في مجال الوظيفة العامة والمسائل التأديبية إنما شملت جميع الجوانب.

حيث تطورت رقابة الغلط الظاهر في القانون وسمح للقاضي بالإلغاء على هذا الأساس بدل الإلغاء على أساس الانحراف بالسلطة⁽⁴⁾.

(1) خليفي، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة (ص260).

(2) بطيخ، الرقابة على الجهاز الإداري (ص279).

(3) Du 2 nov,1973,Societe anonyme Librairie Francois Maspero*, Rec, 611: JCP, 1974,11,17642, concl, Braibant,note R,Drago;D, 1974,432, note Pellet; Gaz. Pal, 1974,100, note Pacteau; AJ1973.577, chr, France et Boyon,

(4) القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص52).

ثانياً: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر (البين) في التقدير في القضاء الإداري المصري

استخدم القضاء الإداري المصري تعبير (عدم الملاءمة الظاهرة) في أحكامه بدلاً من الخطأ الظاهر في التقدير وذلك للدلالة على عدم مشروعية القرارات الإدارية، وأطلق عليها نظرية الغلو خاصة في المجال التأديبي للوظيفة العمومية، حيث قضت محكمة القضاء في حكم لها 1953/1/18 بأنه وقد بان من ظروف اتهام المدعي في القضيتين المنسوبتين إليه أن هذا الاتهام لم يكن يبرر فصله من وظيفته ومتى كان القرار المطعون فيه قد استند في أسباب الفصل إلى ما اتهم به هاتين القضيتين كان في ذلك عدم ملاءمة ظاهرة في القرار مما يجعله مشوباً بعيب الانحراف في السلطة⁽¹⁾.

إن مجلس الدولة المصري لم يستعمل لفظ الخطأ البين صراحة في معظم تطبيقاته إلا أنه توصل إلى ذات النتائج التي توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقه لنظرية الخطأ البين في التقدير، ويتضح من ذلك أن مجلس الدولة المصري كان سباقاً في أعمال مضمون تلك النظرية ونتائجها في بعض المجالات حتى قبل أن يبتدعها مجلس الدولة الفرنسي، فقد كان أكثر دقة من نظيره الفرنسي في اختيار مصطلح "عدم الملاءمة الظاهرة" تعبيراً عن الخطأ البين في التقدير⁽²⁾.

حيث إن محكمة القضاء الإداري تربط بين الملاءمة والمصلحة العامة، ولقد تضمن أول قرار لها في تلك المسألة على ما يأتي: "أن الخطأ في تقدير الظروف والمناسبات التي توجب إصدار الأمر الإداري أو عدم إصداره هو أمر يتعلق بملاءمة الأمر الإداري للمصلحة العامة"⁽³⁾.

ومن خلال مراجعة قرارات مجلس الدولة المصري سواء الصادرة من محكمة القضاء الإداري أم من المحكمة الإدارية العليا، فإننا نجد لهذه النظرية تطبيقات قضائية توجي بتبني القضاء المصري لهذه النظرية، وذلك من خلال المفهوم والمعنى التي هي عليه في القضاء الفرنسي⁽⁴⁾.

(1) جمال الدين، أصول القانون الإداري (ص216).

(2) المرجع السابق، (ص342).

(3) قرار محكمة القضاء الإداري 1950/5/11. مشار: جمال الدين، أصول القانون الإداري (ص342-343).

(4) بطيخ، الرقابة على الجهاز الإداري (ص288).

ولقد طبق القضاء الإداري المصري مضمون نظرية الخطأ البين في المجال التأديبي وسماها الغلو، ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بعدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري الذي ارتكبه العامل وبين نوع ومقدار الجزاء الذي وقعت الإدارة عليه، فباشرت المحكمة رقابتها على مدى تلاؤم القرار التأديبي، حتى لا تغلو السلطة التأديبية في التقدير⁽¹⁾.

فالقضاء الإداري المصري اعتبر عدم الملاءمة الظاهرة صورة من صور الغلو القائم بين الجزاء والمخالفة نتيجة لإساءة استعمال السلطة، حيث إن عدم الملاءمة الظاهرة تعتبر قرينة لإثبات عيب الغاية وهو التعسف في استعمال السلطة.

ثالثاً: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر (البين) في التقدير في القضاء الفلسطيني

إن القضاء الإداري الفلسطيني سار على ذات النهج الذي سار عليه القضاء الإداري المصري، وأخذ بنظرية الغلو، حيث برز تطبيقها في المجال التأديبي.

وما يؤكد ذلك ما قضت به محكمة العدل العليا: "أن نقل الموظف إلى وظيفة لا تتماثل مع الوظيفة المنقول منها من حيث النوع والدرجة وطبيعة العمل يشكل إجراءً تأديبياً مقنعاً...، وحيث إن نقله من مركز وظيفته كمدير وهي وظيفة أعلى درجة من الوظيفة التي نقل إليها لا تتماثل معها نوعاً ودرجة وطبيعة، وحيث إنه لم يتقدم بأي طلب نقل... وقول ممثل الجهة المستدعي ضدها أن نقل المستدعي من وظيفة مدير إلى وظيفة معلم كان يستهدف تحقيق مصلحة عامة قائمة على الحرص الشديد والدائم على المصلحة التربوية والتعليمية يبقى مجرد ادعاء لا أساس له من القانون في مقابل البيانات التي قدمها المستدعي، وعليه يكون القرار المطعون فيه مخالفاً للقانون ومعيباً بعبء إساءة استعمال السلطة مما يستوجب إلغاؤه"⁽²⁾.

نرى بهذا الحكم إسناد علاقة الغلو بعبء مخالفة القانون وعيب الانحراف بالسلطة. فالإدارة عندما تتخذ إجراءً يتعين عليها ألا تتجاوز الهدف الذي ابتغاه المشرع وإلا كان إجراؤها مشوباً بالغلو وخارجاً من نطاق المشروعية.

كما وقضت محكمة العدل العليا الفلسطينية أنه "...ومما لا شك فيه أن الرقابة التي تمارسها محكمة العدل العليا على التناسب بين جسامة الذنب الإداري ونوع ومقدار العقوبة

(1) خليف، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة (ص270).

(2) قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله بالدعوى رقم (1999/94) الصادر بجلسة تاريخ 2003/4/3.

التأديبية هي ضمانة كبيرة للأفراد، وتقييم من مغالاة الإدارة في تقدير جسامة الأفعال، كما تعد هذه الرقابة تضييقاً لنطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة وحدها⁽¹⁾.

فلمحكمة الحق في أن تراقب ما إذا كانت العقوبة تتلاءم مع الذنب الذي ارتكبه الموظف، وذلك حتى لا تغلو السلطة الإدارية في التقدير، حماية لحقوق المواطنين من تعسف الإدارة.

ويؤكد القضاء الفلسطيني أن ممارسة السلطة التقديرية لا بد أن تكون وفقاً لمبدأ المشروعية، بمعنى أن تمارس هذه السلطة وفقاً للهدف الذي منحه القانون لاستعمال هذه السلطة.

الفرع الثاني: نظرية التناسب

يعد من المبادئ العامة للقانون، إلا أنه يطبق بدرجات متفاوتة، ويمكن تحليلها إلى عناصر ثلاثة وهي القرار الصادر والحالة الواقعية، والغاية المستهدفة.

والأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساساً لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه، فيكون القاضي الإداري بهذا التعدي قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري⁽²⁾.

والميدان الرئيس لتطبيق مبدأ التناسب يتمثل في ميدان توقيع الجزاءات في القرارات التأديبية للحد من تعسف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطاتها التأديبية. إذ يفرض القضاء الإداري رقابته على مدى الملاءمة في هذه القرارات، حيث إن ثبوت الفرق الصارخ بين درجة المخالفة الإدارية وبين نوع الجزاء ومقداره وعدم تناسبهما يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي⁽³⁾.

لذلك استقر القضاء الإداري في مصر وفرنسا على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملاءمة بين "أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها"، ومع ذلك فإن القضاء لم يلتزم بهذه القاعدة في كثير من الحالات، رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة

(1) قرار محكمة العدل العليا بغزة رقم (2010/98) جلسة 2012/10/11م.

(2) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص218).

(3) جبر، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء (ص77).

التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار، تأسيساً على أن مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الالتزام بها في تصرفاتها دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب، دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاضٍ للمشروعية، فيقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار الإداري وأحد المبادئ القانونية العامة، وهو مبدأ التناسب⁽¹⁾.

ولقد اعتبرت هذه الرقابة استثناء على الأصل الذي التزم به القاضي الإداري باعتباره قاضي مشروعية.

أولاً: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري الفرنسي

في بادئ الأمر رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي البحث في مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التي يرتكبها الموظف، على أساس أن هذا يعد من الملاءمة الواجب تركها للإدارة، فاختيار العقوبة التأديبية من إطلاقات السلطة التأديبية ولا تدخل للقضاء فيها.

إلا أنه في عام 1978م رأى مجلس الدولة الفرنسي أنه لا بد من تقييد السلطة التقديرية للإدارة ليبسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية ودرجة جسامة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام، حيث اعتبر قضاء مجلس الدولة الفرنسي مجال العقوبات التأديبية التطبيق الرئيس لمبدأ التناسب منذ ذلك العام، وجاء ذلك في حكمه الشهير في قضية لبيون، ولقد راقب المجلس تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع المسببة لها من خلال الالتجاء إلى فكرة الخطأ الظاهر⁽²⁾.

وتتلخص وقائع هذه القضية أن السيد لبيون رفع دعواه أمام محكمة تولوز الإدارية طالباً بإلغاء القرار الصادر في 10/7/1974، من رئيس أكاديمية تولوز بإحالاته إلى المعاش دون طلب، وإلغاء هذا القرار، ومنازعة ليس في ماديات الوقائع وإنما في جسامة الجزاء، وقد استندت الأكاديمية في إصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعي وهو معلم لأفعال مخلة بالحياة مع تلميذاته في الفصل والتي ثبتت من وقائع التحقيق معه، ورفضت المحكمة الإدارية طلب

(1) ولقد أخذت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية بمبدأ التناسب وذلك في حكم لها بمناسبة طعن أحد موظفيها في قرار فصله، ورأت المحكمة أن الاستبعاد شديد للغاية خرج عن أي تناسب وفقاً للظروف الموضوعية والشخصية التي ارتكب فيها الفعل المنسوب. انظر: جبر، رقابة مجلس الدولة عن الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء.

(2) عبد العالي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (ص123-124).

إلغاء القرار وذلك لكفاية السبب الذي قام عليه، وطعن المدعي في هذا الحكم أمام مجلس الدولة، وقد وضح مجلس الدولة في حكمه أن الوقائع التي ارتكبتها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية لتبريره وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوباً بغلط بيّن وقد كانت هذه الوقائع أيضاً سبباً كافياً لرفض محكمة تولوز الإدارية إلغاء قرار الفصل⁽¹⁾.

وتتعدد تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال لتؤكد المبدأ الذي أرساه حكم ليبون في إقرار حق المجلس في رقابته التناسب بين الخطأ والجزاء في مجال العقوبات التأديبية. فيطبق مبدأ التناسب بشكل واسع على رقابة العقوبات الإدارية مما يجعله مبدأ عاماً⁽²⁾.

ثانياً: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري المصري

يعتبر القضاء الإداري المصري الأسبق في الأخذ بمبدأ التناسب في ميدان التأديب وذلك من خلال نظرية الغلو في استعمال السلطة، فقد كان القضاء الإداري في مصر مستقراً على أن السلطات التأديبية تستقل بتقدير الجزاء الذي تراه مناسباً مع ما ارتكبه الموظف العام، ويؤكد ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري بأن "ما ذهب إليه المدعي من عدم تناسب الجزاء التأديبي مع ما هو منسوب إليه مردود بأنه ليس للمحكمة أن تعقب على مقدار الجزاء التأديبي، إذ إن هذا التناسب بين الفعل موضوع المؤاخذة والجزاء التأديبي مما تترخص في تقديره السلطة الإدارية"⁽³⁾.

وقد أعلنت المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الشهير الصادر في 1961/11/11، الذي قررت فيه صياغة نظريتها الشهيرة بشأن الغلو في الجزاء التأديبي، وجاء في الحكم "لئن كانت السلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقّب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى أن لا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره"⁽⁴⁾.

(1) فتيتي، الرقابة القضائية على تناسب القرار الإداري (ص31).

(2) خليفي، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة (ص209).

(3) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية (ص220).

(4) جبر، التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء (ص97).

ثالثاً: تطبيقات نظرية مبدأ التناسب في أحكام القضاء الفلسطيني

إن القضاء الفلسطيني قد بسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة وكذلك على مدى ملاءمة القرارات الإدارية ومنها القرارات المتعلقة بتأديب الموظف العام والجزاءات الموقعة عليه، حيث استقر القضاء الإداري الفلسطيني على أن للقضاء الحق في رقابة تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة المرتكبة، فلا بد من ضرورة إجراء التناسب بين خطورة الفعل المرتكب ونوع ومقدار العقوبة المقررة على الموظف العام، وذلك برد العقوبة التأديبية إلى الحد المعقول ضمناً لحقوق وحرمان الأفراد، حيث قضت محكمة العدل العليا: "أن العقوبة المفروضة على المستدعي وهي العزل من الوظيفة تتناسب مع جسامة الجرم المنسوب إليه... ومما لا شك فيه أن الرقابة التي تمارسها محكمة العدل العليا على التناسب بين جسامة الذنب الإداري ونوع ومقدار العقوبة التأديبية هي ضمانة كبيرة للأفراد، وتقييم مغالاة الإدارة في تقدير جسامة الأفعال، كما تعد هذه الرقابة تضييقاً لنطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة وحدها"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: نظرية مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار

إن اتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة بسبب التقدم العلمي الهائل وتنوع المجالات الفنية والعلمية، كان على القضاء الإداري الأخذ بالمبادئ القانونية العامة للحد من احتمالات تعسف الإدارة في هذه المجالات. وكانت نتيجة اجتهاد الفقه والقضاء الأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة على القرارات الإدارية، حيث يعد هذا المبدأ من المبادئ القانونية العامة، ويقتضي وجوب مراعاة عدم رجحان أضرار القرار الإداري على منفعته، والأضرار والمنافع تتصل بعنصر المحل وحده في القرار الإداري.

ويتطلب مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار أن يضع القاضي الإداري الآثار الناجمة عن القرار الإداري في ميزان العدالة، مزياه في كفة وأضراره في الكفة الأخرى، وذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية⁽²⁾.

أولاً: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الإداري الفرنسي

طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار أول مرة بمناسبة رقابته على إعلان المنفعة العامة في نزع الملكية بعد أن كان يرفض الرقابة على ذلك تاركاً أمر تقدير المنفعة العامة للسلطة التقديرية التامة للإدارة.

⁽¹⁾ قرار محكمة العدل العليا بغزة رقم (2010/98) جلسة 2012/10/11م.

⁽²⁾ جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص234).

حيث كان دور القاضي الإداري يقتصر على التأكد هل الأعمال المراد إنجازها تهدف بحد ذاتها إلى تحقيق المنفعة العامة، بمعنى أن القاضي الإداري يحدد مشروعية إعلان المنفعة العامة بصورة مجردة. ومثال ذلك: إنشاء الطرق العامة والمستشفيات والمدارس ومكاتب البريد⁽¹⁾.

وقد استوحى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في الحكم المشهور (ville nouvelle_Est) حيث قرر بأنه يجب على القاضي من أجل تقدير المنفعة العامة أن يوازن بين المنافع والأضرار التي تنتج عن الأعمال التي تتولى الإدارة إنجازها. وقد جاء في حكمه: بأن أية أعمال لا يمكن أن يعلن عنها للمنفعة العامة بصورة مشروعة، إلا إذا كانت الأضرار عن الملكية الفردية والثلثن المالي والأضرار المحتملة على النظام الاجتماعي، غير مفرطة مراعاة للمنفعة التي تحققها⁽²⁾. ويتضح من ذلك أن القاضي الإداري حسب هذا المبدأ يضع موازنة ما بين فوائد المشروع وأضراره.

حيث إن مجلس الدولة الفرنسي لم يقتصر على تطبيق مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في مجال نزع الملكية بل وسع مجال تطبيقه لمجالات أخرى مثل:

القرارات التي تتضمن مخالفة خطط العمران⁽³⁾، وقرار المدير بإدراج مشروع ذي نفع عام في خطة استيلاء على أراضي بلدية⁽⁴⁾، والارتفاقات اللازمة لإنشاء خط كهربائي، وإنشاء منطقة حماية حول موقع يتمتع بالحماية⁽⁵⁾.

ثانياً: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الإداري المصري

لم يأخذ القضاء الإداري المصري بمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي، حيث لم تمتد رقابته إلى الموازنة بين قرارات إعلان المنفعة العامة بين المنافع

(1) راجع مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص 635 وما بعدها).

(2) مشار إليه عند: الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة (ص 181).

(3) CE Ass. 18 juill. 1973, Ville de Limoges, Rec. 530; D. 1975.49, note Collignon; JCP 1973. 11.17575, note Liet –Veaux; RD publ. 1974.559, concl.Rougevin- Baviile; RD publ.1974.259, note M.Waline; AJ 1973.480, chr. Cabanec et Leger.

(4) CE Sect.30 oct.1992,Ministre des affaires etrangeres et Secretaire d'Etat aux grands travaux c. Association de sauvegrade du site Aima Champ de Mars, Rec. 384;AJ 1992.821,concl.Lamy, note Jegouzo.

(5) مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص 647).

التي تعود على الصالح العام، والأضرار التي يمكن أن تنتج عن ذلك، فترك ملاءمة ذلك للسلطة التقديرية للإدارة.

وأكد مجلس القضاء المصري دور القاضي الإداري في الرقابة على عنصر الملاءمة، حيث جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية، أن "مبدأ الشرعية يلزم الإدارة عند إصدار القرار الإداري بقواعد قانونية يجب مراعاتها - القانون قد يفسح للإدارة قدرًا من الحرية تستقل من خلاله بوزن مناسبات إصدار القرار وتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره- إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري وملاءمته فإن ثمة التزامًا عليها أن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير وأن تجرّيه بروح موضوعية بعيدًا عن البواعث الشخصية وبشرط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه - مؤدى ذلك: أن تقدير الملاءمة يجب أن يقوم على أسباب مقبولة- تخضع جهة الإدارة في ذلك لرقابة القاضي الإداري الذي لا يتعرض لتقدير جهة الإدارة في ذاته وإنما للظروف التي أحاطت به- للقاضي الإداري أن يتحرى بواعث القرار وملاساته للوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من القرار وما إذا كان مصدره قد تغيا وجه المصلحة العامة أم تتكب السبيل أو انحرف عن غايته"⁽¹⁾.

ومن أحكامه في ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في 1978/1/28 بأن كل ما اشترطه القانون رقم 577 لسنة 1954 المشار إليه لإجازة نزع الملكية "هو أن تكون هناك منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك". وقد أطلق القانون مجال التقدير للسلطة التنفيذية طبقًا للمادة (12) منه بأن تحدد العقارات اللازمة مباشرة المشروع الأصلي الذي قررت له صفة المنفعة العامة وكذلك العقارات التي ترى أنها مكتملة لأغراض المشروع.

ومع ذلك اشترطت المحكمة الإدارية العليا بشأن قرارات نزع الملكية في حكمها الصادر في 1985/5/18، أن يكون هناك حاجة ملحة للعقارات المملوكة ملكية خاصة لإقامة المشروعات عليها، حيث جاء في حكمها: "فما تقرره الجهة الإدارية في هذا الشأن يجب أن يكون مستمدًا من حاجتها الملحة لهذه العقارات لإقامة مشروعاتها بما يقتضيه ذلك من تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها للصالح العام، فإن دلت الظروف ووقائع الحال على غير ذلك، وقعت الإجراءات المتخذة في هذه الحالة مشوبة بالبطلان لمساسها بالملكية الخاصة

(1) المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 385 لسنة 41 ق.ع - جلسة 12-3-1995، الجزء الثاني، (ص135)، القاعدة رقم (138).

التي كفلها الدستور والقانون... في غير الأحوال المقررة وتشويه الغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام...⁽¹⁾.

وما يؤكد ذلك ما جاء في الحكم الذي ينص على الموازنة بين مصلحة الدولة وحق الملكية الخاصة للأفراد، "المادة الأولى من القانون رقم 577 لسنة 1954 بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين - المادة الأولى من القانون رقم 252 لسنة 1960 في شأن تعديل بعض الأحكام الخاصة بنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء".

بالنسبة لنزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة يتعين مراعاة قاعدة أساسية أساسها الموازنة بين مصلحة الدولة وحقها في الاستيلاء على العقارات المملوكة ملكية خاصة اللازمة لمشروعاتها العامة وبين حق الملكية الخاصة لذوي الشأن من ملاك هذه العقارات - تتمثل هذه القاعدة الجوهرية في أن تكون العقارات بالحتم والضرورة لازمة للمنفعة العامة بحيث يجب أن يكون المشروع المحقق للمنفعة العامة في حاجة حقيقية وضرورية لهذه العقارات لإقامته وتحقيقه بما يحتم على جهة الإدارة تقرير صفة المنفعة العامة لها والاستيلاء عليها تمهيداً لنزع ملكيتها- إذا دلت الظروف وواقع الحال على غير ذلك وقعت الإجراءات مشوية بالبطلان - أساس ذلك: المساس بالملكية الفردية بغير مقتضى وبما يناقض الحماية التي أسبغها عليها الدستور والقانون"⁽²⁾.

ثالثاً: تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الفلسطيني

لقد امتدت نظرية الموازنة إلي مجالات أخرى غير نزع الملكية مثل مخالفة خطط العمران وسارت محكمة العدل العليا في فلسطين على نفس نهج القضاء الإداري في فرنسا ومصر بل حيث قررت بأنه "... ولئن كان من المسلّم به أن للإدارة الحق في تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري في حدود سلطتها التقديرية، فإن من حق القضاء البحث في الوقائع التي استند إليها القرار بقصد التحقق من مطابقته للقانون، ولا يقف هذا الحد عند التحقق من صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من العناصر التي ينبني عليها القرار تقديراً سليماً ليجري عليه حكم القانون، وحيث إن الجزاءات

(1) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص 239).

(2) المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم 1863 و 2002 لسنة 32 و 288، لسنة 33 ق.ع، جلسة 3-1-1998، الجزء الأول، ص 705، رقم (75).

التي وقعت على المستدعي غير ما يتعلق بالتهمتين الأخلاقيتين جزاءات تافهة، الأسباب لا تنهض سبباً كافياً لتخطيه في الترقية بالأقدمية...⁽¹⁾.

كما وقررت بأن تملك محكمة العدل العليا الحق في إصدار قرار بتعديل مسار الشارع المراد فتحه بعد الأخذ بالاعتبار مصالح جمع الأفراد⁽²⁾.

وكما وقررت في حكم آخر بأنه: "متى تثبت فنياً أنه لا مبرر لانحراف الشارع، وأن الأفضل من الناحية المرورية والتنظيمية المساحية أن يكون الشارع مستقيماً فعلى اللجنة المركزية أن تراعي بأن يكون الاستقطاع بنسبة واحدة من جانبي الشارع مناصفة"⁽³⁾.

⁽¹⁾ القرار رقم 58/22، جلسة 1960/4/21، مجموعة الحايك (ص22).

⁽²⁾ قرار حكم العدل العليا رقم 1997/23، جلسة 1997/12/21، عويضة (ص66).

⁽³⁾ قرار محكمة العدل العليا رقم 1999/110، جلسة 2002/5/16، مجموعة ناظم عويضة (ص84).

المطلب الثاني

تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لقد أدت التطورات التي أصابت أنشطة الدولة ووظائفها إلى إتساع مجال السلطة التقديرية حيث أن هذا التطور أحدث تغييراً في طبيعة ومحتوى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، وبذلك لم تعد المشروعية هي المبرر الوحيد لإلغاء القرار الإداري، بل أصبح للملاءمة نصيباً في ذلك.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: الرقابة القضائية على مبدأ المشروعية

❖ الفرع الثاني: الرقابة القضائية على مبدأ الملاءمة

الفرع الأول: الرقابة القضائية على مبدأ المشروعية

حيث إن الإدارة ملزمة عند ممارستها لسلطتها التقديرية احترام المصلحة العامة، وأن تضع نفسها في أفضل الظروف للوصول إلى أحسن القرارات. وذلك انطلاقاً من أن جميع أعمال الإدارة وسلطاتها ليست غاية في ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق المصلحة العامة.

أولاً: موقف القضاء من رقابة المشروعية

استقر الاجتهاد القضائي في نظم القضاء الإداري المعاصرة على خضوع القرارات الصادرة عن الإدارة في نطاق سلطتها التقديرية لرقابة القضاء، وتتناول رقابة القاضي الإداري مشروعية القرارات الصادرة عن سلطة تقديرية من حيث صدورها عن جهة مختصة والالتزام بالشكل والإجراءات القانونية وإحداث الأثر الذي حدده المشرع.

حيث إن الإدارة ملزمة عند ممارستها لسلطتها المقيدة باحترام القانون تحقيقاً لمشروعية أعمالها وتخضع في ذلك لرقابة القضاء التي تعرف برقابة المشروعية، أما عن سلطة الإدارة التقديرية فهي من حيث الأصل لا تخضع لرقابة القضاء، لأنها مبنية على غياب الضوابط القانونية وقائمة على حرية الإدارة في التصرف ولاسيما أنها سلطة قائمة على اعتبارات الملاءمة والواقع.

