عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

رقابة القضاء على سلطة الإدارة التقديرية في فلسطين

" دراسة مقارنة "

مراد شبلي محمود دودين

رسالة ماجستير

القدس – فلسطين

1441هـ - 2020 م

رقابة القضاء على سلطة الإدارة التقديرية في فلسطين

" دراسة مقارنة "

إعداد

مراد شبلي محمود دودين

بكالوريوس قانون عام / جامعة عبد المالك السعدي / المغرب

المشرف : د. أشرف الأعور

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون العام كلية الحقوق

الدراسات العليا في /جامعة القدس / فلسطين.

القدس – فلسطين

1441 هـ - 2020 م

جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

كلية الحقوق / القانون العام

إجازة الرسالة

رقابة القضاء على سلطة الإدارة التقديرية في فلسطين

" دراسة مقارنة "

الاسم : مراد شبلي محمود دودين

الرقم الجامعي : 21611488

المشرف : د. أشرف الأعور

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2020/1/28 وأجيزت من لجنة المناقشة المكونة من التالية أسماؤهم وتواقيعهم :

1- د . أشرف الأعور : رئيس لجنة المناقشة التوقيع .....

2- د .عبد الملك حلبي : ممتحناً داخلياً التوقيع .....

3- د . عبد الناصر أبو سمهدانة : ممتحناً خارجياً التوقيع .....

القدس – فلسطين

1441هـ - 2020 م

الإهداء

الى قدوتي الأول والنبراس الذي يضيء دربي

الى مصدر فخري ومن أرفع به رأسي

الى من حصد الأشواك عن دربي ليسهل لي طريق العلم

الى من يعطي بلا حدود

الى القلب الكبير

والدي العزيز ....

الى الملاك الجميل التي تزهر تحت قدميها زهور الجنة

الى مصدر الابتسامة رغم كل ظرف

الى عنوان الصبر وبلسم الشفاء

الى القلب الناصع بالبياض

والدتي العزيزة ...

الى القلوب الطاهرة والنفوس البريئة

الى السند ورمز الايثار

أخوتي وأخواتي ...

الى من ارتبطت روحي بروحها هتون سليمان ..

الى الصديقة العزيزة أميمة الشرحة ..

الى كل حبيب وصديق مد يد العون لي ..

الى أم البدايات وأم النهايات فلسطين الحبيبة

إقرار

أقر أنا معد هذه الرسالة أنها قدمت لجامعة القدس لنيل درجة الماجستير ، وأنها نتيجة أبحاثي الخاصة باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد ، وأن هذه الرسالة وأي جزء منها لم يقدم لنيل أي درجة عليا لأي جامعة أو معهد .

التوقيع : .....

الاسم الكامل : مراد شبلي محمود دودين

التاريخ : 2020/1/28

الشكر والتقدير

أشكر الله تعالى الذي منَّ علي من فضله وأنعم علي أن أكمل هذه الدراسة ، فلولا فضل الله ما أكملنا خطوة في هذا العمل المتواضع ، فإن أحسنت فمنه وان أسأت فمن نفسي ومن الشيطان لك ربي حمدا كثيراً طيباً مباركاً فيه .

كما أتقدم بالشكر والعرفان والامتنان الى من رأيت فيه قدوةً وسنداً ودليلاً ، أستاذي الدكتور أشرف الأعور الذي تفضل مشكوراً بالإشراف على هذه الدراسة ، والذي لم يبخل بجهده وعلمه ووقته القيم وما أبداه من إرشادات وتوجيهات كان لها الأثر الأكبر في إتمام هذه الدراسة ولولاه لما أتممت ما بدأت ، فله مني كل شكر وحب وتقدير . كما أن هذا الشكر موصول للأساتذة الكرام الذين تشرفوا مشكورين بمناقشتي وإثراء هذه الرسالة ، الدكتور عبد الملك حلبي والدكتور عبد الناصر أبو سمهدانة .

كما أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان الى كل من قدم لي يد المساعدة في سبيل إتمام هذه الدراسة ، من الأهل والأساتذة الأفاضل والأصدقاء ، وأخص بالذكر أصدقائي في المملكة المغربية .

شكراً لكم جميعاً وجزاكم الله عني خير الجزاء

الملخص

تعتبر السلطة التقديرية بمفهومها العام من أكثر المواضيع التي تثير الجدل في الوقت الحالي ، خاصة وأنها تمنح الإدارة حرية كاملة في إصدار قراراتها بما يتماشى والظروف التي تحيط بها ، خاصة وأن المشرع لا يمكن له أن يتنبأ أو أن يحيط نفسه بجميع الظروف التي قد تواجهها ، مما يشكل بدوره إهداراً لحقوق الأفراد وحرياتهم ، كونهم أصبحوا مقيدين برغبات الإدارة .

فهذه السلطة وان كان ذلك ظاهرياً ، فهي تعتبر امتيازاً للإدارة لا يمكن إنكاره، لتتصرف بحرية تامة حسبما تقتضيه ظروف الحال ، وهو بدوره خروجٌ عن مبدأ المشروعية ، الذي يقصد به وجوب خضوع الحكام والمحكومين للقانون .

ولكن مع ظهور المبادئ القانونية الحديثة للقضاء الإداري وخاصة مبدأ المشروعية الذي أشرنا إليه ، فان هذا الامتياز لم يعد يفهم ويطبق من جانبه الظاهري فقط ، وإنما أصبح عبارة عن وسيلة فقط لضمان قيام الإدارة بأعمالها بشكل أفضل وبالجودة المرجوة منها بما يتفق والمصلحة العامة للدولة وبما يتماشى وروح مبدأ المشروعية ، إضافة إلى ذلك فان هذا الامتياز لم يعد يظهر إلا في ظل غياب نص قانوني مقيد لأعمالها .

على أن غياب هذا النص القانوني لا يعني إطلاق العنان للإدارة لإصدار القرارات كيفما شاءت ، وإنما يعوض غياب النص القانوني وجود رقابة قضائية على أعمال الإدارة ، حتى وان كانت هذه الأعمال صادرة بموجب سلطة الإدارة التقديرية ، بل ابتعدت هذه الرقابة الى أكثر من ذلك فهي لم تعد تراقب أعمال الادارة من جانب مشروعية أعماله فقط ، بل أصبحت تراقب مدى ملائمة القرارات الإدارية أيضاً .

خاصة وأن الرقابة القضائية تعتبر الميزان الذي يوفق بين مصالح الإدارة ومصالح الأفراد على حد سواء ، فهي من جانب تسعى لتمكين الإدارة من بسط سلطتها لتسهيل قيامها بأعمالها والتي تتمثل أساساً في تحقيق المصلحة العامة ، و من جانب آخر تسعى لحفظ حقوق الأفراد من تعسف الإدارة وتسلطها .

ومن خلال هذه الدراسة فقد تم طرح مجموعة من التساؤلات حول المقصود بمبدأ المشروعية وضرورة التقيد به ، بالإضافة إلى المقصود بالرقابة القضائية على مبدأ المشروعية والجهة المختصة بذلك ، انطلاقاً إلى تحديد مفهوم السلطة التقديرية وتمييزها عن السلطة المقيدة والرقابة القضائية عليهما .

وقد عملت على إثراء هذه الدراسة بمجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية فيما يتعلق برقابتها على مبدأ المشروعية ، وعلى سلطة الإدارة التقديرية .

وقد اختتمت هذه الدراسة بخاتمة تضمنت مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة . حيث توصلت الي نتيجة جوهرية مفادها وجود رقابة قضائية متدرجة لدى محكمة العدل العليا الفلسطينية على سلطة الإدارة التقديرية في فلسطين .

Judicial Oversight of Discretion Management Authority in Palestine

Murad Shible Mahmoud Doudin

Ashraf al awar

Abstract

The discretion authority it its public concept is considered to be one of the most controversial issues that cause debate currently. Especially that it grants the administration full freedom in issuing its decisions in accordance with the circumstances that surround it, particularly as the legislator cannot predict or be fully aware of all circumstances that may arise. Which, in turn, wastes the individuals' rights and freedom now that have become restricted by the desires of the administration.

This authority, though ostensibly, is considered an undeniable privilege for the administration to behave in complete freedom in accordance with the status quo, it is in turn considered getting away from the principle of legitimacy. This means the necessity for the governors and the governed to be subjected to the law.

However, with the rise of modern legislative principles of the administrative jurisdiction especially the principle of legitimacy referred to above, this privilege is no longer understood and applied from its outward side only. But it has become a device only to insure the administration is doing its tasks in the best way needed in accordance with the public interest of the state and which goes with the spirit of the legislative principle. In addition to that, this privilege no longer appears except in the absence of a legal texts that restricts its tasks.

However, the absence of this legal text doesn’t mean that the administration unleashes and issues decisions however it wants, as the existence of judicial monitoring on the tasks of the administration is compensated by the absence of the legal text. Even if these tasks are issued according to discretion management authority. This monitoring has gone even further than that as it no longer monitors the tasks of the administration from their legal aspects, but has started to monitor how suitable the administrative decisions as well.

Especially that the judicial monitoring is considered to be the scale which joins the interests of the administration and the individuals alike. On one hand, it seeks to enable the administration to take full control and facilitate doing its tasks which are basically achieving the public interest. On the other hand, it seeks to preserve the rights of individuals from the tyranny and oppression of the administration.

Through this study, a number of questions has been laid fourth about what the principle of legitimacy is about and the necessity to abide by it. As well as what is meant by the judicial monitoring on the principle of legitimacy and the specialized side. Starting to specify the concept of discretion authority and what makes it different from the restrictive authority and the judicial monitoring on them both.

And I have worked on enriching this study by a number of decision stipulated by the Palestinian supreme court of justice concerning with its monitoring on the principle of legitimacy and the power of discretion management authority.

I concluded this study with a conclusion that includes a number of results and recommendations that I have reached through this study.

And I have reached a substantial conclusion which shows the existence of a gradual monitoring jurisdiction by the Palestinian supreme court of justice on the discretion management authority in Palestine.

المقدمة

عملت القوانين والتشريعات المتلاحقة على محاولة الحد من السلطات الممنوحة للادارة ، وذلك لمنع تعسفها ، خاصة فيما يتعلق بحقوق الأفراد وحرياتهم ، بل وذهبت الى أبعد من ذلك حيث منعت تعليق هذه الحدود حتى في ظل الظروف الاستثنائية ، كدعامة منها لابقاء أعمال السلطة الادارية ضمن حدود مبدأ المشروعية ، وتعتبر الرقابة القضائية كما استقر عليه الفقه ، أكثر وسائل الرقابة نجاعةً ، خاصة لما تتمتع به من نزاهة وحياد ومعرفة ، في ظل الصلاحيات الممنوحة للادارة والتي تمكنها من اتخاذ قراراتها وتنفيذها بشكل مباشر دون اللجوء الى القضاء .

وتعتبر المشروعية والتي يقصد بها خضوع الحكام والمحكومين للقانون وأحكامه ، هي الميزان التي توزن به أعمال الإدارة ، اذ يفترض في القاضي الاداري في اطار فرض رقابته على أعمال الإدارة ، أي يوزن أعمال الإدارة دائما بمبدأ المشروعية ، وبمدى قيام الإدارة بتحقيق المصلحة العامة من خلال هذا العمل .

حيث يقصد برقابة القضاء الاداري " منح الاختصاصات للقضاء سواءً كان القضاء عادياً أم متخصصاً للبت في المنازعات ذات الصبغة الإدارية أو المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها، وتعطى لهذه الأحكام الحكم القضائي الملزم "حجية الأمر المقضي به " [1].

الا أننا لا نقصد بتلك الرقابة أن الإدارة مقيدة دائماً ، على نحو يتوجب معها أن تتقيد بنص القانون وتعمل على تطبيقه كما هو بشكل جامد ، بل تقتصر هذه الرقابة على مدى تطبيق الإدارة لمبدأ المشروعية في قرارتها ، على نحو لا تقتل فيه روح الابداع والابتكار لدى الإدارة ، خاصةً وأن المرافق العامة والمؤسسات التي تديرها الإدارة ، تفرض أن تبقى الإدارة دائما حرة طليقة في اتخاذ ما تراه مناسباً حسب نوع الظرف المحيط بها ، بشرط تقيدها بتحقيق المصلحة العامة .

وتبعا لهذه الحرية ومنعاً لاختلاط المقصود بها ، والمقصود بالتقيد بتحقيق المصلحة العامة ومبدأ المشروعية فقد ظهر مصطلح السلطة التقديرية ، والتي تعني "حق الإدارة المعترف لها به من قبل المشرع ، الذي قد يجد نفسه في وضع يستحيل معه أن يبين للإدارة الأسلوب أو المسلك الذي تباشر به نشاطاً معيناً ،

[1] - محمود حافظ ، القضاء الإداري في الأردن ، ط 1 ، مطبعة الجامعة الأردنية ، عمان ، 1987 ، ص 77 .

وبالتالي يرى أنه من الأفضل أن يترك لها قدراً من الحرية والاستقلالية في مباشرة أعمالها حتى تتمكن من أداء دورها على أكمل وجه" [2] . أي اعطاء الإدارة المساحة الكافية التي تضمن لها ممارسة مهامها الادارية دون أن تتقيد بأشكال الرقابة التي تحيطها من كل جانب ، وخاصة الرقابة القضائية ، الا أن ظهور هذه السلطة لم يكتب له أن يكون الحد الفاصل بين الرقابة القضائية وحرية الإدارة ، خاصة في ظل محاولات مجلس الدولة الفرنسي التقييد من هذه السلطة، ومحاولة توسيع رقابته لتصل الى رقابة ملائمة القرارات الادارية .

غير انه ومن جانب آخر ، يمكن القول أنه ليس من حق القضاء الإداري أن يستأنف النظر بالموازنة والترجيح فيما قام لدى جهة الإدارة من اعتبارات قدرت على مقتضاها ملاءمة إصدار القرار ما دام هذا التقدير قد استخلص استخلاصاً سائغا من الوقائع الثابتة في الأوراق ، خاصة وأن دور القضاء في رقابته على أعمال الإدارة وقراراتها والقاعدة العامة السائدة في الفقه والقضاء هي أن رقابة القضاء في المجال الإداري هي رقابة مشروعية لا رقابة ملائمة أي أن سلطة الإدارة مقيدة بالقواعد القانونية والضوابط التي تضعها السلطات التشريعية أو التنفيذية وأن أي اخلال بهذه القواعد يعرض قراراتها للإلغاء لعدم مشروعيتها [3] .

الا أن هذا الأصل لم يأخذ به على اطلاقه، خاصة وأنه قد تبين للفقه والقضاء الاداريين أن منح الإدارة الحرية الكامل في اطار سلطتها التقديرية ، سيجعل حقوق الأفراد وحرياتهم المكفولة قانوناً حكراً في يد الإدارة ، تحت ذريعة مصطلح السلطة التقديرية ، لذلك فقد عمل القضاء الاداري وخاصة القضاء الاداري الفرنسي على ابتكار النظريات والمبادئ التي من شأنها أن تضمن ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية دون المساس بحرية الأفراد [4] ، وذلك ضمن دوره الرائد الذي يرمي إلى تحقيق نوع من الموازنة والتوفيق بين المصلحة العامة للمجتمع والمصلحة الخاصة للأفراد والمتمثلة في حماية حقوقهم وحرياتهم الفردية .

---

[2] - رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدول الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصدر منها، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1996 ، ص 36 .

3 - القضية رقم 1356 لسنة 5 القضائية ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، مجلس الدولة - المكتب الفني - السنة السادسة - العدد الثالث (من أول إبريل سنة 1961 إلى آخر سبتمبر سنة 1961) ، ص 903 .
- بوابة مصر للقانون والقضاء

[4] - صفاء فتيتي ، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية ، رسالة ماجستير ، جامعة خيضر ، الجزائر ، 2014 ، ص 31-32 .

التطور التاريخي

لم تكن رقابة القضاء على القرارات الادارية سواءً في ظل سلطتها التقديرية أو المقيدة ، وليدة لحظة أو زمن معين ، بل كان ذلك نتاجاً لتطور كبير عرفه القضاء الاداري ، وقد كانت فرنسا هي نقطة البداية و مهد هذه التطور .

حيث خلقت الممارسة المطلقة للسلطة قبل الثورة الفرنسية آثاراً سيئة ، وأدت برجال الثورة الى اعتناق مبدأ الفصل الجامد بين السلطات ، بحيث لا تستطيع السلطة القضائية الفصل في المنازعات الادارية ، وقد استمر هذا الأمر حتى صدور قانون 1790 ، والذي بموجبه اصبحت الإدارة هي من تقوم بفصل المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأفراد ، أي ان الإدارة هي الخصم والحكم في نفس الوقت ، فقد كانت تفصل بالمنازعات من خلال ما يسمى بالبرلمانات التابعة للادارة ، وقد حاولت فرنسا تصحيح هذا الخطأ السائد بأن أنشئت مجلس الدولة للفصل في المنازعات الادارية ولكن شريطة موافقة الرئيس على قراراته [5]. ونظرا لأن الرئيس كان يرفض المصادقة على أغلب القرارات الصادرة عن مجلس الدولة فقد كان لزاماً ظهور قانون جديد ابان ظهور الجمهورية الثالثة وهو قانون 1872 والذي خول مجلس الدولة اصدار احكام نهائية ، الإدارة ملزمة بتنفيذها [6] . وقد استمر تطور القضاء الاداري الفرنسي لتشمل صلاحياته الغاء القرارات الادارية وفرض التعويض عنها ، أما بالنسبة الى مشروعية القرار الاداري والوقائع التي استند اليها فلم يكن سهلاً على مجلس الدولة أن يبتكر رابطاً بينها ،خاصة وان سلطة الإدارة التقديرية كانت تحد من خلق الحل المناسب ، الا أن مجلس الدولة قد أخذ بفكرة السبب القانوني لاحقا ، والذي بناءً عليه أصدر حكمه في قضية camino ، حيث أصبح يمارس رقابته على القرارات الادارية الصادرة عن الإدارة سواءً بسلطة مقيدة أو بسلطة تقديرية [7] .