وما يؤكد على رقابة مشروعية القرارات الإدارية ما جاء في حكم المحكمة الإدارية المصرية أنه "تباشر محاكم مجلس الدولة الرقابة على مشروعية قرارات وتصرفات الإدارة

متمتعة بالاستقلال الكامل على أية سلطة في الدولة في أداء رسالتها في حدود الدستور والقانون - لا تحل محاكم مجلس الدولة محل جهة الإدارة في أداء واجباتها ومباشرتها لمسئوليتها التنفيذية والتي تتحمل مسئولية إدارتها لها مدنيًا وجنائيًا وإداريًا وسياسيًا - رقابة مشروعية القرار الإداري الذي تصدره الجامعة لا يمكن أن تمتد أبعد مدى من القضاء بوقف التنفيذ أو الإلغاء - لا تشمل هذه الرقابة إعلان وتحديد موضوع النتيجة ولا أن تمتد إلى تصحيح أوراق الامتحان وتقدير الدرجات التي يستحقها الطالب - تقف هذه الرقابة عند حدها الطبيعي وهي مراجعة قرارات الإدارة وتصرفها الإيجابي والسلبي لتعيد جهة الإدارة وفقًا لما تتضمنه الأحكام منطوقًا وأسبابًا مرتبطة به تصحيح تصرفاتها وقراراتها إعلاء للمشروعية وسيادة القانون⁽¹⁾.

ثانيًا: موقف الفقه من رقابة المشروعية

ومن المستقر عليه فقهيًا أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية فهو "يقضي ويدير"⁽²⁾. بمعنى أن القاضي الإداري يقتصر ببسط رقابته على عناصر العمل الإداري، دون التطرق إلى الرقابة على ملاءمة العمل الإداري، ويرجع تبرير ذلك إلى أساسين:

فالأساس الأول (القانوني): هو مبدأ الفصل بين السلطات، فالقاضي يبحث فقط مدى مطابقة العمل الإداري لقواعد المشروعية، دون أن يتصدى لتقدير ملاءمة هذا العمل الصادر عن الإدارة، لأن ذلك من أخص وظائف الدولة وإطلاقاتها⁽³⁾.

الأساس الثاني (العملي): يبرر استحالة ممارسة الرقابة على الملاءمة، وذلك لأن القاضي الإداري مهما بلغت كفاءته الإدارية لن يستطيع أن يلم بجميع أوجه ملاءمة القرار⁽⁴⁾، ولبعده من حيث المكان ومن حيث الزمان عن الظروف والملابسات التي أحاطت بالإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية⁽⁵⁾.

ومما سبق يتضح أن الأصل في القضاء الإداري أنه لا يراقب استخدام الإدارة في سلطتها التقديرية ما دام أنها تصدر قراراتها في حدود القانون، وتضع نصب عينها تحقيق المصلحة العامة، فرقابة الملاءمة تظل أجنبية عن رقابة المشروعية، حيث أن القاضي الإداري

(1) المحكمة الإدارية المصرية لطعن رقم 2158 لسنة 37 ق.ع جلسة 26 - 1 - 1992، الجزء الأول، ص 619، رقم (64).

(2) فهمي، القضاء الإداري (ص 381).

(3) جرف، قضاء الإلغاء (ص 6).

(4) جمال الدين، قضاء الملاءمة (ص 304).

(5) نضر، الأصول العامة للقضاء الإداري (ص 116).

لا يستطيع تقدير ملائمة التدابير المعروضة عليه عن طريق طعن دعوى الإلغاء؛ إلا أنه يذهب أحياناً إلى حماية الحقوق والحريات الفردية ضد تعسف الإدارة إلى أبعد من مراقبة المشروعية، فحينذ يراقب السلطة التقديرية للإدارة فيتجاوز مراقبة المشروعية إلى مراقبة الملاءمة، وهنا يبرر القضاء الإداري ذلك بالقول بأن الملاءمة تعد أحد عناصر المشروعية التي يجب التطرق لها لمعرفة مدى مشروعية القرار الإداري⁽¹⁾.

وهذا يؤكد على أنه ليس معنى تمتع الإدارة بسلطة تقديرية أنها تفلت من كل رقابة قضائية، فالأصل "أن الرقابة القضائية موجودة دائماً على جميع التصرفات الإدارية لا تختلف بطبيعتها وإن تفاوتت فقط في مداها"، وشأنها في ذلك شأن السلطة المقيدة⁽²⁾.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على مبدأ الملاءمة

يعتبر القضاء الإداري قضاءً متطوراً، يزيد من نطاق اختصاصه في مواجهة التقدم العلمي المتزايد، ومن المؤكد أن الهدف الأساس من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التوسع في نطاق المشروعية والتضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة، لضمان تحقيق التوازن بين حماية حقوق وحريات المواطنين، وتمكين الإدارة من تحقيق أهدافها. ونتيجة لذلك اتسعت رقابة القاضي الإداري تدريجياً لتنتقل من رقابة المشروعية التي كانت تقتصر عليه إلى رقابة الملاءمة لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع التي كانت محظورة عليه سابقاً، فبدأت بالرقابة على قرارات الضبط الإداري والقرارات التأديبية، لتتوسع بعد ذلك لتشمل جميع القرارات الإدارية.

أولاً: تعريف الملائمة وأساسها

1- ماهية رقابة الملاءمة:

يقصد برقابة الملاءمة هي رقابة القاضي لأهمية الوقائع المكونة لركن السبب ومدى تناسبها مع مضمون القرار الصادر⁽³⁾. بمعنى آخر إن القاضي الإداري يراقب درجة خطورة القرار، وهل الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة أهميتها مع درجة خطورة القرار؟⁽⁴⁾

(1) الحلو، القضاء الإداري (ص 65). وغانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016 (ص 156).

(2) راجع الجمل، النظام الدستوري في الكويت (ص 46). ونضر، الأصول العامة للقضاء الإداري (ص 117).

(3) فتيتي، الرقابة القضائية على تناسب القرار الإداري (ص 46).

(4) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ص 207).

حيث إن توسع نطاق الرقابة القضائية من المشروعية إلى الملاءمة لا يعد خروجًا عن إطار القانون، لأن رقابة الملاءمة تعتبر جزءًا من رقابة المشروعية، لاسيما وأن القاضي الإداري يمارسها وفقًا لروح القانون، حيث إنه يستند فيها على وسائل ونظريات قضائية حديثة⁽¹⁾. والملاءمة تعتبر الرقابة الناجمة عن ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية.

2- أساس رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للإدارة:

يقصد بأساس رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية المبررات الفنية والعملية والأسس القانونية التي دفعت القضاء الإداري إلى فرض الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة⁽²⁾.

في بداية الأمر كان الرأي السائد يرى أن الإدارة تمارس سلطتها التقديرية دون أي رقابة، ولا يحق للقاضي أن يتدخل لمراقبة أعمال الإدارة ويقوم مقام المشرع⁽³⁾، وذلك تحقيقًا لمبدأ الفصل بين السلطات.

لكن هذا الرأي تغير ولم يعد، فأصبحت السلطة التقديرية خاضعة للرقابة القضائية، كما في السلطة المقيدة، فالرقابة موجودة دائمًا وإن اختلف مداها في كل حالة.

وبذلك تكون الإدارة ملتزمة باحترام قواعد القانون وخاضعة للرقابة بمختلف أنواعها، فتكون مقيدة في ممارستها لسلطتها التقديرية في حدود تحقيق الصالح العام، فإذا انحرفت كان قرارها معيبًا بعبء إساءة استعمال السلطة وحقًا للقضاء الحكم بإلغائه.

كما واستند القضاء في فرض رقابته على السلطة التقديرية للإدارة إلى أساسين هما: الغاية ومطابقة قرارات الإدارة للمبادئ القانونية العامة، فيجب أن يكون القرار الإداري مطابقًا للغاية التي قصدتها التشريع، فإذا انحرفت الإدارة عن تلك الغاية كان القرار عندئذ معيبًا بعبء الانحراف بالسلطة، على اعتبار أن كل قرار يستهدف غرضًا غير الذي حدده المشرع وهو تحقيق الصالح العام يعتبر معيبًا⁽⁴⁾.

ومما سبق يتضح لنا أساس فرض رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للإدارة يرجع إلى عمل القاضي على التضييق من هذه السلطة، وذلك حماية لحقوق وحرريات الأفراد، وحفاظًا على النظام العام وتحقيق المصلحة العامة.

(1) خليفي، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة.

(2) فتيتي، الرقابة القضائية على التناسب القرار الإداري (ص46).

(3) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص839).

(4) القسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم (ص52).

ثانياً: موقف الفقه والقضاء من رقابة الملاءمة على السلطة التقديرية للإدارة

إن المبدأ المستقر بين الفقه والقضاء التقليديين أن الإدارة يجب أن تستقل بتقدير ملاءمة قراراتها، ومن أهم عناصر هذه الملاءمة تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب.

ففي بادئ الأمر لقد بذل الفقه أقصى جهوده في سبيل إنكار وجود رقابة ملاءمة على السلطة التقديرية للإدارة، مبرراً ذلك أن القاضي الإداري قاضي مشروعية فحسب، فهو عندما يطابق أعمال الإدارة لقواعد القانون لا يراقب رقابة ملاءمة على تلك الأعمال، فالإدارة هي المختص الوحيد لتحديد مدى ملاءمة القرارات الإدارية.

وهذا ما أخذ به الفقيه "بونار" الذي يرفض بدوره الاعتراف بأن لقاضي الإدارة سلطة رقابة ملاءمة.

كما وأخذ بذلك الفقيه "جيز" مؤكداً على أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ترد فقط على جوانب المشروعية دون جوانب الملاءمة التي تستقل الإدارة بتقديرها دون معقب.

فالقاضي لا يملك الحكم بإلغاء القرار لعدم ملاءمته لأنه بذلك يحل محل الإدارة ويتدخل بصميم عملها.

بينما الفقيه "قالين" ذهب إلى أنه لا يوجد تناقض بين المشروعية والملاءمة، ولا يجوز المقابلة بينهما، فالرقابة على المشروعية تستلزم في بعض الأحيان بسط الرقابة على الملاءمة باعتبارها من شروط مشروعية القرار الإداري، ومن الأمثلة على ذلك إجراءات الضبط الإداري.

ومن المسلم به أن المشروعية والملاءمة ليستا على طرفي نقيض، فالمشروعية تصرف قانوني يقاس بمدى التزامه لقواعد القانون، أما الملاءمة تصرف معين تنظر إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة...، فهناك قرارات مشروعة لكنها غير ملائمة والعكس صحيح، فليس هناك ما يمنع من الجمع بين اعتبارات المشروعية والملاءمة في قرار واحد، بحيث تصبح الملاءمة شرطاً للمشروعية⁽¹⁾.

فالقاضي الإداري لا يبحث في الملاءمة إذا كان التصرف الإداري غير مشروع، فقد يمد رقابته إلى الملاءمة في حال كان التصرف مشروعاً، فالملاءمة وضع قانوني يدخل في إطار المشروعية ولا ينافيها، فالعلاقة بينهما متداخلة وليست منفصلة⁽²⁾.

(1) جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (ص151-152).

(2) النجار، القضاء الإداري (ص67).

أما موقف القضاء من رقابة الملاءمة، فحرصاً على الحقوق والحريات العامة للأفراد، دفع ذلك إلى اتساع نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، لتشمل رقابة المشروعية والملاءمة على القرارات الإدارية، وتطورت رقابة القضاء الإداري بعد ذلك، وقد مرت هذه الرقابة بمراحل فبدأت بالرقابة على التحقق من الوجود المادي للوقائع فعلاً إلى رقابة التوصيف القانوني لها أي تكييف الواقعة تكييفاً صحيحاً إلى أن وصلت إلى مجال الملاءمة⁽¹⁾.

وأكد مجلس القضاء المصري على دور القاضي الإداري في الرقابة على عنصر الملاءمة، حيث جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية أن "مبدأ الشرعية يلزم الإدارة عند إصدار القرار الإداري بقواعد قانونية يجب مراعاتها - القانون قد يفسح للإدارة قدرًا من الحرية تستقل من خلاله بوزن مناسبات إصدار القرار وتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره - إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري وملاءمته فإن ثمة التزاماً عليها أن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير وأن تجرّيه بروح موضوعية بعيداً عن البواعث الشخصية وبشرط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه، مؤدى ذلك: أن تقدير الملاءمة يجب أن يقوم على أسباب مقبولة - تخضع جهة الإدارة في ذلك لرقابة القاضي الإداري الذي لا يتعرض لتقدير جهة الإدارة في ذاته وإنما للظروف التي أحاطت به - للقاضي الإداري أن يتحرى بواعث القرار وملايساته للوقوف على الهدف الحقيقي الذي تنشده الإدارة من القرار، وما إذا كان مصدره قد غير وجه المصلحة العامة أم تنكب السبيل أو انحرف عن غايته"⁽²⁾.

ثالثاً: موقف القضاء الفلسطيني من مبدأ الملاءمة

موقف القضاء الفلسطيني من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، حيث قررت محكمة العدل العليا بغزة بأن: "الأصل في القضاء الإداري أنه لا يجوز له مراقبة ملاءمة القرار الإداري وأن عليه البحث في صحة الوقائع التي بني عليها القرار توصلًا إلى تقدير شرعية القرار"⁽³⁾.

(1) غانم، القضاء الإداري (ص227).

(2) المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 385 لسنة 41 ق.ع - جلسة 12-3-1995، الجزء الثاني، (ص135)، القاعدة رقم (138).

(3) قرار محكمة العدل العليا رقم (2003/30) جلسة (2003/3/11)، مجموعة عويضة (ص60). ومشار إليه لدى: غانم، القضاء الإداري (ص212).

فالقاعدة أن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة رقابة مشروعية، فالقاضي الإداري يراقب مدى مطابقة أعمال الإدارة للقواعد القانونية بمعناها الواسع.

إلا أن القضاء الإداري أصبح يتدخل رويدًا رويدًا لبسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، فأتسعت رقابة القاضي على أعمال الإدارة من رقابة المشروعية ليمتد إلى رقابة الملاءمة على أعمال الإدارة.

ويتضح ذلك في عدة أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا، ومنها: "ولئن كان من المسلم به أن للإدارة الحق في تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري في حدود سلطتها التقديرية، فإن من حق القضاء البحث في الوقائع التي استند إليها القرار بقصد التحقق من مطابقته للقانون، ولا يقف هذا الحد عند التحقق من صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار، بل يمتد إلى تقدير هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من العناصر التي ينبنى عليها القرار تقديرًا سلبًا ليجري عليه حكم القانون، وحيث إن الجزاءات التي وقعت على المستدعي غير ما يتعلق بالتهمتين الأخلاقيتين جزاءات تافهة، الأسباب لا تنهض سببًا كافيًا لتخطيه في الترقية بالأقدمية...."⁽¹⁾.

كما وقررت أنه: "من حق هذه المحكمة البحث في مدى صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار الإداري، حيث تتبنى لها تقدير تلك الوقائع وإنزال حكم القانون عليها...، والسلطة التقديرية التي منحها القانون للإدارة لا تحول دون الرقابة القضائية على شرعية وصحة القرار الإداري، فهذه السلطة ليست امتيازًا لأحد وإنما هي ضرورة استلزمها حسن سير المرفق وتحقيق العدالة عند تطبيق الأنظمة واللوائح"⁽²⁾.

وكما وقررت محكمة العدل العليا بغزة: "أن وجود السلطة التقديرية للإدارة لا يحول دون الرقابة القضائية بالنسبة لعناصر الشرعية للقرار الإداري، والسلطة التقديرية ليست امتيازًا خاصًا للإدارة وإنما هي ضرورة استلزمها حسن سير المرفق العام ويحقق العدالة عند تطبيق القانون على المواطنين، ثم هي بعد ذلك سلطة غير مطلقة وإنما مقيدة بالصالح العام ومؤيدًا له وغير متجاوز حدوده"⁽³⁾.

(1) القرار رقم (58/22) جلسة 1960/4/21، الحايك، مجموعة مختارة من قرارات محكمة العدل العليا (ج22/10).

(2) قرار محكمة العدل العليا رقم (94/2002م) جلسة 2003/2/27 (ص77).

(3) قرار محكمة العدل العليا في القضية (64/76) جلسة 1965/20/28، (ص45).

ويتضح لنا من مجمل أحكام محكمة العدل العليا أن القضاء الفلسطيني قد بسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة وكذلك على مدى ملاءمة القرارات الإدارية.

المبحث الثاني

مظاهر ممارسة رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

تمهيد:

أشرنا سابقاً إلى أن السلطة التقديرية للإدارة تعد قيماً على مبدأ المشروعية، حيث تعد الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية هي الضمان الفعال والحقيقي للحفاظ على ذلك المبدأ.

حيث إن ممارسة الإدارة لسلطاتها وصلاحياتها تكون بموجب قرارات إدارية، وخضوع هذه الأخيرة للرقابة القضائية إنما وسيلة ضرورية لحماية الحقوق والحريات العامة في مواجهة امتيازات السلطة العامة.

فبعد أن أشرنا إلى مدى تطور رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة. سنتناول مظاهر هذه الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة من خلال المطالب الآتية:

- ❖ **المطلب الأول: ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية**
- ❖ **المطلب الثاني: السلطة التقديرية ودعوى الإلغاء والتعويض**

المطلب الأول

ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

تعد الدعوى وسيلة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، ويختص بها القضاء الإداري ولا سيما في الدول ذات النظام المزدوج بنظر صور متعددة من الدعاوى الإدارية وهي دعوى الإلغاء، ودعوى التعويض، ودعوى التفسير والتأديب⁽¹⁾. ونظرا لأن دعوة الإلغاء تعد من أهم الوسائل للطعن في القرارات الإدارية المخالفة للقانون لتقرير مدى مشروعيتها وملاءمتها.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: أنواع الدعاوى الإدارية التي يختص بها القاضي الإداري

❖ الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء

❖ الفرع الثالث: أوجه التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل

الفرع الأول: أنواع الدعاوى الإدارية التي يختص بها القاضي الإداري

تتعدد أنواع الدعاوى الإدارية في النظم القضائية المقارنة، حيث قسم الفقه صلاحية نظر القاضي الإداري للمنازعة المعروضة عليه إلى أربع صور؛ وهي: دعوى الإلغاء، ودعوى القضاء الكامل، ودعوى التفسير، ثم دعوى التأديب (الزجر والعقاب). وسوف نتناول كل نوع على حدة على النحو الآتي:

أولاً: قضاء الإلغاء

يقصد بدعوى الإلغاء "الدعوى القضائية العينية التي يرفعها صاحب الشأن أو المصلحة الذي أضر من جراء قرار إداري نهائي صادر عن إحدى الجهات الإدارية الوطنية وأثر بذاته في مركزه القانوني أمام القضاء المختص مستهدفاً مخاصمة هذا القرار وطالباً إلغاءه لعدم مشروعيته وإبطال ما يترتب عليه من آثار"⁽²⁾.

ويطلق عليها في فرنسا دعوى تجاوز السلطة، وفي مصر دعوى الإلغاء⁽³⁾، أما في فلسطين دعوى الإلغاء أو طلب الإلغاء. كما جاء في نص المادة (283) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 وتعديلاته على أنه "تبدأ

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص255).

(2) النجار، القضاء الإداري (ص309).

(3) الشوبكي، القضاء الإداري (ص181).

الإجراءات أمام محكمة العدل العليا بتقديم استدعاء إلى قلم المحكمة بعدد المستدعى ضدهم مرفقاً به الأوراق المؤيدة له".

فدعوى الإلغاء دعوى إدارية قضائية تهدف إلى احترام مبدأ المشروعية، فإذا تبين للمحكمة أن القرار الإداري مخالف للقانون حكمت بإلغائه لخروجه عن مبدأ المشروعية، وإذا تبين أنه جاء طبقاً للقانون حكمت برد الدعوى لمشروعية القرار⁽¹⁾.

وقد تبنت المحكمة الإدارية العليا المصرية دعوى الإلغاء، فقد قضت على أنه "الخصومة في دعوى الإلغاء خصومة عينية منطوقها اختصاص القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته -القرار الإداري هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء- يتعين لقبول الدعوى أن يكون القرار قائماً ومنتجاً لآثاره عند إقامة الدعوى -مؤدى ذلك-: أنه إذا زال القرار الإداري قبل رفع الدعوى أو كان القرار الإداري النهائي لم يصدر بعد فإن الدعوى تكون غير مقبولة"⁽²⁾.

ودعوى الإلغاء في القانون والقضاء الإداري الفلسطيني دعوى قضائية عينية تستهدف قراراً إدارياً معيناً بهدف فحص مدى مشروعيته، والحكم بإلغائه في حال عدم مشروعيته عند إقامة الدعوى.

والأصل أن دعوى الإلغاء توجه لمواجهة قرار إداري، فإذا انتفى وجود القرار انتفى مناط قبول الدعوى⁽³⁾. فلا بد أن تلتزم الإدارة عند إصدارها قراراتها بمبدأ المشروعية، وإلا كان هذا القرار معيباً يُستوجب إلغاؤه، ويعني بأسباب وأوجه الإلغاء: هي العيوب التي تصيب عناصر القرار فتجعله غير مشروع مما يُستوجب إلغاؤه⁽⁴⁾.

ولقد ظهرت أسباب الإلغاء في فلسطين، حيث تنص المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001 على أنه "يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر مما يأتي: الاختصاص، وجود عيب في الشكل، مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون"، بينما نصت

(1) السناري، مجلس الدولة والرقابة القضائية على أعمال الإدارة (ص330).

(2) المحكمة الإدارية العليا. رقم 1383 لسنة 31 ق.ع جلسة 18-1-1986، الجزء الأول، ص898، رقم (121) المصرية في الطعن.

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص243).

(4) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص355).

المادة (4) من قانون رقم 3 لسنة 2016 الخاص بشأن الفصل في المنازعات الإدارية والمطبق بقطاع غزة: "يشترط في تقديم الاستدعاءات الخاصة بدعوى الإلغاء أن يكون سببها متعلقًا بواحد أو أكثر مما يأتي:

- 1- "عدم الاختصاص.
- 2- وجود عيب في الشكل أو الإجراءات.
- 3- مخالفة القانون الأساسي والقوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.
- 4- الانحراف وإساءة استعمال السلطة.
- 5- عيب السبب".

فنزى أن المشرع الفلسطيني وفقًا لنص المادة (34) سألقة الذكر من قانون تشكيل المحاكم النظامية، نص صراحة على أربعة أسباب لإلغاء القرار الإداري ولم يذكر السبب. بينما قانون رقم 3 لسنة 2016 والمطبق بقطاع غزة عد السبب كوجه مستقل من أوجه الإلغاء، والدارج في اجتهاد محكمة العدل العليا الفلسطينية أن السبب أحد أوجه الإلغاء.

ثانيًا: قضاء التعويض (القضاء الكامل)

إن القاعدة العامة في القضاء الإداري لا تزال تمنع قاضي الإلغاء من التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية، لكن القضاء الإداري الفرنسي الحديث وتبعه القضاء المقارن؛ قد وسع من نطاق رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال التعويض.

ويقصد بدعوى التعويض -القضاء الكامل- هي دعوى شخصية أو ذاتية، وهي دعوى استحقاق أساسها اعتداء الإدارة على حق شخصي للمدعي⁽¹⁾.

وتقتصر سلطة القاضي في دعوى القضاء الكامل على الحكم بتعديل القرار المطعون فيه أو التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمدعي دون البحث في مدى مشروعية القرار المطعون فيه من عدمه⁽²⁾.

ويعد القضاء الكامل أوسع مدى من قضاء الإلغاء فيتيح للقاضي بيان الحل المناسب والصحيح للنزاع المعروض أمامه بما في شأنه حسم كل عناصر ذلك النزاع بشكل نهائي.

(1) السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة (ص192).

(2) عمرو، القضاء الإداري (ص13).

حيث جاء في نص المادة (9/3) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن المنازعات الإدارية والقاضي بتشكيل محكمة إدارية تشمل قضاء الإلغاء والتعويض: "تختص المحكمة الإدارية للنظر فيما يأتي: "... طلبات التعويض عن الأضرار المتعلقة بالمنازعات الإدارية سواء رفعت بصورة تبعية أو أصلية".

أما فلسطين فاستقرت محكمة العدل العليا على أن ولايتها تشمل قضاء الإلغاء فقط دون التعويض، على الرغم من أن جميع النصوص القانونية نصت على صلاحيات محكمة العدل العليا تشمل الإلغاء والتعويض.

ثالثاً: قضاء التفسير

تتحقق هذه الدعوى في حالة صدور قرار إداري يكتنفه الغموض فيحتمل التأويل، فيحق لمن له مصلحة أن يرفع دعوى تفسير أمام القاضي المختص لتفسير وبيان المعنى الحقيقي للقرار الإداري.

فسلطة القاضي الإداري في دعوى التفسير تتحدد بإعطاء المعنى الصحيح للقرار المطعون فيه، وذلك برفع الغموض والإبهام عنه، دون أن تتجاوز سلطته البحث في مدى مشروعية القرار المطعون فيه⁽¹⁾. حيث يترك الفصل في النزاع المعروف أمام القاضي العادي الذي أوقف الفصل في الدعوى لحين تفسير القاضي الإداري للقرار الإداري المطعون فيه⁽²⁾.

ويجد قضاء التفسير مكانه في فرنسا، فيتولى مجلس الدولة الفرنسي النظر في تفسير القرارات الإدارية، بينما لا يجد مكاناً في مصر، فالقاضي الإداري في مصر لا يتولى تفسير العمل الإداري إلا إذا كانت ولاية الفصل في المنازعات المتعلقة به وبمناسبة نظر هذه المنازعة⁽³⁾.

أما في فلسطين، فالقضاء الإداري لا يتمتع بسلطة تفسير القرارات الإدارية، حيث إن صلاحية تفسيرها يرجع إلى الجهة الإدارية التي أصدرت ذلك القرار. ففي حال تطلبت المنازعة المعروضة أمام محكمة العدل العليا تفسير القرار الإداري، فتحيله إلى الجهة التي أصدرته

(1) أبو الشعور، سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر (ص14).