فيما سارت بعض الدول العربية على نهج النظام الفرنسي ومنها مصر التي قامت بانشاء مجلس الدولة المصري عام 1946 ، والذي كان من ضمن اختصاصه الغاء القرارات الادارية وفرض التعويضات اللازمة عنها . أما في الأردن فقد تم حديثاً الانتقال من النظام الموحد الى النظام المزدوج ،

[5] - د . كريم لحرش ، القضاء الاداري المغربي ، مطبعة طوب بريس ، ط1 ، الرباط - المغرب ، 2012 ، ص 46 وما بعدها .
[6] - د . محمد يحيى ، المغرب الاداري ، مطبعة اسبارطيل ، ط4 ، طنجة – المغرب ، 2012 ، ص 25 .
[7] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، دون طبعة ، دون دار نشر ، القدس ، 2015 ، ص 70 .

وذلك باصدار قانون القضاء الاداري رقم 27 لسنة 2014 ، حيث أصبح التقاضي فيها على درجتين (المحكمة الادارية - المحكمة الادارية العليا) .

ولكن لم يكن الامر شبيهاً بالنسبة لفلسطين على الأقل فيما يتعلق بانشاء مجلس دولة خاص بالغاء القرارات الادارية الناشئة بموجب سلطة الإدارة التقديرية أو المقيدة ، وذلك لقرب طبيعة النظام القضائي فيها من النظام الموحد (التقاضي على درجة واحدة) ، الا أن ذلك لا يعني انكار دور محكمة العدل العليا في فرض رقابتها القضائية على أعمال الإدارة .

منهج الدراسة

اعتمد الباحث وتماشياً مع طبيعة موضوع هذه الدراسة ، الى استخدام المنهج المقارن ، وذلك بمقارنة موضوع هذه الدراسة بالنسبة لفلسطين، مع بعض الدولة الأخرى خاصة مصر والأردن ، وذلك من خلال الاشارة الى أهم القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الاداري في تلك الدول ، وأهم الآراء الفقهية لفقهائها .

أهمية الدراسة

الأهمية النظرية

تكمن الاهمية النظرية للدراسة في مدى تحقيق المشرع الفلسطيني للتوازن بين المصلحة العامة من خلال منح الإدارة سلطة تقديرية وبين مصلحة الأفراد فيما يتعلق بحماية حقوقهم وحرياتهم الخاصة المكفولة دستورياً ، سيما وأنه جعل القضاء رقيباً على قرارات الإدارة في ظل السلطة التقديرية التي تعتبر امتيازاً ممنوحاً للادارة .

الأهمية العملية

تبرز الأهمية العملية لهذه الدراسة في أن منح الإدارة امكانية اصدار قرارات ادارية ضمن سلطة تقديرية يجعل الفرد حبيساً لتقدير الإدارة ، خاصةً في ظل الرقابة القضائية الضيقة لهذه السلطة ، مما قد يهدر حقوق الأفراد وحرياتهم ، فالإدارة قد تسيء استعمال السلطة ، حيث يقول منتسكيو " ان من يملك السلطة يميل لا محالة الى اساءة استعمالها " ، أو بمعنى آخر فان الإدارة ستجعل المصلحة العامة حجة في اصدار القرارات دونما اعتبار لحقوق الافراد .

اشكالية الدراسة

تتمثل اشكالية الدراسة في مدى قيام محكمة العدل العليا الفلسطينية والمحكمة الدستورية العليا بفرض رقابتها على القرارات الادارية والقرارات بقانون الصادرة عن الإدارة في ظل سلطتها التقديرية ؟ وهل تعتبر هذه الرقابة كافية لجعل القرارات الادارية والقرارات بقانون الصادرة عن الإدارة ملزمة بتطبيق مبدأ المشروعية دون أن يشكل ذلك اعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات ؟

كما يتفرع عن هذه الاشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الأخرى نوجزها كما يلي :

1- ما هو المقصود بسلطة الادارة التقديرية ؟ وما هو الفرق بينها وبين السلطة المقيدة وغيرها من السلطات في الدولة ؟
2- الى أي مدى يمكن للادارة الاستعانة بسلطتها التقديرية أثناء ممارسة نشاطها ؟
3- ما هو المقصود برقابة القضاء ؟ ومن هي الجهة المختصة بهذه الرقابة ، وما هي الوسائل التي تستخدمها الجهات المختصة لفرض هذه الرقابة ؟
4- ما مدى قيام محكمة العدل العليا والمحكمة الدستورية العليا بالرقابة على سلطة الادارة التقديرية ؟ وهل تعتبر هذه الرقابة ان وجدت كافية لجعل الإدارة مجبرة على خلق توازن حقيقي بين حقوق الافراد والمصلحة العامة ؟

الدراسات السابقة

هناك مجموعة من المؤلفات الفلسطينية التي أشارت الى هذا الموضوع ، ومن أبرزها مؤلف " القضاء الاداري في فلسطين " للفقيه الدكتور عدنان عمرو ، ومؤلف " موسوعة القضاء الاداري في فلسطين " للدكتور عبد الناصر ابو سمهدانة . كما تبين لنا أن هناك دراسات قريبة لموضوع بحثنا وأخرى تعرضت لذات الموضوع ، ومن ضمن هذه الدراسات :

1- منيرة اليازجي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة في فلسطين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، 2017 .

2- ايهاب خلايلة ، الرقابة القضائية على القرارات الادارية ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، 2017 .

3- فادي علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الاداري وضمانات تحقيقه ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، 2011 .

صعوبات الدراسة

تتمثل الصعوبة الأبرز التي واجهها الباحث في جانب واحد ، وهو صعوبة الحصول على المراجع المتخصصة في ذات الموضوع كونها مراجع اجنبية ، ذلك أن المؤلفات الفلسطينية التي أشارت للموضوع ، لم تعطي هذه الدراسة حقها الكافي ، نظراً لارتباطها بتنظيم القضاء الاداري في فلسطين بشكل عام .

خطة الدراسة

تتضمن هذه الدراسة ثلاثة فصول ، الفصل التمهيدي تناولت فيه سلطة الادارة التقديرية في فلسطين وقد قسمته إلى مبحثين ، تناولت في المبحث الأول مضمون هذه السلطة وتنظيمها القانوني ضمن دراسة قانونية علمية مفصلة، وفي المبحث الثاني تناولت أصل فكرة السلطة التقديرية الأعمال التي تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية مطلقة .

أما الفصل الأول فتطرقت فيه لقيام رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية وقد قسمته لمبحثين ، حيث تناولت في المبحث الأول الاطار العام لرقابة القضاء من حيث ماهيته ومبررات وجوده ورقابة محكمة العدل العليا على سلطة الإدارة التقديرية من حيث امتدادها من رقابة المشروعية لرقابة الملائمة ، وفي المبحث الثاني تناولت رقابة المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا على سلطة الإدارة التقديرية خاصة في الاختصاصات التشريعية للادارة .

أما الفصل الثاني فتناولت فيه التنظيم القانوني لرقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية وقد قسمته لمبحثين ، تناولت في المبحث الأول شروط رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية ، أما المبحث الثاني فتناولت فيه مظاهر رقابة القضاء وآثاره على سلطة الادارة التقديرية .

الفصل التمهيدي : سلطة الادارة التقديرية في فلسطين

ان ضروريات الحياة ومقتضيات العمل تحول دون الأخذ بمبدأ السلطة المقيدة للإدارة، ذلك أن الإدارة ليست بآلة صماء مجردة من الأفراد، بل ان الإدارة تتكون من مجموعة من الأفراد هدفهم تحقيق المصلحة العامة على أكمل وجه ، مما يتطلب بالتالي منحهم سلطة تقديرية لتحقيق هذه الغاية.

والمشرع غالبا ما يترك للإدارة قدراً من الحرية لإنجاز مهامها، إلا أن ذلك لا يعني منحها السلطة التقديرية بشكل مطلق وإنما تبقى مقيدة بعض الشيء، فلا يمكن أن تكون سلطات الإدارة كلها تقديرية ولا كلها مقيدة، ذلك أن تطور وظائف الدولة في مختلف النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية تترتب عليها في المقابل اتساع مهام وصلاحيات الإدارة [8] ، مما أدى إلى تمتعها بامتيازات السلطة العامة الأمر الذي يقتضي ضرورة تمتعها أيضاً بالسلطة التقديرية في قراراتها، مقابل أن تلتزم الإدارة باحترام الغاية – المصلحة العامة - التي تهدف لتحقيقها بعيداً عن مختلف البواعث والدوافع الشخصية أو السياسية التي يمارسها المسؤول الإداري باسم الإدارة، بمعنى أن تكون هذه الأعمال الإدارية بما يتفق والمصلحة العامة.

واستناداً لذلك فقد ارتأيت تقسيم هذا الفصل كما يلي :

المبحث الأول : مضمون السلطة التقديرية وتنظيمها القانوني

المبحث الثاني : نشأة السلطة التقديرية واتساع نشاطها

[8]- محمد خليفي ، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية الإدارية " دراسة مقارنة " ، اطروحة دكتوراة ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2016 ، ص2.

المبحث الأول : مضمون السلطة التقديرية وتنظيمها القانوني

يقصد بالسلطة التقديرية للادارة المساحة الممنوحة لها من قبل المشرع لاتخاذ القرار والتصرف المناسب عند ممارسة اختصاصاتها انطلاقاً من معيار عدم قدرة المشرع على احاطة نفسه بجميع الظروف التي قد تواجه الإدارة أثناء ممارسة أعمالها .

ولم يكن هذا المفهوم السابق للسلطة التقديرية معروفاً بالكيفية التي تم ذكرها ، فقد خاض شأنه شأن العديد من النظريات الاخرى تطوراً تاريخياً طويل الى أن استقر به الحال الا ما هو عليه الان ، فلم يكتب له الظهور بهذه الكيفية الا مطلع القرن العشرين بعد ان قام الفقهاء الفرنسيين ومن قبلهم مجلس الدولة الفرنسي باتخاذ الكثير من القرارات التي كان لها الاثر في احياء هذا المفهوم ، فلم يكن يقرر للادارة قديما الا التصرفات المقيدة بنصوص القانون ، والمعروفة بالسلطة المقيدة .

وبناء عليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : الاطار العام لسلطة الادارة التقديرية

المطلب الثاني : التنظيم القانوني لسلطة الادارة التقديرية

المطلب الأول : الاطار العام لسلطة الادارة التقديرية

تمثل السلطة التقديرية رخصة من المشرع للادارة من أجل اتمام أعمالها بما يتوافق مع المصلحة العامة ، وذلك نظراً لما يواجه الادارة من ظروف ، توجب عليها تقدير القرار المناسب واتخاذه في كل ظرف ، والا كان من الصعب أن تستمر المرافق العامة في الدولة ، خاصة أن جمود النصوص القانونية أحياناً لا يتوافق وطبيعة عمل الادارة ، ونوضح في هذا المطلب المقصود بهذه السلطة وما يميزها عن السلطة المقيدة بنص القانون ، كما سنقف على أهم الدوافع لضرورة وجودها .

الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية

يقصد بالسلطة التقديرية للادارة " تمتعها بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية ، بحيث يكون للادارة تقدير اتخاذ التصرف او الامتناع عن اتخاذه ، او اتخاذه على نحو معين ، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف ، او السبب الملائم له ، او في تحديد محله " [9] .

ويرى الاستاذ دي سميث أن السلطة التقديرية انما هي " اختيار بين بديلين أو أكثر أو بين سلسلة متعددة من الاجراءات المنظمة ، ويكون للمختص بممارسة هذه السلطة الرأي في كيفية ممارستها بحيث تقترن هذه الممارسة عادة بالقيام بتنفيذ الواجبات المقررة قانوناً " [10] .

بينما يرى الاستاذ بونارت أن السلطة التقديرية تتمثل في الحيز والمساحة التي يمنحها القانون للادارة أثناء اصدار قراراتها في ظل علاقتها مع الافراد ، بحيث تكون لها الحرية الكاملة في التدخل أو الامتناع عن التدخل ووقت هذا التدخل وطريقته [11] .

أما محكمة العدل العليا الفلسطينية وان كانت لم تضع تعريفاً دقيقاً للسلطة التقديرية الا أنها أشارت في اغلب قراراتها الى ذات المضمون الوارد في التعريفات السابقة ، حيث قضت بأن " الإدارة وحيث

---

[9] - د. سامي جمال الدين ، د . سامي جمال الدين ، القضاء الاداري "الرقابة على أعمال الإدارة" ، جامعة الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1981 ، ص 215

[10] - محمد خليفي ، أطروحة دكتوراة ، مرجع سابق ، ص 23 .

[11] - د . فيصل الشوابكة ود . محمد الشباب ، رقابة محكمة العدل الاردنية على سلطة الإدارة في التقدير ، دفاتر السياسة والقانون ، العدد العاشر ، ص 269 .

توافرت في تحقيقاتها مقومات التحقيق الاداري وتجمعت فيه الادلة والقرائن المؤدية الى القرار المطعون فيه فتكون النتيجة التي توصلت اليها في قراراها قد استخلص استخلاصاً سائغاً من ملف المستدعي بما لها من سلطة تقديرية تثبت ارتكاب المستدعي للمخالفة المنسوبة اليه ... " [12] .

كما قضت بأن " سلطة الاستملاك هي سلطة تقديرية لا معقب عليها طالما كانت متفقة مع مبدأ المشروعية وغير مشوبة بإساءة استعمال السلطة و وفقاً لمقتضيات الصالح العام وبعيدة عن البواعث الشخصية أو بقصد الانتقام وبما ان المستدعى ضدهم الاول والثاني والرابع لم يستعملوا النصوص القانونية بقصد الخروج عن أهداف القانون أو غايته أو أنهم كانوا مدفوعيين ببواعث شخصية او انتقامية ... . " [13] .

ويتضح من التعريفات السابقة أن السلطة التقديرية انما هي رخصة من المشرع للادارة من أجل انجاز مهامها بحرية تامة ، خاصة وأن تطور وظائف الدولة سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو حتى الاقتصادية ، يفرض على المشرع أن يقابل هذا التطور بتوسيع صلاحيات الإدارة ، ذلك أن سلب هذه الرخصة من الإدارة يجعل مهمتها التي خلقت من أجلها – تحقيق المصلحة العامة – أمراً يصعب تحقيقه .

وبالرغم من ضرورة وجود هذه السلطة – السلطة التقديرية – الا أن ذلك لا يعني أن الإدارة تملك سلطة تحكمية ، وانما يقتصر دورها على مجرد الاختيار بين عدة قرارات ، بحيث تختار القرار الذي ترتأيه مناسباً وملائماً للظرف الذي وضعت فيه ، مع العلم أن القرار سواء الذي اختارته الإدارة أو حتى القرار الآخر يجب أن تكون جميعها متفقة ومبدأ المشروعية [14] . كون الإدارة تقوم باختيار القرار الأنسب من بين مجموعة من القرارات المشروعة وبالتالي فإن قرارها مرهون بالمشروعية ، حيث تعتبر هذه الأخيرة هي الحد الذي لا يمكن تجاوزه والمقياس الذي على أساسه تبنى القرارات الادارية .

فالمشرع هو الذي يقرر السلطة التقديرية للادارة ، وبناءً على ذلك فان على الإدارة أن تلتزم بما هو مقرر لها ، فالمشرع قد ينص صراحة على السلطة التقديرية كأن ينص على أنه " يجوز للادارة ... " ، أو انه قد يقيدها في مجال ويمنحها الحرية في مجال آخر كأن ينص على أن " على الإدارة أن تتخذ القرار لأحد

---

[12] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله ، رقم 2008/1 الصادر بتاريخ 25 /2/ 2009
- المجلة القانونية ، العدد الخامس ، 2013 ، المكتب الفني لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين ، ص 10 .

[13] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ، رقم 2008/253 ، الصادر بتاريخ 2009/9/9
- موقع قانون

[14] - د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 215 .

الاسباب التالية .. " ، أو قد يترك لها كامل الحرية كأن ينص على أن " تتخذ الإدارة ما تراه محققاً للمصلحة العامة " [15] .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بهذا الخصوص بأن " السلطة التقديرية التي منحها المشرع للادارة ليست امتيازاً خاصاً لتلك الإدارة وانما ضرورة استلزمها حسن سير المرافق العامة وتحقيق العدالة عند تطبيق الانظمة والقوانين على المواطنين ، وهي على هذا الأساس سلطة ليست مطلقة وانما مقيدة ومحددة ، فهي مقيدة بالصالح العام ومحددة بحسن استعمال السلطة في الحدود التي يستلزمها القانون والعدالة ، مما يستلزم معه لسلامة القرارات الادارية ان لا يتم تجاوز حدودها أو اساءة استعمالها أو مخالفتها لاحكام القانون والانظمة " [16] .

وبناء على ما سبق فإن السلطة التقديرية لا تعتبر تجاوزاً لمبدأ المشروعية وانما التزام تام به ، يقوم على أساس مرده الى القاعدة القانونية المرنة التي وضعها المشرع ، بحيث يفسح للادارة المجال لتقدير التصرف المناسب لظروف العمل واحتياجاته [17] .

الفرع الثاني : الفرق بين السلطة التقديرية للادارة والسلطة التقديرية للسلطات الأخرى

أشرنا الى أن السلطة التقديرية هي تمتع الإدارة بنوع من الحرية بمناسبة التصرفات التي تقوم بها ، بحيث يكون لها سلطة تقدير التصرف المناسب للظرف الحاصل ، الا أن هذه السلطة ليست مطلقة في جميع الاوقات ، أي أن القانون قد يملي على الإدارة اصدار قرار معين أحياناً ، بحيث تزول حرية الإدارة التي كانت ممنوحة لها في ظل السلطة التقديرية ، وبناءً على ذلك فان رجل الإدارة يكون مجبراً و هذه الحالة على اصدار القرار الذي قيده فيه القانون ، وعليه فإن إصدار قرار مغاير لما نص عليه المشرع يجعل من قرار الإدارة قراراً غير مشروع ، ويسمى هذا الاختصاص للادارة بالاختصاص المقيد .

---

[15] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 48 .

[16] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في غزة ، رقم 2002/94 الصادر بتاريخ 2003/3/27
- منظومة القضاء التشريع في فلسطين - المقتفي

[17] - د. اسماعيل البدوي ، القضاء الاداري " اسباب الطعن بالالغاء" ، ج4 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 214 وما بعدها .

الفقرة الأولى : الفرق بين السلطة التقديرية للجهات الادارية والسلطة التقديرية للسلطة التشريعية

يقصد بالسلطة التشريعية بأنها " الجهة التي تملك حق صياغة القوانين العامة الملزمة للأفراد وتشمل القواعد الدستورية والقوانين " [18] .

و تملك السلطة التشريعية سلطة تقديرية في ممارسة اختصاصاتها ولكن بشكل محدود ، أو بمعنى آخر مقيد من جانب واحد ، وهو التقيد بنصوص الدستور ، فالسلطة التشريعية تملك سلطة تقديرية في بيان الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور ، وتقوم بتنظيمها بناءً على قوانين ، كما تبين الأوضاع المناسبة لممارسة الافراد لهذه الحقوق والحريات ، ولكن بما لا يتعارض والنص الأساسي في الدستور ، أي أن سلطتها التقديرية تنصب في مجال التنظيم [19] .

وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية المصرية أن " الاصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق ، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من اطلاقها ، وتكون تخوماً لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها ، وكان الدستور اذ يعهد بتنظيم موضوع معين الى السلطة التشريعية ، فان ما تقره من القواعد القانونية بصدده، لا يجوز ان ينال من الحق محل الحماية الدستورية سواء بالنقص او الانتقاص ، ذلك أن اهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهميشها ، عدوان على مجالاتها الحيوية التي لا تتنفس الا من خلالها ، بما مؤداه أن تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها التقديرية ، وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها ، بعيداً عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا ... " [20] .

ولعل العبرة من هذا التقييد يعود مرده الى أمرين [21] :

الأول : أن الدستور هو من يصون حقوق الأفراد وحرياتهم ، وهو من يوفر لهم الضمانات القانونية التي تمنع المساس بهم وبحقوقهم ، وبالتالي فان السلطة التشريعية لا تملك وهذه الحالة الى عملية تنظيم استعمال الحقوق والحريات .

---

[18] - د. حبيبة أبو زيد ، الاجتهاد الفقهي المعاصر في السياسة الشرعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2010 ، ص 419 .

[19] - مجموعة مؤلفين ، جدل الدستور والمرحلة الانتقالية في مصر ، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات ، مقال ليسري العصار ، بعنوان مكانة المحكمة الدستورية في النظامين الدستوري والقانوني في مصر ، ط1 ، بيروت ، 2014 ، ص 14

[20] - حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ 1995/1/14 ، في الدعوى رقم 16 لسنة 15 قضائية .

- مشار اليه ، المرجع السابق ، نفس الصفحة

[21] - د. خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 ، ص 46 .

ثانيا : اعمال قاعدة تدرج القاعدة القانونية ، والتي يقصد بها أن الدولة تحتوي على مجموعة من القواعد القانونية ، ولكنها ليست في ذات المستوى ، فالدستور في قمة الهرم ، ثم يليه القانون العادي المشرع من قبل السلطة التشريعية ، وعليه فانه لا يجوز للقاعدة الأدنى أن تخالف القاعدة الأعلى منها .

من خلال ما سبق يتبين أن السلطة التشريعية هي التي تمنح الادارة سلطة تقديرية ، على عكس السلطة التشريعية التي تكتسب سلطتها سواءً التقديرية أو المقيدة من الدستور . و أن كلاهما يخضعان للرقابة القضائية ، فالادارة في ممارستها لسلطتها التقديرية تخضع لرقابة القضاء الاداري ، أما السلطة التشريعية فانها تخضع لرقابة القضاء الدستوري .

الفقرة الثانية : الفرق بين السلطة التقديرية للادارة والسلطة التقديرية للقاضي

يقصد بسلطة القضاء " السلطة المختصة بالفصل في المنازعات ، وايقاع الجزاءات على الوجه المبين في القانون ومن دون الاكتراث لصفات الخصوم ، سواء أكانت الخصومة بين الافراد فيما بينهم ، أو بين الافراد والدولة " [22] .

و تتشابه السلطة التقديرية الممنوحة لرجل القضاء مع تلك الممنوحة لرجل الادارة ، في أن كلاهما يحدد لهما النص القانوني مستوى هذه السلطة ، فالنص قد يمنح القاضي الحق في اختيار عقوبة من عقوبتين أو أكثر ، كما أنه يحدد لرجل الادارة العقوبة التي يتوجب عليه انزالها بالموظف من بين مجموعة من العقوبات حسب درجة الخطأ المهني ، فيما يظهر الاختلاف بينهما في أن القاضي يسعى دائماً للوصول الى غاية المشرع من النص ، وذلك باختيار القرار الذي لا يرى سواه مناسباً ، على عكس رجل الادارة ، والذي يعبر عن نيته دون الذهاب بعيداً الى نية المشرع ، فرجل الادارة قد يختار حلاً معيناً في الوقت الذي يوجد أكثر من حل مشروع يجوز له الأخذ به ، ولعل هذا التفسير يؤخذ من مجموعة من العبارات التي أصبحت دارجة في الواقع العملي ، فالقاضي يقول إن المشرع يريد كذا ، على عكس رجل الادارة الذي يقول وفقاً لما املكه من صلاحيات فانني أريد كذا [23] .

الفقرة الثالثة : الفرق بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة

يقصد بالسلطة المقيدة " أن يحدد القانون بدقة شروطاً ووقائع معينة ، ويوجب على الإدارة أن تتخذ تصرفا محدداً في مقابلة الوقائع والشروط السابقة " ، كأن يحدد المشرع شروطاً معينة فيمن يطلب ترخيصاً

---

[22] - أ. مهند حداد و أ .خالد حداد ، المدخل لدراسة علم القانون ، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 ، ص73

[23] - محمد خليفي ، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للادارة ، اطروحة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص 51 .

لفتح محل تجاري ، ويتوجب على الإدارة أن تمنح المتقدم عند تحقق الشروط السابقة الترخيص المطلوب ، وإلا كان قرارها غير مشروع [24] .

كما يقصد بها حصر نشاط الإدارة وتقييده ضمن نطاق قانوني محدد ومبين مسبقاً ، بحيث تتبع الإدارة الأسلوب المعين لها بموجب نصوص القانون ، واذا ما تصرفت الإدارة على نحو مغاير لما نص عليه القانون ، كان قرارها غير مشروع وعرضة للالغاء [25] .

ويرى الاستاذ جيرو أن المقصود بالسلطة المقيدة أن يفرض المشرع بطريقة آمرة على الإدارة التصرف الذي يجب أن تراعيه ، بيحث يعدم حرية التقدير التي تتمتع بها في أغلب تصرفاتها [26] .

بينما عمل الأستاذ فالين على توضيح فكرة السلطة المقيدة بتشبيه هذه الحالة بحالة القاضي ، حيث أن الإدارة في ظل هذه السلطة كالقاضي تماماً ، أي أنه يجب عليها مراعاة القانون بحذافيره [27] .

ويرى بعض الفقه أن السلطة المقيدة تعتبر النظام والأسلوب التشريعي المثالي والملائم لحماية حقوق الافراد ، خاصة وأن المشرع يعمل على تحديد اختصاصات الإدارة بشكل دقيق يمنع معها التعسف في استعمال السلطة أو التحكم في مصير الأفراد [28] .

وقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية في هذا الجانب أن " سلطة الإدارة او وزير الداخلية ومدير الجوازات في منح جواز السفر هي سلطة مقيدة بالنص القانوني ، فاذا توافرت الشروط القانونية في الشخص فلا تملك الإدارة الرفض ولا يتوقف حق منح جواز السفر الاردني على أية جهة أخرى بخلاف مدير الجوازات العامة " [29] .

وقد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية على نفس المضمون ، حيث قضت بأنه " عندما تكون سلطة الإدارة مقيدة بنصوص قانونية وعندما تطبق نصوص قانونية معينة على وقائع مادية فانها تنصرف

---

[24] - د . محمد خيري ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، دون دار نشر ، 1990 ، القاهرة ، ص 62

[25] - د .علي عبد الفتاح ، الوجيز في القضاء الاداري " مبدأ المشروعية – دعوى الالغاء " ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2009 ، ص95 .

[26] - مشار اليه : د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957 ، ص 21 .

[27] - المرجع اعلاه .

[28] - د. عمر الشوبكي ، القضاء الإداري " دراسة مقارنة " ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1996 ، ص 69 .

[29] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الاردنية ، رقم 1988/144 الصادر بتاريخ 1988/12/31

- المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا المنشورة في مجلة نقابة المحامين 1988 – 1992 ، المكتب الفني ، 1993 ، ص 292 .

الى إرادة مقيدة بتلك النصوص المعينة ، وبالتالي فان سلطة اللجنة العليا لمعادلة الشهادات هي سلطة مقيدة بالنصوص القانونية التي تتعلق بتلك المعادلة ولا يجوز مخالفة هذه النصوص " [30] .

ويتضح مما سبق أن السلطة المقيدة إنما هي قيام المشرع برسم طريق محدد للإدارة ، على نحو لا يمكن للإدارة تجاوزه ، فالإدارة وهذه الحالة تكون ملزمة بتطبيق نص القانون ، وبالتالي فان قيام الإدارة بإعمال سلطتها التقديرية في ظل وجود نص قانوني مقيد لها يجعل من قرارها غير مشروع وعرضة للالغاء .

ولكن وبالرغم من ذلك الا أن الدكتور عمر الشوبكي يرى أن السلطة المقيدة لا يمكن أن تجعل الإدارة آلة صماء مهمتها تطبيق النص القانوني حرفياً ، فالسلطة المقيدة لا يمكن في الواقع العملي أن تخلو من عنصر التقدير [31] .

وقد ظهرت مجموعة من الآراء الفقهية[32] في تمييز السلطة المقيدة عن السلطة التقديرية الا أن من أبرز تلك الآراء رأي الفقيه بونار ، وقد سلم مجموعة كبيرة من الفقهاء بأفضلية رأيه ، فقد أسس فكرته على أساس تحليل كل قرار اداري يصدر عن الإدارة ، وتحليل أركانه لتمييز ما هو تقديري وما هو مقيد بالنسبة الى كل ركن على حدة ، ويتمثل هذا الرأي في أمرين أساسيين :

- أنه لا يوجد قرار تقديري كامل .
- أن كل قرار اداري يحتوي على تقدير وتقييد ، مما يتطلب تحليل اركان القرار ذاته لتوضيح ما يعتبر تقديرياً وما يعتبر مقيداً [33] .

ويرى الدكتور سليمان الطماوي ، أنه وان كان البعض يأخذ على هذا الرأي انه قصر التحديد على القرارات الادارية دون التطرق الى أعمال الإدارة الأخرى ، الا أن هذا النقد ليس كافياً لطرح الرأي ، فالقرارات الادارية انما تشكل أغلب أعمال الإدارة ، حتى العقود الادارية فانها تقوم في اغلبها على قرارات

---

[30] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2007/100 الصادر بتاريخ 2010/6/16
- مجموعة المبادئ المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، 2010 – 2011 ، مرجع سابق ،ص94 .

[31] - د. عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، عمان ، 2007 ، ص 69 .

[32] - يرى الفقيه هانزكلسن أن الفرق بين السلطتين في الكم وليس في الكيف ، فكل القواعد القانونية ترجع لاصل واحد ، ويتم تطبيق هذا الاصل باضافة عناصر جديدة عليه وهو ما يطلق عليه بفكرة التخصيص ، وأخذ على هذا الرأي أنه يتوجب علينا معرفة جوانب التقييد في كل قرار .
- للمزيد من الآراء الفقهية انظر : د. انور رسلان وسيط القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص154 وما بعدها .

[33] - د . أنور رسلان ، وسيط القضاء الاداري ،مرجع سابق ، ص 154- 155

وتتكون في حقيقتها من مراحل تمهيدية مكونة من مجموعة من القرارات ، وكذلك الامر بالنسبة للتنفيذ المادي [34] .

ويذهب الباحث الى ما ذهب اليه أغلب الفقه في التسليم بأفضلية هذا الرأي ، خاصة في ظل عدم وجود قرار تقديري كامل ، مما يوجب تحليل أركان كل قرار اداري ، لتحديد ما هو تقديري وما هو مقيد ، وبالرغم من ان هذا الرأي يحتاج الى جهد من القاضي الاداري في التحليل ، الا أن ما يهمنا هو الوصول الى النتيجة الصحيحة بغض النظر عن الجهد المبذول .

الفرع الثالث : التطور من القرارات الادارية التقديرية الى السلطة التقديرية

نشوء مجلس الدولة الفرنسي في ظل الوضع الذي كانت تعيشه فرنسا ، فرض عليه أن يكون محابيا للادارة نوعاً ما ، خاصة وأنه كان يسعى للحفاظ على وجوده ، مما أعطى الإدارة الصلاحية التامة لاصدار العديد من القرارات دون رقابة عليها ، والتي كانت تسمى " بالقرارات البحتة " ، والتي لم تكن تخضع للرقابة القضائية ، أو بمعنى آخر فانه لم يكن يخضع للرقابة القضائية الا القرارات التي كانت تمس حقاً شخصياً أو حقاً مكتسباً ، بل حتى هذه القرارات فانها لم تكن خاضعة للرقابة اذا ارتبطت بمصلحة عامة قصدتها الإدارة ، مما اضطر بمجلس الدولة الى اعادة النظر في قراراته المتخذة كنوع من منع الانتهاك المتزايد من الإدارة لحقوق الأفراد ، وبالتالي فقد عزم المجلس على الغاء القرارات البحتة التي كانت تصدر عن الإدارة اذا ما تبين له أن القرار صادر خلافاً للقوانين واللوائح المتعلقة بموضوع الاختصاص ، ثم وسع مجلس الدولة نطاق عمله بحيث اصبح يعمل على الغاء القرارات التي يشوبها عيب الشكل والاجراءات اضافة الى عيب الاختصاص السابق ، على نحو لم يعد القرار المعرض للالغاء هو القرار الذي يمس حقاً شخصياً او مكتسباً ، بل جميع القرارات البحتة الصادرة عن الإدارة [35].

وتأسيسا على ذلك تطور مفهوم القرارات البحتة للادارة الى مفهوم القرارات التقديرية ، وهي القرارات التي لا تقبل الطعن الا لعيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والاجراءات ، أما بقية أوجه الالغاء فلم يكن مجلس الدولة يقبل دعوى الالغاء فيها الا في حالة توفر حق شخصي لمقدم الدعوى ، ثم أصبح مجلس الدولة يقبل دعوى الالغاء متى توافرت لمقدم الدعوى مصلحة شخصية وليس فقط حقاً شخصياً او مكتسباً ، وبالتالي أصبحت جميع قرارات الإدارة حتى التقديرية منها قابلة للالغاء ، وقد كان المقصود بفكرة

[34]- د. سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مرجع سابق ، ص 60
[35] - د . خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 133 وما بعدها

التقدير الاداري " سلطة التصرف الحر التي تثبت للادارة جزئياً بالنسبة لعنصر أو لاخر من عناصر التصرف الاداري " ، أي أن التقدير يجب أن ينصب على بعض عناصر القرار الاداري ولا يمكن أن تشمل جميع عناصره ، وبالتالي فان الإدارة لها حرية التقدير في بعض عناصر القرار والالتزام بنص القانون في البعض الآخر ، وهو ما خلق فكرة التمييز بين السلطة المقيدة للادارة والسلطة التقديرية [36] .

ومع بداية القرن العشرين وانطلاقاً من التمييز السابق فقد ظهرت نظرية السلطة التقديرية ، وقد عمل الفقه الفرنسي جاهداً على انتقاد فكرة القرارات التقديرية القديمة ، وارساء مبادئ نظرية السلطة التقديرية الحديثة ، على اعتبار انه لا يمكن التسليم بان القرار الصادر عن الإدارة قرار تقديري ، وانما يمكن القول ان القرار الاداري يحمل في طياته عناصر مقيدة يجب ان تلتزم فيها الإدارة بنص القانون ، وعناصر تخضع لمحض ارادتها بما لها من سلطة تقديرية ، وبالتالي فإنه يجب التمييز بين هذه السلطة وتلك ، فإن التزمت الإدارة بنص القانون فيما يعتبر من ضمن اختصاصها المقيد ، فان قراراها يكون مشروعاً ، وعلى خلاف ذلك فان قرارها يكون موجباً للالغاء [37] .

وفي هذا يقول الفقيه هوريو " ليست هناك قرارات تقديرية وانما توجد فقط سلطة تقديرية للادارة ، وان هذه السلطة يمكن أن توجد في كل تصرف اداري ، وهي في جوهرها لا تعدو أن تكون سلطة تقديرية – ملائمة الاجراءات الادارية – وأن هذه السلطة تكون تقديرية للإدارة لأن القاضي الاداري ليس قاضي ملائمة ، فهناك قرارات إدارية تكون فيها مسألة الملائمة المتروكة مهمة بشكل أكبر من أهميتها في القرارات الادارية الأخرى ، الا أنه ليست هناك قرارات ادارية لا تثير الى جانب مسألة الملائمة فيها مسألة شرعيتها أو حتى مسألة ما ينبغي أن يتمثل بها من حسن الإدارة والخلق الاداري القويم " [38] .

المطلب الثاني : التنظيم القانوني لسلطة الادارة التقديرية

يشمل التنظيم القانوني للسلطة التقديرية على أمرين وهما : الدوافع القانونية التي أدت الى ظهورها ، و أصل نشوئها اضافة الى الشروط الواجب توفرها لكي تمارس الادارة هذه السلطة .