(2) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص273). وعمرو، قضاء الإلغاء (ص11).

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص286).

لتستوضح منها عن تفسيره وتلتزم المحكمة بالتفسير الذي بينته الجهة الإدارية مصدرة القرار المراد تفسيره⁽¹⁾.

رابعًا: قضاء الزجر والعقاب (التأديب)

تتحقق هذه الدعوى في سلطة القاضي الإداري بتوقيع العقوبات الجزائية على المخالفين لمبدأ المشروعية⁽²⁾، ففي فرنسا يعرف بقضاء العقاب، وتتمثل في توقيع العقوبات الجزائية على المخالفات المتعلقة بالمال العام⁽³⁾. بينما في مصر فيعرف بقضاء التأديب، ويتمثل في توقيع الجزاءات التأديبية على الموظفين مرتكبي الجرائم التأديبية⁽⁴⁾. أما في فلسطين فقد جاء في نص المادة (102) من القانون الأساسي على أنه: "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية...". حيث بناء عليه ذهب بعض الفقه إلى أن فلسطين تعرف هذا النوع من القضاء⁽⁵⁾، أما الدكتور هاني غانم يخالف وبحق هذا الرأي حيث يقتصر دور محكمة العدل العليا على النظر في الطلبات المرفوعة إليها في الطعن بتلك العقوبات وليس لها أن توقع العقوبة ابتداء. فهي قضاء إلغاء للعقوبات التأديبية غير المشروعة⁽⁶⁾. كما أن القانون الجديد الخاص بالفصل في المنازعات الإدارية رقم 3 لسنة 2016 لم ينص على قضاء التأديب. ويعتبر هذا نقص في المشرع، وحبذا لو أن المشرع الفلسطيني تداركه.

الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء

تتميز دعوى الإلغاء عن الدعاوى الإدارية الأخرى بجملة من الخصائص التي تجعلها ذات طبيعة مختلفة وهي على النحو الآتي:

أولاً: دعوى الإلغاء دعوى قضائية

تعد دعوى الإلغاء من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وظهرت في فرنسا قبل النص عليها من قبل المشرع، حيث استمر مجلس الدولة في تطويرها بعد ذلك بإضافة العديد من اجتهاداته

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص233).

(2) شنتاوي، موسوعة القضاء الإداري (255).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص230).

(4) السناري، مجلس الدولة والرقابة القضائية على أعمال الإدارة (ص327).

(5) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص11).

(6) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص231).

حتى أصبحت دعوى القانون العام، وترك الأحكام التفصيلية لمجلس الدولة الفرنسي حيث امتازت بالمرونة التامة وتطورها المستمر⁽¹⁾.

فهذه التطورات التي مرت بها دعوى الإلغاء جعلتها دعوى قضائية بعد أن كانت مجرد تظلم إداري⁽²⁾، فأصبحت الوسيلة القانونية التي يلجأ إليها الأفراد لحمايتهم من تجاوزات الإدارة في المساس بالحقوق والحريات.

ومن أهم مظاهر السمة القضائية لدعوى الإلغاء اشتراط شروط وإجراءات قضائية معينة لدعوى الإلغاء، كشرط المصلحة، ومدة قبول الدعوى، وحجية الحكم الصادر بموجب الدعوى⁽³⁾. وكان لمجلس الدولة المصري دورٌ كبيرٌ في إرساء كثير من القواعد التفصيلية لهذه الدعوى⁽⁴⁾، كما وتعد محكمة العدل العليا الفلسطينية مرجعًا لتحديد القواعد العامة التي تنظم دعوى الإلغاء.

ثانيًا: دعوى الإلغاء دعوى موضوعية أو عينية

تعد دعوى الإلغاء دعوى عينية، موجهة للقرار الإداري المراد إلغاؤه لعدم مشروعيته⁽⁵⁾. فدعوى الإلغاء تبحث في فحص مدى مشروعية القرار الإداري من عدمها، وفي حال ثبوت عدم مشروعية القرار الإداري يحكم بإلغاء القرار ومحو جميع الآثار المترتبة عليه دون أن تتجاوز إلى تعديله أو ترتب حقوق معينة للطاعن⁽⁶⁾.

وبهذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: "من المقرر أن الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية تلحق بالقرار الإداري المطعون فيه لما لا يدع حاجة لإقامتها ضد المستفيد من القرار..."⁽⁷⁾.

(1) بعلوشة دعوى إلغاء القرار الإداري (ص6).

(2) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء (ص15).

(3) كنعان، القضاء الإداري (ص175).

(4) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء (ص15).

(5) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص381).

(6) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص248).

(7) المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (1831) لسنة 45 ق.م، جلسة 2001/3/10، ص517.

كما وقضت محكمة العدل العليا الفلسطينية أن "دعوى الإلغاء ليست دعوى شخصية بل عينية القصد منها فحص مشروعية القرار الإداري ورد الإدارة إلى جادة الحق تحقيقاً للمصلحة العامة"⁽¹⁾.

ثالثاً: دعوى الإلغاء دعوى مشروعية

تنتمي دعوى الإلغاء إلى قضاء المشروعية، فالهدف منها حماية مبدأ المشروعية. فيجوز تحريكها ضد أي قرار إداري غير مشروع حتى في الحالات التي ينص فيها القانون على عدم جواز الطعن في القرار⁽²⁾. وذلك بإلغاء أي قرار إداري يخالف مبدأ المشروعية ويخرج عنه⁽³⁾.

وما يؤكد ذلك ما قضت به محكمة العدل العليا الفلسطينية أنه "من حق القضاء الإداري أن يبحث مشروعية القرار الإداري المطعون فيه وله من أجل ذلك أن يتابع العناصر القانونية التي بني عليها القرار، وليس من أجل القول بملاءمة القرار الإداري، إنما توصل إلى معرفة هل نزل القرار على حكم القانون أو قرار خرج عن الحدود المرسومة للسلطة التي أصدرت القرار، ذلك أن سلطة الإدارة ليست مطلقة بل مقيدة بالصالح العام ومحددة بالقانون والعدالة"⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: أوجه التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل

تختلف دعوى الإلغاء عن دعوى التعويض من حيث موضوع كل منهما، وسلطة القاضي وحجية الأحكام الصادرة فيهما.

أولاً: موضوع الدعوى

تعد دعوى الإلغاء دعوى عينية موضوعها القرار الإداري ذاته، فتبحث في مدى مشروعية القرار الإداري، فإذا اعتراه عيب من العيوب القانونية المحددة بنص القانون، تقرر بإلغاء القرار لعدم مشروعيته. ومن خلالها يخاصم فيها الطاعن القرار المعيب⁽⁵⁾. بينما تعد دعوى التعويض

(1) قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم(54) لسنة 2003، جلسة 2005/3/15، غير منشور.

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص380).

(3) الجمل، النظام الدستوري في الكويت (ص322).

(4) قرار محكمة العدل العليا رقم(99) لسنة 1963، جلسة 1965/4/29، مجموعة مختارة من قرارات المحكمة العدل العليا،(ج80/13).

(5) عمرو، القضاء الإداري (ص13).

دعوى شخصية موضوعها المطالبة بحق شخصي ناشئ عن مركز قانوني شخصي يدعي أن له حقاً فيه استناداً إلى حكم قضائي أو عقد إداري أو واقعة مادية⁽¹⁾.

ثانياً: سلطة القاضي

تتحصّر سلطة القاضي في دعوى الإلغاء في فحص مدى مشروعية القرار الإداري، فإذا ثبت له مخالفته لمبدأ المشروعية فإنه يحكم بإلغائه، وإذا ثبت له مشروعية القرار فيقرر رفض الدعوى. حيث إن سلطة القاضي في دعوى الإلغاء في مصر وفرنسا لا تسمح إلا بالحكم لغاية الإلغاء فقط. بينما في فلسطين فإن محكمة العدل العليا خطلت خطوات واسعة في هذا، حيث قررت محكمة العدل العليا بأن "محكمة العدل العليا هي محكمة مشروعية تسهر على تطبيق أحكام القانون بصورة صحيحة بحيث إنه بصدور حكمها ينتصر القانون وهي لذلك لها دور إيجابي في تسيير الدعوى على خلاف ما هو مألوف في محاكم الحقوق نسبياً"⁽²⁾.

بينما القاضي في دعوى التعويض يتمتع بسلطات أوسع من قاضي الإلغاء، فله أن يحكم بتعديل القرار المطعون فيه أو بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمدعي أو إجبار الجهة الإدارية باتخاذ موقف معين⁽³⁾.

ثالثاً: ميعاد رفع الدعوى

إن معظم التشريعات حددت مدة معينة للطعن بالقرارات الإدارية، حيث هذه المهلة الزمنية يحق للشخص من خلالها تقديم الدعوى لمخاصمة القرار الإداري. وتعد هذه المهلة الزمنية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها؛ إعمالاً بمبدأ المشروعية والحفاظ على حقوق من لهم مصلحة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، (ص 277).

(2) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2012/36، جلسة 2012/12/30، مشار إليه غانم، الوسيط في أصول

القضاء الإداري في فلسطين (ص 238).

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص 293).

(4) العتوم، القضاء الإداري (ص 103).

وتخضع دعوى الإلغاء لهذه المدة الزمنية، فيجب رفعها خلال ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري، أو تبليغه لصاحب الشأن، ما لم تكن ضمن بعض الاستثناءات⁽¹⁾.

ففي فرنسا حدد المشرع ميعاد الطعن بشهرين من تاريخ نشر القرار الإداري أو إعلانه، وفي مصر نص المشرع في المادة (24) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 أن "ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو إعلانه لذوي الشأن"⁽²⁾.

بينما المشرع الفلسطيني فنص في المادة (1/284) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م أنه "ترفع دعوى الإلغاء وفق القانون بموجب استدعاء يقدم إلى محكمة العدل العليا خلال ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو تبليغه إلى صاحب الشأن، وفي حالة رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار يبدأ الميعاد من تاريخ انقضاء ثلاثين يوماً على تقديم الطلب إليها". كما جاء في نص المادة (1/5) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016: "... يقدم الاستدعاء لدى المحكمة الإدارية خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار الفردي للمستدعي ومن اليوم التالي لتاريخ نشر القرار بالجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى بما في ذلك الوسائل الإلكترونية إذا كان التشريع يقتضي تبليغه لذوي الشأن بتلك الطريقة"⁽³⁾.

على خلاف دعوى التعويض فرفعها لا يتقيد بميعاد محدد طالما أن الحق المتنازع حوله ما زال قائماً، فالدعوى تتقدم بتقادم الحق المدعى به⁽⁴⁾. وأكدت ذلك محكمة العدل العليا حيث قررت: "لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة مطلقاً، وإن كان يجوز التغيير في القوانين والأنظمة ذات العلاقة"⁽⁵⁾.

(1) لمزيد من الايضاح حول هذه الاستثناءات والتي تتمثل في حالات الوقف والانقطاع والدوام في ميعاد دعوى الإلغاء راجع هاني غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين، ص 301_317.

(2) شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري (ص266).

(3) راجع نص المادة (1/5).

(4) كنعان، القضاء الإداري (ص167).

(5) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2011/68، جلسة 2012/3/13، مجموعة المستشار أشرف نصرالله وآخرين، مرجع سابق، (ص127).

رابعًا: شرط المصلحة

من المبادئ المستقرة أن شرط المصلحة يجب أن يتوافر وقت إقامة الدعوى سواء كانت دعوى قانون خاص أو القانون العام. فإذا لم يتوافر ذلك الشرط عدت الدعوى غير مقبولة. حيث قررت محكمة العدل الفلسطينية بأن يكون لرافع دعوى الإلغاء صفة ومصلحة كشرط لازم لقبول دعوى الإلغاء⁽¹⁾.

ويقصد بالمصلحة أنها "الحاجة إلى حماية القانون، أو الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلابه، ولها وجهان: أحدهما سلبي مقتضاه منع من ليس في حاجة إلى حماية القانون من الالتجاء إلى القضاء، والآخر إيجابي هو اعتباره شرطاً لقبول دعوى من له فائدة من الحكم فيها⁽²⁾.

فيكفي لقبول دعوى الإلغاء مجرد وجود مصلحة شخصية مباشرة للمدعي، بينما يشترط في دعوى التعويض أن يكون للمدعي حق أثر فيه القرار المطعون فيه⁽³⁾.

خامسًا: حجية الأحكام الصادرة

يحوز الحكم الصادر في دعوى الإلغاء على حجية مطلقة في مواجهة الكافة، فالحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري لعدم مشروعيته حجة مطلقة على الكافة، بينما الحكم الصادر برفض دعوى الإلغاء أو عدم قبولها ذو حجية نسبية⁽⁴⁾. على خلاف الحكم الصادر في دعوى التعويض فتقتصر حجيتها على طرفي النزاع وهما: رافع الدعوى، والجهة الإدارية المختصة⁽⁵⁾.

حيث قضت محكمة العدل العليا في فلسطين أنه "... وأن الأحكام التي تصدرها محكمة العدل العليا المتضمنة بإلغاء القرارات الإدارية المطعون بها لها حجية في مواجهة الكافة"⁽⁶⁾.

(1) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2013/119، جلسة 2013/11/26م، مجموعة المستشار أشرف نصر الدين وآخرين، مرجع سابق، (ص131).

(2) بطيخ، شروط قبول دعوى الإلغاء (ص6).

(3) بطيخ، مفهوم دعوى التعويض والعلاقة بينهما وبين دعوى الإلغاء برنامج القضاء الإداري المنعقد 2008/10/22، المملكة العربية السعودية.

(4) السناري، مجلس الدولة والرقابة القضائية على أعمال الإدارة (ص331).

(5) كنعان، القضاء الإداري (ص176).

(6) قرار محكمة العدل العليا رقم (43) لسنة 2005 جلسة 2005/10/4، غير منشور.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية ودعوى الإلغاء والتعويض

سنتناول هذا المطلب على فرعين على النحو التالي:

❖ الفرع الأول: السلطة التقديرية ودعوى الإلغاء

❖ الفرع الثاني: السلطة التقديرية وقضاء التعويض

الفرع الأول: السلطة التقديرية ودعوى الإلغاء

سبق أن أشرنا إلى أن سلطة القاضي في دعوى الإلغاء تقتصر على الحكم إما برفض الدعوى إذا ثبت أن القرار المطعون فيه متفق ومبدأ المشروعية، أو الحكم بإلغائه إذا ثبت مخالفته للقانون.

أولاً: مدى سلطة قاضي الإلغاء في الرقابة على الإدارة في كيفية ممارسة الاختصاص التقديري

أشرنا فيما سبق أن الإدارة حرة في تقدير القرارات الإدارية وملاءمتها، ولكن القضاء الإداري يفرض عليها التزاماً قانونياً بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير. فالقضاء لا يتطرق بالبحث في تقدير الإدارة ذاته إنما بالظروف التي أحاطت هذا التقدير.

وتكون الإدارة مخالفة للقانون إذا استعملت اختصاصها التقديري دون أي بحث جدي، ولهذا حكم مجلس الدولة الفرنسي "أن القرار الذي تتخذه مصلحة النقل برفض طلب ترخيص في تسيير السيارات مبدئياً وقبل أن تجري في شأنه أي بحث إنما هو قرار صوري لا ينتج أثره، إذ العبرة هي بالرفض الموضوعي الذي يبنى على الدرس والتمحيص"⁽¹⁾.

ثانياً: مدى سلطة قاضي الإلغاء في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية

سبق أن تحدثنا عنها بشيء من التفصيل في المبحث الأول في نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، والمبحث الثاني من هذا الفصل.

(1) بوعدة، السلطة التقديرية للإدارة (ص51).

الفرع الثاني: السلطة التقديرية وقضاء التعويض

سبق أن تناولنا قضاء التعويض بشيء من التفصيل، حيث إن سلطة القاضي الإداري في دعوى التعويض تقتصر على الحكم بتعديل القرار المطعون فيه، أو بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمدعي دون البحث في مدى مشروعية القرار المطعون فيه من عدمه.

أولاً: مدى سلطة قاضي التعويض في الحكم على الإدارة لتراخيها في اتخاذ القرار

إن من أبرز مظاهر السلطة التقديرية منح الإدارة الحرية في اختيار الوقت المناسب لاتخاذها قراراتها حتى لو كانت الإدارة ملزمة باتخاذ قرارات ضمن قالب معين. ولكن يوجد قيود تحد من حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها، منها أن يكون هدف الإدارة في اتخاذ قراراتها المصلحة العامة، وألا تسيء اختيار وقت تدخلها فتتعبل إصدار قرارها أو تتراخي في إصداره ضمناً لحقوق الأفراد.

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية المصرية حول سلطة الإدارة في اختيار موعد إصدار قراراتها وضوابطه.

حيث جاء في حكمها: "إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل بقرار خلال فترة معينة فإنها تكون حرة في اختيار وقت تدخلها حتى ولو كانت ملزمة أصلاً بإصداره على وجه معين، ذلك أن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده سلفاً غير أنه يحد من حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها في شأن أية سلطة تقديرية ألا تكون الإدارة مدفوعة في هذا الاختيار بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة أو ألا تحسن اختيار وقت تدخلها فتتعبل في إصدار قرار أو تتراخي في إصداره بما يربط أضراراً للأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم، وعلى هذا الأساس فإن المشرع إذا كان قد عين لجهة الإدارة ميعاداً معيناً يتحتم عليها إصدار القرار فيه، وكانت قد أصدرت هذا القرار بعد الميعاد المعين لذلك، فإن مسلكها يكون مخالفاً للقانون، أم إذا لم يعين المشرع للإدارة ميعاداً معيناً يجب إصدار القرار فيه فإن الإدارة تترخص في تعيين الوقت الملائم لإصدار هذا القرار بلا معقب عليها في هذا الشأن من محاكم مجلس الدولة ما دام خلا قرارها من إساءة استعمال السلطة، فحرية الجهة الإدارية في اختيار الوقت الملائم لإصدار قرارها وإن كانت تقديرية في هذه الحالة إلا أن هذا لا يعني الإسراع ولا

التراخي في استعمالها، ذلك أن حريتها تجد حدها الطبيعي في الوقت المعقول لكي تصدر فيه الجهة الإدارية قرارها المطلوب منها إصداره⁽¹⁾.

كما وقضت على رقابة ملائمة وقت صدور القرار الإداري أنه "إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل بقرار خلال فترة معينة فإنها تكون حرة في اختيار وقت تدخلها حتى لو كانت ملزمة أصلاً بإصدار قرار أو إصداره على وجه معين - أساس ذلك: - أن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده سلفاً في معظم الحالات - يحد من حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها في شأن أية سلطة تقديرية ألا تكون مدفوعة في اختيارها بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة - مثال ذلك: - ألا تحسن الإدارة اختيار وقت تدخلها فتتجمل إصدار القرار أو تتراخي في إصداره مما يضر بالأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم⁽²⁾.

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على هذه القاعدة، فصدرت العديد من الأحكام لبعض الحالات تؤكد مسؤولية الإدارة لتراخيها في اتخاذ قراراتها. ومن هذه الأحكام حكم مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار بمنع أحد الأفراد بمزاولة مهنته الخطرة وهي تمرين الراغبين في الأعياد على إطلاق النار وإصابة الهدف، فذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر وقد حدث بالفعل أن أصيبت إحدى المارات برصاصة طائشة في رأسها. فقضى لها مجلس الدولة بالتعويض⁽³⁾.

ثانياً: مدى سلطة قاضي التعويض في الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار

أشهر مثال ما ورد في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 22/ نوفمبر/ 1929 في قضية (Compagnic des mines de siguiri).

وتتلخص ظروفه فيما يأتي: "نظم القانون طريقة استغلال مناجم الذهب في أحد المستعمرات وقضى بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا لأهالي تلك المستعمرة على أن يكون للشركات حق استغلال الطبقات السفلى والتي لا يصل إليها الأهالي بوسائلهم البدائية على أن يكون لحاكم المستعمرة حق منح وسحب رخص الاستغلال. وحدث أن اعتدت شركة على

(1) المحكمة الإدارية المصرية في الطعن عن رقم 3350 لسنة 44 ق.ع، جلسة 7-2-2004، ص344، رقم (41).

(2) المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم 942 لسنة 30 ق.ع جلسة 5-4-1986، ص1520، القاعدة رقم - (206).

(3) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص192).

الطبقات المخصصة للأهالي، وتم ذلك بعلم الإدارة ولكنها تركتها تستغل، ثم فاجأتها دون سابق إنذار بأمر يتضمن وقف هذا الاستغلال غير المشروع، ولذلك لم يبلغ مجلس الدولة الفرنسي القرار السابق ولكنه حكم بالتعويض بناء على أن الإدارة أساءت اختيار وقت تدخلها فتعجلت في اتخاذ القرار⁽¹⁾.

إذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل بقرار خلال فترة معينة فإنها تكون حرة في اختيار وقت تدخلها حتى لو كانت ملزمة أصلاً بإصدار قرار على وجه معين - أساس ذلك: - أن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده سلفاً في معظم الحالات - القيود التي تحد من حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها منها:

- 1- ألا تكون الإدارة مدفوعة في هذا الاختيار بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة.
- 2- ألا تسيء اختيار وقت تدخلها فتتعجل إصدار قرارها أو تتراخى في إصداره ما يؤدي إلى الأضرار بالأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم⁽²⁾.

ثالثاً: مدى سلطة قاضي التعويض في الحكم على الإدارة لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة

أشرنا إلى أن ملاءمة العقوبة التأديبية للجريمة هي مسألة تقديرية تستقل بها الإدارة، لكن مجلس الدولة الفرنسي أخضع ملاءمة الجزاءات التأديبية لرقابته في مجال التعويض. ومثال ذلك ما جاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1913/7/25. في قضية "مارك" فلقد كان السيد مارك يشغل منصب مدير حديقة النباتات في مدينة رن بفرنسا وفصلته الإدارة من منصبه لأسباب رأى أنها تعسفية، فرفع دعوى يطلب إلغاء القرار الخاص بالفصل وطالب في نفس الوقت تعويضه عن ذات القرار، فحكم مجلس الدولة برفض دعوى الإلغاء وحكم له بالتعويض وذلك لأن الأخطاء التي ارتكبها مارك لا تبرر القرار الصادر بفصله⁽³⁾.

فنظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية مجالها قضاء التعويض⁽⁴⁾. وسار القضاء المصري ذات النهج وخاصة في المجال التأديبي في حال عدم الملاءمة بين العقوبة والجرم المرتكب. كذلك سار القضاء الإداري الفلسطيني على ذات النهج، ومثال ذلك: ما جاء في حكم

(1) المرجع السابق، (ص193).

(2) المحكمة الإدارية المصرية في طعن رقم 899 لسنة 30 ق. ع جلسة 16-11-1985، ص268، القاعدة رقم (35).

(3) بوعكة، السلطة التقديرية للإدارة (ص56).

(4) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص194).

محكمة العدل العليا: "أن العقوبة المفروضة على المستدعى وهي العزل من الوظيفة تتناسب مع جسامة الجرم المنسوب إليه.. ومما لا شك فيه أن الرقابة التي تمارسها محكمة العدل العليا على التناسب بين جسامة الذنب الإداري ونوع ومقدار العقوبة التأديبية هي ضمانة كبيرة للأفراد، وتقييم من مغالاة الإدارة في تقدير جسامة الأفعال، كما تعد هذه الرقابة تضييقاً لنطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة وحدها"⁽¹⁾.

(1) قرار محكمة العدل العليا بغزة رقم (2010/98) جلسة 2012/10/11م.

الفصل الخامس
حدود الرقابة القضائية على السلطة
التقديرية للإدارة

الفصل الخامس

حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

تمهيد وتقسيم:

استقر غالبية الفقه على أن تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية لا يفيد تحررها الكامل من الخضوع لمبدأ المشروعية وإفلاتها من رقابة الإلغاء، فالنطاق التقديري تلاحقه قواعد المشروعية ورقابة القضاء الإداري⁽¹⁾.

ولقد استقر الفقه والقضاء الإداريان على تحديد عناصر صحة القرار الإداري الخمسة والمتمثلة في: الاختصاص، والشكل، والمحل، والسبب، والغاية، تدخل ضمن رقابة المشروعية، وإن الحرية المتروكة للإدارة من خلال سلطتها التقديرية تؤثر بصورة عامة على بعض عناصر صحة القرار الإداري دون البعض الآخر، وعليه فإن السلطة التقديرية للإدارة في مباشرة نشاطها تمارس داخل نطاق وحدود معينة لا يمكن تجاوزها وإلا غدت تصرفاتها غير مشروعة وحرية بالإلغاء. فعناصر صحة القرار الإداري تتأرجح ما بين التقييد والتقدير بحسب موقف المشرع منها⁽²⁾. حيث تختلف سلطة الإدارة التقديرية بالنسبة لعناصر صحة القرار الإداري،

ويثار السؤال حول حدود السلطة التقديرية للإدارة، كاستثناء يرد على مبدأ المشروعية، وما إذا كانت تطبق على جميع عناصر القرار الإداري أم أن تطبيقها يقتصر على بعض العناصر دون البعض الآخر؟

فلا بد من تحديد جوانب التقييد أو التقدير في عناصر صحة القرار الإداري الخمسة لنبين مجال السلطة التقديرية فيها.

فالرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تضم بين دفتيها الرقابة على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية (ركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات وركن الغاية)، والرقابة على الحدود الداخلية للسلطة التقديرية (ركن السبب وركن المحل). وتمارس هذه الرقابة سواء كانت الإدارة تتمتع بسلطة مقيدة أو تقديرية.

وهذا ما سنوضحه في هذا الفصل وسوف أتناول فيه المباحث الآتية:

❖ **المبحث الأول: الرقابة القضائية على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية**

❖ **المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الحدود الداخلية للسلطة التقديرية**

(1) جمال الدين، أصول القانون الإداري (ص701).

(2) كنعان، القضاء الإداري (ص40).