---

[36] - د.نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1984 ، ص 19 – 20 .
[37] - د . خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 121
[38] - د . خالد حماد ، المرجع اعلاه ، ص 122 .

الفرع الأول : الشروط الواجب توفرها لممارسة السلطة التقديرية

ان اجازة المشرع للادارة بأن تمارس سلطتها التقديرية ، لا يعني أن هذه الممارسة مطلقة ، بل ومن جانب آخر تعتبر هذه الممارسة مقيدة بعدة شروط ، اذ يعتبر القرار الاداري الصادر في ظل تجاوز الادارة لاحداها قرار غير مشروع ، ونتناول في هذا الفرع أهم هذه الشروط .

الفقرة الأولى : عدم مجانبة المصلحة العامة

يعتبر من أهم الشروط لممارسة السلطة التقديرية أن تتقيد الادارة باصدار قراراتها بما يتفق والمصلحة العامة ، ذلك كون هذا الشرط يجعل من أعمال الادارة قابلة للالغاء حتى وان كانت تملك سلطة تقديرية .

كما يعد عدم التقيد بالمصلحة العامة من صور الانحراف في استعمال السلطة ، بل أسوء صورها كما يصفها الدكتور عمر الشوبكي ، وذلك كون رجل الادارة يعمل على استغلال السلطة التقديرية الممنوحة له ابتغاء تحقيق أهداف ومصالح خاصة به ، كالانتقام من موظف معين بفصله من أجل فتح الباب لتوظيف شخص آخر ، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أن رجل الادارة اذا ابتغى تحقيق المصلحة العامة في قراره ، ثم صادف هذا الموقف أن تحققت مصلحة لرجل الادارة بشكل عرضي دون قصد منه ، فان ذلك لا يعني أن القرار مشوب بعيب اساءة استعمال السلطة ، اذ العبرة بالقصد وليس بالنتيجة [39].

وفي اطار الانحراف في استعمال السلطة فقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية " وبالرجوع الى قانون الاوراق المالية رقم 12 لسنة 2002 والتعريفات الواردة فيه ، وحيث لم يتبين أن هيئة سوق رأس المال قد قامت باخطار الشركات المدعية انهم قاموا بارتكاب مخالفات لأحكام هذين القانونين وتحديد أوجه المخالفة فيكون اصدار القرارات المطعون فيها ضد الشركات المدعية فيها تعسف في استعمال السلطة وواجبة الالغاء " [40] .

الفقرة الثانية : مراعاة مبدأ التناسب

يعتبر تطبيق مبدأ التناسب من قبل رجل الادارة شرط أساسي أثناء ممارسته لسلطته التقديرية ، ويعتبر الجزاء الذي توقعه الادارة على الموظف العام المناخ المناسب لتطبيق مبدأ التناسب ، اذ يجب على

---

[39] - د. عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 362 .

[40] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2016/55 ، الصادر بتاريخ 2017/2/8
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

الادارة أن تحقق التناسب بين الفعل المرتكب والجزاء المترتب عليه ، خاصة وأن التناسب كمفهوم عام يقصد به خلق توازن بين السبب والنتيجة أثناء اصدار القرار الاداري ، أي أن الادارة يجب عليها دوماً أن تبرر قرارها الصادر بعد أن تقدر الوقائع ، والا كان قرارها باطلاً [41] .

وقد اعتبرت محكمة العدل العليا أنه يتوجب دائما أن يكون القرار الاداري مسبباً تسبيباً كافياً حتى وان امتلكت الادارة سلطة تقديرية ، لرقابة مدى التناسب بين السبب والنتيجة ، حيث قضت " من المبادئ المستقرة أن كل قرار اداري أياً كانت السلطة الذي يصدر عنها مقيدة أم تقديرية يجب أن يقوم على سبب يدعو الى اصداره وهذا السبب هو ركن من اركان القرار وشرطاً لصحته .. " [42]

الفقرة الثالثة : أن يكون العمل الاداري ضمن السلطة التقديرية وليس السلطة المقيدة

ان من أهم الشروط لممارسة السلطة التقديرية أن يمنح المشرع الادارة هذه السلطة ، أو بمعنى آخر أن لا يقيدها باجراء محدد ، فان قيدها فان سلطتها وهذه الحالة تتحول من سلطة تقديرية لسلطة مقيدة ، ويتوجب عليها تطبيق النص كما هو ، وبالتالي لا يمكن لها اعمال سلطتها التقديرية . اذ العبرة بحرية التصرف التي تمتلكها الادارة ، دون أن يفرض عليها المشرع مسلك محدد يتوجب عليها أن اتباعه [43] .

الفقرة الرابعة : صحة التكييف القانوني في اصدار القرار

يقصد بصحة التكييف القانوني انزال ارادة المشرع الموجودة ضمن النصوص القانونية على الوقائع التي تواجه الادارة أثناء ممارسة أعمالها [44] . أي أن الادارة وان كانت تملك سلطة تقديرية فانها يجب أن تصدر قرارتها بعد أن تكيف الوقائع بشكل سليم ، ويعد هذا التكييف شرط أساسي لكي يصار للقول بأن الادارة يجوز لها أن تمارس سلطتها التقديرية ، نظراً لان التكييف القانوني لأي قرار هو أساس وجود السطة التقديرية ، بل هو السلطة التقديرية في حد ذاتها .

وقد عبرت محكمة العدل العليا الفلسطينية عن ذلك بقولها ، " أن على المحكمة البحث في صحة الوقائع التي بني عليها القرار ، وذلك توصلاً الى تقرير شرعية القرار ، ذلك أن سلطة الإدارة في اصدار القرار

---

41 - أ. مايا أبو دان ، أ. مايا أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري " دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان " ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2011 ، ص 11 -12 .

42 - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2011/235 ، الصادر بتاريخ 2012/5/16 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين

43 - د .عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 49 .

44 - د. سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 172 .

محددة بنص القانون ، وعلى القضاء الاداري فحص ما اذا كان القرار الاداري المطعون فيه متوافقاً مع النصوص القانونية التي تنظم موضوع الطعن " [45].

الفرع الثاني : الدوافع القانونية لمنح الادارة سلطة تقديرية

تعتبر السلطة التقديرية وبالرغم من خطورتها ، خاصة لما يشكله مفهومها من تصادم مع مبدأ المشروعية ، أمراً لا مفر منه ، ويعود ذلك الى مجموعة من الاعتبارات المتعلقة بطبيعة العمل الاداري ، لذلك عمل الفقه جاهداً وخاصة أنصار نظرية السلطة التقديرية على محاولة الوصول الى مجموعة من الدوافع القانونية التي جعلت من ظهور السلطة التقديرية أمراً واجباً ، ومن هذه الدوافع [46]:

الفقرة الاولى : الإدارة هي الاقرب للعمل الاداري

مما لا شك فيه أن الإدارة تعتبر الاقرب الى الواقع العملي ، على عكس المشرع الذي يكتفي بوضع النصوص والقواعد القانونية ، وبناءً عليه فانه يصعب على المشرع أن يتنبأ بجميع الحالات التي قد تواجه الإدارة أثناء قيامها بأعمالها ،لذلك كان من الأمر البديهي أن يقوم المشرع بمنح الإدارة قسطاً من الحرية بحكم قربها من الواقع ، ولكي تتمكن من مجاراة الظروف المحيطة بها ، وعلى عكس ذلك فان الإدارة ستصبح آلةً صماء مهمتها تطبيق القانون بحذافيره ، مما يفقدها روح الابتكار والابداع [47] .

وقد قدم الفقيه الفرنسي (فالن) تساؤلاً جوهريا لتقريب المعنى في هذا المجال ، حيث قال " كيف يستطيع مجلس الدولة من باريس أن يكوّن رأياً عن موكب ديني محظور في قرية بعيدة من قرى جبال البراسن ؟ " [48] ، في اشارة منه على أن القاضي والمشرع بعيدين جداً عن مكان الواقعة ، وبالتالي فانهما لا يستطيعان تناول جميع عناصر ملائمة القرار الاداري .

الفقرة الثانية : الكفاءة الادارية

يرى الفقيه جيرو أن الخبرة والكفاءة التي تمتلكها الإدارة في اداء أعمالها ، اضافة الى الوسائل الخاصة التي تملكها لاستقاء معلوماتها تعتبر من ضمن أهم الاسباب والمبررات لقيام السلطة التقديرية ،

---

[45] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، قرار رقم 2003/141 ، صادر بتاريخ 2004/6/8 ، غير منشور
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، ، الكتاب الثاني ، مكتبة دار الفكر ، القدس ، دون سنة نشر ، ص 278

[46] - د . محمد خيري ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 66

[47] - د. ابراهيم شيحا ، اصول القانون الاداري " أموال الإدارة العامة وامتيازاتها " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، دن سنة نشر ، ص 181

[48] - د . علي عبد الفتاح ، الوجيز في القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 98 .

فالمشرع عند وضعه للقواعد القانونية لا يمكن له أن يحيط نفسه بالظروف المستقبلية ، على عكس الإدارة خاصة وأن تصرفات الإدارة تكون نابعة من تجربة مسبقة في هذا المجال[49] ، لذلك يعتبر من اللزوم منحها السلطة التقديرية الكافية للتعامل مع الظروف التي تواجهها والا يضيق علها الخناق داخل هذا الاطار التقديري ، لما لذلك من أثر على غرس روح الابتكار والابداع لديها [50] .

الفقرة الثالثة : غاية النشاط الاداري هو تحقيق المصلحة العامة والسعي اليها

الغاية من نشاط الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة وبالتالي فانه يتوجب منح الإدارة الحرية الكافية للقيام بنشاطاتها دون المبالغة في تقييدها وشل يدها عن الحركة ، خاصة وأنها المسؤولة عن تحقيق الرخاء للافراد [51] .

وتعتبر السلطة التقديرية هي أكثر الوسائل نجاعة وفعالية في تحقيق احتياجات الافراد ، لما للسلطة التقديرية من قدرة على جعل الإدارة قادرة على اختيار الوسائل والأوقات المناسبة لتحقيق هذه الغاية [52] .

اضافة الى ذلك فان المرافق العامة التي تقدم خدماتها للأفراد تعتبر بمثابة مسؤولية تقع على عاتق الإدارة ، وأن ضرورة سيرها بانتظام واضطراد يعتبر من أهم المبادئ العامة التي تحكمها ، لذلك فانه يتوجب على القانون أو يوفر للادارة السلطة التي تمكنها من القيام بهذا الواجب [53] .

---

[49] - د. سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) ، ط2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1966 ، ص 51 – 52 .

[50] - حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها ، ط1 ، دون دار نشر ، الرياض ، 2003 ، ص 132

[51] - د . محمد خيري ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 66 .

[52] - د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 71 .

[53] - د. أنور رسلان ، وسيط القضاء الاداري " المشروعية والرقابة القضائية " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص 151 .

المبحث الثاني : نشأة سلطة الادارة التقديرية واتساع نطاقها

ترتبط السلطة التقديرية كنظرية قانونية بمجموعة من الأفكار التي أدت الى نشأته ، ومنها أن نشاط الادارة أساساً يشكل مشروع كنشاط الأفراد الأخرى ، الا أن استقر الفقه وخاصة المصري بأن السلطة التقديرية انما وجدت كضرورة لحسن سير المرافق العمومية ، وقد اتسع نشاط هذه الفكرة الى أن وصل بالادارة أن تمارس سلطة تقديرية مطلقة لا رقابة عليها في بعض الحالات .

وأتناول هذا المبحث من خلال مطلبين :

المطلب الأول : أصل نشوء فكرة السلطة التقديرية

المطلب الثاني : الأعمال التي تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية مطلقة

المطلب الأول : أصل نشوء فكرة السلطة التقديرية

يقصد بأصل فكرة السلطة التقديرية معرفة نشأتها ، ومعرفة التنظيم القانوني الذي يحكم نشاطها ، وفي هذا السبيل فقد عزم بعض الفقه الى تفسير أصل وجود السلطة التقديرية من خلال فكرة قانونية تسمى " فكرة حقوق الأفراد تجاه الادارة " ، فيما يرى جانب آخر من الفقه أن أصل وجود هذه السلطة يعود لفكرة تدعى " تشابه نشاط الادارة بنشاط الأفراد " ، وقد عمل جانب آخر من الفقه على وضع مجموعة أخرى من الأفكار ، غايتهم في ذلك الوصول الى الأصل العام وراء ظهور فكرة ونظرية السلطة التقديرية ، ونعرض هذه الأفكار كما يلي[54] :

الفرع الأول : فكرة حقوق الأفراد تجاه الادارة

اعتبر جانب من الفقه ومن أبرزهم الفقهاء بارتلمي وبونار أن الاساس القانوني للسلطة التقديرية يكمن في مدى توافر حقوق شخصية للافراد تجاه الإدارة أو انتفائها ، بحيث تستطيع الإدارة استخدام سلطتها التقديرية بشكل واسع اذا لم يتوفر للافراد حقوقاً شخصية اتجاه تصرفاتها ، فالحقوق الشخصية تعرف " على انها المزايا والمنافع التي يمكن ضمان احترامها وحمايتها بالدعوى القضائية " ، وبالتالي فانه لا يوجد من سيحاسب الإدارة على تصرفاتها في ظل انتفاء وجود حقوق شخصية للافراد، الذين غالباً ما يقيدون الإدارة من خلال الدعاوى القضائية التي يقومون برفعها لالزامها بالقيام بعمل ما أو الامتناع عنه ، خاصة وان الحقوق الشخصية الخاصة بهم قد تولدت من القوانين واللوائح ، وعلى العكس من ذلك فان الإدارة تكون في ظل سلطة مقيدة اذا ما توافرت حقوق شخصية للافراد ، لان الإدارة وهذه الحالة تكون ملزمة باحترام الرابطة القانونية مع الافراد ، تفادياً منها لتعرض قراراتها للالغاء ، فاذا انتفت هذه الرابطة فان الفرد لن يستطيع مطالبة الإدارة بشيء لعدم توفر المصلحة في الدعوى [55].

وقد تعرضت هذه النظرية لمجموعة من الانتقادات ومن أبرزها أن فكرة الحقوق الشخصية انما تدخل ضمن تحديد مجال السلطة التقديرية وليس بيان أصل نشوئها – وهو ما أشرنا له في معايير التمييز بين السلطة التقديرية والمقيدة أعلاه - ، ومن جانب آخر فانه بات معلوماً أن المشرع او القاضي في بعض

[54] - منيرة اليازجي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة في فلسطين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، 2017 ، ص 77 .
[55] - د . خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 131

الأحيان يعترف للادارة بالسلطة التقديرية حتى في ظل وجود حقوق شخصية للافراد ، [56] تطبيقا لمبدأ المصلحة العامة تغلب المصلحة الخاصة .

الفرع الثاني : فكرة تشابه نشاط الادارة بنشاط الأفراد

وقد تعرضت هذه النظرية الى انتقادات واسعة جداً ، ومن أبرزها اختلاف الهدف بين النشاط الاداري والنشاط الفردي ، فالنشاط الاداري انما يهدف الى تحقيق النفع العام والمصلحة العامة ، اما النشاط الفردي فانه يهدف الى تحقيق الربح ، اضافة الى أنه لا يمكن اعتبار كل ما يدخل ضمن اطار مشروع للادارة يمكن اعتباره نشاط تقديري لها ، فمدير المشروع الخاص يقوم باختيار موظفيه بناء على رغباته ، أما الإدارة فانها مقيدة باتباع نظام المسابقات في التوظيف ، اضافة الى أن مدير المشروع الخاص يستطيع التعاقد مع أي طرف يراه مناسباً ، أما الإدارة فانها ملزمة بأسلوب المناقصة والمزايدة [57] .

الفرع الثالث : هرمية القاعدة القانونية

يقوم أساس هذه النظرية على مدى منح القواعد القانونية الحرية للادارة ، حيث تنشأ السلطة التقديرية للادارة من خلال هذه المساحة الممنوحة لها ، ويعتبر الفقيه (كلسن) هو أول من نادى بضرورة اعتبار هذه النظرية كأساس لوجود السلطة التقديرية للادارة ، حيث اعتبر أن القواعد القانونية بمثابة هرم ، تقيد القاعدة الأعلى القاعدة الأدنى منها ، وبما أن القاعدة الاعلى هي قاعدة مجردة ولا يمكن تحديد كل العناصر المادية التي تدخل في مجال تنفيذها تحديداً كاملاً ، فانه يظهر هنا دور الإدارة في نمو القانون ونشأته [58] .

وقد أخذ على هذه النظرية أن القاضي سيضطر الى مراقبة جميع اعمال الإدارة كون السلطة التقديرية لم تقم بتطبيق القانون فحسب ، وانما عملت على انشائه أيضاً ، اضافة الى أن تفسير القاعدة القانونية أو تقييدها يعتبر من اختصاص القضاء وليس من اختصاص الإدارة [59] .

---

[56] - د. نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص 33 .
[57] - د . خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 141 .
[58] - د. نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في الماد المدنية التجارية ، مرجع سابق ، ص 32 .
[59] - د. نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في الماد المدنية التجارية ، مرجع سابق ، ص 33

الفرع الرابع : مبادئ المرفق العام

أشار لهذه الفكرة الدكتور سامي جمال الدين في مؤلفه قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة وتقوم هذه الفكرة في مجملها على اعتبار أن السلطة التقديرية انما منحت للادارة لتسيير المرافق العامة ، وان ادارة المرافق العامة لا يمكن أن تتم بالشكل المطلوب اذا ما قيدت الإدارة بنصوص قانونية محددة ، خاصة وأن من أهم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام هو ضرورة سيره بانتظام واضطراد وبالتالي فانه يجب منح الإدارة سلطة تقديرية لمواجهة الظروف التي تضمن حسن سير عملها وضمان استمرار المرفق العام [60].

ونذهب الى ما ذهب اليه الدكتور سامي جمال الدين خاصة وانه تعرض لهذه الفكرة لتخفيف العيوب التي تعرضت لها فكرة المشروع ، كمحاولة منه لارساء فكرة صحيحة مرتبطة بطبيعة المرفق العام وضرورة تسييره بما يتفق والمصلحة العامة .

المطلب الثاني : الأعمال التي تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية مطلقة

يعتبر مبدأ المشروعية من المبادئ العامة للقانون ، والتي يتوجب احترامه في كافة الدول على اختلاف انظمتها، فان كان هذا المبدأ يضع قيوداً على الإدارة ، أو يشكل إحدى المعيقات التي تعرقل نشاطها وحرية ممارستها لاختصاصاتها ، الا أنه وفي ذات الوقت يحفظ للسلطة العامة بقاءها ، على اعتبار أن جميع أعمال الإدارة توزن بميزان المشروعية [61] .

ولكن لا يعتبر مبدأ المشروعية كما تطرقنا له سابقا مبدأ مطلقاً ، بحيث تتقيد حرية الإدارة دائماً بنصوص القانون ، بل عمل المشرع والقضاء على إعطاء الإدارة حرية تامة في بعض التصرفات ، بحيث تملك الادارة فيها سلطة تقديرية مطلقة بعيدة عن رقابة القضاء ، وذلك لاعتبارات يرجع أساسها الى تحقيق النفع العام ، على اعتبار أنه قد يطرأ من التغيرات ما يوجب على المشرع ان يمنح الإدارة قسطً من الحرية والسلطة لإدارة هذه التغيرات والظروف والتعامل معها .

---

[60] - د . سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة ، مرجع سابق ، ص 39 .

[61] - د.عبد العزيز خليفة ،الشرعية الإجرائية في التاديب الرئاسي والقضائي للموظف العام، دار الفكر الجامعي، 2006 ، الإسكندرية ، ص 18 .

ومن هذه الظروف والتغيرات ، الظروف الطارئة و أعمال السيادة ، ، وقد اعتبر بعض الفقه أن هذه الاستثناءات تعتبر ضرباً لمبدأ سيادة القانون ، ونقطة سوداء في جبين المشروعية ، حتى وان كانت تتعلق بالمصلحة العامة ، كونها تعطي الإدارة حرية التصرف دون حسيب أو رقيب على تصرفاتها [62] .

الفرع الأول : الأعمال الادارية في ظل الظروف الطارئة

يقصد بهذه النظرية حصول حوادث خطيرة من شأنها أن تؤثر على الدولة او أحد اقاليمها ، كحالة الحرب ، أو الاضطرابات الداخلية أو انتشار مرض معين على نحو يعطي الدولة الحق باتخاذ اجراءات ضرورية ولازمة لمواجهة هذه الظروف حتى وان كانت هذه الاجراءات غير المشروعة [63] .

وتستند نظرية الظروف الطارئة الى عدة أساسات وهي :

أولا : أن القواعد والنصوص القانونية وضعت لمعالجة الظروف العادية وليس الاستثنائية [64].

ثانياً : الابقاء على الدولة والحفاظ على سلامتها يسمو على التقيد بالقواعد القانونية [65].

ثالثا : الأساس التشريعي ، حيث حرص المشرع الدستوري في اغلب الدول على تنظيم أحكام نظرية الظروف الاستثنائية وذلك للحد من تعسف الإدارة [66] .

ولكن وبالرغم من أن الظروف الاستثنائية تعتبر من القيود على مبدأ المشروعية ، الا أن هذه الظروف ليست مطلقة دائماً وانما مقيدة بعدة شروط يجب أن تتحقق حتى يعتبر القرار الصادر عن الإدارة في ظلها قراراً ادارياً مشروعاً ومن هذه الشروط :

وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه ضد الدولة [67] . وان يكون هدف الإدارة من تصرفها ابتغاء المصلحة العامة [68] ، ووجوب ممارسة السلطة الاستثنائية بقدر ما تتطلبه الضرورة وفي حدود ما تقتضيه فحسب ، بمعنى ان الضرورة تقدر بقدرها [69] .

---

[62] - د . عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012 ، عمان ، ص 357

[63] - د . محمد عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، الكتاب الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، بيروت ، 2005 ، ص 212 .

[64] - د . خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 399-400 .

[65] - د . عبد الله طلبة ، القانون الاداري " الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – القضاء الاداري " ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، جامعة حلب ، دون سنة نشر ، ص 31

[66] - د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 103 -104 .

[67] - خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 401 .

وفي فلسطين فقد ميز المشرع الفلسطيني بين حالتين وهما حالة الضرورة ، وحالة الطوارئ .

أ- حالة ضرورة

نصت المادة 43 من القانون الاساسي الفلسطيني على انه " لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة والتي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي ، اصدار قرارات لها قوة القانون ، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات والا زال ما لها من قوة القانون ، أما اذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون ".

وسنتطرق لنص هذه المادة بالتفصيل في المبحث الرابع من الفصل الثاني المتعلق بسلطة الادارة التقديرية في اصدار التشريعات في فلسطين .

ب- حالة الطوارئ

أفرد المشرع الفلسطيني الباب السابع من القانون الاساسي لاحكام حالة الطوارئ ، حيث نصت المادة 110 منه على انه " 1- عند وجود تهديد للامن القومي بسبب حرب او غزو او عصيان مسلح او حدوث كارثة طبيعية يجوز اعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن 30 يوماً ، 2- يجوز تمديد حالة الطوارئ لمدة 30 يوماً أخرى ... " [70] .

ومن الملاحظ هنا ان المشرع الفلسطيني قد قيد من صلاحيات السلطة الإدارية اذ اجاز اعلان حالة الطوارئ لمدة 30 يوما فقط قابلة للتجديد مرة وحدة ، على عكس حالة الضرورة كما ذكرنا سابقا ، ونرى ان العبرة من ذلك هو ان حالة الضرورة قد لا تحمل في طياتها تهديد مباشر لسلامة الدولة وانما لضرورات متعلقة بحسن سير المرافق العمومية . وقد نص المشرع الدستوري الاردني والمصري على نفس المضمون تقريبا [71] .

---

[68]- د . أنور رسلان ، وسيط القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 165 .

[69] - د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 103-104

[70] - انظر نص المادة 110 من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 .

[71] - نصت المادة 154 من الدستور المصري على انه " يعلن رئيس الجمهورية بعد اخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون ، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس" ، كما نصت المادة 124 من الدستور الأردني على انه " إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ فيصدر قانون باسم قانون الدفاع تعطى بموجبه الصلاحية إلى الشخص الذي يعينه القانون لاتخاذ التدابير والإجراءات الضرورية بما في ذلك صلاحية وقف قوانين الدولة العادية لتأمين الدفاع عن الوطن " .

وقد راقبت محكمة العدل العليا الاجراءات المتخذة من قبل الإدارة في حالة الطوارئ ، حيث قضت بأن " الأمر الذي أصدره وزير الداخلية بتوقيف شخص لأجل غير مسمى استناداً لنظام الدفاع بحجة أنه سلك سلوكاً يتعارض ومصلحة الأمن العام مع أن هذا الشخص محكوم بموجب قانون مقاومة الشيوعية وموجود في السجن ولم يتم مدة محكوميته جدير بالالغاء لانه يستند الى سبب غير قانوني " [72] .

الفرع الثاني : أعمال السيادة

تعود نشأة هذه النظرية الى مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في قضية laffitte [73] . وتعرف على انها بعض الاعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية والتي لا يجوز الرقابة عليها من قبل القضاء الاداري نظراً لأنها تتعلق بسيادة الدولة الداخلية والخارجية حتى وان كانت تمتلك خصائص القرار الاداري ، وما يحصنها من رقابة القضاء أنها تعتبر قرارات سياسية هدفها الحفاظ على الامن العام وسلامة البلاد ، وبالتالي فان الادارة تملك فيها سلطة تقديرية مطلقة [74] .

وقد عرفتها محكمة العدل العليا الفلسطينية على أنها " الاعمال والاجراءات التي تصدر عن الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة ادارية " [75] .

و لم يكن هناك خلاف فقهي حول تأييد هذه النظرية من عدمها ، فقد واجهت هذه النظرية انتقاداً واسعاً ، الا أن هذا التسليم لم يكن كاملاً فقد سعى الفقه الى محاولة حصر أعمال السيادة بناء على عدة معايير [76] .

---

[72] - قرار محكمة العدل العليا ، مجلة نقابة المحامين ، العدد 7 – السنة 3 ، ص368

- مشار اليه : د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 107 .

[73]-" صدر القرار فيها سنة 1822 وتتلخص وقائعها في أن المادة 4 من قانون 12 يناير سنة 1816 قد نصت على استبعاد عائلة نابليون بونابرت من فرنسا وحرمانهم من التمتع بالحقوق المدنية فيها ، ومن تملك أية أموال أو سندات أو معاشات تقررت لهم على سبيل المنحة ، كما نصت على الزامهم في بحر 6 شهور بيع الأموال التي يملكونها بعوض ، وكان لمدام بولين بونابرت مرتبات استحقت ولم تصرف حتى تاريخ صدور هذا القانون ، وقد حولت قيمتها الى بنك لافبيت الذي طالب وزير المالية بصرف قيمتها قررت الحكومة عدم الصرف بناء على أن نصوص هذا القانون السياسي كانت عامة ولم تميز بين أصول المرتبات المقررة على سبيل المنحة ، وبين ثمارها التي لم تحصل بعد ، فطعن البنك في قرار الرفض المذكور أمام مجلس الدولة ، فرفض المجلس بدوره نظر الدعوى بناء على أن طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية ، والحكومة وحدها هي التي تختص بقرار الفصل فيها ".
انظر : د محمد الفوازن ، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الادارية ، ط1 ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، 2009 ، ص 420 .

[74] - د . عبد العزيز خليفة، شروط قبول الطعن بالغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2005 ، ص 81 .

[75] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله ، رقم 85 / 1998 الصادر بتاريخ 1999/1/7 ، غير منشور

- مشار اليه : د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 113

[76] - د . عبد العزيز خليفة ، شروط قبول الطعن بالغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص83 .

ومن أهم هذه المعايير : معيار الباعث السياسي[77] ، والمعيار الموضوعي[78] ، ومعيار القائمة القضائية [79] ، ومعيار عدم اعتبار اعمال السيادة من ضمن أعمال القانون الاداري[80] .

ويرى الباحث ان معيار القائمة القضائية يعتبر من افضل المعايير سالفة الذكر ، كون موضوع أعمال السيادة هو موضوع متجدد باستمرار مما يوجب اعطاء القضاء سلطة تقديرية واسعة في تحديد العمل الاداري الخاضع لرقابتها من العمل السياسي الغير خاضع لها ، خاصة وأن المعايير الأخرى تحتوي صعوبة كبيرة في التحديد نظراً لاعتمادها على الجانب الموضوعي ، ومن جانب آخر فان حصر اعمال السيادة في قائمة واحدة من شأنه أن يخفف على القضاء الاداري مشقة البحث في مضمون العمل الاداري ذاته .

أما في فلسطين فقد أثار نص المادة 30 من القانون الاساسي العديد التساؤلات ، فقد نصت المادة السالفة على أنه " ... 2- يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل اداري من رقابة القضاء .. "، أي ان المشرع الدستوري الفلسطيني قد جعل جميع القرارات الادارية قابلة للطعن أمام القضاء . الا انه ومن باب ازالة اللبس في المعنى فانه يتوجب على المشرع الدستوري الفلسطيني استبدال عبارة " أي قرار أو عمل اداري " بعبارة " أي قرار أو عمل يصدر عن السلطة التنفيذية "[81] .

ومن جانب آخر لابد من الاشارة الى أن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد أكدت على وجوب الالتزام بالنص الدستوري وذلك في قرارها التفسيري رقم 2019/2 ، حيث قضت " وحيث أن نص المادة 2/30 من القانون الأساسي سالف الذكر التي تنص على أنه : يحظر النص في القانون على تحصين أي قرار أو عمل اداري من رقابة القضاء .. وعليه فان التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل فلسطيني حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعي .. ، فان باب القضاء مشرع أمام الكافة للالتجاء الى القضاء ولا حصانة لأي نص سابق على صدور القانون الاساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته أو لاحق له ، يحظر ويحد حق الافراد في طرق باب العدالة القضائية ، وان أي نص يحظر الافراد أو يمنعهم اللجوء الى القضاء هو نص غير دستوري " [82] .

---

[77] - د عثمان خليل عثمان ، مجلس الدولة ورقابة القضاء لاعمال الإدارة ، ط 5 ، عالم الكتب ، القاهرة ، 1962 ، ص 139 .

[78] - د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الأول ، مكتبة دار الفكر ، القدس ، دون سنة نشر ، ص 140 .

[79] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 123 وما بعدها .

[80] - د . طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لاعمال الادارة العامة "قضاء الإلغاء" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص 103 وما بعدها.

[81] - منيرة اليازجي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 25 .

[82] - القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2019/2 ، صادر بتاريخ 2019/2/10 ، غير منشور

ونشير في هذا الجانب أن المشرع المصري قد اجاز تحصين أعمال السيادة حيث نصت المادة 11 من قانون مجلس الدولة المصري [83] على أن مجلس الدولة غير مختص بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة . على عكس المشرع الدستوري الاردني الذي لم ينص صراحة على هذا التحصين في الدستور الاردني [84].

[83] - قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 .
[84] - الدستور الأردني لعام 1952 .

الفصل الأول

قيام رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

لقد عرفت الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية تطوراً سريعاً منذ مطلع القرن الماضي ، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي السباق دائماً الى خلق النظريات وابتداعها في كل قضية كانت تنظر أمامه ، فقد كان من ضمن أولوياته دائماً محاولة الحد من تغول الإدارة ، سعياً منه لحماية حقوق الأفراد دون الاضرار بمصلحة الإدارة والمصلحة العامة بشكل عام ، حيث عمل على خلق مجموعة من النظريات التي مكنته من فرض رقابته بالطريقة المثلى التي يتطلبها الواقع ، فقد عمل على توسيع نطاق الرقابة القضائية لتشمل بالاضافة الى رقابة المشروعية رقابة ملائمة القرارات الادارية ، كما عمل على احداث مجموعة من النظريات التي من شأنها أن تجعل الإدارة تضع نفسها في أفضل الأحوال عند اصدارها لقرارتها كنظرية التناسب في الجزاءات التأديبية ونظرية المغالاة في التقدير ونظرية الموازنة والمنافع . وقد أخذ القضاء الاداري في أغلب الدول العربية ، هذه النظريات عن مجلس الدولة الفرنسي نظراً لدورها في إحداث التوازن المطلوب بين مصلحة الأفراد ومصلحة الإدارة .

وبناءً على ذلك فانني ارتأيت تناول قيام رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية من خلال مبحثين :

المبحث الأول : رقابة محكمة العدل العليا الفلسطينية على سلطة الادارة التقديرية

المبحث الثاني : رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على سلطة الادارة التقديرية في اصدار التشريعات

المبحث الأول : رقابة محكمة العدل العليا الفلسطينية على سلطة الادارة التقديرية

تعتبر السلطة التقديرية ضرورة حتمية لما لها من دور في تسهيل عمل الإدارة ، ومنحها القدرة على القيام بوظائفها المخولة لها ، خاصة وأن الفقه والقضاء وحتى المشرع ذاته قد أدرك أن أي محاولة للحد من السلطة التقديرية الممنوحة للادارة ، من شأنها ان تشل حركتها وتحولها الى آلة صماء ، مهمتها تنفيذ القانون بنصه ، دون أي ابداع أو ابتكار ، وهو ما يعتبر ضرباً للمصلحة العامة في أي دولة . الا أن ذلك يتقيد بمبدأ المشروعية ، خاصة وانها الضمانة الوحيدة لغل يد الإدارة عن التعسف في استعمال السلطات الممنوحة لها ، وانها المدخل الوحيد لتنظيم الرقابة على أعمالها ، على نحو لا يمكن للإدارة أن تتجاوزه مهما كانت الاختصاصات الممنوحة لها ، ومهما كانت التطلعات التي تهدف الى تحقيقها ، على اعتبار انه مبدأ دستوري ، يكفل التوازن المطلوب في الدولة بين حقوق الإدارة وحقوق الأفراد ، خاصة وأن الإدارة شأنها شأن الأفراد وباقي الأجهزة في الدولة يجب أن تبقى تصرفاتها منطوية تحت مظلة القانون[85].

وأتناول هذا المبحث من خلال مطلبين :

المطلب الأول : الاطار العام لرقابة القضاء

المطلب الثاني : الاتجاه المتطور لمحكمة العدل العليا الفلسطينية في الرقابة على سلطة الادارة التقديرية

[85] - فادي علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الاداري وضمانات تحقيقه ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، 2011 ، ص 11.

المطلب الأول : الاطار العام لرقابة القضاء

تعتبر الرقابة القضائية الميزان الذي يوفق بين مصالح الادارة ومصالح الأفراد على حد سواء ، فهي من جانب تسعى لتمكين الادارة من بسط سلطتها لتسهيل قيامها بأعمالها والتي تتمثل أساساً في تحقيق المصلحة العامة ، و من جانب آخر تسعى لحفظ حقوق الأفراد من تعسف الادارة وتسلطها .

الفرع الأول : ماهية رقابة القضاء

يقصد برقابة القضاء قيام الجهات القضائية والمتمثلة في المحاكم المختصة برقابة أعمال الإدارة منعاً لتعسفها في استعمال سلطتها أثناء ممارسة أعمالها . وتمثل هذه الرقابة أفضل أنواع الرقابة كونها تصل الى حد الغاء القرار الاداري الغير مشروع أو تعديله .

الفقرة الأولى : مفهوم رقابة القضاء

يقصد برقابة القضاء تلك الرقابة التي يمارسها القضاء على أعمال الإدارة بشتى انواعها من اتخاذ قرارات من شأنها ان تضر بمصالح الافراد وارجاعها لجادة الصواب بعد التحقق من مدى مطابقة اعمالها للقانون ، ويستثنى من هذه الرقابة الاعمال الادارية المحصنة من الرقابة كأعمال السيادة [86] .