المبحث الأول

الرقابة القضائية على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية

تمهيد:

سبق أن أشرنا إلى أن الإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية يتعين عليها احترام جميع أوجه المشروعية، فيقتضي أن تكون قراراتها جميعها مطابقة للمشروعية أو مطابقة للقانون بمعناه الواسع⁽¹⁾.

حيث إن الإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية الممنوحة لها لا بد أن تلتزم باحترام قواعد الاختصاص، وقواعد الشكل والإجراءات، كما لا بد أن تستهدف المصلحة العامة في جميع قراراتها، وإلا كانت معيبة بعيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة وكانت جديرة بالإلغاء. وتشمل الحدود الخارجية للسلطة التقديرية بعض عناصر صحة القرار الإداري حيث تضم بين دفتيها كل من الاختصاص والشكل والإجراءات وأخيرا الغاية.

وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالي:

- ❖ **المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب عدم الاختصاص**
- ❖ **المطلب الثاني: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب الشكل والإجراءات**
- ❖ **المطلب الثالث: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب الغاية**

⁽¹⁾ يقصد بمبدأ المشروعية بمعناه الواسع: سيادة القانون، أي خضوع جميع الأشخاص بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول، أما المشروعية الإدارية: فتعني خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) للنظام القانوني السائد في مختلف قواعده. لمزيد راجع: جرف، قضاء الإلغاء (ص 5 وما بعدها).

المطلب الأول

حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب عدم الاختصاص

المشروعية الخارجية تتمثل بالأركان الخارجية أو الشكلية للقرار الإداري، حيث تشمل عنصر الاختصاص في إصدار القرار الإداري، كما تشمل عنصر الشكل والإجراءات التي يجب اتباعها في إصدار القرار.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

- ❖ الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب عدم الاختصاص
- ❖ الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للاختصاص

الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب عدم الاختصاص

أولاً: تعريف الاختصاص وعيب عدم الاختصاص

يقصد بعنصر الاختصاص في القرار الإداري: القدرة القانونية على القيام بتصرف معين⁽¹⁾. وفي نطاق الأعمال الإدارية، فالاختصاص يعني القدرة القانونية على القيام بعمل إداري معين وعلى وجه يعتد به قانوناً⁽²⁾.

والأصل أن ينص القانون صراحة على تحديد الجهة المختصة بإصدار القرار الإداري، وفي حالة سكوت المشرع يتم اللجوء إلى المبادئ القانونية العامة ليتم تحديد الجهة المختصة⁽³⁾. ومن تعريف الاختصاص يتضح أن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه "عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين، حيث إن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر"⁽⁴⁾.

وقريب من هذا التعريف، عرفت محكمة العدل العليا عيب عدم الاختصاص، حيث قررت في ذلك "... استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن اعتداء سلطة إدارية دنيا على اختصاص سلطة إدارية أعلى يؤدي إلى عدم مشروعية القرارات الصادرة لعدم الاختصاص، كاعتداء القائد العام للقوات المسلحة على اختصاص وزير الدفاع"⁽⁵⁾.

ويرتبط عيب عدم الاختصاص بالنظام العام فيجوز الدفع بعدم الاختصاص في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، ولكن لا يجوز للمحكمة إلغاء القرار المعيب بعدم الاختصاص طالما أن الخصوم لم يطلب بإلغاء القرار المعيب أصلاً⁽⁶⁾.

وفيما يتعلق بحق المحكمة للتصدي لهذا العيب من تلقاء نفسها، وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى، ودون إثارة ذلك الأمر من الخصوم، ما قضت به محكمة العدل العليا في أحد أحكامها بإلغاء قرار فصل المستدعي من الجمعية، ولكن دون الاستناد إلى ما ساقه المستدعي من حجج كعدم التحقيق معه، وإنما استندت المحكمة إلى عيب عدم الاختصاص، حيث أثارته

(1) أبو سميذانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص163).

(2) أبو راس، القضاء الإداري (ص256).

(3) العتوم، القضاء الإداري (ص127).

(4) خضر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص141).

(5) القرار رقم 98/17_ عدل عليا برام الله_ جلسة 1999/11/13، قرار غير منشور. مشار إليه عند صادق، دعوى

الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص312).

(6) كنعان، القضاء الإداري (ص252).

من تلقاء نفسها، وفي ذلك، تقول: "الثابت بعد الاطلاع على النظام الأساسي للجمعية أن صلاحية سحب الثقة من عضو مجلس الإدارة، وبالتالي فصله من عضوية المجلس، من اختصاص الجمعية العمومية للجمعية، وحيث إنه لا يجوز لهذه الجهة أن تفرط فيما ألقاه القانون على عاتقها من اختصاصات وسلطات بهذا الشأن، فإن قرار فصل المستدعي الصادر عن مجلس إدارة الجمعية في غير محله لصدوره عن غير ذي اختصاص طبقاً لنص المادة (10) من القانون الأساسي للجمعية مما يتعين معه إلغاؤه"⁽¹⁾.

ثانياً: صور عيب عدم الاختصاص

استقر الفقه والقضاء الإداري على تقسيم عيب عدم الاختصاص إلى صورتين هما: عيب عدم الاختصاص الجسيم (اغتصاب السلطة)، وعيب عدم الاختصاص البسيط⁽²⁾.

1- عيب عدم الاختصاص الجسيم (اغتصاب السلطة)

من أكثر حالات عيب عدم الاختصاص الجسيم ظهوراً كل مما يلي³:

- صدور القرار من فرد عادي لا صلة له بالإدارة.
- اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة التشريعية أو إحدى الهيئات القضائية.
- اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى لا تمت لها بصلة.
- إذا صدر القرار من موظف لا يملك سلطة إصدار القرارات الإدارية.

2- عيب عدم الاختصاص البسيط

يقع هذا النوع في نطاق السلطة التنفيذية وبين إداراتها وموظفيها، وتعد هذه الصورة الأكثر شيوعاً والأقل خطراً وتأثيراً.

وعيب عدم الاختصاص البسيط إما أن يكون سلبياً ويتمثل في امتناع السلطة الإدارية المختصة عن مباشرة اختصاصها المقرر لها قانوناً، وفي تلك الحالة نكون أمام قرار ضمني مشوب بعيب عدم الاختصاص، ما يجعل القرار قابلاً للإلغاء⁽⁴⁾.

أو يكون عيب عدم الاختصاص إيجابياً ويتحقق ذلك في ثلاث صور وهي: ...

(1) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص322).

(2) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري (ص121).

(3) لمزيد من الايضاح راجع غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص349).

(4) بطيخ، القضاء الإداري (ص481).

أ- عيب عدم الاختصاص الموضوعي

ويقصد بعيب عدم الاختصاص الموضوعي صدور قرار إداري من جهة إدارية أو موظف في موضوع معين خارج عن اختصاصه. ويأخذ عيب عدم الاختصاص الموضوعي صوراً متعددة وهي على النحو الآتي⁽¹⁾:

- اعتداء الرئيس الإداري على اختصاص المرؤوس.
- اعتداء المرؤوس على اختصاص الرئيس.
- اعتداء سلطة إدارية على اختصاص سلطة إدارية أخرى موازية.
- اعتداء سلطة مركزية على اختصاص سلطة لا مركزية والعكس.
- صدور القرار بناء على تفويض غير قانوني.

ب- عيب عدم الاختصاص الزمني

ويقصد به النطاق الزمني المحدد لرجل الإدارة أو الهيئة الإدارية لمباشرة اختصاصاتها، وعلى ذلك فإن صاحب الاختصاص يجب أن يباشر اختصاصاته خلال الأجل المحدد لممارسته، بمعنى أن يباشر اختصاصه بالمدة التي يكون فيها شاغلاً لوظيفته العامة⁽²⁾.

ولهذا النوع صورتان على النحو الآتي⁽³⁾:

- صدور القرار قبل تولي من أصدره مهام وظيفته أو بعد تركه لها.
- صدور القرار خارج نطاق المدة الزمنية المحددة لإصداره.

ج- عيب عدم الاختصاص المكاني

ويقصد به النطاق الجغرافي أو الإقليمي المحدد لرجل الإدارة أو لهيئة إدارية لممارسة اختصاصاتها، وتعد أقل الصور حدوثاً في الواقع العملي، وذلك لأن الحدود المكانية لممارسة الاختصاصات الإدارية تكون واضحة إلى حد ما، وكل عضو من أعضاء السلطة الإدارية يحرص دائماً على ممارسة اختصاصه في النطاق الإقليمي المحدد له في القانون.

ففي حالة قيام الجهة الإدارية بإصدار قرار إداري يتجاوز نطاق المكان الذي حدده لها القانون لممارسة اختصاصها، يتحقق هذا العيب⁽¹⁾، مما يترتب عليها إلغاء القرار المعيب بعيب عدم الاختصاص المكاني إذا طعن فيه خلال الميعاد المقرر للطعن⁽²⁾.

(1) كنعان، القضاء الإداري (ص 260-265). والعنوم، القضاء الإداري (ص 134-136).

(2) خضر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص 165).

(3) العنوم، القضاء الإداري (ص 140).

الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للاختصاص

وفيما يتعلق بالاختصاص في القرار الإداري فلا حرية للإدارة، فلا تتمتع بأية سلطة تقديرية في هذا المجال، ويحدد الاختصاص من خلال النصوص القانونية، وفي حال غيابها تتكفل المبادئ العامة للقانون بذلك⁽³⁾، فالإدارة ملزمة فيما تصدره من قرارات باحترام قواعد الاختصاص فلا بد أن يصدر القرار من الجهة التي تملك إصداره⁽⁴⁾، فإذا صدر القرار من جهة غير مختصة فيصبح معيباً بعبء عدم الاختصاص ويعرض للإلغاء أمام القضاء الإداري عند الطعن فيه، حيث إن عيب عدم الاختصاص يتعلق بالنظام العام بحيث يملك القضاء الإداري الحق في التصدي له والبحث فيه من تلقاء نفسه⁽⁵⁾.

وقد استقر قضاء محكمة العدل العليا الفلسطينية "أن عيب الاختصاص متعلق بالنظام العام⁽⁶⁾، ويعتبر القرار منعدماً، لا يرتب حقوقاً والتزامات لأنه في حكم العدم، والعدم لا يولد إلا عدماً مثله"⁽⁷⁾.

ومما سبق يؤكد أن الإدارة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية تجاه الاختصاص بإصدار القرار الإداري، فالمشرع الذي يحدد الجهة الإدارية المختصة، فلا حرية للإدارة، ومن ثم تكون سلطتها تجاهه مقيدة⁽⁸⁾.

أما بالنسبة لمقياس حرية الإدارة بالنسبة للاختصاص في حالات الضرورة ففي حال خالفت الإدارة قواعد الاختصاص المنصوص عليها تشريعاً فإن تصرفها في هذه الحالة لا يعتبر مخالفاً لمبدأ المشروعية الاستثنائية. حيث أن القضاء الإداري اعتبر التدابير التي تتخذها السلطة الإدارية استناداً لحالة الضرورة أعمالاً مشروعة في حال لم تنقيد بالاختصاص⁽⁹⁾.

(1) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء (ص125).

(2) العتوم، القضاء الإداري (ص138).

(3) كنعان، القانون الإداري (ص252 وما بعدها).

(4) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص34).

(5) عبد الله، القضاء الإداري مبدأ المشروعية (ص40).

(6) قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (48) لسنة 1997.

(7) قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (11) لسنة 2005 جلسة 2005/9/27م.

(8) بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري (ص103).

(9) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص149).

المطلب الثاني

حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب الشكل والإجراءات

لا يكفي لرجل الإدارة أن يلتزم حدود اختصاصه كي يصبح القرار الإداري سليماً، إنما عليه أن يصدر هذا القرار وفقاً للإجراءات التي حددها المشرع، وفي الشكل المرسوم له⁽¹⁾.

حيث يتحقق عيب الشكل عندما تخالف الإدارة القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون وقت إصدارها لقراراتها، ويستوي في ذلك أن تكون المخالفة كاملة أو جزئية.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب الشكل والإجراءات

❖ الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للشكل والإجراءات.

الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب الشكل والإجراءات

أولاً: مفهوم الشكل والإجراءات

يقصد بشكل القرار الإداري قالب الذي يخرج به أو مظهره الخارجي، أما الإجراءات فهي خطوات بناء القرار بدءاً من مرحلة إعداده وحتى صدوره⁽²⁾.

والأصل أن قواعد الشكل والإجراءات تحددها القوانين واللوائح. فإذا حدد المشرع شكليات وإجراءات معينة لصدور القرار الإداري، فعندئذ لا يكون القرار سليماً إلا إذا كان وفق هذه الإجراءات والشكليات المحددة له، وإلا كان القرار معيباً بعيب الشكل ووجب إلغاؤه⁽³⁾.

ومن تعريف الشكل والإجراءات يتضح أن تعريف عيب الشكل والإجراءات بأنه "عدم التزام الإدارة بالإجراءات والشروط الشكلية الواجب اتباعها في إصدار القرارات الإدارية"⁽⁴⁾.

حيث إن الحكمة التي توخاها المشرع من إلزام الإدارة باتباع شكليات والإجراءات المنصوص عليها تكمن في تحقيق التوازن بين المصلحة العامة وهي مصلحة الإدارة في حسن تسيير المرافق العامة. والمصلحة الخاصة وتتمثل بالضمانات التي يتمتع بها الأفراد مقابل

(1) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص754).

(2) الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق (ص52).

(3) كنعان، القضاء الإداري (ص272).

(4) خليل، قضاء الإلغاء (ص95).

امتيازات السلطة العامة كحق التنفيذ الجبري والسلطة التقديرية⁽¹⁾، وبذلك تصان حقوقهم وتحترم حرياتهم.

ثانياً: حالات عيب الشكل والإجراءات

تختلف الشكليات الواجب اتباعها من جانب الإدارة، حيث يمكن تقسيم العيب الذي يشوب الشكل والإجراءات إلى قسمين:

1- الحالات التي يؤدي فيها عيب الشكل والإجراءات إلي بطلان القرار الإداري

أ- مخالفة الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار الإداري

في بعض الأحيان يفرض القانون على جهة الإدارة اتباع إجراءات معينة قبل إصدار قراراتها، وتتعدد الإجراءات المقررة قانوناً لإصدار القرارات الإدارية. ومنها ما يتطلبه القانون من إجراء تحقيق قبل إصدار القرار التأديبي، أو أخذ رأي جهة أخرى معينة (هيئة مشورة) قبل إصدار القرار⁽²⁾. باعتبارها ضمانات جوهرية لحماية الأفراد.

فإذا خالفت الإدارة هذه الإجراءات فإن قرارها يكون مشوباً بعيب الشكل والإجراءات مما يوجب إلغاءه عن طريق الطعن فيه أمام القضاء الإداري.

ب- مخالفة الشكليات المتعلقة بالمظهر الخارجي للقرار الإداري

الأصل أن الإدارة غير ملزمة في الإفصاح عن إرادتها بأن تفرغ قرارها في شكل معين، فلها مطلق الحرية في كيفية التعبير عن إرادتها⁽³⁾، إلا أن المشرع قد يشترط في بعض الأحوال اتباع شكل خاص لقرار معين، وفي هذه الحالة يتوجب على الإدارة أن تحترم ما نص عليه المشرع وتصدر قراراتها وفق الشكل المحدد قانوناً.

وقد يلزم القانون جهة الإدارة ببيان الأسباب التي دفعتها لاتخاذها في متته. فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا في الأحوال التي يلزمها القانون بذلك. وحينئذ يجب على الإدارة احترام القانون وتقوم بتسبب قراراتها وإلا عد قرارها باطلاً لعيب الشكل⁽⁴⁾.

(1) الحلو، القضاء الإداري (ص404). وعبد الله، القضاء الإداري (ص600).

(2) خضر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص174).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص374).

(4) خضر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص171).

2- الحالات التي لا يؤدي فيها عيب الشكل والإجراءات إلى بطلان القرار الإداري:ـ

الأصل بطلان القرارات الإدارية الصادرة مخالفة للإجراءات المقررة وفقاً للقانون، حيث إن الإدارة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في اتباع الشكل أو عدم اتباعه. إلا أن القضاء الإداري خفف من حالات البطلان لعبع الشكل والإجراءات في القرار الإداري، فإذا ثبت له انعدام تأثير الشكليات والإجراءات التي لم تتبع على مضمون القرار الإداري أو على الضمانات المقررة للأفراد، وذلك حتى لا يكون من شأن إبطال كل قرار معيب شكلاً عرقلة العمل الإداري⁽¹⁾.

أ- مخالفة الشكليات المقررة لصالح الإدارة

ميز القضاء الإداري بين ما إذا كانت الإجراءات والشكليات المقررة قانوناً مقررة لصالح الأفراد أم لصالح الإدارة، فإذا كانت الشكليات والإجراءات التي تفرضها القوانين قد تقررت لصالح الأفراد تعد إجراءات وشكليات جوهرية، ويترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري، أما إذا كانت تلك الشكليات والإجراءات قد تقررت لصالح الإدارة دون مصلحة الأفراد فإنها تعد غير جوهرية، وبالتالي لا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري. وتعود مسألة تحديد إن كان الشكل مقرراً لمصلحة الإدارة أم لمصلحة الأفراد لتقدير القاضي الإداري الذي ينظر موضوع الطعن⁽²⁾.

وبهذا الصدد قضت محكمة العدل العليا: "إن القول بأن تنازل جهة الإدارة عن استكمال الإجراءات اللازمة لمنح الترخيص للجهة المستدعية لا يترتب عليه بطلان الإجراءات لأنها شرعت في الأصل لمصلحة الإدارة، فإذا تنازلت عنها ووافقت على السير فيها من النقطة التي توقفت عندها فإن بقاء القرار المطعون فيه -رفض الترخيص- لا مبرر له"⁽³⁾.

ب- مخالفة الشكليات الثانوية غير الجوهرية

ويقصد بالأشكال الثانوية: تلك الأشكال التي لم يلزم القانون جهة الإدارة مراعاتها واحترامها فهي لا تؤثر في مضمون القرار الإداري ومحتواه ولا يترتب على إغفالها من قبل الإدارة تغيير في محتوى القرار الإداري، ولم يترتب البطلان على مخالفتها من جانب الإدارة⁽⁴⁾.

(1) الطماوي، القضاء الإداري (ص 673).

(2) خليفة، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة (ص 138).

(3) حكمها برام الله رقم (96/38) الصادر بتاريخ 1998/11/13، مشار إليه لدى: غانم، الوسيط في القضاء الإداري (ص 379).

(4) عفيفي، الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن (ص 295).

حيث يتغاضى القضاء الإداري أحياناً عن مخالفة هذه الشكليات الثانوية التي لا تؤثر في مضمون القرار الإداري، ومن أمثلة ذلك إغفال الإدارة عن ذكر النصوص القانونية في صلب قرارها التي استندت إليه في إصداره⁽¹⁾.

ثالثاً: تغطية عيب الشكل والإجراءات

اعتمد القضاء الإداري المقارن على أنه يمكن تغطية عيب الشكل وتلافي إلغاء القرار المعيب بعيب الشكل باتباع عدة وسائل وهي على النحو الآتي:ـ

1- استحالة إتمام الشكليات

تعد حالة استحالة إتمام الشكليات إحدى الوسائل التي من شأنها تغطية وتصحيح عيب الشكل الوارد في القرار الإداري. وتتعدد الأسباب التي تؤدي إلى استحالة إتمام الشكلية أو الإجراء المقرر، وهذه الأسباب ترجع إلى الاستحالة المادية التي يتعذر معها إتمام الشكل والإجراء المقرر قانوناً، أو ترجع إلى فعل صاحب المصلحة نفسه، أو ترجع إلى فعل الغير⁽²⁾.

فالإدارة لا تعفى من احترام الشكل لمجرد الاستحالة العابرة المؤقتة، حيث إن الاستحالة التي تجوز فيها للإدارة أن تتحلل من الشكلية التي يفرضها القانون هي الاستحالة المادية الطويلة، لأن الاستحالة المؤقتة لا تكفي لتبرير إغفال الإدارة للأشكال المطلوبة والمسألة تقديرية لقاضي الإلغاء لتحديد هذا المعيار⁽³⁾.

ومن أمثلة الاستحالة المادية المانعة من إتمام الشكليات عدم سماع الموظف المتهم إذا كان راجعاً إلى استحالة مادية حقيقية تعود إلى عدم تركه لعنوانه، واستحالة الاستدلال على هذا العنوان، كذلك رفض أحد أعضاء اللجنة الحضور رغم تبليغه بقصد تأخير القرار⁽⁴⁾.

وهذا ما أكدته المادة (90) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية على ذلك، حيث جاء فيها: "يجب على الموظف المحال للتحقيق أن يمثل لدعوة التحقيق أمام اللجنة، وأن يدلي بإفادته وبحالة رفضه ذلك يعد ممتنعاً، وفي حكم المتغيب عن العمل من تاريخ رفضه الإدلاء بإفادته أمام اللجنة، وتبلغ دائرته الحكومية والديوان ووزارة المالية بذلك"، وبناء على ذلك فإن

(1) بشناق، محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني (ص119).

(2) كنعان، القضاء الإداري (ص156).

(3) بسيوني، الجريمة التأديبية وعلاقتها بالجريمة الجنائية (ص546).

(4) بشناق، محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني (ص120).

صدور القرار التأديبي بحقه دون استماع لجنة التحقيق لأقواله ودفوعه يعد صحيحًا؛ لأن عدم إتمام هذا الإجراء الجوهري الذي نص عليه المشرع يرجع لفعل الموظف نفسه.

كما وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: "الشركة قد اتخذت الإجراءات اللازمة قانونًا في شأن عرض الأمر على اللجنة الثلاثية قبل إصدارها قرار الفصل المطعون فيه، وأن اللجنة حاولت أن تعقد اجتماعًا أكثر من مرة إلا أن العضو الثالث فيها "ممثل العمال" الذي ثبت أنه أخطر شخصيًا بمواعيد الانعقاد تعمد التخلف عن الحضور أكثر من مرة، فإنه بذلك لا تثريب على الشركة من النظر القانونية إن هي أصدرت قرارها بالفصل"⁽¹⁾.

2- الاستيفاء اللاحق للشكل

حيث إن المبدأ المقرر أنه لا يجوز للإدارة تصحيح القرار الإداري بأثر رجعي، فالقرار الذي أهملت الشكليات في إصداره قرار معيب بعيب الشكل، ولتصحيحه لا بد من استيفاء الشكليات والإجراءات بإصدار قرار جديد⁽²⁾. ولذلك لا يجوز للإدارة تصحيح الإجراءات الشكلية بإجراء لاحق على صدور قرارها، لأن ذلك يكون بأثر رجعي وهذا غير جائز.

وقد انقسم الفقه والقضاء بشأن إمكانية الاستيفاء اللاحق لعيب الشكل بعد صدور القرار الإداري، فيرى جانب من الفقه أنه لا يجوز للإدارة تصحيح الشكليات بعد إصدارها القرار، ويستدلون على ذلك أنه يعد رجعية في القرارات الإدارية وهي محظورة وغير مشروعة، فضلًا عن أنه يدفع الإدارة إلى التسرع وعدم الاكتراث في اتخاذ قراراتها اعتمادًا على إمكانية التصحيح فيما بعد بإجراء لاحق. ولقد أكدت محكمة العدل العليا على هذا المفهوم، حيث اعتبرت أن الإجازة اللاحقة التي قام بها وزير التربية والتعليم والمتمثلة في اعتماده قرار إداري بتوقيع عقوبة إدارية على موظف عام من جهة إدارية غير مختصة وهي ديوان الموظفين يعتبر قرار غير مشروع⁽³⁾.

أما ما ذهب إليه الرأي الثاني فيرى بإمكانية الإدارة تصحيح عيب الشكل بعد إصدار قرارها بإجراء لاحق لتتوقى إلغائه. ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى إجازة التصحيح اللاحق لعيب الشكل في القرار الإداري حيث قضت أن "عيب مخالفة الشكل يقتصر عن

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 323 لسنة 16 القضائية جلسة 1982/1/15، مشار إليه لدى: غانم، الوسيط في القضاء الإداري (ص381).

(2) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص812).

(3) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2012/97، جلسة 2013/5/28. مشار إليه عند غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص398).

إحداث أثره إذا قامت الإدارة بتدارك ما فاتها من استيفاء الشكل دون أن يكون من شأن ذلك التدارك التأثير في مضمون القرار الإداري أو ملائمة إصداره⁽¹⁾.

3- فعل صاحب الشأن وقبوله

الأصل أن الشكليات والإجراءات مقررة للصالح العام، لا لصالح الإدارة بمفردها، ولا الأفراد بمفردهم، ولكن لتحقيق صالح الاثنين معاً⁽²⁾. وقد اختلف الفقه والقضاء الإداري حول قبول صاحب الشأن للقرار المعيب بعيب الشكل يعد من أسباب تغطية عيب الشكل أم لا. فذهب بعض الفقه والقضاء إلى رفض قبول صاحب الشأن للقرار المعيب بعيب الشكل كمبرر لتغطية وتصحيح هذا العيب. وقد استند هذا الرأي إلى أن الإجراءات الشكلية في القرار الإداري لم تتقرر لصالح الأفراد وحدهم، إنما قررت للصالح العام، وإذا كان للأفراد أن يتنازلوا عن مصالحهم الخاصة فإنهم لا يملكون التنازل عن المصلحة العامة.

وقد ذهب آخرون إلى قبول العيب الذي انطوى عليه القرار وتنازل من شرع الشكل لمصلحته عن التمسك بالبطلان إذا لم يكن هذا الشكل متعلقاً بالنظام العام⁽³⁾، حيث إن الشكل المتعلق بالنظام العام لا يمكن لأي أحد أن يتنازل عنه ويمكن للمحكمة أن تثيره ولو من تلقاء نفسها وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا "بداية تؤكد المحكمة أن وكيل المستدعي لم يورد هذا السبب ضمن أسباب الطعن في لائحة الدعوى إلا أنه سبب متعلق بالنظام العام تنصدي له من تلقاء نفسها لأنه إجراء شكلي جوهري..."⁽⁴⁾.