الفقرة الثانية : خصائص رقابة القضاء

أولا : تتمثل الرقابة القضائية في القضاء عن طريق المحكمة المختصة ، وهي جهة لا سلطان عليها ولا يجوز لأية جهة أن تتدخل في شؤونها ، حيث نصت المادة 98 من القانون الاساسي الفلسطيني على ان " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة أن تتدخل في القضاء أو في شؤون العدالة .

ثانيا : تمتاز الاحكام القضائية الصادرة بموجب هذه الرقابة بحجية الأمر المقضي به ، ذلك كونها لا تقتصر على أطراف القضية المعروضة امام المحكمة المختصة ، وانما يمتد أثرها ويحتج بها على الكافة [87] .

ثالثا : تختلف الرقابة القضائية عن غيرها من انواع الرقابة في كونها دعوى أمام المحكمة المختصة ، لذلك يجب أن تكون القواعد الاجرائية فيها مقيدة بشروط الدعوى العادية [88] .

---

[86] - د . توفيق حرز الله ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في فلسطين ، وحدة البحث العلمي والنشر ، جامعة بيرزيت ، 2015، ص 158 .
[87] - ايهاب خلايلة ، الرقابة القضائية على القرارات الادارية ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، 2017 ، ص 13 .

ويرى الباحث أن هذا النوع من الرقابة هو أنجع انواع الرقابة لما يتميز به من طابع قضائي يبث في نفوس الافراد الطمأنينة والاستقرار ، خاصة وأن القضاء مستقل ، لا تحكمه أية اعتبارات سياسية أو شخصية ، كما أنه سلطة قائمة بذاتها ولا يتداخل مع السلطات الأخرى التنفيذية والتشريعية الا بالمقدار الذي يراه مناسباً لحسن سير عمله .

الفرع الثاني : مبررات رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

تعتبر الرقابة القضائية الضمانة الأكثر فعالية من بين مجموعة من أنواع الرقابة ، وذلك كونها تدخل في صميم التصرفات التي تصدر عن الإدارة خاصة الصادرة في ظل سلطة الادارة التقديرية ، فالرقابة القضائية تطول كل ركن من أركان القرار الاداري الصادر عن الإدارة ، وعليه فان الإدارة دائماً ما تحاول اصدار قرارتها بما يحقق المصلحة العامة خشية الغائها .

فبالرغم من السلطة التقديرية الممنوحة للادارة الا انه لا يتوجب أن يطلق العنان للادارة بمجرد امتلاكها على هذه السلطة ، فهي ليست امتياز لها ، وانما هي ضرورة أنجبتها المصلحة العامة ، وبالتالي فان يتوجب أن تبقى هذه السلطة تحت مظلة رقابة القضاء ، ليتأكد القاضي من أن الإدارة وفي تكييفها وتحضير أسباب قرارها ، قد غلبت المصلحة العامة على أي مصلحة أخرى ، فالرقابة على السلطة التقديرية ليست قتلاً لروح الابداع المتعلقة بالإدارة ، بقدر ما هي مجرد وسيلة لضمان حفظ حقوق الأفراد وحرياتهم .

الفقرة الأولى : ضمان مراعاة مبدأ المشروعية

ان مبدأ المشروعية يشكل التزام الإدارة بالخضوع لحكم القانون ، والتقيد بمقتضياته في كل ما تقوم به من اعمال سواء كانت اعمالاً قانونية أو مادية ، اضافة الى ما تمثله من قواعد عامة ومجردة تلتزم الإدارة بمراعاتها في تصرفاتها ، على اعتبار ان مبدأ المشروعية يعتبر الضامن الحقيقي لحقوق الافراد وحرياتهم ، إلا أن ذلك لا يؤخذ على اطلاقه ، اذ ان تلك القيود لا تطبق الا بصورة مرنة ، حتى لا تكون عائقاً أمام نشاط الإدارة من جانب ، ومن جانب آخر لكي يتم خلق التوازن المطلوب بين مصالح الافراد والإدارة[89] .

---

[88] - حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها ، مرجع سابق ، ص 82-83

[89] - د .علي عبد الفتاح ، الوجيز في القضاء الاداري ، مرجع سابق ص 51 .

وقد قضت محكمة العدل العليا في اطار التقيد بمبدأ المشروعية على انه " لا يجوز القبض على احد أو منعه من التنقل الا بأمر قضائي وفقاً لاحكام القانون ، وما نصت عليه المادة 28 من القانون الاساسي ، انه لا يجوز ابعاد أي فلسطيني او منعه من المغادرة ، وما نصت عليه المادة 11 من قانون المخابرات العامة رقم 17 لسنة 2005 من انه يجوز لرئيس المخابرات العامة الطلب من النائب العام وفقاً للقانون استصدار القرارات القانونية لمنع سفر الاجانب من والى البلاد، ومنع المواطنين من السفر لدواعي الامن القومي وفقاً للقانون فان المحكمة تجد ان المستدعى ضده مدير المخابرات العامة لم يخوله القانون سلطة منع سفر أي مواطن وعليه فان ما طلبه من مدير المعابر والجسور من منع المستدعي يكون مخالفاً للقانون " [90].

الفقرة الثانية : نجاعة رقابة القضاء

تعتبر رقابة القضاء أكثر انواع الرقابة نجاعة وفعالية ، حيث أصبح يقاس مدى تقدم الدول ، ومدى توفر الديمقراطية فيها ، بمستوى رقابة القضاء وتطوره ، خاصة رقابة القضاء على أعمال الادارة .

ومرد ذلك الى أن رقابة القضاء تتمتع بمجموعة كبيرة من الامتيازات ، من أهمها أن السلطة القضائية سلطة مستقلة ، وأن القضاة فيها مستقلون لا سلطان عليهم سوى ضمائرهم وعقولهم التي يحكمون بها ، مما أنجب الطمأنينة والراحة للافراد في هذا النوع من الرقابة ، على عكس أنواع الرقابة الأخرى كالرقابة الادارية التي لا يكترث لها مصدر القرار الاداري ، وخاصة في الدول النامية ، والتي تعرف بمدى توفر المحسوبية والفساد فيها ، نضيف الى ذلك ما تتوفر عليه القرارات الصادرة عن القضاء من حجية والزامية ، بحيث تصبح نافذة بحق الجميع ، ويتوجب على الجميع التقيد بها وتنفيذها والا كان عرضة للمساءلة [91] .

ومن جانب أخر فانه من المعروف ان القانون الاداري هو قانون غير مقنن ، وأن أغلب المبادئ القضائية هي من اجتهادات القضاء الاداري ، وبالتالي فان هذه الرقابة كانت كفيلة بأن تقف أمام تعسف الادارة بشكل ملحوظ ، وذلك بارساء مجموعة كبيرة من النظريات المتطورة باستمرار ، حتى وصلت الى أن تراقب السلطة التقديرية لرجل الادارة ، في الوقت الذي لا يوجد أي نوع آخر من أنواع الرقابة الذي يمكن له أي يصل الى هذا الحد ، فقد أرسى القضاء الاداري نظرية التناسب ، والتي أوجبت على رجل

---

[90] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله ، رقم 2008/258 ، الصادر بتاريخ 2009/2/23
- المجلة القانونية ، العدد الخامس ، 2013 ، مرجع سابق ، ص 47 .

[91] - ايهاب خلايلة ، الرقابة القضائية على القرارات الادارية ، رسالة ماستر ، مرجع سابق ، ص 1 .

الادارة أن يعمل على ملائمة قراره الصادر بالعقوبة مع نوع المخالفة المرتكبة من قبل الموظف ، سعياً من القضاء في ذلك أن يحد من الأهواء الشخصية للادارة في فرض ما يحلو له من قرارات غير مشروعة .

الفقرة الثالثة : اتساع نشاط الادارة

ان اتساع نشاط الادارة وخاصة في العقود الأخيرة من الزمن، أوجب ضرورة تنظيم الرقابة على أعمالها ، وذلك صوناً لحقوق الأفراد وحرياتهم العامة ، خاصة وأن الرقابة القضائية تعتبر أكثر أنواع الرقابة فعالية وضمان من جانب ، ومن جانب آخر الضرورة الملحة التي أوجبت على المشرع أن يمنح الادارة مجموعة كبيرة من الحقوق والامتيازات ، لتمكينها من تحقيق الغرض التي أنجبت من أجله – المصلحة العامة - ، وعليه فان هذه الامتيازات جعلت من الاعتداء على حقوق الأفراد ، أو ممارستها بشكل متعسف ، هو أمر بديهي ومتوقع من رجل الادارة ، خاصة وأنه يمثل السلطة التنفيذية ، وبالتالي فان هذه الرقابة كانت هي الكفيلة برد جميع أعمال الادارة الى حدود المشروعية ، خاصة وأن المشرع لم يكتفي بمنح الادارة امتيازات عادية فقط للمارسة العمل ، وانما ذهب الى أبعد من ذلك بمنح الادارة سلطة تقديرية في أغلب أعمالها ، على فرض من القول أن المشرع مهما بلغت فطنته التشريعية ، الا انه يبقى عاجزاً حيال ما قد يواجه الادارة من ظروف يعجز النص التشريعي عن معالجتها [92] .

الا أنه وبالرغم من وجود سلطة تقديرية للادارة بحجة اتساع نشاطها ، الا أن المشرع في جميع الأنظمة قد حاول ايجاد ميزان منعاً لتعسف الادارة بأن أنشئ قضاء اداري لرقابة هذه السلطة شأنها شأن باقي أعمال الادارة ، وبذلك فقد أخضع هذه السلطة التقديرية لرقابة القضاء . والذي اعتبر بدوره أن السلطة التقديرية انما هي حق للادارة للاختيار بين قرارين أو مسلكين مشروعين ، بحيث تختار الادارة القرار الاكثر ملائمة ، فهي ليست سلطة تحكمية او تعسفية ، وانما هي ضرورة تشريعية يجب أن تبقى منطوية تحت ظل المشروعية [93] .

المطلب الثاني : الاتجاه المتطور لمحكمة العدل العليا في الرقابة على سلطة الادارة التقديرية

عملت محكمة العدل العليا الفلسطينية جاهدة على محاولة ضبط أعمال الادارة من خلال الرقابة على مبدأ المشروعية انطلاقاً الى الرقابة على مبدأ الملائمة ، ومجموعة أخرى من المبادئ الحديثة التي استقرعليها القضاء المقارن .

---

[92] - د. محمد العموري ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية وأساليب الحد منها ، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 37 ، العدد 4، 2015، ص55 .

[93] - د. خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الادارة التقديرية في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 431 .

الفرع الأول : تشكيل واختصاصات محكمة العدل العليا الفلسطينية

منذ عودة السلطة الفلسطينية عام 1994 عملت جاهدة على اعادة الهيبة والاستقرار للقضاء الفلسطيني، وقد بدا ذلك واضحاً من خلال القرار الذي أصدره الشهيد الراحل ياسر عرفات والذي بموجبه أعاد العمل بالقوانين التي كانت سارية قبل عام 1967 [94] ، وقد تلى هذا القرار قرار آخر ، عمل على توسيع صلاحية المحكمة العليا بغزة لتشمل قطاع غزة وأريحا [95] . وقد استمر هذا الحال حتى عام 2001 .

الفقرة الأولى : تشكيل محكمة العدل العليا الفلسطينية

في عام 2001 صدر أول قانون فلسطيني ينظم القضاء الفلسطيني ويطبق في الضفة الغربية وقطاع غزة ، وهو قانون تشكيل المحاكم النظامية [96] . والذي بموجبه أنشئت المحكمة العليا والتي تتكون من محكمة النقض ومحكمة العدل العليا [97] .

وقد أسندت لهذه المحكمة جميع المهام المسندة الى المحاكم الادارية والمحكمة الدستورية العليا مؤقتاً ، حيث نص القانون الأساسي في المادة 104 منه على أن " تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الادارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة " .

ونرى أن المشرع الفلسطيني قد انتهج السياسة التنظيمية القضائية المقارنة بخصوص انشاء محاكم ادارية على غرار النظام المزدوج في فرنسا ومصر خاصة وأنه أكد على أن مهام المحكمة العليا هي مهام مؤقتة ، ويعزز هذا القول أيضاً ما نص عليه القانون الاساسي في المادة 102 والتي نصت على أنه " يجوز بقانون انشاء محاكم ادارية للنظر في المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية " .

ولم تكن تلك النصوص مجرد حبر على ورق ، فقد دأب ديوان الفتوى والتشريع على اعداد مشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني ، تطبيقاً للنصوص القانونية سالفة الذكر ، حيث شكل الديوان لجنة قانونية عام 2002 لاعداد مشروع القانون ، وقد أوصت اللجنة اعتماد قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة

---

[94] - قرار رقم 1 لسنة 1994

[95] - قرار رقم 2 لسنة 1994

[96] - قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001

[97] - نصت المادة 23 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني على أن " تتكون المحكمة العليا من 1- محكمة النقض. 2- محكمة العدل العليا "

1972 كمصدر لهذا المشروع ، وفي عام 2004 اختتمت اللجنة أعمالها وعقدت ورشتي عمل في غزة ورام الله ، وقد أوصى المجتمعون بتأسيس مجلس الدولة الفلسطيني ، الا أن هذا المشروع لم يكتب له الظهور على أرض الواقع نتيجة الانقسام السياسي سنة 2007 [98] . وعلى اثر ذلك احتفظت فلسطين بطبيعة القضاء الموحد فيها .

ومن الجدير بالذكر أن محكمة العدل العليا الفلسطينية التي أنشئت بموجب المواد سابقة الذكر هي محكمة الغاء فقط ، حيث قضت (.. وبتطبيق حكم القانون على موضوع الطعن وطلبات المستدعي كما ورد في لائحة الدعوى تؤكد المحكمة بداية على ان قضاء محكمة العدل العليا هو قضاء الغاء ، يقتصر دور المحكمة فيه على فحص مشروعية القرار الاداري فاذا تبين لها انه مشوب بعيب من العيوب التي حددها المشرع كأسباب قانونية للطعن في القرارات الادارية في المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 حكمت بالغائه دون أن يمتد حكمها لاكثر من ذلك ..) [99] .

الفقرة الثانية : اختصاصات محكمة العدل العليا الفلسطينية

لقد حدد قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني السالف اختصاص محكمة العدل العليا ، في المادة 33 منه والتي نصت على " ان اختصاص محكمة العدل العليا النظر في: 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. 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 " .

---

[98] - د . عبد الكريم الشامي ، نحو قضاء اداري فلسطيني ، مقال منشور بصحيفة دينا الوطن ، موقع الكتروني (www.alwatanvoice.com) ، تاريخ الاطلاع 26 /2/ 2019 .

[99] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2010/172 ، الصادر بتاريخ 2011/11/21

- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 -2011 ، المكتب الفني ، ج4 ، 2013 ، ص 369

كما نصت المادة 34 منه على أن الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا يجب أن تكون متعلقة بواحدة أو اكثر مما يلي : (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) .

ويرى جانب من الفقه الفلسطيني أن انكار المشرع الفلسطيني لعيب السبب أصبح أمراً غير مقبول ، سيما وأن محكمة العدل العليا تستبدل عيب السبب بمخالفة القانون اذا كانت الواقعة قانونية ، والانحراف في استعمال السلطة اذا كانت الواقعة مادية ، فالاخطاء التي تقع بها الإدارة بخصوص ركن السبب تفوق الاخطاء التي ترتكبها في أوجه الالغاء الأخرى المنصوص عليها في المادة 34 السالفة الذكر [100].

هذا مع العلم أن تفسير نص الفقرة السادسة من المادة 33 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني قد لاقى اختلافاً فقهياً واسعاً ،حيث نصت الفقرة السابقة على أن " محكمة العدل العليا تختص بالنظر في سائر المنازعات الادارية " .

وقد اعتبر الدكتور عدنان عمرو أن هذا النص قد جاء عاماً ومن شأنه أن يشمل منازعات العقود الادارية والمسؤولية الادارية ، أي الالتزامات العقدية والتعويض عن الاضرار الناتجة عن نشاط الإدارة [101] . وهو ما اكده أيضاً الدكتور عبد الناصر أبو سمهدانة ، حيث اعتبر أن نص المادة يشير بشكل واضح الى قصد المشرع توسيع اختصاصات المحكمة وخاصة الفقرة السابعة من ذات المادة التي اعتبرت أن محكمة العدل العليا محكمة من لا محكمة له [102] .

وبالرغم من ذلك الا ان الدكتور عمرو أيد ما استقرت عليه محكمة العدل العليا في عدم النظر في المنازعات الخاصة بالمسؤولية الادارية ، خاصة في ظل عدم تطبيق نص المادة 102 من القانون الأساسي والتي تنص على انشاء محاكم ادارية ، ذلك أن الالتزامات العقدية والتعويض تستلزم أن يكون القضاء الاداري على درجتين [103] .

ومن جانب آخر يرى البعض أن عدم تطبيق النص تطبيقاً كاملاً انما هو " انتقاص من قيمته القانونية لصالح اعمال وترجيح كفة النص " ، وأن الاولى هو اعماله عملاً بالقاعدة القانونية التي تنص على

---

100 - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 85 .
101 - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 184 .
102 - د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الاول ، مرجع سابق ، ص 61
103 - د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 185 .

انه " لا اجتهاد في مورد النص " ، خاصة وأن النص قد جاء واضحاً ويظهر السياسة التشريعية للمشرع [104] .