4- تحقق الغرض من الشكليات

لقد استقر القضاء على أن الشكليات ليست غاية في ذاتها، إنما هي وسائل لتحقيق غايات يقصدها المشرع، فإذا تحقق الغرض من الإجراء أو الشكل الذي أغفلته الإدارة فليس من مبرر لإلغاء القرار الإداري المعيب بهذا العيب⁽⁵⁾.

(1) حكمها في 1972/11/21 الطعن رقم 568 لسنة 25 ق مكتب فني، 27، ج1، ص25. مشار إليه عند غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص398).

(2) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص816).

(3) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص391).

(4) قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى (2007/37) جلسة تاريخ 2008/4/22.

(5) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص231).

ومن أمثلة ذلك أن إعلان الموظف المتهم بالحضور أمام المحقق لإبداء أقواله يغني عنه حضوره من تلقاء نفسه، كذلك يمكن الاستغناء عن التحقيق الإداري اكتفاء بالتحقيق الجنائي⁽¹⁾.
وتأكيدًا لذلك ما أكدته محكمة العدل العليا أن التحقيق الإداري وإن كان قد حقق الغرض منه وهو إظهار الحقيقة إلا أنه لا يجوز توقيع أكثر من عقوبة إدارية واحدة على الموظف - المستدعى - الذي لم يحاكم جنائيًا ولم يُدَن⁽²⁾.

الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة للشكل والإجراءات

وفيما يتعلق بعنصر الشكل والإجراءات في القرار الإداري، حيث إن سلطة الإدارة قد تكون مقيدة أو تقديرية بحسب موقف المشرع، حيث إن القضاء ميّز بين نوعين من الأشكال والإجراءات الجوهرية وبين الأشكال غير الجوهرية، واعتبر إهمال ومخالفة الأولى دون الثانية يؤدي إلى عيب القرار وجعله مستحق الإلغاء⁽³⁾. فتتمتع الإدارة بسلطة مقيدة بالنسبة للأشكال الجوهرية التي يحددها القانون أو التي تستمد من المبادئ العامة للقانون والقواعد العامة في الإجراءات⁽⁴⁾، بينما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية وحيدة فيما يتعلق بالأشكال غير الجوهرية التي لم ينص القانون على احترامها ولم يرتب البطلان على مخالفتها⁽⁵⁾، فتملك الإدارة اتخاذ الشكل المناسب لإصدار قرارها فيه.

وقد نصت المحكمة الإدارية المصرية على الفرق بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية وأثرها على بطلان القرار الإداري على أن "قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفًا في ذاتها أو طقوسًا وإنما هي إجراءات ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء وينبغي التفرقة في هذا المجال بين الشكليات الجوهرية التي تتال من تلك المصلحة ويؤثر إغفالها على سلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات الثانوية إذ لا يبطل القرار لعيب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان متى إغفال إجراء أو كان الإجراء جوهريًا في ذاته بحيث يترتب على إفاله تفويت المصلحة التي على القانون تأمينها"⁽⁶⁾.

(1) نضر، الأصول العامة للقضاء الإداري (ص369).

(2) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص426).

(3) فوزي، المبسوط في القانون الإداري (ص861).

(4) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص35).

(5) عبد الله، القضاء الإداري (ص40).

(6) المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم 1479 لسنة 40 ق.ع - جلسة 6-12-1998، ص1479، رقم (15).

كما ووضحت محكمة العدل العليا الفلسطينية معيار التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، حيث قالت: إنه "على ضوء ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري بأنه يتوجب على رجل الإدارة أن يراعي الإجراءات التي أوجب القانون مراعاتها قبل إصدار القرار الإداري وأن يفرغ القرار بالشكل الذي أوجبه القانون وإلا كان القرار مشوبًا بعيب في شكله، وإنه إذا كانت الإجراءات مقررة لضمان مصلحة الأفراد أو كانت مراعاتها تؤدي إلى تعديل القرار فهي إجراءات جوهرية إذا خولفت كان القرار معيبًا من حيث الشكل وقابلًا للإبطال"⁽¹⁾.

أما عن مقياس حرية الإدارة بالنسبة للشكل والإجراءات في حالات الضرورة فلها أن تعفي نفسها من احترام الأشكال التي يجب أن تحيط القرار الإداري عادة. ولقد أقر مجلس الدولة بأن الظروف الاستثنائية قد تسمح للإدارة بالاستيلاء دون اتباع الشكلية التي يجب أن تتوفر في الظروف العادية⁽²⁾.

ومما سبق يتبين أن عنصري الشكل والاختصاص عنصران يتصلان بكيفية ممارسة الإدارة لسلطاتها فلا حرية للإدارة بالنسبة لهما، ويتعين على رجل الإدارة أن يفرغ إرادته في الشكل الذي يحدده القانون، وأن يلتزم قواعد الاختصاص، بحيث يكون عمله باطلاً أو معدوماً إذا تجاوز هذه القواعد⁽³⁾.

وإذا كان القضاء قد ترك القرار المخالف لقواعد الشكل والاختصاص في بعض الحالات القليلة دون إلغاء، فإن ذلك لم يكن اعترافاً منه بأن للإدارة أي مجال للتقدير في الخروج على تلك القواعد، ولكن لأسباب أخرى⁽⁴⁾.

وتبرز أهمية الشكل والإجراءات في الحيلولة دون تسرع الإدارة، ودون اتخاذ قرارات بصورة عفوية وتوفير نوع من الضمانات لحماية حقوق ومصالح الأفراد⁽⁵⁾.

(1) قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (6) لسنة 1996 جلسة 1996/11/26.

² غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص150).

(3) السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية (ص219).

(4) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص52).

(5) عمرو، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص110).

المطلب الثالث

حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة لغاية لغيب الغاية

الأصل أن تكون المصلحة العامة هي الغاية التي يستهدفها القرار الإداري. حيث إن القاعدة العامة والبدئية في القانون الإداري أن جميع القرارات الإدارية دون استثناء يجب أن تستهدف المصلحة العامة.

حيث لم تقتصر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة على فحص المشروعية الخارجية للقرار الإداري من حيث الاختصاص والشكل، إنما امتدت إلى الرقابة على النوايا والبواعث النفسية لمصدر القرار.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: الأحكام العامة لغيب الغاية

❖ الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية بالنسبة لغاية القرار الإداري

الفرع الأول: الأحكام العامة لغيب الغاية

أولاً: ماهية عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة

فيما يتعلق بعنصر الغاية في القرار الإداري (الغرض أو الباعث أو الهدف) هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها، فيجب أن يكون هدف جميع القرارات الإدارية تحقيق المصلحة العامة كغاية لها لا تحيد عنها في كل الأحوال⁽¹⁾.

فقررت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأنه: "... يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق الهدف الذي آتاه القانون فإذا خالف مصدر القرار هدف القانون كان القرار معيباً من ناحية الغاية، وأصبح بالتالي مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة...."⁽²⁾.

حيث يعد عيب انحراف بالسلطة من العيوب الخفية لاتصاله بنوايا ومقاصد مصدر القرار الإداري، والدوافع التي أدت إلى اتخاذ القرار⁽³⁾.

(1) عبد الله، القضاء الإداري (ص43).

(2) قرار محكمة العدل العليا رقم 97/40، جلسة 1998/9/8، قرار غير منشور بعد، مشار: غانم، القضاء الإداري (ص223).

(3) كنعان، القضاء الإداري (ص324).

ويرتبط عيب انحراف السلطة بعنصر الغاية في القرار الإداري، حيث يصل بالهدف الذي يسعى مصدر القرار إلى تحقيقه من ذلك الإصدار. فإذا انحرف مصدر القرار عن الغاية المخصصة قانوناً لإصدار القرار الإداري، فيكون قد انحرف عن الهدف الذي كان عليه تحقيقه، ومن ثم شاب قراره عدم المشروعية ووجب إلغاؤه لعيب الانحراف أو عيب الغاية⁽¹⁾.

ويقصد به "أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به".

ويطلق عليه بعض الفقه عيب إساءة استعمال السلطة أو عيب الانحراف في استعمال السلطة، كما ويطلق عليه المشرع الفلسطيني التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة⁽²⁾. حيث أطلق عليه المشرع في القانون الجديد رقم 3 لسنة 2016م بشأن الفصل في المنازعات الإدارية مصطلح الانحراف وإساءة استعمال السلطة⁽³⁾.

حيث عرفت محكمة العدل العليا عيب التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة بأنه "تصرف إداري يقع من مصدر القرار في حال توخيه في إصدار القرار الإداري غرضًا غير الغرض الذي قصد القانون تحقيقه"⁽⁴⁾.

ثانيًا: خصائص عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة

ويتميز عيب انحراف السلطة بمجموعة من الخصائص الآتية:ـ

1- عيب من العيوب الخفية

فهو عيب يتصل بنوايا ومقاصد من أصدر القرار، فهو مرتبط بعناصر شخصية أو ذاتية لمصدر القرار⁽⁵⁾، حيث إن هذه النوايا في الغالب مستترة وليس من السهل الكشف عنها، وهذا يجعل مهمة إثباته عسيرة⁽⁶⁾.

(1) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص244).

(2) راجع نص المادة (4/34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001م. بينما أطلق عليه المشرع في قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م، الانحراف وإساءة استعمال السلطة.

(3) راجع نص المادة (4/4) من قانون الفصل في المنازعات الإدارية رقم 2 لسنة 2016م.

(4) قرار محكمة العدل العليا رقم 2002/138 جلسة 2003/11/16، غزة، غير منشور، مشار إليه أبو سمهدانة،

القضاء الإداري في فلسطين (ص435).

(5) كنعان، القضاء الإداري (ص311).

(6) العتوم، القضاء الإداري (ص168).

2- عيب من العيوب العمدية

إن عيب الانحراف بالسلطة من العيوب العمدية القصدية التي يلزم توافر ركن القصد بالنسبة لها⁽¹⁾. فهو عيب يرتبط بالقصد وليس بالنتائج⁽²⁾، حيث يلزم لتحقيقه أن تكون الإدارة قد تعمدت الوصول إلى نتائج غير التي حددها القانون.

3- عيب من العيوب الملازمة للسلطة التقديرية للإدارة

إن للإدارة مطلق الحرية في تحديد وقت التدخل واستخدام ما يروق لها من وسائل، ولها الحرية في تقدير الوقائع وما يناسبها من وسائل مشروعة. ولكن هذه الحرية ليست مطلقة إنما مقيدة بتحقيق الصالح العام⁽³⁾. حيث لا يظهر هذا العيب إلا في مجال السلطة التقديرية أي في الأحوال التي يترك فيها المشرع لرجل الإدارة بعض الحرية في التدخل أو الامتناع. ولا سيما أن السلطة التقديرية للإدارة تعد المجال الطبيعي لظهور عيب الانحراف بالسلطة. وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا على التلازم بين عيب الانحراف وبين السلطة التقديرية للإدارة. حيث نصت: "بما أن رائد القرار الإداري يجب أن يكون دائماً للمصلحة العامة، فإن الإدارة ملزمة في حدود سلطتها التقديرية بعدم الانحراف عن هذا الغرض وباحترام بعض القواعد التي يملئها المنطق السليم"⁽⁴⁾.

4- عيب احتياطي للإلغاء

هذه الميزة تعني أن القاضي الإداري لا يلجأ إليه إلا إذا كانت جميع عناصر صحة القرار الإداري سليمة ومشروعة⁽⁵⁾. فالقاضي يبدأ بالبحث عن العيوب الأخرى للقرار الإداري للوصول إلى الإلغاء، فلا يبحث عن هذا العيب إلا بعد التأكد من عدم توافر بقية العيوب الأخرى والتي يمكن أن يؤسس على أي منها حكمه بإلغاء القرار المطعون فيه⁽⁶⁾.

(1) فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة "قضاء الإلغاء" (ص 817).

(2) خضر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص 198).

(3) المرجع السابق، (ص 199).

(4) قرار محكمة العدل العليا رقم 64/75، جلسة 19656/2/14، مجموعة الحايك، ج 14، ص 41 مشار إليه صادق (ص 489).

(5) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص 486).

(6) أبو سمهدانة، القضاء الإداري في فلسطين (ص 436).

5- عيب لا يتعلق بالنظام العام

يتميز هذا العيب كغيره من عيوب عدم المشروعية الأخرى باستثناء عيب عدم الاختصاص بأنه لا يتعلق بالنظام العام، حيث إن القاضي الإداري لا يثيره من تلقاء نفسه. حيث استقر قضاء محكمة العدل العليا على عدم اعتبار هذا العيب متعلقاً بالنظام العام، فإذا لم يثره أصحاب الشأن ولم يضمنوه في دعواهم، فإنه لا يجوز للقاضي الإداري إثارتها من تلقاء نفسه ولو تحققت شروطه⁽¹⁾.

ثالثاً: صور عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة

يكاد يجمع الفقه على أن عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة يظهر من الناحية العملية في صورتين وهما مجانية المصلحة العامة ومخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، ولكن القضاء الإداري وبعض الفقه أضاف صورة ثالثة إلي هاتين الصورتين وهي الانحراف بالإجراءات².

1- استهداف القرار الإداري غاية بعيدة عن المصلحة العامة (مجانبة المصلحة)

يقصد بمجانبة المصلحة العامة بأنه لا صلة للقرار الإداري بأية مصلحة عامة. أي أن القرار الذي تصدره السلطة الإدارية وتبتغي منه الإدارة أي مصلحة بخلاف المصلحة العامة فهو قرار معيب بعيب الغاية أو الانحراف وإساءة استعمال السلطة سواء كان ذلك في الظروف العادية أم الاستثنائية³.

تعد هذه الصورة من أخطر صور انحراف السلطة، ففي تلك الصورة يستغل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق أغراض لا تتعلق بالصالح العام. وتتخذ هذه الصورة عدة مظاهر فقد يلجأ مصدر القرار إلى تحقيق نفع شخصي لنفسه أو محاباة لغيره، وكذلك قد تظهر بصورة استخدام السلطة بقصد الانتقام أو التحايل على أحكام القضاء⁽⁴⁾، نتناول كل واحدة من هذه المظاهر وفق الآتي:

(1) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص492).

(2) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص412).

(3) المرجع السابق، (ص412).

(4) فوزي، المبسوط في القانون الإداري (ص871).

أ. استخدام الإدارة سلطتها لتحقيق مصلحة شخصية

في هذه الصورة يصدر رجل الإدارة قرارًا يستهدف منفعة الذاتية سواء تحقيق نفع شخصي له أو لغيره، حيث إن رجل الإدارة قد يغلب مصلحته الشخصية وذلك باستغلال السلطات الممنوحة له ولا سيما التقديرية منها وذلك بهدف تحقيق نفع شخصي له أو لغيره⁽¹⁾، وأشهر مثال لهذه الصورة: القرار الذي أصدره أحد العمدة في فرنسا مستغلًا سلطته الإدارية بتحريم الرقص في المراكز العامة خلال فترات محددة بحجة أن الرقص في تلك الفترات يؤثر في الشباب ويصرفهم عن العمل. حيث قضي بإلغاء ذلك القرار وذلك لأن الغرض الحقيقي من هذا القرار حماية المقهى الذي يملكه فخشي من منافسة مرقص معين وما يجره هذا المرقص من انصراف الشباب عن مقهاه. وهذا بعيدًا عن المصلحة العامة فحقق في ذلك القرار نفعًا شخصيًا.

كما واستقرت محكمة العدل العليا في فلسطين أن للجهة الإدارية تقدير المصلحة العامة تحت مراقبة محكمة العدل العليا دون تحقيق مصالح شخصية، حيث قررت بأنه "لما كانت بلدية جباليا وهي في معرض أداء واجبها صاحبة الحق والاختصاص في تقدير المصلحة العامة ومصلحة الجمهور، ولها في ضوء هذه الصلاحية أن تمتنع عن إصدار رخصة الحرفة إذا رأت في إصدارها ما يترتب عنه ضررًا وإزعاجًا للجمهور، ويمس أمنه...، ولم يثبت لهذه المحكمة أن البلدية اتخذت هذا القرار لأي سبب خاص أو غرض معين سوى المصلحة العامة مصلحة الجمهور وأمنه"⁽²⁾.

ب. استخدام مصدر القرار سلطته بقصد الانتقام أو الإضرار بالغير

تعد هذه الصورة من أسوأ صور مجانبة المصلحة العامة، وذلك لأن رجل الإدارة يستعمل سلطته التقديرية الممنوحة له في إصدار القرارات بهدف الانتقام بسبب ضغائن وأحقاد شخصية. وأكثر تطبيقات هذه الصورة ما تكون في مجال الوظيفة العامة. كأن تقوم الإدارة بإصدار قرار ضد أحد الموظفين للانتقام منه والتشفي وذلك بفصله للتخلص منه بعد أن لجأ إلى القضاء واستصدر حكمًا بإلغاء قرارها⁽³⁾.

(1) رمضان، تأديب الموظف العام (ص99).

(2) قرار محكمة العدل العليا رقم 2000/107، جلسة 2001/7/11، غزة، غير منشور.

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص393).

ج. الانحراف بالسلطة بهدف التهرب من تنفيذ حكم قضائي

تتحقق هذه الصورة بأن يقوم رجل الإدارة بإصدار قرار إداري يستهدف التحايل على تنفيذ حكم قضائي أو التهرب من تنفيذه، والأصل أن الإدارة ملزمة بتنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر ضدها أو في مواجهتها سواء صدرت هذه الأحكام من المحاكم العادية أم من محكمة العدل العليا.

2- مخالفة القرار الإداري لقاعدة تخصيص الأهداف

هناك حالات حدد لها المشرع أهدافاً معينة، وفي تلك الحالات لا يكفي على الإدارة تحقيق المصلحة العامة عموماً، إنما عليها أن تتقيد بالأهداف التي حددها المشرع لها عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف، وإلا كان القرار مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة. وتعد هذه الحالة أقل خطورة من الحالة الأولى المتمثلة بخروج الإدارة في قرارها عن المصلحة العامة، ففي تلك الحالة لم تتجاوز الإدارة نطاق الصالح العام⁽¹⁾.

حيث أن لكل قرار إداري هدفين، أحدهما متخصص وهو الذي حدده القانون، أو يستقاد من طبيعة الاختصاص، وهذا الهدف تختلف درجة تحديده من حالة لأخرى، كما أن هناك دائماً هدفاً عاماً هو المصلحة العامة⁽²⁾.

ويمكن استخلاص الهدف المخصص من قصد المشرع من روح التشريع مع الاستعانة بالأعمال التحضيرية والملابسات التي أحاطت بالتشريع... الخ، إذا لم يفصح صراحة عن الهدف⁽³⁾.

ومثال ذلك: سلطات الضبط الإداري فإن أهدافها مخصصة دائماً، إذ لا يجوز الالتجاء إليها إلا لتحقيق غرض يتعلق بالنظام العام بمدلولاته الثلاثة، وهي الصحة العامة والسكينة العامة والأمن العام. كما وأن سلطة التأديب، حيث أن للإدارة صلاحية تأديب موظفيها بشرط اتباع الإجراءات والضوابط التي وضعها المشرع ولا بد أن يقصد منها الانتقام أو لإجبار الموظف على القيام بعمل معين. وفي هذا الخصوص ما أكدته محكمة العدل العليا الفلسطينية

(1) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص500).

(2) صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص501).

(3) الفرق بين الانحراف عن المصلحة العامة والانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف أنه في حالة انحراف عن مبدأ تخصص الأهداف يكون العضو الإداري حسن النية لا ينبغي إلا تحقيق الصالح العام، ولكنه يستخدم ما بين يديه من وسائل لتحقيق أغراض مما لا يجوز التحقق بتلك الوسائل أو مما لا يختص بتحقيقها، راجع أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين " الكتاب الثاني " (ص254).

على حق الإدارة في استعمال سلطتها في تأديب الموظفين ولكن بشرط اتباع الاجراءات المقررة قانوناً للتأديب، وإلا كان قرارها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ومستوجباً الإلغاء⁽¹⁾.

وقد أكدت محكمة العدل العليا بضرورة أن يلتزم رجل الإدارة بالهدف الذي حدده القانون، حيث قررت أن: "الإدارة عندما تتصرف في العمل بمقتضى ماله من سلطة تقديرية لا تتمتع بسلطة تحكيمية، بل سلطة تحددها حدود المشروعية المختلفة بمعنى أنه يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق الهدف الذي ارتآه القانون، فإذا خالف مصدر القرار هدف القانون كان القرار معيباً من ناحية الغاية، وإنه يقتضي على المحكمة أن تناقش القرار في ضوء الغاية التي هدف إليها المشرع والقاعدة الفقهية" إن كل نص في القانون يعمل بعلته⁽²⁾.

ويتضح جلياً أن محكمة العدل العليا قد أخذت بقاعدة تخصيص الأهداف، وأكدت على أنه يجب على رجل الإدارة أن لا يخالف الهدف الذي حدده القانون حتى لو كان الهدف الذي توخاه متفقاً والمصلحة العامة.

3- الانحراف والتعسف بالإجراءات

يتحدد مضمون عيب الانحراف بالإجراءات كأحد صور عيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة. وذلك بأن تقوم الإدارة باستعمال إجراء إداري محل إجراء آخر كان يجب ممارسته في سبيل الوصول إلي هدفها، بمعنى أنها تلجأ إلي إجراء قرره القانون لغاية أخرى غير تلك التي تبغيها إما للتخلص من شكليات معينة أو لإلغاء ضمانات معينة⁽³⁾.

وأياً كانت التبريرات فإن الإدارة تكون قد خالفت الإجراءات التي حددها القانون ويكون تصرفها هذا مشوباً بعيب الانحراف وإساءة استعمال السلطة في صورة الانحراف بالإجراءات⁽⁴⁾.

ومثال ذلك لجوء الإدارة إلي الاستيلاء المؤقت على العقارات بدلاً من سيرها في طريق إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة تفادياً لطول إجراءات نزع الملكية.

(1) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2010/98، جلسة 2012/9/9، مجموعة مستشار أشرف نصرالله وآخرين، (ص29). مشار إليه عند: غانم، لقضاء الإداري في ضوء قانون المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص421).

(2) قرارها برام الله رقم 1997/40، جلسة 1998/9/8، غير منشور. مشار إليه عند: أبوسمهانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين - الكتاب الثاني - (ص255).

(3) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص422).

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص409).

وتأكيداً لذلك قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية في قرارها رقم (1999/94) بمرام الله بقولها: "إن نقل الموظف كإجراء إداري يتطلب توافر شرط أساسي وهو أن يكون النقل إلى وظيفة معادلة لدرجة الوظيفة التي تم النقل منها مع مراعاة موافقة الموظف الخطية وأخذ المصلحة العامة بالاعتبار ويتوجب أن لا يكون النقل إجراءً تأديبياً مقنعاً، وأن عدم تحقق شرط المصلحة في نقل الموظف يجعل القرار مشوباً بعيب الانحراف ووجب الغاءه"⁽¹⁾.

رابعاً: إثبات عيب التعسف والقرائن الدالة

سبق أن إلى أشرنا أن عيب إساءة استعمال السلطة يعد من العيوب الخفية لاتصاله بنوايا مصدر القرار الإداري، وكذلك فهو أصعب العيوب إثباتاً نظراً لأن عيب الغاية ليس من العيوب الشكلية كعيب الاختصاص والشكل يسهل الكشف عنه، كما أنه ليس من العيوب الموضوعية كعيب السبب والمحل بحيث يمكن استخلاصه بسهولة، ولكنه عيب شخصي يكمن في نوايا رجل الإدارة ومقاصده، ويتوقف وجوده على سلامة هذه النوايا وتلك المقاصد لذلك كان عيباً عسير الإثبات⁽²⁾.

1- إثبات عيب إساءة استعمال السلطة (الانحراف)

القاعدة العامة أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي في إثبات دعواه، وعيب الانحراف في استعمال السلطة لا يختلف عن باقي العيوب فيقع عبء إثباته على المدعي بإثبات دعواه باستهداف الإدارة هدفاً بعيداً عن المصلحة أو انحرافها عن الهدف المحدد لها⁽³⁾، وإن عجز عن ذلك خسر دعواه⁽⁴⁾.

وأكدت ذلك محكمة العدل العليا الفلسطينية أن عبء إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة يقع على عاتق المدعي، حيث نصت على أن "القرار الإداري يحمل قرينة السلامة حين قيامه ويفترض أنه قائم على سبب صحيح يبرر صدوره، وعلى من يدعي أنه مشوب بعيب التعسف وسوء استعمال السلطة إثبات ذلك"⁽⁵⁾.

(1) مشار إليه عند: غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص423).

(2) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص411). وأبو سمهانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص258).

وغانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص412).

(3) عبد الله، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص277).

(4) الشويكي، القضاء الإداري (ص373).

(5) قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية بمرام الله رقم (88) لسنة 2004، جلسة 2005/5/31م، غير منشور. مشار

لدى: بعلوشة، (ص185).

ونظراً لما يتمتع به ذلك العيب من أنه أشد العيوب صعوبة في الإثبات، وتيسيراً على المدعي في إثبات دعوى الانحراف بالسلطة، نقلت المحكمة الإدارية العليا المصرية عبء الإثبات كاملاً من المدعي إلى الإدارة، إذا ما قدم المدعي ما يزرع الثقة في قرينة الصحة المفترض توافرها في القرار الإداري، فإن أفلحت الإدارة في إزالة الشكوك التي أثارها المدعي حول قرارها ظل عبء الإثبات إلى جانب المدعي، وإن فشلت هي في ذلك قضت بإبطال قرارها لانحرافها في سلطة إصداره⁽¹⁾.

ولقد سارت محكمة العدل العليا الفلسطينية على نهج المحكمة الإدارية المصرية، حيث قضت بأنه "الأصل في عمل الإدارة أنها توثق عملها وتحفظ بوثائقها وتبني قراراتها على أسباب قانونية سائغة"⁽²⁾.

2- القرائن الدالة لإثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة

هناك العديد من الوسائل التي يلجأ إليها القضاء الإداري لإثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة ومنها على النحو الآتي:

أ. إثبات العيب من صيغة القرار ومضمونه

إن مضمون القرار الإداري وصيغته تعد أول ما يلجأ إليه المدعي لإثبات دعواه بوجود عيب الانحراف في استعمال السلطة. فقد يصدر القرار بصيغة تدل دلالة واضحة على وجود عيب الانحراف في استعمال السلطة وذلك من خلال العبارات المستخدمة فيه⁽³⁾. وفي هذه الحالة فإنه يتم بطريق السهو أو الخطأ، أو إذا تضمن القرار سبب صدوره والذي يمكن من خلاله معرفة نية مصدر القرار ويسهل الحكم على مشروعيتها⁽⁴⁾.

ب. إثبات العيب من أوراق الدعوى

توسع القضاء الإداري الفرنسي والمصري في معنى ملف الدعوى للكشف عن وجود عيب الانحراف، ويتحقق ذلك من خلال البيانات الخطية التي يقدمها المستدعي لإثبات دعواه. ومثال ذلك: ملف خدمة الموظف، المراسلات التي سبقت أو تلت أو صاحبت صدور القرار⁽⁵⁾.

(1) المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (3657) لسنة 40ق، جلسة 1995/6/20 (ص1997).

(2) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب 2010/100، جلسة 2012/7/3، مجموعة نصر الله وآخرون (ص125).

مشار لدى: غانم، القضاء الإداري (ص413).

(3) العتوم، القضاء الإداري (ص176).

(4) خضر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص215).

(5) العتوم، القضاء الإداري (ص176).

وأكدت ذلك محكمة العدل العليا في أحد أحكامها بأنه: "يتبين من الاطلاع على ملف خدمة المستدعي أنه لا يحمل أي مؤهل دراسي يسمح بترقيته، وأنه قد وقعت عليه عدة جزاءات، أولها لفت نظره مرة ثانية وقطع مرتب عشرة أيام من ماهيته، لأنه سلك سلوكاً معيباً يتنافى ومقتضيات الخدمة العامة ويسمح للإدارة في حدود سلطتها التقديرية تركه في الترقية بالأقدمية على أساس انتفاء شرط الجدارة الذي يتطلبه القانون"⁽¹⁾.

ج. إثبات العيب في ظروف إصدار القرار وتوقيت إصداره

وذلك كأن تصدر جهة الإدارة قراراتها في وقت غير مناسب، إما أن تتأخر في إصدار القرار أو أن تتسرع في إصداره أو في تنفيذه دون تروٍ أو تمحيص⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا في حكمها بأن القرار المطعون فيه والمتضمن إغلاق الصيدلية _موضوع القرار_ قد صدر بعد أن كانت محكمة البداية قد أصدرت قرارها بتعيين المستدعي قيمًا على تلك الصيدلية بمعنى أن الجهة المستدعي ضدها في قرارها المطعون فيه قد لجأت إلى تعطيل حكم قضائي صادر عن جهة مختصة بإصداره... الأمر الذي نرى معه أنه الجهة المستدعي ضدها قد انحرفت انحرافاً خطيراً وهي بصدد مزاوله وظيفتها وخرجت عن حدود هذه الوظيفة، وأن قرارها مخالف للأصول والقانون ومشوب بعيب إساءة استعمال السلطة ما يجعله واجب الإلغاء"⁽³⁾.

د. إثبات العيب من قرينة الإخلال بمبدأ المساواة

يترتب على الإخلال بمبدأ المساواة بين الأفراد بطلان القرار الإداري المطعون فيه⁽⁴⁾. حيث التمييز بين الأفراد في المعاملات الإدارية يعد قرينة على انحراف الإدارة في استعمالها لسلطتها. والمجال الواسع لتطبيق هذه الوسيلة القرارات الإدارية الصادرة بمنع منح التراخيص رغم استيفاء شروط القبول⁽⁵⁾. فالإدارة حينما تتحرف عن سلطتها التقديرية الممنوحة لها في التمييز بين الأفراد في القرارات الإدارية الصادرة برفض أو منع تراخيص معينة فهو قرينة عن الإخلال بمبدأ المساواة وبالتالي يثبت عيب انحراف الإدارة في استعمال سلطتها.

(1) قرار محكمة العدل العليا رقم 59/15، جلسة 1960/5/24، مجموعة الحايك، ج10 (ص43).

(2) كنعان، القضاء الإداري (ص327).

(3) قرارها برام الله رقم 96/43، جلسة 1997/11/25، غير منشور. مشار إليه صادق، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص516).

(4) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص286).

(5) كنعان، القضاء الإداري (ص329).

هـ. إثبات العيب من قرينة عدم الملاءمة الظاهرة

يعد عنصر الملاءمة من صميم السلطة التقديرية للإدارة، فإن عدم الملاءمة يعد قرينة على الانحراف والتعسف⁽¹⁾. فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير المخالفة وما يناسبها من جزاء، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بعدم الغلو فيها، باعتبار أن الغلو ضرب من ضروب التعسف في استعمال السلطة⁽²⁾.

وهذا ما قرره محكمة العدل العليا في العديد من أحكامها، حيث قضت بأن "للإدارة الحق في تقدير ملاءمة إصدار القرار الإداري في حدود سلطتها التقديرية، فإن من حق القضاء البحث في الوقائع التي استند إليها القرار بقصد التحقق من مطابقته القانون... وحيث إن الجزاءات التي وقعت على المستدعي على غير ما يتعلق بالتهمتين الأخلاقيتين جزاءات تافهة لأسباب لا تنهض سببًا كافيًا لتخطيه في الترقية بالأقدمية"⁽³⁾.

الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية بالنسبة لغاية القرار الإداري

لم يمنح القانون الإدارة السلطات والامتيازات إلا باعتبارها وسائل لتحقيق هذه الغاية، وهذا هو الحد الخارجي الذي يحدد ويقيد سلطات الإدارة ويتوسط سلطتها التقديرية والمقيدة في ذات الوقت⁽⁴⁾. فالمشرع هو الذي يتولى تحديد هذا الهدف الذي يجب أن تراعيه الإدارة في تصرفاتها، وتنزل عند حكمه في قراراتها، فحينما يمنح المشرع الإدارة باختصاص معين، فيحدد صراحة أو ضمناً الغرض الذي من أجله خلق هذا الاختصاص، وهذا هو المميز الجوهرى بين الاختصاصات في القانون العام⁽⁵⁾.

وقد يحدد المشرع للإدارة الهدف الذي يجب أن تتبنيه في ممارسة نشاط معين، وقد تستمد هذه الغاية من طبيعة النشاط طبقاً لقاعدة تخصيص الأهداف⁽⁶⁾، وفي غير الأحوال

(1) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص928).

(2) العتوم، القضاء الإداري (ص177).

(3) قرارها رقم 58/12 جلسة 1960/4/21، مجموعة الحايك، (ج1/ص22).

(4) زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية (ص573).

(5) الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (ص62).

(6) والتي تعني ضرورة أن تلتزم الجهة الإدارية بالهدف الذي حدده المشرع من إصدار القرار فإذا خالفت هذا الهدف المحدد يكون قرارها مشوباً بعيب الغاية وإساءة استعمال السلطة حتى لو كان قرارها مطابقاً للهدف الأعم وهو تحقيق المصلحة العامة من قرارها. القيسي، القانون الإداري (ص292).

يكون للإدارة نوع من الحرية في توجيه نشاطها نحو تحقيق هذا الهدف أو ذاك وذلك في حدود غايات المصلحة العامة⁽¹⁾.

فالإدارة عندما تباشر سلطتها التقديرية في أي شأن من شئون الأعمال الإدارية لا بد وأن تراعي بدقة عدم ميلها وجورها أو بطشها بحقوق وحرقات الأفراد⁽²⁾، ومخالفة الإدارة لهذا العنصر يعد القرار معيباً في غايته وقائماً على الانحراف في استعمال سلطة إصدار القرار ومستحقاً للإلغاء أمام محكمة العدل العليا متى استهدف غير المصلحة العامة⁽³⁾.

ولقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأن "الإدارة ليست حرة في أن تطلق العنان لنفسها ولتصوراتها حول الهدف الرئيس من القرار الذي تصدره بل عليها أن تتقيد بأحكام القانون...."⁽⁴⁾، كما وقررت بأنه ".... يجب على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق الهدف الذي ارتآه القانون، فإذا خالف مصدر القرار هدف القانون كان القرار معيباً من ناحية الغاية، وأصبح بالتالي مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة...."⁽⁵⁾.

وبالنسبة لمقياس حرية الإدارة بالنسبة لغاية القرار الإداري في حالات الضرورة فإن نظرية الضرورة لا تطل عنصر الغاية فإن خالفها الإدارة فقرارها يعتبر غير مشروع وحرى بالإلغاء. ففي كل الأحوال يجب أن تحقق المصلحة العامة فهي الغاية من إعلان حالة الضرورة.

(1) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص39).

(2) زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية (ص573).

(3) شبير، القضاء الإداري في فلسطين (ص88).

(4) قرار محكمة العدل العليا رقم 2004/30، جلسة 2005/6/4، مجموعة عويضة (ص76).

(5) قرار محكمة العدل العليا رقم 97/40، جلسة 1998/9/8، قرار غير منشور بعد، مشار: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص159).

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة

تمهيد وتقسيم:

حيث إن الرقابة القضائية على الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة تتمحور حول مدى ملاءمة هذه العناصر الداخلية للقرار الإداري مع مبدأ المشروعية، حيث إن القاضي الإداري يبحث في مطابقة القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة مع مبدأ المشروعية، وإذا تبين له عدم مشروعية القرار بسبب عدم ملاءمته يقوم بإلغاء القرار الإداري.

وتتضح الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في العناصر الداخلية للقرار الإداري من خلال الرقابة على الأسباب التي استندت إليها الإدارة في إصدارها لقراراتها، سواء تعلقت هذه الرقابة على الوقائع المادية والتكييف القانوني لها، كما تمتد الرقابة على الأثر القانوني الذي يحدثه القرار أي مدى مشروعية محل القرار مع المبادئ العامة للقانون.

حيث تمثل الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري ومحلّه من أبرز معالم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، حيث إن القاضي الإداري من خلال فرض رقابته على ركني السبب والمحل يتبين له مدى احترام الإدارة لمبدأ المشروعية ومدى تطبيق القانون.

ومما سبق سوف نتناول في هذا المبحث المطالب الآتية:

- ❖ **المطلب الأول: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب السبب**
- ❖ **المطلب الثاني: حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب المحل**

المطلب الأول

حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب السبب

تعد الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري ضمانة مهمة وأساسية لتحقيق مشروعية وتصرفات الإدارة وخضوعها لحكم القانون⁽¹⁾، حيث يعد عنصر السبب لصيقاً بالقرار الإداري⁽²⁾، لذلك يجب على الجهات الإدارية عند إصدارها لقراراتها أن تستند إلى أسباب واقعية وصحيحة تبرر إصدارها.

ورغم أهمية رقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري، إلا أنها ظهرت فكرة السبب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في أوائل القرن الماضي، وذلك عندما حاول البحث عن سند قانوني ليبرر رقابته على الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها، أما القضاء المصري فاستعاد مجلس الدولة المصري من التطور الذي مر به قضاء نظيره الفرنسي، حيث فرض المجلس رقابته على الأسباب التي تستند إليها الإدارة في قراراتها. فكانت فكرة السبب الأساس القانوني الذي قدمه المجلس لهذه الرقابة، أما القضاء الفلسطيني فقد باشر رقابته على عيب السبب مثلما نظيره القضاء المصري، حيث استقرت أحكام محكمة العدل العليا على أن عيب السبب من العيوب التي يستند إليها رافع دعوى الإلغاء لإلغاء قرار إداري.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

❖ الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب السبب

❖ الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية للإدارة بالنسبة لسبب القرار الإداري

الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب السبب

أولاً: ماهية عيب السبب

يقصد بسبب القرار الإداري: الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على إصدار القرار والدافعة إلى تدخل الإدارة لاتخاذها، ولا يكفي أن يكون السبب الذي استندت إليه لإصدار قرارها موجوداً، بل يشترط أن يكون صحيحاً من الناحية القانونية، ومبرراً لاتخاذ القرار الإداري⁽³⁾.

(1) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء (ص 159).

(2) أبو سمهدانة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ص 266).

(3) عبد الله، القضاء الإداري (ص 40).

وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه "العنصر القانوني أو الواقعي الذي يحدد بالإدارة إصدار القرار، فهو حالة واقعية أو قانونية، تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني معين هو محل القرار ابتغاء تحقيق الصالح العام الذي هو غايته"⁽¹⁾.

أما عيب السبب فعرفه بعض الفقه عيب السبب بأنه "عدم المشروعية الذي يصيب القرار الإداري في سببه بأن تكون الواقعة التي يقوم عليها القرار غير موجودة أو غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني"⁽²⁾.

وعرفه الدكتور هاني غانم بأنه "انعدام الواقعة المادية أو القانونية التي يقوم عليها القرار لعدم وجودها أو عدم صحة التكييف القانوني للوقائع"⁽³⁾.

ومما سبق يتبين أنه يشترط لتحقيق عيب السبب أن يستند القرار الإداري إلى وقائع غير صحيحة من حيث تكييفها، وانعدام وجود الواقعة التي يقوم عليها القرار.

ولم ينص المشرع الفلسطيني على عيب السبب ضمن أسباب الإلغاء المنصوص عليها صراحة في نص المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية والتي لا تزال سارية في الضفة الغربية حيث جاء فيها: "يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الهيئات الواردة في المادة (33) من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد أو أكثر مما يأتي: عدم الاختصاص، ووجود عيب في الشكل، ومخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، والتعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون"⁽⁴⁾، في حين أن القانون رقم 3 لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية والمطبق بقطاع غزة ذكر السبب كركن مستقل حيث جاء فيها: "يشترط في تقديم الاستدعاءات الخاصة بدعوى الإلغاء أن يكون سببها متعلقاً بواحد أو أكثر مما يأتي:

- 1- "عدم الاختصاص.
- 2- وجود عيب في الشكل أو الإجراءات.
- 3- مخالفة القانون الأساسي والقوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.
- 4- الانحراف وإساءة استعمال السلطة.

(1) المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم () لسنة 28 قضائية جلسة 14/1985، 12، س31، ص587، مشار: بعلوشة، دعوى إلغاء القرار الإداري (ص151).

(2) الحلو، القضاء الإداري (ص421).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص420).

(4) راجع نص المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية.

5- عيب السبب⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن المشرع الفلسطيني لم يكن ينص على عيب السبب ضمن أسباب إلغاء القرارات الإدارية⁽²⁾، إلا أن محكمة العدل العليا عدت الشكل ركناً مستقلاً بذاته حيث قضت بأنه: "إن الأسباب القانونية والواقعية تعد ركناً لازماً لقيام القرار الإداري بحيث يؤدي غيابهما أو الخطأ فيهما إلى عدم مشروعية القرار وإلغائه قضائياً؛ لذلك يعد السبب ركناً من أركان القرار وشرطاً لازماً لصحته لما في ذلك من ضمانة لحقوق الأفراد"⁽³⁾.

وقد أحسن المشرع الفلسطيني حينما أدرجه ضمن عيوب إلغاء القرارات الإدارية في القانون رقم (3) لسنة 2016م.

ثانياً: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لسبب القرار الإداري

لقد تطورت رقابة القضاء الإداري لعيب السبب، من الرقابة على مادية الوقائع إلى رقابة التكيف القانوني لها، وصولاً إلى رقابة الملاءمة.

وستناول كل منها على النحو الآتي:

أولاً: الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع

يعترف القضاء الإداري بسلطة الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع، حيث يفرض رقبته لتأكد من صحة الوقائع المبررة للقرار الإداري المتخذ، حيث إنها تشكل الحلقة الأولى للرقابة على عنصر السبب. فتنجسد تلك الرقابة في بحث القضاء الإداري هل حدثت فعلاً الوقائع التي أسندت إليها الإدارة لاتخاذها قراراتها أم لا، وهل كان لها وجود مادي أم لا⁽⁴⁾؟

فإذا ثبت أن الإدارة استندت إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية عند اتخاذها لقراراتها، فاستقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أنه يكون القرار الإداري في كل الظروف والأحوال سواء كان من سلطة مقيدة أم تقديرية مشوباً بعيب السبب وقابلاً للإلغاء⁽⁵⁾.

(1) راجع نص المادة (4) من قانون الفصل بالمنازعات الإدارية.

(2) المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية.

(3) حكمها برام الله في الدعوى رقم (2007/25) الصادر بجلسة 2009/4/29.

(4) فتيتي، الرقابة القضائية على تناسب القرار الإداري (ص53).

(5) جمال الدين، قضاء الملائمة (ص153).

ويشترط لصحة الوقائع التي تستند الإدارة في إصدار قراراتها، أن تكون محققة الوجود وقائمة حتى تاريخ إصدار القرار الإداري، فيجب أن يكون سبب القرار صحيحاً من الناحية المادية -الواقعية- وإلا كان القرار معيباً في سببه مما يتوجب إلغاؤه⁽¹⁾.

كما يشترط في الوقائع المادية التي على أساسها تتخذ الإدارة قراراتها أن تكون مشروعة وصحيحة من الناحية القانونية، ويكمن هذا الشرط سواء كانت الإدارة مقيدة بأسباب محددة بنص القانون، أم كان لها سلطة تقديرية في اختيار سبب قرارها⁽²⁾.

والأصل أن الإدارة حرة في اختيار أسباب قراراتها ولكن استثناء لذلك قد يحدد القانون السبب أو الأسباب اللازمة لإصدار قرارات معينة، فلا بد أن تلتزم الإدارة بتلك الأسباب لمشروعية القرار.

1- موقف القضاء الإداري الفرنسي

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي الرقابة على الوجود المادي للوقائع المكونة للسبب، إيماناً منه بأن الإدارة هي المختص الوحيد بالبحث عن وجود وقائع مادية من عدمها، حيث مراقبة القضاء لمادية الوقائع يشكل اعتداءً قضائياً على صلاحيات الإدارة وينطوي ذلك على المساس بمبدأ الفصل بين السلطات والإخلال به⁽³⁾.

ولكن سرعان ما عدل مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه هذا، وفرض رقابته على الوجود المادي للوقائع، حيث قرر بأنه "ومن حيث إنه إذا كان مجلس الدولة لا يملك تقدير ملاءمة التدابير المطعون فيها أمامه لتجاوز السلطة، فله من جهة أن يحقق من مادية الوقائع التي سببت هذه التدابير، وله من جهة أخرى في حال ثبوت الوقائع المذكورة أن يبحث ما إذا كان من شأنها قانوناً أن تصلح لتسبب تطبيق الجزاءات المنصوص عليها"⁽⁴⁾.

واستمر مجلس الدولة الفرنسي في الحكم بإلغاء القرارات الإدارية التي لا تستند إلى أسباب غير موجودة من الناحية المادية وغير صحيحة سواء اتخذته الإدارة بناء على إلى

(1) القيسي، القانون الإداري (ص290).

(2) الحجري، الرقابة القضائية على عيب السبب (ص7).

(3) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء (ص136).

(4) مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري(ص192).

المقيدة أم سلطتها التقديرية⁽¹⁾، فالإدارة وإن كانت تتمتع بحرية باتخاذ قراراتها إلا أنها مقيدة بأن تؤسس قراراتها على وقائع لها وجود مادي.

وهناك العديد من أحكام المجلس تؤكد وتثبت بسط رقابة القضاء الإداري على الوجود المادي للوقائع. ومنها ما صدر عن مجلس الدولة الفرنسي عندما تم وقف الدكتور كامينو عمدة هنداوي بقرار من المدير، ثم عزل بمرسوم، وذلك من جهة لأنه لم يسهر على وقار موكب جنازة كان يشارك فيه، فقد أخذ عليه أنه أدخل التابوت من ثغرة في الحائط المحيط بالمقبرة ثم أمر بحفر حفرة غير كافية ليبين احتقاره للمتوفى، ومن جهة أخرى لأنه وجه إهانات معينة ضد جهة إسعاف خاص. وقد ألغى مجلس الدولة بناء على طعن المذكور الوقف والعزل لأن السبب الأول غير صحيح من الناحية المادية والسبب الثاني يستند إلى وقائع لا تكون خطأً تأديبياً⁽²⁾.

2- موقف القضاء المصري

سار مجلس القضاء المصري على نهج نظيره المجلس الفرنسي ففرض رقابته على صحة الوجود المادي للوقائع التي تستند الإدارة عليها لاتخاذ قراراتها.

وأقر مجلس القضاء المصري هذه الرقابة في ثلاث طوائف من أعمال الضبط الإداري هي: التي تتم بموجب تدابير صادرة في الظروف الطارئة، ورفض التراخيص للمواطنين بالسفر خارج البلاد، وأخيراً إبعاد الأجانب والترخيص لهم بالإقامة. فالمحكمة الإدارية العليا قررت وجوب توافر الحالات الثلاث المذكورة لإعمال رقابة المشروعية على العنصر المادي في عنصر السبب في الضبط الإداري. إلا أن الفقه نقد مسلك هذه المحكمة لأن فيه إهداراً لحقوق وحرريات المواطنين وذلك بمنعهم من اللجوء إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم التي كفلها لهم الدستور⁽³⁾.

3- موقف القضاء الفلسطيني

في فلسطين راقب القضاء -محكمة العدل العليا- على وجود الوقائع المادية المبررة لاتخاذ الإدارة لقراراتها.

حيث تبنت محكمة العدل العليا هذه الرقابة وقررت بأنه "متى كان القرار الإداري قد جاء على خلاف الأصول القانونية لعدم اشتماله على الأسباب الصحيحة وكذلك عدم نشدانه لغاية

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص425).

(2) مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص193).

(3) الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة (ص258).

أو هدف يحقق مصلحة عامة فإنه يكون فاقداً لأهم أركانه وهما السبب والغاية، ما يعني أنه قرار معدوم لا يترتب أثرًا⁽¹⁾.

ويؤخذ على محكمة العدل العليا في هذا القرار فكان عليها أن تقول إنه قرار غير مشروع أو باطل، فتخلف السبب يترتب عليه بطلان القرار وليس انعدامه.

كما وقررت على أن "الطعن بالإلغاء في الأسباب التي يبني عليها القرار الإداري إنما هو من صميم اختصاص محكمة العدل العليا... والقاعدة المستقرة تفترض أن لكل قرار إداري سبباً صحيحاً حتى يثبت العكس"⁽²⁾.

ثانياً: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

وتعني رقابة القضاء على الوصف القانوني الذي أسبغته الإدارة على الوقائع، فالقاضي الإداري بعد تحققه من صحة وجود الواقعة المادية التي على أساسها بني القرار فينتقل إلى التحقق من الوصف القانوني لتلك الواقعة. فالمقصود من عملية التكييف إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية⁽³⁾، بحيث يمكن أن يعمل القرار المتخذ عليها باعتباره دافعاً مشروعاً لاتخاذ⁽⁴⁾.

1- موقف القضاء الإداري الفرنسي

لم يكتفِ مجلس الدولة الفرنسي برقابة الوجود المادي للوقائع بل بسط رقابته لتشمل التكييف القانوني لتلك الوقائع. فهو بذلك يراقب ما تسبغه الإدارة من وصف قانوني على الوقائع للتحقق من مدى مطابقتها لما قصده الشارع من وراء منح الإدارة السلطة التقديرية.

وتواترت العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي مما يؤكد اتجاهه لبسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة عند اتخاذها لقراراتها⁽⁵⁾، ومن هذه الأحكام الحكم المشهور حكم "كامينو" وتتخلص وقائعه أن المواطن الفرنسي "كامينو" تقدم بطلب للمحافظ يطلب فيه ترخيصاً للبناء في موقع يطل على ميدان "إلا أن محافظ باريس المختص

(1) غانم، الوسيط في القضاء الإداري (ص426).

(2) قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب 2010/28، جلسة 2010/10/19. مجموعة نصر الله وآخرين، (ص57).

مشار إليه: غانم، الوسيط في القضاء الإداري (ص426).

(3) النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري (ص14).

(4) جمال الدين، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية (ص539).

(5) راجع مجموعة القرارات الكبرى في القضاء الإداري (ص182 ومابعداها).

بذلك رفض منح هذا الترخيص بحجة أن البناء المزمع إقامته من شأنه تشويه المنظر الأثري للميدان المذكور. ولذلك قام المواطن المذكور بتقديم طعن في القرار طالباً بإلغاء لتجاوز السلطة.

فهنا سلك المجلس لفحص الدعوى السابقة مسلماً مغايراً فلم يكتفِ بالبحث حول مدى وجود صحة الوقائع إنما بحث في أمرين:

- إذا كان الموقع المزمع إقامة البناء عليه يصح أن يوصف بأنه موقع أثري أم لا؟
- إذا افترضنا صحة وصف الموقع بأنه أثري فهل سينتج عن البناء المزمع تشييده تشويه هذا المنظر الجمالي؟

وبعد تحقق المجلس من أن الوقائع التي استندت إليها الإدارة غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني، قضى بإلغاء القرار⁽¹⁾.