ويؤيد الباحث الرأي الأخير والذي اعتبر أن الأولى هو تطبيق النص ، والذي اسند الاختصاص لمحكمة العدل العليا بسائر المنازعات الادارية ، وذلك لعدة اعتبارات نوجزها كما يلي :

1- ان سياسة المشرع كانت واضحة في هذا الخصوص ، ولا يجوز الحيد عن هذه السياسة التشريعية ، وان افراغ النص من مضمونه هو أمر غير مقبول ، ولا يستند الى أي مبرر قانوني .
2- أكد قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني [105] ، في المادة 291 منه على ان محكمة العدل العليا مختصة بالغاء القرار وتعديله وما يترتب على هذا الحكم من آثار ، وهو بمثابة تأكيد آخر ونقطة التقاء بين نية المشرع العادي والمشرع الدستوري في منح هذا الاختصاص لمحكمة العدل العليا .
3- كما أن القول بأن محكمة العدل العليا على درجة واحدة ، يفرض عدم منح اختصاص المسؤولية الادارية لها ، هو قول لا يستقيم وواقع الحال ، خاصة وأن اختصاص الالغاء الممنوح لها يعتبر أكثر أهمية من اختصاص المسؤولية الادارية ، ذلك كون الاختصاص الثاني يعتبر نتيجة من نتائج الاختصاص الأول ، اضافة الى أن المحكمة التي ألغت القرار هي الأقدر بنظرنا على فرض التعويض المناسب عنه .
4- اضافة الى ذلك فان محكمة العدل العليا تتألف من قضاة ذوو خبرة عالية جداً في القضاء الاداري ، مما يتوجب منحهم الحق في ممارسة جميع اختصاصاتهم الممنوحة لهم بموجب القانون ، على غرار الثقة الممنوحة لهم في اختصاص الالغاء .
5- وأخيرا نشير الى ان المحاكم النظامية في فلسطين تشهد ازدحاماً في عدد القضايا ، خاصة في ظل عدم قدرة مجلس القضاء الاعلى على توفير عدد كافي من القضاة ، وبالتالي فان اقرار الاختصاص لها في التعويض عن القرارات الادارية قد عمق هذه المشكلة .

و نضيف أخيراً ان الاختلاف الفقهي الفلسطيني حول طبيعة الدعاوى التي تختص بها محكمة العدل العليا لا تعني ابداً أن هناك اختلاف على ضرورة انشاء مجلس الدولة الفلسطيني ، حيث وفي الأونة الاخيرة قد تجدد الامل باعادة احياء مشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني ، وخاصة بعد قيام العديد من المؤسسات

---

[104] - د . توفيق حرز الله ، الرقابة على اعمال الإدارة العامة في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 296 وما بعدها .
[105] - قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 .

الفلسطينية بطرح الموضوع مثل مؤتمر جامعة بيرزيت لعام 2013 والمؤتمر الذي عقده مركز مساواة في عام 2012 نضيف الى ذلك المصالحة الفلسطينية التي كادت أن تتحقق خلال شهر اكتوبر من العام 2018 والتي أسست على اساس اجراء انتخابات رئاسية وتشريعية جديدة من أجل اعادة الحياة للمجلس التشريعي ، اضافة الى المبادرة الحالية من قبل رئيس السلطة الوطنية التي تم اقتراحها خلال شهر 10 من عام 2019 والتي لاقت قبولاً من قبل جميع الأحزاب الفلسطينية بشأن اجراء انتخابات تشريعية ورئاسية في عام 2020 .

الفرع الثاني : الرقابة التقليدية لمحكمة العدل العليا الفلسطينية

تعتبر الرقابة على مبدأ المشروعية من ضمن الرقابة التقليدية لمحكمة العدل العليا . و يقصد بمبدأ المشروعية الخضوع الكامل للقانون وأحكامه ، أي التزام السلطات العامة في الدولة أثناء مباشرتها لوظائفها حدود القانون على نحو يتوجب معه ان تكون جميع تصرفاتها مطابقة للقانون [106] .

الفقرة الأولى : مفهوم مبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية خضوع السلطات العامة في الدولة لنصوص وقواعد القانون في جميع ما يصدر عنها من تصرفات وقرارات ، ويبنى على ذلك أنه لا يكفي أن تكون هذه التصرفات الصادرة عنها خاضعة للقانون في مواجهة الافراد فقط ، بل يشمل ذلك التصرفات التي تقوم بها الإدارة فيما بينها أيضاً [107] .

كما وعرفته محكمة العدل العليا الاردنية بقولها " ان المشروعية تعني سيادة القانون وعدم مخالفة نصوصه ، وأن تصرفات الإدارة يجب أن تهدف الى تحقيق الصالح العام .." [108] .

وقد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية على ذات المضمون أيضاً حيث قضت بان المشروعية تعني انه يتوجب على الإدارة ان تلتزم حدود القانون وان تتقيد بأحكامه [109] .

---

[106] - أحمد أجعون، محاضرات في القضاء الإداري، 2009-2010، بدون دار نشر ، مكناس – المغرب ، ص 80

[107] - د . عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الأول ، مرجع سابق ، ص 74.

[108] -القرارالصادر عن محكمة العدل الاردنية ، رقم 2018/173 الصادر بتاريخ 2018/5/9 ،
كما قضت في القرار رقم 2018/268 الصادر بتاريخ 2018/7/11 أيضا " بأن المشروعية تقتضي سيادة القانون ... وأن القرار الاداري يجب أن يصدر سليماً استناداً الى قرينة السلامة ولا يحد هذه القرينة الا قيد حسن استعمالها ... "

[109] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2008/6 الصادر بتاريخ 2010/5/26

كما أن بعض الفقه اعتبر أن مصطلح المشروعية ذاته غير دقيق ، وأن " مبناه لا يدل على معناه " ، والأفضل استخدام مصطلح " مبدأ سيطرة القانون " ، وحجتهم في ذلك ما استخدمه بعض الفقهاء الفرنسيين في الدلالة على مبدأ المشروعية ، حيث استخدموا مفهوم " حكم القانون " [110] .

أما بالنسبة الى المقصود بالقانون الذي يجب ان تخضع له الإدارة ، فقد انقسم الفقه الى جانب يرى ان الخضوع يشمل القواعد القانونية الوضعية بالاضافة الى مجموعة القواعد العليا السامية كاعلانات حقوق الانسان، فيما يرى الجانب الآخر أن الخضوع يجب ان يكون للقواعد القائمة فعلا والصادرة عن البرلمان [111] .

ويؤيد الباحث ما تبناه الجانب الاول من الفقه خاصة وان خضوع الدولة لجميع قواعد القانون سواء الصادرة عن السلطة التشريعية في الدولة او حتى المواثيق الدولية هي ضمانة حقيقية لغل يد الدولة ومنع استبدادها وصيانةً لحقوق الافراد وحرياتهم المكفولة قانونا .

وهو ما تبناه أيضا القانون الاساسي الفلسطيني [112] ، حيث نصت المادة السادسة منه على أن " مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين وتخضع للقانون السلطات والاجهزة والهيئات والمؤسسات والاشخاص " .

ويرى الدكتور سليمان الطماوي أن مبدأ المشروعية لا يرتبط بطبيعة النظام في الدولة سواء كانت الدولة ديمقراطية أم دكتاتورية ، المهم أن تكون الدولة ذاتها خاضعة للقانون ، أي أنها تطبق مبدأ الفصل بين السلطات وتحدد اختصاصات الإدارة بصورة واضحة وتخضعها لرقابة القضاء [113] .

و مصطلح المشروعية بشكل عام يصطدم بمجموعة من المصطلحات الشبيهة به ، ومن أبرز تلك المصطلحات مصطلح "الشرعية " .

حيث يرى جانب من الفقه ان المشروعية والشرعية مصطلحان مترادفان ولا يوجد فرق بينهما فكلاهما يحملان معناً واحداً ، وهو تقييد تصرفات الإدارة ، وضرورة التزامها بالقواعد القانونية في الدولة

انظر ايضا قرارها رقم 2008/253 الصادر بتاريخ 2009/9/9
- موقع قانون

[110] - د . أنور رسلان ، وسيط القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 15-16.

[111] - د .علي عبد الفتاح ، الوجيز في القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 8 .

[112] - القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 تعديلاته .

[113] - د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، مرجع سابق ، ص10 وما بعدها .

[114] . وقد أيد الدكتور عمر الشوبكي هذا الرأي حيث اعتبر أن مفهوم الشرعية هو ذاته مفهوم المشروعية والذي يعني سيادة حكم القانون [115] . الا انه يؤخذ على هذا الرأي أنه لا يعكس الواقع العملي ، خاصة في ظل الانظمة العربية التي تطبق الشريعة الاسلامية ، فقضية توزيع الميراث مثلا لا تتطابق ومبدأ المشروعية ، سيما وأنها تفرق بين الذكر والانثى ولا تطبق المساواة التامة ، مع العلم ان مبدأ المساواة من أهم المبادئ العامة في القانون [116] .

ويؤكد الدكتور انور رسلان في هذا الجانب ، ان الأمثلة الحية والمعاصرة تفرض علينا جبراً أن نفرق بين هذين المفهومين ، ففي موضوع القضية الفلسطينية نجد ان جل القوانين الاسرائيلية تميز بين اليهود وبين الفلسطينيين الذين يعيشون داخل الاراضي المحتلة عام 1948 ، فنجد المحاكم الاسرائيلية تطبق القانون وتتسم قرارتها بالمشروعية دون ادنى تعقيب على ذلك ، في حين ان القوانين ذاتها تحمل في طياتها اشد انواع التمييز العنصري واللامساواة وهو ما لا يتفق ومتطلبات الشرعية التي تعني المساواة والعدالة [117] .

اذن فالشرعية هي تحقيق العدالة وهي الفكرة المثالية التي يجب ان تكون أساساً للقانون عند وضعه ، أي أنها مبدأ دستوري يجب التقيد به من أجل الارتقاء بالمجتمع الى درجة اسمى ، اما المشروعية فهي احترام القواعد القانونية الموجودة والتقيد بها دون النظر الى مدى احترامها لمبادئ العدالة والمساواة [118] .

ويرى الباحث انه لا يجب تأييد وجهة نظر على اخرى في هذا الجانب دون النظر الى الطبيعة القانونية للدولة ، فبشكل عام فان كل دولة مطالبة بالالتزام بالقانون كما أنها مطالبة بتحقيق العدالة الاجتماعية الا ان بعض الدول كالدول الاسلامية فاننا وإن كنا نفرق فيها بين مفهوم المشروعية والشرعية فإنما نفرق لضرورة لا يمكن الحيد عنها ، خاصة وان تعاليم ديننا الاسلامي أوجد فرق بين الذكر والانثى في الميراث والشهادة وغيرها من الامور وهي حكمة الاهية لا يمكن تركها ، اما في الدول الاخرى ، فالافضل ان لا نفرق فيها بين المفهومين ذلك لان الدولة مطالبة بالالتزام بجميع المبادئ القانونية .

---

[114] - د . أنور رسلان ، وسيط القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 16

[115] - د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص17

[116] - د . توفيق حرز الله ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 26-27.

[117] - د . أنور رسلان ، وسيط القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 17 .

[118] - د . توفيق حرز الله ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 27 .

الفقرة الثانية : رقابة محكمة العدل العليا على المشروعية

بما أن الفرض السائد على حد قول الفقيه الفرنسي مونتسكيو " أن كل انسان يتمتع بسلطة يسيء استعمالها او يتمادى في هذا الاستعمال حتى يجد حدوداً توقفه " ، فقد كان لابد من أن تولد الرقابة كحد لعدم اساءة استعمال السلطة .

ومن بين جميع أنواع الرقابة المختلفة تعتبر الرقابة القضائية الرقابة الأكثر نجاعة ، بناءً على ما تتميز به من استقلال وحياد ، وكونها تمثل أهم الضمانات التي تكفل احترام مبدأ المشروعية بمعناه الواسع ، وتشكل الحد الذي يقف أما تغول الإدارة وتعسفها [119] .

وتعتبر الرقابة القضائية كأصل عام هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة ، اذ لا يجوز للقضاء أن يحل محل الإدارة في ممارسة اختصاصاتها ، كون الرقابة القضائية مقتصرة على إنزال حكم القانون ، فالإدارة عند مخالفتها لنصوص القانون ، فانه يتوجب على القضاء أن يلزمها بالتقيد بأحكامه ، وأن يفرض الجزاء المناسب على عملها المخالف لمبدأ المشروعية وهو تقرير بطلانه [120] .

وفي ذلك فقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية " أن رقابة القضاء الاداري تنطبق على الاجراء الذي تتخذه الإدارة فيما يختص بتعارضه أو عدم تعارضه مع الغاية التي هدف اليها المشرع .. " [121] .

كما قضت أيضا بأن " احداث او الغاء او فصل اية هيئة محلية او تجمعات سكانية او اجزاء منها او تشكيل هيئة محلية لها يتم بقرار من مجلس الوزراء بناءً على تنسيب من الوزير ، ويتم توسيع حدود منطقة الهيئة المحلية او تغييرها بتوجيه من المجلس وبقرار من الوزير ، وبتطبيق هذه النصوص على وقائع هذه الدعوى نجد ان اصدار القرارات محل الطعن من قبل المستدعي ضده لا تدخل ضمن تخوم اختصاصه وانما هو اختصاص مجلس الوزراء بناءً على تنسيب من الوزير ، ولما كان اصدار هذه القرارات من قبل المستدعي ضده غصباً للسلطة ، الامر الذي يغدو معه ان قراراته تشوبها شائبة عدم المشروعية وبالتالي فهي قرارات منعدمة [122].

---

[119] - رميسة تيطاوين، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير ، جامعة خيضر ، الجزائر ، 2016 ، ص32 .

[120] - د . عصام الدبس ، القضاء الاداري ورقابته لأعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 333 .

[121] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله ، رقم 2009/136 ، الصادر بتاريخ 2011/1/24
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 -2011 ، مرجع سابق، ص 197.

[122] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله ، رقم 2008/160 ، الصادر بتاريخ 2009/4/27
- موقع قانون

ويتضح مما سبق ان القضاء الاداري انما يعتبر الحامي للحقوق والحريات العامة ، والملاذ الامن الذي يلجأ الى الافراد ، وذلك لحمايتهم من تعسف الإدارة لدى ممارستها لنشاطها الاداري ، خاصة في ظل تمتعها بامتيازات عديدة ، فهي تتوسل وسائل القانون العام وتظهر بمظهر السلطة العامة .

ولكن وبالرغم من ان مبدأ المشروعية يشكل التزام الإدارة بالخضوع لحكم القانون ، والتقيد بمقتضياته في كل ما تقوم به من اعمال سواء كانت اعمالاً قانونية أو مادية ، اضافة الى ما تمثله من قواعد عامة ومجردة تلتزم الإدارة بمراعاتها في تصرفاتها ، على اعتبار ان مبدأ المشروعية يعتبر الضامن الحقيقي لحقوق الافراد وحرياتهم ، إلا أن ذلك لا يؤخذ على اطلاقه ، اذ ان تلك القيود لا تطبق الا بصورة مرنة ، حتى لا تكون عائقاً أمام نشاط الإدارة من جانب ، ومن جانب آخر لكي يتم خلق التوازن المطلوب بين مصالح الافراد والإدارة [123] .

فالقانون عادة ما يترك للادارة الحرية في أن تتدخل او تمتنع ، كما قد يترك لها الحرية بالنسبة الى زمن ذلك التدخل وكيفية وفحوى القرار الذي تقرره ، وهو ما يدخل ضمن السلطة التقديرية الممنوحة لها من قبل المشرع [124] . على اعتبار أن مبدأ المشروعية لا يشكل قيداً على الإدارة الى بالمقدار اللازم لضمان حفظ حقوق الافراد وحرياتهم ، والتزام الإدارة بالقانون ، وفي ذلك قضت المحكمة الادارية العليا الاردنية بأن " المشرع ومن خلال المادة 8 من قانون الهيئة المستقلة للانتخابات، قد خول مجلس الهيئة صلاحية تقديرية بانهاء خدمات الامين العام دون ان يلزمه ببيان الاسباب ،أو تقييده بأي قيد وهو يمارس هذه الصلاحيات، الا أن هذه السلطة وان كانت تقديرية الا أنها تجد حدها بحدود المشروعية " [125] .

الفرع الثالث : الرقابة الحديثة لمحكمة العدل العليا الفلسطينية

ان مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث في الدولة ، يقضي بالاستقلال الوظيفي لكل سلطة عن الاخرى ، فالإدارة لا يجوز لها أن تحل محل القضاء ، والقضاء على النحو المماثل لا يجوز له أن يحل محل الإدارة ، أي ان القاضي الاداري اذا ما رفع له طعن بخصوص قرار اداري صادر بناء على سلطة الإدارة التقديرية فانه لا يجوز له أن يبحث في مدى صحة هذا التقدير ، ولكن وعلى العكس من ذلك فان منح الإدارة جانب من الاختصاصات دون رقابة قضائية ، يعتبر بمثابة تفويض لها بالتسلط ، أي ان السلطة

[123] - د .علي عبد الفتاح ، الوجيز في القضاء الاداري ، مرجع سابق ص 51 .
[124] - د. سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مرجع سابق ، ص 63 .
[125] - القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا الادرنية ، رقم 2018/167 ، الصادر بتاريخ 2018/5/16
- منشورات عدالة

التقديرية للادارة وان كانت قد منحت لها لتحقيق المصلحة العامة ، فانه يتوجب على القاضي الاداري البحث في نية الإدارة اذا اتجهت نحو تحقيق المصلحة العامة أم لا ، وعليه فان هذا التناقض قد خلق تساؤلاً فقهياً حول طبيعة القاضي الاداري ، هل هو قاضي مشروعية أم قاضي ملائمة ؟ أي هل يجوز للقضاء الإداري ان يحل محل الإدارة في الملائمة ؟ [126]

الفقرة الأولى : مفهوم مبدأ الملائمة

ان المقصود بالملائمة هو " تقدير قيمة القرار بالنسبة لفكرة مادية او عملية ينظر فيها لمدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة وذلك بالنظر الى ما يحيط هذا المركز من اعتبارات متعلقة بالزمان والمكان والظروف المحيطة " ، وبمعنى أدق معرفة اذا ما كانت الوقائع الموجودة مادياً والمطابقة للتشريع تكفي لتبرير الاجراء المتخذ ومتناسبة معه [127] .