2- موقف القضاء الإداري المصري

سار مجلس القضاء المصري على نهج نظيره المجلس الفرنسي مؤكداً رقابته على صحة التكييف القانوني للوقائع، وجاء ذلك في العديد من أحكام المحكمة الإدارية العليا، ومنها ما ذهب إليه أنه "إذا كانت الوقائع من فرض ثبوتها لا تؤدي إلى هذا الوصف أو أن تكييفها على هذا النحو يعد تكييفاً غير سليم من الناحية القانونية فإن السبب لا يعد قائماً"⁽²⁾.

وتنوعت المجالات في هذا الشأن، كالوظيفة العامة من حيث الترقية والتأديب والاستقالة والإحالة إلى المعاش، وغيرها.

3- موقف القضاء الفلسطيني من الرقابة على الوجود المادي للوقائع وتكييفها

قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأنه من حق القضاء الإداري البحث في صحة الوقائع التي بني عليها القرار الإداري وذلك توصلًا إلى تقدير مشروعيته.

واستقرت محكمة العدل العليا بصلاحياتها للنظر في الوقائع المادية والتكييف القانوني لتلك الوقائع، وجاء ذلك في قرار محكمة العدل العليا بأنه "من حق هذه المحكمة البحث في

(1) للمزيد راجع: بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها (ص105 وما بعدها).

(2) أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية (ص77).

<https://books.google.com/books?id=ouy-iD6kkmYC> - Translate this page

مدى صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار الإداري حيث يتسنى لها تقدير تلك الوقائع وإنزال حكم القانون عليها"⁽¹⁾.

وجاء في حكم آخر بأنه "من المسلمات والمستقر عليه فقهاً وقضاءً أن من حق القضاء الإداري البحث في صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار الإداري، وله تقدير هذه الوقائع وإنزال حكم القانون عليها".

كما وقررت بأنه "تتوقف مشروعية القرار الإداري، على تحقق الحالة الواقعية بالشروط التي يتطلبها القانون، وللقضاء الإداري حق مراقبة الوقائع التي تم تطبيق القاعدة القانونية على أساسها بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق هذه القاعدة وبالتالي سلامة القرار الإداري"⁽²⁾.

ثالثاً: الرقابة على الملاءمة

لقد تطورت الرقابة على سبب القرار الإداري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع إلى رقابة الوصف القانوني، وصولاً إلى مجال الملاءمة أو التناسب بين القرار الإداري والوقائع التي دفعت الإدارة إلى إصداره.

ويقصد بملاءمة القرار للوقائع مدى التناسب بين الوقائع التي استندت إليها الإدارة لإصدار قراراتها ومضمون القرار الذي أصدرته. والأصل أن لجهة الإدارة حرية تقدير أهمية الوقائع وخطورتها، حيث تعد من إطلاقات الإدارة التي لا تخضع فيها لرقابة القضاء⁽³⁾. فلا تمتد رقابة القضاء تقدير مدى أهمية الوقائع وتناسبها مع القرار الصادر بناء عليه، بل تتولى الإدارة وحدها بحث وتقدير ملاءمة القرار للوقائع التي دفعت إلى إصداره. لذلك يجب على الإدارة عند ممارستها اتخاذ قراراتها أن تراعي التناسب بين الوقائع المبررة لإصدار القرار وبين محل هذا القرار.

وسيكثفي الباحث بهذا القدر بالحديث عن الرقابة على الملاءمة حيث إنه قد تم تناولها بشيء من التفصيل في رسالته.

(1) قرار محكمة العدل العليا رقم 2002/94، جلسة 2003/3/27، مجموعة عويضة، مجموعة مختارة من مبادئ العدل العليا من 1995_2005 (ص77). مشار: غانم، الوسيط في القضاء الإداري (ص230).

(2) قرار محكمة العدل العليا، رقم 2004/30، جلسة 2005/6/4، مجموعة عويضة، مجموعة مختارة من مبادئ العدل العليا من 1995_2005 (ص60).

(3) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص126).

الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة بالنسبة لسبب القرار الإداري

وفي مجال جوانب التقدير في عنصر السبب في القرار الإداري، يختلف الوضع باختلاف اتجاهات المشرع في مدى تقييد الإدارة بمراعاة أسباب قراراتها⁽¹⁾:

1- حالات يتجه المشرع فيها إلى إلزام الإدارة باتجاه تصرف محدد بالذات بمجرد توافر شروط معينة يحددها القانون، وتكون الإدارة مقيدة بضرورة مراعاة هذه الأسباب واتخاذ القرار استناداً لها، مثل تحديد شروط معينة للحصول على ترخيص معين فإذا توافرت الشروط تكون الإدارة ملزمة بإصدار القرار، والترقية بالأقدمية المطلقة.

2- حالات يتجه المشرع فيها إلى منح الإدارة قدرًا من السلطة التقديرية، فيحدد ما ينبغي على الإدارة اتخاذه من قرارات إذا حدثت وقائع معينة، ويترك لها بعد ذلك حرية التدخل أو الامتناع، فهنا المشرع يحدد الأسباب مع ترك الحرية للإدارة في اختيار نوعية القرار الذي يصدر بناء عليها، مثل قرارات المحافظة على النظام العام عند حدوث إخلال⁽²⁾.

3- حالات يتجه المشرع فيها إلى منح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار السبب، دون أن يحددها بأية قيود ولا يلزمها بمراعاة حالة واقعية معينة، ففي هذه الحالة تملك الإدارة سلطة تقديرية في اختيار السبب، مثل: الترقية بالاختيار أو توقيع إحدى العقوبات المنصوص عليها في القانون على الموظف الذي يستوجب عقوبة تأديبية.

وباستقراء تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري نجد أنهم انتهوا إلى بسط رقابتهم على الحالة الواقعية أو القانونية التي استندت إليها الإدارة سببًا لقراراتها، ومن أوجه هذه الرقابة أنها ترد على الوجود المادي للسبب، وذلك بالتحقق من قيام الوقائع التي استندت إليها الإدارة، وتليها الرقابة على الوجود القانوني للسبب وذلك بالتحقق من صحة الوصف أو التكييف القانوني الذي صبغته الإدارة على الوقائع، وأخيرًا تأتي الرقابة على أهمية وخطورة السبب، ومدى التناسب أو التلاؤم بينه وبين القرار المتخذ على أساسه⁽³⁾.

وقضت المحكمة الإدارية المصرية على رقابة القضاء الإداري وعلى سبب القرار، حيث جاء ذلك في الحكم بأن "القرار الإداري يجب أن يقوم على أسباب تبرره صدقًا وحقًا في الواقع والقانون، فإذا ما فسرت جهة الإدارة لقرارها أسبابًا فإنها تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري

(1) كنعان، القضاء الإداري (ص 46-47).

(2) عبد الله، القضاء الإداري (ص 633).

(3) السناري، القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية (ص 221).

للتحقق من مدى مطابقتها للقانون من عدمه وأثر ذلك في النتيجة التي انتهى إليها القرار، تجد النتيجة حدها الطبيعي فيما إذا سارت مستخلصة استخلاصًا سائغًا من أصول تنتجها ماديًا وقانونيًا فإذا سارت منتزعة من غير أصول موجودة أو سارت مستخلصة من أصول لا تنتجها فإن القرار فاقد السببية ووقع مخالفًا للقانون"⁽¹⁾.

كما واستقرت أحكام محكمة العدل العليا في فلسطين بصلاحياتها للنظر في الوقائع المادية وكذلك التكييف القانوني لها، حيث قررت في أحد أحكامها بأنه "من حق هذه المحكمة البحث في مدى صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار الإداري حتى يتسنى لها تقدير تلك الوقائع وإنزال حكم القانون عليها"⁽²⁾.

أما مقياس حرية الإدارة بالنسبة لسبب القرار الإداري في حالات الضرورة فلا تطاله وإن خالفته الإدارة فقرارها غير مشروع وحرى بالإلغاء. حيث أن السبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي دفعت الإدارة لاتخاذ القرار، ولذلك يجب أن يكون سبب اتخاذ القرار هو الظرف الاستثنائي فقط ودون هذا الظرف فلا وجود للقرار الإداري"⁽³⁾.

(1) المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم 3205، لسنة 40 ق.ع، جلسة 8-7-2001، الجزء الثالث، ص2451، رقم (289).

(2) قرار محكمة العدل العليا رقم 2002/94، جلسة 2003/3/27، سابق ذكره.

(3) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص150).

المطلب الثاني

حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالنسبة لعيب المحل

تمهيد:

حيث إن القاعدة العامة أن مباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية في إصدار قراراتها الإدارية لا بد أن تكون صادرة وفقاً للقواعد القانونية. ويؤخذ هنا بالمعنى الواسع للقواعد القانونية لتشمل جميع مصادر أي قاعدة قانونية مجردة عامة، سواء كان دستوراً أم تشريعاً أم مبدأ من المبادئ العامة⁽¹⁾.

حيث عيب مخالفة القانون يشمل مخالفة القواعد القانونية أيًا كان مصدرها، ويشمل جميع أوجه الإلغاء، وذلك لأن القانون بمدلوله العام هو من يحدد قواعد الاختصاص وقواعد الشكل⁽²⁾.

وحيث يعد عيب مخالفة القانون أكثر العيوب تطبيقاً من الناحية العملية؛ وذلك لأن رقابة القضاء الإداري على عنصر الاختصاص والشكل في القرار الإداري هي رقابة خارجية، على خلاف الرقابة على عنصر المحل فهي رقابة داخلية تنصب على جوهر القرار وموضوعه وتستهدف مدى مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون العام⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

- ❖ الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب المحل (عيب مخالفة القانون)
- ❖ الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة بالنسبة لمحل القرار الإداري

الفرع الأول: الأحكام العامة لعيب مخالفة القانون

أولاً: ماهية عيب مخالفة القانون

يرتبط عيب مخالفة القانون بركن المحل في القرار الإداري⁽⁴⁾، حيث إذا كان أثر القرار مخالفاً للقاعدة القانونية أيًا كان مصدرها، يجعل القرار معيباً بعيب مخالفة القانون.

(1) النعيمي، حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء (ص144).

(2) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص817).

(3) الحلوي، القضاء الإداري (ص417).

(4) العتوم، القضاء الإداري (ص158).

ويقصد بمحل القرار الإداري: الأثر القانوني الذي يترتب على صدور القرار حالاً ومباشرة، وهذا الأثر القانوني يجب أن يكون ممكناً وجائزاً وقائماً على سبب قانوني يبرره، وهذه العناصر كلها يخضعها القضاء لرقابته⁽¹⁾.

أما عيب مخالفة القانون فيقصد به: أن يكون الأثر القانوني المترتب على القرار الإداري غير جائز أي مخالف للقانون، وغير ممكن تحقيقه فعلاً أو قانوناً⁽²⁾.

فيعد القرار الإداري معيباً بعبء مخالفة القانون في حالة استعملت الإدارة سلطتها التقديرية بإصدار قرارات مخالفة لأحكام القانون، وذلك بمخالفتها أي قاعدة قانونية مهما كان مصدرها⁽³⁾.

ثانياً: صور عيب مخالفة القانون

تعددت صور عيب مخالفة القانون وجاء ذلك في نص المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، على عيب مخالفة القانون حيث جاء فيها "... أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها".

فشملت المادة ثلاث صور لعيب مخالفة القرار الإداري للقواعد القانونية وتمثل في المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية، والخطأ في تطبيق القاعدة القانونية، والخطأ في تفسير القاعدة القانونية.

1- المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية

تتحقق هذه الصورة عندما تتجاهل الإدارة القاعدة القانونية الملزمة لها كلياً أو جزئياً⁽⁴⁾، فتتصرف على خلافها، والمخالفة المباشرة قد تكون إيجابية كأن تقوم الإدارة بأعمال مخالفة لتلك القواعد، أو قد تكون المخالفة المباشرة سلبية، كأن تمتنع الإدارة عن القيام بعمل تفرضه القواعد القانونية.

2- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية وتأويلها

(1) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإداري" (ص 817).

(2) خضر، القضاء الإداري دعوى الإلغاء (ص 188).

(3) كنعان، القضاء الإداري (ص 296).

(4) المرجع السابق، (ص 299).

تعد هذه الصورة من أخطر صور عيب مخالفة القاعدة القانونية، فالإدارة في هذه الصورة لا تتجاهل القاعدة القانونية الملزمة فيها. حيث يقصد بالخطأ في تفسير القاعدة القانونية: أن تقوم الإدارة بإعطاء القاعدة القانونية مدلولاً أو معنى غير المقصود قانوناً⁽¹⁾.

والأصل أنه لا مجال للإدارة لتفسير القاعدة القانونية، فالمرجع في تحديد مفهوم القاعدة القانونية للقضاء الإداري⁽²⁾، وسبق أن أشرنا إلى أن القضاء الإداري من يتولى مراقبة المشروعية لأعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء، مما يترتب عليه أن تلتزم الإدارة بالتفسير الذي يصل إليه القضاء الإداري، حتي لو كان التفسير غير متفق مع حرفية النص⁽³⁾. وقد يكون الخطأ في تفسير وتأويل القاعدة القانونية خطأ عمدياً مقصوداً وخطأ غير عمدي من قبل الإدارة.

أ- الخطأ غير المقصود في تفسير القانون

يتحقق هذا الخطأ غير العمدي في تفسير القاعدة القانونية في حالة لجأت الإدارة باستعمال سلطتها التقديرية الممنوحة لها في تفسير النصوص غير الواضحة والغامضة التي تحتل التأويل.

وغالبا ما تحدث هذه الصورة عندما تكون النصوص القانونية غامضة وغير واضحة لدى الإدارة ويحتاج تطبيقها إلى تفسير مضمونها. وهنا خطأ الإدارة في التفسير يكون مغتقراً⁽⁴⁾.

ب- الخطأ المقصود في تفسير القانون

ينشأ عيب مخالفة القانون في هذه الصورة جراء الخطأ العمدي من قبل الإدارة في تفسير القاعدة القانونية، وذلك كأن تقصد الإدارة التحايل على بعض القواعد القانونية. كأن تعمد الإدارة إلى مد نطاق القاعدة القانونية ليشمل حالات لا تدخل في نطاقها أصلاً، أو تضيف حكماً جديداً لم تنص عليه القاعدة القانونية⁽⁵⁾، ومثال ذلك: كأن تستغل سلطتها التقديرية الممنوحة لها بالخطأ العمدي في تفسير القاعدة القانونية بأن تضيف شرطاً جديداً لمنح

(1) العتوم، القضاء الإداري (ص164).

(2) كنعان، القضاء الإداري (ص304).

(3) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص854).

(4) المرجع السابق، (ص854).

(5) الجبوري، القضاء الإداري (ص107).

الترخيص في مجال معين غير منصوص عليه في القانون إلى جانب الشروط المنصوص عليها بالقانون.

والخطأ المقصود في تفسير القانون يقترب إلى حد كبير من عيب الانحراف بالسلطة أو عيب الغاية، حيث يقتضي على القاضي الإداري البحث في حقيقة قصد الإدارة من وراء ذلك التفسير الخاطئ⁽¹⁾، فقد تهدف إلى تحقيق غرض آخر غير ما حدده لها القانون.

3- الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية

سبق أن أشرنا إلى أنه لا بد للإدارة أن تستند إلى وقائع صحيحة وثابتة لصدور قرارها الإداري، حيث يشترط لصحة القرار الإداري قيامه على تلك الوقائع. وفي حالة تخلف الوقائع التي يقوم عليها القرار الإداري أو عدم استيفائها للشروط التي يتطلبها المشرع يؤدي إلى بطلان القرار لعدم مشروعيته.

ويقصد بالخطأ في تطبيق القاعدة القانونية: "تطبيق الإدارة القانون تطبيقاً غير صحيح فتمارس السلطة المخولة لها في غير الحالات التي نص عليها القانون، أو دون أن تتوفر الشروط التي حددها القانون لممارستها"⁽²⁾.

وأشرنا سابقاً إلى أن لرقابة القضاء الإداري الحق في بحث الوقائع التي بني عليها القرار الإداري للتحقق من وجود وصحة الوقائع المادية ومطابقتها للقانون، بل وتمتد إلى الرقابة على تقدير تلك الوقائع لتطبيق حكم القانون على مقتضاه.

ويراقب القضاء الإداري تطبيق جهة الإدارة للقانون من عدم تطبيقه من ناحيتين:ـ

1- التحقق من الوجود المادي للوقائع

حيث يشترط قانوناً لصحة القرار الإداري قيامه على وقائع ثابتة وصحيحة، وإلا عد القرار الإداري معيباً بعبء مخالفة القانون للخطأ في تطبيق القانون.

وللقضاء الإداري سلطة رقابة على الوقائع التي استندت إليها الإدارة في مباشرة سلطتها التقديرية لإصدار قراراتها، بهدف التحقق من الوجود المادي للوقائع التي على أساسها صدر القرار الإداري⁽³⁾.

(1) الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة "قضاء الإلغاء" (ص 253).

(2) النعيمي، حدود سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء (ص 149).

(3) خضر، القضاء الإداري "دعوى الإلغاء" (ص 194).

فإذا تبين للقضاء الإداري أن الإدارة استغلت سلطتها التقديرية، فاستندت إلى وقائع غير موجودة أصلاً في إصدار قراراتها، فيعد القرار الصادر قراراً عيباً بعبء مخالفة القانون لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه وللخطأ في فهم القانون⁽¹⁾.

2- تقدير الوقائع للتحقق من توافر الشروط القانونية اللازمة التي تبرر إصدار القرار الإداري

لا يكفي أن تكون الوقائع التي تستند إليها الإدارة في مباشرتها سلطتها التقديرية في إصدار قراراتها سليمة في ذاتها، وإنما يجب أن تكون تلك الوقائع مستوفية للشروط القانونية التي تجعلها مبررة لإصدار القرار الإداري⁽²⁾.

حيث تمتد رقابة القاضي الإداري من التحقق من وجود وصحة الوقائع إلى سلطة تقدير الوقائع والتحقق من أن هذه الوقائع قد حدثت ومستوفية للشروط اللازمة لصدور القرار الإداري. وفيما يتعلق بهذه الجزئية يتضح لنا أن هناك تداخلاً بين عنصر السبب والمحل، حيث إن الرقابة على صحة الوقائع وتكييفها يندرج تحت رقابة القاضي الإداري على صحة السبب الذي بني عليه القرار وهو ركن مستقل بذاته كما أوضحنا ذلك سابقاً.

الفرع الثاني: نطاق السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة بالنسبة لمحل القرار الإداري

بالنسبة لركن المحل في القرار الإداري فينصرف إلى الأثر القانوني الذي يترتب على القرار الإداري حالاً ومباشرة، أو التغييرات التي تحدث في المراكز القانونية كنتيجة لصدور القرار الإداري سواء كانت إنشاء أو تعديلاً أو إلغاءً، فبعد ثبوت الحالة الواقعية التي استدعت تدخل الإدارة فإن الإدارة لها الحرية التقديرية بعد ذلك في أن تتدخل أو لا تتدخل، وفي حال تدخل السلطة التقديرية في تقدير وقت تدخلها وكذلك الوسيلة أو الأداة أو الأسلوب الذي تختاره لمواجهة تلك الحالة الواقعية⁽³⁾.

ولكي يكون القرار الإداري صحيحاً من حيث عنصر المحل، يلزم أن يكون هذا المحل جائزاً قانوناً وممكناً من الناحية الواقعية، وترتيباً على ذلك إذا ثبت عدم إمكانية ترتيب أثر القرار

(1) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص 857).

(2) الطماوي، القضاء الإداري "قضاء الإلغاء" (ص 857).

(3) زين الدين، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية (ص 573).

الإداري سواء من الناحية القانونية أم من الناحية الواقعية، أصبح القرار منعدياً باتفاق الفقه الإداري⁽¹⁾، وفي هذه الحالة لا نكون أمام قرار إداري بل أمام عمل مادي.

حيث إن استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية بشأن ركن المحل قائماً إلى درجة ملحوظة، ويظهر ذلك جلياً عندما يترك المشرع لها سلطة اختيار المحل "أثر القرار" بما يتناسب مع سببه⁽²⁾. وخير مثال على ذلك العقوبات التأديبية المقررة في قانون الخدمة المدنية، حيث يكون للإدارة الحرية باختيار واحدة من العقوبات التي نص عليها المشرع بما يتلاءم مع طبيعة ودرجة المخالفة المرتكبة من قبل الموظف.

فالعقوبة تمثل فحوي ومحل القرار التأديبي، والمخالفة تعتبر سبباً لهذا القرار.

ويستنتج أن هناك ارتباطاً واضحاً بين عنصري السبب والمحل، فالقانون إذا اتجه إلى الاختصاص المقيد بالنسبة للسبب فإنه يلجأ إلى تقييد سلطة الإدارة بالنسبة للمحل، والعكس صحيح فعدم تحديد السبب يلازمه عدم تحديد المحل، فالسلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار تتمثل في حرية اختيار السبب الذي يتفق معه محل القرار⁽³⁾.

أما مقياس حرية الإدارة بالنسبة لمحل القرار الإداري في حالات الضرورة حيث اعتبر مجلس الدولة أن قرارات الإدارة التي تخالف القوانين واللوائح تعتبر مشروعة إذا توافرت الظروف الاستثنائية⁽⁴⁾.

مما سبق يتبين لنا أن السلطة التقديرية تتضح في عناصر صحة القرار الإداري المادية (السبب والمحل والغاية)، دون عناصر صحة القرار الإداري الشكلية (الاختصاص والشكل)، فالسلطة التقديرية تتسع وتضيق من قرار إلى آخر، ويظهر مجال هذه السلطة بما تتمتع به الإدارة من سلطة تقدير أهمية الحالة القانونية أو الواقعية، وفي حرية اختيار وقت تدخلها واختيار الوسيلة التي تواجه بها حالة واقعية أو قانونية معينة، وجميع القرارات التأديبية في كافة أركانها تخضع للرقابة القضائية، حيث إن الإدارة ملزمة بحكم وظيفتها بالبحث عن الحل الأكثر

(1) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ص23).

(2) شبير، القضاء الإداري في فلسطين (ص81).

(3) جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة (ص214).

(4) غانم، القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م (ص150).

ملاءمة، وهذا يجعل الإدارة في وضع قانوني داخل إطار المشروعية⁽¹⁾، وكل ذلك يؤكد بأن السلطة التقديرية ليست امتيازاً للإدارة، بل واجب يتضمن في مقاصده المصلحة العامة.

⁽¹⁾ النجار، القضاء الإداري (ص92).

الخاتمة

لقد توصل الباحث حول هذا الموضوع لجملة من النتائج والتوصيات، نذكرها على النحو الآتي:

أولاً: قائمة النتائج.

- 1- يعد مبدأ المشروعية من أهم مبادئ القانون على الإطلاق، حيث يعد تجسيداً لوجود الدولة القانونية في العصر الحديث.
- 2- ينصرف مضمون نظرية الضرورة إلى أن بعض الأعمال أو التصرفات الإدارية والمعتبرة غير مشروعة في الظروف العادية، تعد مشروعة في ظل الظروف الاستثنائية، حيث تثبت لمواجهة هذه الظروف للمحافظة على النظام العام أو دوام سير المرافق العامة، حيث تعد توسعاً لصلاحيات تطبيق هذا المبدأ.
- 3- تعد السلطة التقديرية للإدارة وسيلة قانونية لتحقيق مبدأ المشروعية، مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة، فهي ليست امتيازاً للإدارة ولا تعد خروجاً عن مبدأ المشروعية إنما واجب يتضمن في مقاصده المصلحة العامة.
- 4- وجود تباين جلي وكبير في اتساع مدى سلطات الإدارة وخصوصاً التقديرية مقابل تضيق الضوابط القانونية الواردة عليها ومنها الرقابة القضائية وعدم كفايتها.
- 5- الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية لا ينكر ما يبرره عملياً وإدارياً ، إلا أن هذا الاعتراف لا يخلو من مخاوف ولاسيما في بيئتنا الفلسطينية حيث لا يزال سلطات القانون ضعيف، ولا تزال ثقافة الدولة القانونية دخيلة على نظامنا وحياتنا العامة.
- 6- إن المجتمع بحاجة إلى نوعين من السلطة: السلطة المقيدة والسلطة التقديرية، فالسلطة المقيدة تحمي الأفراد من تعسف الإدارة، والسلطة التقديرية لا تغلّ يد الإدارة، وتحول دون أن تجعلها عاجزة عن التصرف في حالات تتطلب قدرًا من المرونة في مواجهة الظروف المتطورة والمتغيرة تحقيقاً للمصلحة العامة.
- 7- أجمع الفقه على أنه لا يوجد سلطة تقديرية بالمطلق أو سلطة مقيدة بالمطلق، فأى تصرف للإدارة لا يخلو من تقييد وتقدير ولكن بنسب متفاوتة.
- 8- تتضح السلطة التقديرية في الأركان المادية للقرار الإداري (السبب والمحل والغاية)، دون الأركان الشكلية (الاختصاص والشكل)، فالسلطة التقديرية تتسع وتضيق من قرار إلى آخر.

- 9- ترتبط الرقابة مع النشاط الإداري ارتباطاً وثيقاً، فهي تلازمه على الدوام، فأينما وجد النشاط الإداري وجدت الرقابة.
- 10- تعد الرقابة القضائية أفضل أنواع الرقابة على أعمال الإدارة، وحتى نكون أمام نظام رقابي شامل ومتكامل لا بد من ضرورة توفير بقية أنواع الرقابات على أعمال الإدارة.
- 11- يوجد رقابة قضائية على أعمال الإدارة التقديرية، وهذه الرقابة على مشروعية العمل الإداري، وتمتد إلى رقابة ملاءمة العمل الإداري، حيث أصبحت الملاءمة شرطاً لمشروعية القرار الإداري.
- 12- إن توسع نطاق الرقابة القضائية من المشروعية إلى الملاءمة لا يعد خروجاً عن إطار القانون، حيث إن رقابة الملاءمة تعد جزءاً من رقابة المشروعية، والملاءمة تعد الرقابة الناجمة عن ممارسة الإدارة سلطتها التقديرية.
- 13- هناك قرارات مشروعية ولكنها غير ملائمة، كما أن هناك قرارات غير مشروعية ولكنها قد تكون ملائمة، لذلك ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين اعتبارات المشروعية والملاءمة في قرار واحد، بحيث تصبح الملاءمة شرطاً لمشروعية القرار.
- 14- يتضح أن القاضي الإداري في حال كان التصرف غير مشروع لا يبحث في عنصر الملاءمة من تلقاء نفسه، بل لا بد من الدفع بانتفاء الملاءمة، ولكن تمتد رقابته على الملاءمة في حال كان التصرف مشروعاً ليتحقق من مدى ملاءمته للظروف التي صدر فيها.
- 15- مد القضاء الإداري نطاق رقابته على كيفية ممارسة السلطة التقديرية للإدارة في مجال التعويض، ليكمل ما عجز قضاء الإلغاء عن تداركه براقبته، وبالتالي فإن قضاء الإلغاء وقضاء التعويض يتكاملان في تحقيق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
- 16- بعد إصدار قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل بالمنازعات الإدارية في قطاع غزة، تشكل محكمة إدارية خاصة للنظر في الطعون والقرارات الإدارية، ويتم التقاضي فيها على درجتين بينما بقي الحال في الضفة الغربية كما عليه، وفق القانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001.
- 17- النظام الرقابي القضائي في فلسطين هو نظام مختلط هجين بين النظام الموحد والنظام المزدوج، حيث جمع بعض خصائص النظام الموحد وبعض خصائص النظام المزدوج.

- 18- القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وفلسطين يأخذ بالمبادئ والنظريات المتعلقة بالرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بدرجات متفاوتة، فالقضاء الإداري في فرنسا يطبق مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار باعتباره هو الذي أوجدها، إلا أنه لم يأخذ بمبدأ التناسب بصورة صريحة مستعاضاً عنه بمبدأ الخطأ الظاهر في التقدير، في حين أن القضاء الإداري في مصر أخذ بنظرية عدم الملائمة الظاهرة عوضاً عن مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير، كما أخذ بمفهوم الغلو في استخدام الصلاحية ومبدأ التناسب دون الأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، حيث لا نجد ما يمنع من الإخذ بهذا المبدأ في الرقابة على قرارات إعلان المنفعة العامة وكذلك قرارات التنظيم لأهمية ذلك في تطور القضاء الإداري في البلدين.
- 19- سار القضاء الإداري في فلسطين على ذات النهج الذي سار عليه القضاء المصري في تطبيق نظرية الغلو ونظرية عدم الملائمة الظاهرة في مجال القرارات التأديبية، وكذلك في تطبيق مبدأ التناسب بين العقوبة والمخالفة المرتكبة.
- 20- تضم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بين دفتيها الرقابة على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية (الاختصاص، الشكل والإجراءات، الغاية)، والرقابة على الحدود الداخلية للسلطة التقديرية (السبب، المحل) وتمارس هذه الرقابة سواء كانت الإدارة تتمتع بسلطة مقيدة أو تقديرية.
- 21- الرقابة القضائية على عناصر المشروعية الخارجية والتي تتمثل بالعناصر الخارجية الخارجية للقرار الإداري، حيث تشمل عنصر الاختصاص في إصدار القرار الإداري، كما تشمل عنصر الشكل والإجراءات التي يجب اتباعها في إصدار القرار.
- 22- تتضح الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في العناصر الداخلية للقرار الإداري من خلال الرقابة على الأسباب التي استندت إليها الإدارة في إصدارها لقراراتها، سواء تعلق هذه الرقابة بالوقائع المادية والتكييف القانوني لها، كما تمتد الرقابة على الأثر القانوني الذي يحدثه القرار، أي مدى مشروعية محل القرار مع المبادئ العامة للقانون.

ثانياً: قائمة التوصيات.

- 1- نوصي المشرع الفلسطيني بوضع ضمانات قوية وحقيقية تقتضيها الضرورة ترسم للإدارة سبيلها في تقويم أعمالها وهو ما يتأتى من خلال رقابة قضائية حقيقية تقلص من هذه السلطة التقديرية.
- 2- نوصي القضاء الإداري الفلسطيني بضرورة مسايرة ركب التطور الذي حققه نظيره الفرنسي في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، وذلك بضرورة التشديد على الإدارة في أن تضع نفسها في أفضل الظروف لإصدار قراراتها الإدارية.
- 3- نوصي الباحثين بضرورة العمل على إيلاء هذا الموضوع أهمية كبرى في الدراسة والبحث، نظراً لأهميته وأثره في جميع سلطات الدولة بشكل عام، وأعمال الإدارة بشكل خاص.
- 4- نوصي بعقد ورشات عمل متخصصة بحضور الكفاءات من المتخصصين للوقوف على هذا الموضوع، وإبرازه من الناحية العملية.
- 5- يوصي الباحث بضرورة توحيد القوانين في الضفة الغربية وقطاع غزة ولا سيما قانون رقم (3) لسنة 2016 والمتعلق بالفصل بالمنازعات الإدارية وتطبيقه في الضفة إلى حين إنشاء مجلس دولة فلسطين.
- 6- يوصي الباحث بتعديل المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني، والتي تمثل عيباً وعواراً في القانون لا بد من تداركه؛ لأنها غير مرتبطة بمدة زمنية وذلك بتحديد حالة الضرورة ضمن سقف زمني محدد.
- 7- يوصي الباحث المشرع الدستوري أن يعدل المادة (30) من القانون الأساسي لتصبح على النحو الآتي: "يمنع تحصين أي عمل من أعمال السلطة التنفيذية من رقابة القضاء". فالمستقر أن أعمال السلطة التنفيذية هي أعمال حكومية وأعمال إدارية، وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قطع الطريق أمام أعمال نظرية أعمال السيادة والتي تشكل نقطة سوداء في مبدأ المشروعية.
- 8- يوصي الباحث بتعديل القانون الأساسي بحيث يمنع الجمع بين عضوية المجلس التشريعي وأي منصب وزاري حتي يقوم بدور فعال في الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية وفي ذلك تأكيد لمبدأ المشروعية وضمان أوسع لحماية الحقوق والحريات.
- 9- نوصي المشرع الفلسطيني بأن يمنح رئيس الديوان سلطة تحريك الدعوى الجزائية أو على الأقل إحالة ما يتكشف له من جرائم تستوجب المسؤولية الجزائية إلى النيابة العامة

من أجل تحريك ومباشرة الدعوى الجزائية وأن يحيل ما يتكشف له من مخالفات إدارية إلى الجهات الإدارية المختصة بتأديب الموظفين العموميين لأخذ المقتضى القانوني بحقهم.

10- نوصي القضاء الفلسطيني بأن يحافظ على ما استقر في اجتهاد محكمة العدل العليا وأن يأمر الإدارة في حال مخالفتها لمبدأ المشروعية ويظهر لها الحل السليم لما في ذلك أعمالاً لمبدأ المشروعية.

11- نص القانون الأساسي على جواز إنشاء محاكم تأديبية إلا أن المشرع الفلسطيني عندما أصدر قانون الفصل في المنازعات الإدارية الجديد رقم 3 لسنة 2016م نص على إنشاء المحاكم الإدارية ولكنه لم ينص على إنشاء المحاكم التأديبية لذلك نوصي المشرع الفلسطيني بأن يتدارك النقص وينص صراحة على إنشاء المحاكم الإدارية وكذلك النيابة الإدارية فيما يتعلق بتأديب الموظفين العموميين الأمر الذي يحقق حماية أفضل للموظفين العموميين.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

أولاً: المراجع باللغة العربية.

- إمام، إبراهيم. (1969م). الإعلام والاتصال بالجماهير. ط1. القاهرة: مكتبة الانجلو المصرية.
- إمام، محمد عبده. (د.ت). القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة "دراسة مقارنة". ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- بدران، محمد. (1985م). رقابة القضاء على أعمال الإدارة. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية.
- بسيوني، عبد الرؤوف هاشم. (1994م). الجريمة التأديبية وعلاقتها بالجريمة الجنائية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- بسيوني، عبد الرؤوف هاشم. (1995م). الجريمة التأديبية وعلاقتها بالجريمة الجنائية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- بشناق، باسم. (2014م). محاضرات في القانون الإداري. ط1. غزة: الجامعة الإسلامية.
- بشناق، باسم. (2017م). محاضرات في القضاء الإداري الفلسطيني. ط1. فلسطين: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
- بشناق، باسم. (د.ت). محاضرات النظم السياسية والقانون الدستوري.
- بطيخ، رمضان محمد. (1994م). الرقابة على الجهاز الإداري. ط1. الاسكندرية: دار النهضة العربية.
- بطيخ، رمضان محمد. (1996م). الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقليدية وموقف مجلس الدولة المصري منها. القاهرة: دار النهضة العربية.
- بطيخ، رمضان محمد. (2005م). شروط قبول دعوى الإلغاء. ندوة في القضاء الإداري "قضاء الإلغاء". بتاريخ 11-14/7/2005.
- بطيخ، رمضان محمد. (2005م). مبدأ المشروعية وعناصر موازنته. الرباط: جامعة عين شمس.
- بطيخ، رمضان محمد. (2008م). مفهوم دعوى التعويض والعلاقة بينهما وبين دعوى الإلغاء. برنامج القضاء الإداري المنعقد 2008/10/22. المملكة العربية السعودية.

بعلوشة، شريف أحمد. (2015م). *إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري الفلسطيني*. (رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق). الاسكندرية.

البناء، محمود عاطف. (1970م). *الرقابة القضائية لأعمال الإدارة*. ط1. القاهرة.

البناء، محمود عاطف. (1999م). *الوسيط في القضاء الإداري*. ط2. القاهرة.

بو الشعور، وفاء. (د.ت). *سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر*.

بوضياف، عمار. (2011م). *الوسيط في قضاء الإلغاء*. ط1. عمان: دار الثقافة.

جبر، محمود سلامة. (د.ت). *التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء*.

جبر، محمود سلامة. (د.ت). *رقابة مجلس الدولة عن الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء*.

الجبوري، محمود. (1998م). *القضاء الإداري*. عمان: دار الثقافة.

الجرف، طعيمة. (1976م). *مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون*. القاهرة: دار النهضة العربية.

جمال الدين، سامي. (1991م). *قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة*. القاهرة: دار النهضة العربية.

جمال الدين، سامي. (2004م). *الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية*. ط1. الاسكندرية: توزيع منشأة المعارف.

جمال الدين، سامي. (د.ت). *القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية*. ط1. الاسكندرية: دار المعارف.

الجمال، يحيى. (1972م). *النظام الدستوري في الكويت*. الكويت: مطبوعات جامعة الكويت.

الجمال، يحيى. (1990م). *القضاء الإداري*. القاهرة: دار النهضة العربية.

حافظ، محمود. (1987م). *القضاء الإداري في الأردن*. ط1. عمان: مطبعة الجامعة الأردنية.

الحجري، عامر محمد عامر. (2011م). *الرقابة القضائية على عيب السبب*. سلطنة عمان: محكمة القضاء الإداري.

حرب، جهاد. (2000م). *تأثير النظام الانتخابي على الأداء الرقابي للمجلس التشريعي*. رام الله: الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن.

حرب، جهاد. (2003م). *أجهزة الرقابة وأنظمة المساءلة في القطاع العام الفلسطيني*. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق الإنسان.

الحلو، ماجد راغب. (1985م). *القضاء الإداري*. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

- الحو، ماجد راغب. (2000م). *القضاء الإداري*. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- الحو، ماجد راغب. (2004م). *القانون الإداري*. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- حمد، حمد عمر. (2003م). *السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها*. ط1. الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية.
- أبو الخير، عادل السعيد. (2005_2006م). *القانون الإداري*.
- أبو خديجة، آمال. (د.ت). *تقرير حول السلطة التشريعية والحكم الرشيد*. مركز المعلومات الوطني الفلسطيني. وفا.
- خضر، طارق فتح الله. (2002م). *القضاء الإداري ومبدأ المشروعية*. (د.ط). (د.ن).
- خضر، طارق فتح الله. (2006م). *القضاء الإداري، قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- الخلايلة، محمد علي. (2012م). *القانون الإداري*. "الكتاب الثاني". جامعة مؤتة: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- خليفة. (2011م). *المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة*. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- خليفة، محمد. (2016م). *الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة "دراسة مقارنة"*. (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام). الجزائر.
- الدبس، عصام. (د.ت). *القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة*.
- أبو راس، محمد الشافعي. (1984م). *القانون الدستوري*. مطبعة دار الهنا.
- رسلان، أنور أحمد. (1999م). *وسيط القضاء الإداري*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- رسلان، أنور أحمد. (2004م). *وجيز القانون الإداري*. ط3. القاهرة:
- الرشيدي، رشيد. (2011م). *التحقيق البرلماني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (49)*. جامعة المنصورة: كلية الحقوق.
- الزعيبي، خالد سمارة. (1999م). *القرار الإداري بين النظرية والتطبيق "دراسة مقارنة"*. ط2. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- زين الدين، بلال أمين. (2012م). *الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية*. ط1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- السعدي، بهاء الدين. (2005م). *الرقابة البرلمانية على أداء الأجهزة الأمنية*. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق المواطن.

- أبو سمهدانة، عبد الناصر. (د.ت). موسوعة القضاء الإداري في فلسطين "الكتاب الأول". القدس: دار الفكر.
- أبو سمهدانة، عبد الناصر. (د.ت). موسوعة القضاء الإداري في فلسطين "الكتاب الثاني". القدس: دار الفكر.
- أبو سمهدانة، عبد الناصر. (2011م). مجلس الدولة حامي الحقوق والحريات. القاهرة: دار الفكر العربي.
- أبو سمهدانة، عبد الناصر. (2014م). القضاء الإداري في فلسطين "الكتاب الأول". القدس: دار الفكر.
- السناري، محمد عبد العال. (1994م). القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية. ط1. الرياض: معهد الإدارة العامة.
- السناري، محمد عبد العال. (2000م). مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة". الإمارات: جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- السناري، محمد عبد العال. (د.ت). دعوى التعويض ودعوى الإلغاء. القاهرة: مطبعة الإسراء.
- شاهيناز، بوعكة. (2014م). السلطة التقديرية للإدارة. (مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير). جامعة قاصدي مرباح.
- شبير، محمد سليمان. (2015م). القضاء الإداري في فلسطين. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية.
- شطناوي، علي خطار. (2008م). موسوعة القضاء الإداري. ط1. عمان: دار الثقافة.
- شطناوي، علي خطار. (2008م). موسوعة القضاء الإداري. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- شنطاوي، فيصل. (2011م). وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الأردني خلال فترة (3003 - 2009). مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد (25)، ص31.
- شيخا، إبراهيم عبد العزيز. (1999م). الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- الشويكي، عمر محمد. (2001م). القضاء الإداري "دراسة مقارنة". ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

- صلاح الدين، فوزي. (1994م). *البرلمان دراسة مقارنة وتحليلية لبرلمانات العالم*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- صلاح الدين، فوزي. (1998م). *المبسوط في القانون الإداري*. القاهرة: دار النهضة العربية.
- صادق، علي سالم. (2008م). *الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني*. (رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام). جامعة الدول العربية.
- الطماوي، سليمان محمد. (1976م). *النظرية العامة للقرارات الإدارية*. ط3. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الطماوي، سليمان محمد. (1978م). *نظرية التعسف في استعمال السلطة "الانحراف بالسلطة"*. ط3. جامعة عين شمس: دار الفكر العربي.
- الطماوي، سليمان محمد. (1986م). *القضاء الإداري "قضاء الإلغاء"*. القاهرة: دار الفكر العربي.
- عبد الجليل، محمد علي. (1984م). *مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة*. القاهرة: عالم الكتب.
- عبد العالي، حاجة. (د.ت). *الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة*.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني. (1993م). *القضاء الإداري مبدأ المشروعية*. الاسكندرية: الدار الجامعية.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني. (1996م). *القضاء الإداري*. الاسكندرية: منشأة المعارف.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني. (د.ت). *القضاء الإداري اللبناني*. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- عبد الله، عبد الغني بسيوني. (2008م). *القضاء الإداري*. ط4. الاسكندرية: مطابع السعدني.
- عبد الوهاب، محمد رفعت. (1990م). *القضاء الإداري*. الاسكندرية.
- عبد الوهاب، محمد رفعت. (2003م). *القضاء الإداري*. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- عبد الوهاب، محمد رفعت. (2005م). *القضاء الإداري*. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- أبو العتم، فهد عبد الكريم. (د.ت). *القضاء الإداري*.
- العتوم، منصور إبراهيم. (2013م). *القضاء الإداري "دراسة مقارنة"*. ط1. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

- عثمان، حسين عثمان. (2003م). دروس في قانون القضاء الإداري في لبنان وفرنسا ومصر. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- عفيفي، مصطفى محمود. (د.ت). الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن. ط4. طنطا: (د.ن).
- عفيفي، مصطفى محمود. (د.ت). الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن. ط4. طنطا: (د.ن).
- علاونة، فادي. (2011م). مبدأ المشروعية في القانون الإداري (رسالة ماجستير). جامعة النجاح، نابلس.
- عمر، عدنان. (2004م). القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". ط1. الاسكندرية: منشأة دار المعارف.
- عمر، نبيل إسماعيل. (2011م). سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- عمرو، عدنان. (2004م). مبادئ القانون الإداري "نشاط الإدارة ووسائلها". ط2. الاسكندرية: منشأة دار المعارف.
- عمرو، عدنان. (2001م). إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين. رام الله: الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن.
- عمرو، عدنان. (2010م). مبادئ القانون الإداري "نشاط الإدارة ووسائلها". جامعة القدس.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2012م). النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة". دار الجامعة الجديد، الاسكندرية.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2014م). الرقابة القضائية على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين. ط1. فلسطين.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2014م). القضاء الإداري. ط1. فلسطين.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016م). المالية العامة والتشريع الضريبي، في ضوء النظام المالي والضريبي لدولة فلسطين، ط1. مكتبة بيسان للطباعة والتوزيع.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2015م). إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، مجلة جمعية القدس للبحوث والدراسات الإسلامية.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016م). الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين. مكتبة بيسان للطباعة والتوزيع.

غانم، هاني عبد الرحمن. (2017م). القضاء الإداري في ضوء قانون الفصل في المنازعات الإدارية الفلسطينية الجديد رقم 3 لسنة 2016، مكتبة بيسان للطباعة والتوزيع. فتيحي. (د.ت). الرقابة القضائية على تناسب القرار الإداري.

فهيمي، مصطفى أبو زيد. (2004م). القضاء الإداري ومجلس الدولة "قضاء الإلغاء". الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

القيسي، اعاد حمود. (1999م). القضاء الإداري. ط1. عمان: دار وائل للنشر.

كامل، نبيلة عبد الحليم. (د.ت). الوجيز في القانون الإداري. القاهرة: دار النهضة العربية كاید، عزيز. (2000م). تقرير حول إشكالية العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في السلطة الوطنية الفلسطينية. رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق المواطن.

كنعان، نواف. (2002م). القضاء الإداري. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

كنعان، نواف. (2010م). القانون الإداري. "الكتاب الثاني". (الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة). ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

أبو المجد، أشرف عبد الفتاح. (د.ت). موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات.

موقع المقتفي الإلكتروني. (د.ت). مجموعة الأحكام. كلية الحقوق، جامعة بيرزيت، الموقع: <http://muqtafi.birzeit.edu>

الميثاق القومي الفلسطيني الصادر عن منظمة التحرير عام 1964م.

الميثاق الوطني الصادر عن منظمة التحرير لسنة 1968م

النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني.

النظام الأساسي لمنظمة التحرير الفلسطينية.

النجار، زكي محمد. (1996م). القضاء الإداري "دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية". ط2. جامعة الأزهر: الأزهر للطباعة.

النجار، زكي محمد. (1997م). فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري. القاهرة: دار النهضة العربية.

نده، حنا. (1972م). القضاء الإداري في الأردن. ط1. عمان: نقابة المحامين.

نصر الله، أشرف. جرادة، نضال. (2016م). مجموعة العدل العليا في عشرين عام. ط1. غزة.

نصر، ماهر جبر. (1996م). الأصول العامة للقضاء الإداري "قضاء الإلغاء". القاهرة: دار النهضة العربية.
النعمي، أبو بكر عثمان. (2010م). حدود سلطات القضاء الإداري في دعوى الإلغاء "دراسة مقارنة". (د.ط). مصر: دار الجامعة الجديدة.
وثيقة اعلان الاستقلال الفلسطيني.(1988م). المجلس الوطني الفلسطيني. "الدورة 19". الجزائر
15 نوفمبر 1988م.

ثانياً: القرارات القانونية.

قرار حكم العدل العليا رقم 1997/23، جلسة 1997/12/21.
قرار رقم 2002/138، جلسة 2003/11/16.
قرار محكمة العدل العليا في القضية (64/76) جلسة 1965/20/28.
قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله بالدعوى رقم (1999/94) الصادر بجلسته تاريخ
2003/4/3.
قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (11) لسنة 2005 جلسة 2005/9/27م.
قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (48) لسنة 1997.
قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (6) لسنة 1996 جلسة 1996/11/26.
قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم (88) لسنة 2004، جلسة 2005/5/31م،
غير منشور.
قرار محكمة العدل العليا الفلسطينية برام الله رقم(54) لسنة 2003، جلسة 2005،3،15، غير
منشور.
قرار محكمة العدل العليا برام الله في الدعوى (2007/37) جلسة تاريخ 2008/4/22.
قرار محكمة العدل العليا بغزة رقم (2010/98) جلسة 2012/10/11م.
قرار محكمة العدل العليا بغزة رقم (2010/98) جلسة 2012/10/11م.
قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب 2010/100، جلسة 2012/7/3.
قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب 2010/28، جلسة 2010/10/19.
قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2008 / 21، جلسة 2008/5/20.
قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2012/36، جلسة 2012/12/30.
قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2011/68، جلسة 2012/3/13.

قرار محكمة العدل العليا رقم (2003/30) جلسة 2003/3/11.
قرار محكمة العدل العليا رقم (43) لسنة 2005 جلسة 2005/10/4، غير منشور.
قرار محكمة العدل العليا رقم (94 /2002 م) جلسة 2003/2/27.
قرار محكمة العدل العليا رقم 2000/107، جلسة 2001/7/11، غزة، غير منشور.
قرار محكمة العدل العليا رقم 2002/138 جلسة 2003/11/16، غزة، غير منشور.
قرار محكمة العدل العليا رقم 59/15، جلسة 1960/5/24.
قرار محكمة العدل العليا رقم 2004/30، جلسة 2005/6/4.
قرار محكمة العدل العليا رقم 97/40، جلسة 1998/9/8، غير منشور.
قرار محكمة العدل العليا رقم 64/75، جلسة 19656/2/14.
قرار محكمة العدل العليا رقم 98/85، جلسة 1999/11/7، برام الله، غير منشور.
قرار محكمة العدل العليا رقم 2002/94، جلسة 2003/3/27.
قرار محكمة العدل العليا رقم (99) لسنة 1963، جلسة 1965/4/29.
قرار محكمة العدل العليا رقم 97/40، جلسة 1998/9/8، قرار غير منشور بعد.
قرار محكمة العدل العليا في غزة في الطلب رقم 2010/68، جلسة 2010/11/19.
قرار محكمة العدل العليا، رقم 2004 /30، جلسة 2005/6/4.
قرار محكمة القضاء الإداري 1950/5/11.
قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2010/98، جلسة 2012/9/9، مجموعة مستشار
أشرف نصر الله وآخرين.
قرار محكمة العدل العليا رقم 1999/110، جلسة 2002/5/16، مجموعة ناظم عويضة.
قرار محكمة العدل العليا بغزة في الطلب رقم 2012/97، جلسة 2013/5/28.
قرارها برام الله رقم 1997/40، جلسة 1998/9/8، غير منشور.
قرارها برام الله رقم 96/43، جلسة 1997/11/25.
قرارها رقم 58/12 جلسة 1960/4/21.

ثالثاً: المراجع القانونية.

دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971م
دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014.
قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم (47) لسنة 1972.

- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.
مجلة الأحكام العدلية.
قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998.
قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001.
قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001.
قانون الخدمة المدنية الفلسطيني المعدل بقانون رقم (5) لسنة 2005.
قانون واجبات وحقوق أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني رقم (10) لسنة 2010.
القانون المدني رقم (4) لسنة 2012.
قانون المنازعات الإدارية المطبق في قطاع غزة رقم (3) لسنة 2016.

رابعاً: المراجع الإلكتروني.

<http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=4866>
<http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=4866>
www.facebook.com/notes/rnn_218791238149972/
<https://khalifasalem.wordpress.com>
[https://books.google.com/books?id=ouy-iD6kkmYC-Translate this page](https://books.google.com/books?id=ouy-iD6kkmYC-Translate+this+page)

خامساً: المراجع الأجنبية.

Devili, Cours de droit administratif (P. 278).
Du 2 nov,1973,Societe anonyme Librairie Francois Maspero*, Rec,611: JCP,
1974,11,17642,concl,Braibant,note R,Drago;D, 1974,432, note Pellet; Gaz. Pal,
1974,100, note Pacteau; AJ1973.577, chr, France et Boyon,
CE Ass. 18 juill. 1973, Ville de Limoges, Rec. 530; D. 1975.49,note Collignon; JCP
1973.11.17575, note Liet –Veaux; RD publ. 1974.559, concl.Rougevin-
Baville;RD publ.1974.259,note M.Waline;AJ 1973.480, chr. Cabanec et Leger.
CE Sect.30 oct.1992,Ministre des affaires etrangeres et Secetaire d’Etat aux grands
travaux c. Association de sauvegrade du site Aima Champ de Mars, Rec. 384;AJ
1992.821,concl.Lamy, note Jegouzo.