وانطلاقاً من هذا التعريف فان الملائمة هي من ضمن اختصاصات الإدارة اثناء اصدارها لقراراتها ، وبالتالي فانها لا تخضع لرقابة القضاء ، ومردود ذلك يعود الى الأصل العام ، والذي يقضي بأن الرقابة القضائية محدودة بحدود رقابة المشروعية فقط ، ولكن يستثنى من هذا الأصل أن الملائمة اذا كانت جزءً من المشروعية فانها حينئذ تخضع لرقابة القضاء [128] .

وفي حقيقة الأمر فقد وقع خلاف فقهي حول طبيعة هذه الرقابة ، حيث يرى الفقيه ديجي أن القاضي الإداري لا يراقب ملائمة الأعمال الادارية ، وانما تقتصر رقابته على رقابة المشروعية ، انطلاقاً من أن القانون ليس ما يصدره المشرع فقط ، وانما ايضا يشمل المبادئ القانونية العامة . وقد أخذ الفقيه بونار بنفس المفهوم تقريباً ، على أساس ان القاضي الاداري لا يملك سلطة رقابة الملائمة ، وتبعهم في ذلك أيضا الفقيه جيز ، على اعتبار ان جوانب الملائمة تستقل الإدارة بتقديرها بغير معقب . أما الفقيه فالين فقد اتجه الى اعتبار أنه لا يوجد تناقض بين المشروعية والملائمة ، فالرقابة على المشروعية تستلزم احياناً بسط الرقابة على الملائمة باعتبارها من شروط مشروعية القرار الاداري [129] .

---

[126] - الخير بوضياف ، حدود رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للادارة ، مقال منشور ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 15 ، الجزائر ، 2017 ، ص 318-319

[127] - أشرف سليمان ، التحريات ورقابة القضاء في النظم المقارنة مع اطلالة على النظام القضائي الانجليزي ، ط1 ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، 2015 ، ص 179 .

[128] - د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 72 .

[129] - د . سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة ، مرجع سابق ، ص 303 وما بعدها .

اما على الصعيد العملي فان القاضي الاداري ومن خلال رقابته على السلطة التقديرية للادارة فانه يأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة التي أدت الى اتخاذ ذلك القرار ، وذلك للحفاظ على حقوق وحريات الافراد وتحقيق المصلحة العامة ، من خلال الحفاظ على التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ،انطلاقاً من أن أساس مبدأ الملائمة قائم على نظرية الخطأ البين في التقدير ، وهي من الوسائل التي حققت تطوراً كبير في مجال الرقابة القضائية [130] ، اضافة الى كون هذا المبدأ من المبادئ التي أقرتها الاتجاهات القضائية الحديثة ، بعدما كان لا يخضع للرقابة القضائية ، بوصف أن ذلك من الملائمات التشريعية للمشرع عند منحه السلطة التقديرية للادارة [131] .

ولكن ومن منطلق آخر يمكن القول ان السلطة التقديرية التي منحها المشرع للادارة ليست بسلطة مطلقة كما ذكرنا ، لكي يتسنى معه القول أنها محصنة من الرقابة القضائية ، وانما هي سلطة لموازنة الأمور وتقدير كل حالة على حدة ، بهدف فسح المجال أمامها لتقدير متطلبات الأمور ، وبالتالي اختيار نوع التصرف الملائم لكل ظرف على نحو يحقق الغاية والاهداف المناسبة للحاجة الداعية اليها ، فالإدارة اذ تمنح هذه السلطة فانه لاعتبار أنها ليست آلة صماء تعمل على تنفيذ القانون ، ولكنها في نفس الوقت سلطة غير تحكمية ، ولا يمكن الأخذ بالسلطة التقديرية الممنوحة لها على اطلاقها ، فاذا ما تبين أنها استهدفت بقرارها هدفاً غير المصلحة العامة جاز للقاضي الاداري الحكم بالغاء القرار [132] .

اما اذا كان قرارها ملائماً للوقائع فان القضاء الاداري يؤيد ما ذهبت اليه الإدارة ، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قضية ليبون في اطار رقابته على مبدأ الملائمة في المجال التأديبي ، حيث أكد أن عقوبة الفصل التي اتخذت ضد المدرس ليبون لم يشبها خطأ بين وبالتالي فان قرار الإدارة لا يستوجب الالغاء [133] .

---

[130] - عصام بنجلون ، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في مراقبة جوهر ملائمة القرارات الإدارية " دراسة مقارنة" ، دار القلم، الرباط ، 2011 ، ص 20 .

[131] - د . محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية "دراسة فقهية وقضائية " ، 2007 ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ص 180 .

[132]- د.نور الدين حجاجي واخرون ، الحركية في الوظيفة العمومية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي ، مرجع سابق ، ص 126 – 127 .

[133] - Conseil d'État statuant contentieux, N°05911, 9 juin 1978, Publié au recueil Lebon.P 245 .

أما في فلسطين والاردن فان محكمة العدل العليا وفي بداية الامر قد ترددت في اخضاع السلطة التقديرية لرقابة القضاء ، حيث قضت بأن " محكمة العدل العليا لا تملك حق الرقابة على السلطة التقديرية للادارة ما لم تدل على اساءة استعمال السلطة [134] .

الا أنها ومنذ مطلع سيتينيات القرن الماضي قد عدلت عن هذا الاتجاه وسارت على ما سارت عليه فرنسا ومصر ، حيث قضت بأن " وجود سلطة تقديرية للادارة ليس معناه ترك الافراد لمحض رغبات الإدارة دونما حد لسلطتها بالتقدير ، وانما معناه أن يكون للادارة سلطة اتخاذ الموقف الذي تراه مناسباً عند تحقق الحالة التي هدف اليها القانون " [135] .

كما قضت أيضاً بأن " عيب اساءة استعمال السلطة يخول المحكمة أن تمتد رقابتها الى البواعث والدوافع التي حملت الإدارة على اصدار قرارها بصرف النظر عن كون القرار قد صدر عن شخص مختص واستوفى اجراءات الشكلية وأنه مطابق للقانون ، وأن على رجل الإدارة أن يستهدف في أي قرار يصدره تحقيق الهدف الذي خصصه القانون لممارسة سلطته التقديرية ، فاذا خلا قرارها من تحقيق ذلك الهدف كان مشوباً بعيب استعمال السلطة " [136] .

وقد استقرت محكمة العدل العليا الفلسطينية على ذات الاجتهاد ، حيث قضت بأن " من المستقر عليه فقهاً وقضاءً ان من حق القضاء الاداري البحث في صحة الوقائع المادية التي بني عليها القرار الاداري باعتبار ان تلك الوقائع من العناصر التي يقوم عليها القرار الاداري ، وذلك حتى يتسنى لهذا القضاء تقدير تلك الوقائع التقديرية لينزل عليها حكم صحيح القانون ، ذلك أن السلطة التقديرية للادارة التي أصدرت القرار لا يحول دون الرقابة القضائية بالنسبة لشرعية وصحة القرار الاداري ، اذ ان السلطة التقديرية التي منحها المشرع للادارة ليست امتيازاً خاصاً لتلك الإدارة ، وانما هو ضرورة استلزمها حسن سير المرافق العامة وتحقيق العدالة عند تطبيق الانظمة والقوانين على المواطنين ، وهي على هذا الاساس ليست مطلقة وانما مقيدة ومحددة ، فهي مقيدة بالصالح العام ومحددة بحسن استعمال السلطة في الحدود التي

---

[134] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا ، رقم 44 لسنة 1954
- مشار اليه ، د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 68 .
[135] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا ، رقم 1967/59 ، مجلة نقابة المحامين ، عدد 10 ، سنة 15 ، ص 1072
- د. حنا ابراهيم ، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1953 حتى نهاية سنة 1971 ، عمان ، ص 45 .
[136] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا ، رقم 1964/83 ، عدد 1 ، سنة 13 .
- د . حنا ابراهيم ، المرجع أعلاه ، ص 42

يستلزمها القانون والعدالة ، مما يلزم معه لسلامة القرارات الادارية أن لا يتم تجاوز حدودها أو اساءة استعمالها أو مخالفتها لأحكام القانون والأنظمة " [137] .

ويتبين مما سبق أن المشرع عند منحه السلطة التقديرية للادارة فان هذه السلطة ليست سلطة مطلقة ، بل تبقى سلطة القاضي الاداري في الرقابة قائمة ، والمقصود بالرقابة على مبدأ الملائمة من هذا المنطق ليس كما يظهره واقع الحال ، بأن القاضي الاداري يلغي سلطة الإدارة التقديرية الممنوحة لها من قبل المشرع ، بل المقصود بها أن القاضي الاداري يراقب العمل محل تلك السلطة ، للتأكد من توافر شروط المشروعية ، وللتأكد من أن الإدارة عن قيامها بهذا العمل قد وضعت نفسها في أحسن الظروف أم لا ، لتقدير مناسبة العمل وملائمته بعيداً عن البواعث الشخصية ، مما يمكن معه القول أن شرط الغاية قد توفر ، وبمعنى آخر فان القضاء الاداري يستخدم رقابة الملائمة كوسيلة للتثبت من توفر جميع شروط المشروعية في القرار ، وليس لتقييد سلطة الإدارة [138] .

الفقرة الثانية : رقابة محكمة العدل العليا على الملائمة

نظراً للتطور الكبير الذي عرفته الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية والتي كان رائدها مجلس الدولة الفرنسي منذ مطلع القرن الماضي ، فقد أصبح لزاماً على القاضي الاداري التأكد من أن القرارات الادارية غير مشوبة بخطأ في القانون أو الواقع ، كما أن قراراتها يجب أن تكون مبنية على أسس موضوعية ومناسبة للظروف والأحوال التي تكفل لها صحة تقديرها . وقد عملت النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي على ضمان عدم اسراف الإدارة في سلطتها التقديرية دون مراعاة للظروف والأحوال ومصلحة الأفراد [139] .

أولاً : الرقابة على الوقائع وتكييفها القانوني

عملت محكمة العدل العليا الفلسطينية على بسط رقابتها على التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار الاداري في ظل السلطة التقديرية الممنوحة للادارة ، حيث قضت بأن " من حق القضاء الاداري البحث في صحة الوقائع المادية التي انبنى عليها هذا القرار بل وتقدير هذه الوقائع ، باعتبارها من العناصر التي يقوم عليها ثم ينزل عليها الحكم الصحيح في القانون ، ذلك لأن وجود السلطة التقديرية للادارة لا يحول دون الرقابة القضائية بالنسبة لعناصر الشرعية للقرار الاداري ، فالسلطة التقديرية ليست

---

[137] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، رقم 2002/94 ، صادر بتاريخ 2003/3/27 .
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية للسنوات 2002- 2003 – 2004، المكتب الفني ، مرجع سابق ، ص 274 .

[138] - د . سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة ، مرجع سابق ، ص 309 -310 .

[139] - منيرة اليازجي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة في فلسطين ، ، مرجع سابق ، ص 96 .

امتيازاً خاصاً للادارة وانما ضرورة اسلتزمها حسن سير المرافق العامة والهيئات العامة لتحقيق العدالة عند تطبيق القانون " [140] .

وقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر عن رقابة الوقائع المكونة للسبب من الناحية المادية ، وذلك كون القضاء الاداري هو قضاء مشروعية فقط ، ولكن سرعان ما عدل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الاجتهاد على اعتبار أن رقابة المشروعية وخاصة فيما يتعلق بركن السبب لا يمكن أن تكون مجدية ومحققة لحماية حقوق الافراد دون الرقابة على الوقائع من الناحية المادية والواقعية معاً ، فالناحية المادية ترتبط بتحقق السبب من عدمه ، أما الناحية الواقعية فترتبط بوصف الإدارة للوقائع وتطابق السبب مع القانون ، وقد أخذ مجلس الدولة المصري بهذا الرأي عن مجلس الدولة الفرنسي في قراراته الصادرة بهذا الشأن [141] .

وبناءً على ذلك فان سبب القرار الاداري يرتبط بدرجتين للرقابة وهما : رقابة صحة الوقائع من الناحية المادية ، ورقابة الوصف القانوني للوقائع .

1- رقابة صحة الوقائع من الناحية المادية

لقد كان اول ظهور لهذه الرقابة في قضية " مونود " سنة 1907 ، حيث تقدم الطاعن الى مجلس الدولة الفرنسي بعد احالته الى التقاعد بناءً على طلبه ، وقد أنكر الطاعن أنه قام بتقديم طلب ، إلا أن مجلس الدولة لم يحكم بالغاء القرار كون الإدارة استندت الى أن الطاعن صدرت عنه مخالفات أوجبت احالته للتقاعد ، وقد صدر بعد ذلك العديد من القرارات لمجلس الدولة الفرنسي ، أهمها حكم " dessay " و " camino " و " trepont " ، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بالغاء القرارات الادارية لعدم بنائها على أسباب صحيحة [142] .

وقد استقر القضاء الاداري على أن القرار الاداري يجب أن يقوم على وقائع صحيحة وثابتة والا كان مخالفاً للقانون ، وبالتالي فان رقابته تشمل صحة قيام أسباب القرار الاداري من الناحية الواقعية [143] .

---

[140] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، قرار في الطلب رقم 1995/76 ، صادر بتاريخ ، 1996/3/11 ، غير منشور .
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 278

[141] - د.ماجد الحلو ، د. محمد عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، " قضاء الالغاء ، قضاء التعويض ، المرافعات الادارية " ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1994 ، ص 170 .

[142] - د. عبد الغني بسيوني ، ولاية القضاء الاداري على أعمال الإدارة " قضاء الالغاء " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1983 ، ص 263 .

[143] - د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 343 .

ومن ذلك يتبين أن الرقابة المادية على صحة وجود الوقائع هي المرحلة الاولى من مراحل الرقابة على عنصر السبب ، وتعتبر الحد الأدنى للرقابة القضائية ، كونها تشكل جميع القرارات الادارية ، وفي ذلك تشير المحكمة الادارية العليا المصرية على أنه " متى كان الثابت من الاوراق أن السبب الذي يبنى عليه القرار المطعون فيه وهو شروع المدعى في سرقة خرطوم مطافئ من ممتلكات الشرطة غير قائم في حق المدعى من وقائع التحقيقات التي قامت بها الشركة الطاعنة والشرطة والنيابة العامة ، والتي أجدبت تماماً من ثمة دليل يقرر شروع المدعى في سرقة الخرطوم ، وقد انتهت النيابة العامة الى الأمر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية لعدم معرفة الفاعل ، فان القرار المطعون فيه يكون قد استخلص من غير اصول تنتجه مادياً أو قانونياً ويكون مخالفاً للقانون وحقيقا بالالغاء طالما أن الواقعة التي أُثم عنها المدعى تأديبياً هي بذاتها التي تناولتها النيابة العامة بالتحقيق ، والتي انتهت في ِشأنها بعدم ثبوتها قبله ، طالما لم ينسب الى المدعى في القرار المطعون فيه وقائع أخرى غير تلك التي وردت في القرار المطعون فيه ويمكن أن يكون في نفس الوقت مخالفة تأديبية " [144] .

كما قضت محكمة العدل العليا الاردنية بنفس الاتجاه السابق أيضاً ، حيث قضت بأن " قول رئيس النيابة العامة أن تقدير الادلة متروك للسلطة الادارية ذاتها وأن لا رقابة للمحكمة عليها في ذلك قول صحيح اذا كان هناك ادلة قانونية صالحة لإستخلاص الوقائع التي بني عليها القرار ، أما إذا انعدمت هذه الأدلة فإن أسباب القرار تكون خاضعة لرقابة المحكمة لتعرف مدى صحتها من الوجهة الواقعية ومن جهة مطابقتها للقانون نصاً وروحاً ، فاذا ظهر أنها غير صحيحة أو أنها منطوية على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله كان قرارها معيباً " [145] .

وقد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية على ذات المضمون أيضاً واستقرت على ذات الاجتهاد الذي أخذ به القضاء الاداري المصري والاردني ، حيث قضت بأن " الفقه والقضاء قد استقرا على أن الإدارة عندما تسبب قرارها سواءً الزمها القانون بالتسبيب أم اختارت التسبيب من تلقاء نفسها ، فانه يجب أن يكون السبب صحيحاً من الناحية الواقعية والقانونية ، وحيث أن القرار المطعون فيه قد بني على سبب غير صحيح فان الطعن يرد على القرار المطعون فيه " [146] .

---

[144] - القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا المصرية بتاريخ 1972/12/8
- مشار اليه ، د. ماجد الحلو ، د. محمد عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 173

[145] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الاردنية ، قرار رقم 1959/6 ، المنشور في مجلة نقابة المحامين ، عدد2، سنة 7 ، ص85
- مجموعة المبادئ القانونية المنشورة في مجلة نقابة المحامين من سنة 1953 – 1971 ، عمان ، 1972 ،ص 328

[146] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2006/69 ، صادر بتاريخ 2008/4/21 ، غير منشور
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 277

2- رقابة الوصف القانوني للوقائع

دائما ما يقع خلط بين الوصف القانوني للوقائع وحالات الانحراف في استعمال السلطة ، ولكن ما يميز الاولى انها تقع ضمن الاختصاص المقيد للإدارة وليس التقديري [147] ، فشروط الحصول على رخصة معينة مثلاً ، اذا تحققت الشروط التي فرضها القانون فانه يتوجب على الإدارة أن تمنح الرخصة فور تحقق الشروط القانونية ، اذ لا تملك الإدارة أي سلطة تقديرية حيال ذلك ، بل سلطتها ازاء هذه الحالة هي سلطة مقيدة بنص القانون ، هذا دون انكار سلطتها التقديرية في اختيار الوقت المناسب لاتخاذ القرار [148] .

ويقصد بالتكييف القانوني للوقائع " هو ادراج حالة واقعية معينة داخل اطار فكرة قانونية بحيث يمكن أن يحمل القرار المتخذ عليها باعتبارها دافعاً مشروعاً لاتخاذه " ، وبمعنى أدق هي تطبيق الوصف الذي يطلقه المشرع على وقائع مادية محددة على الوقائع التي تواجه الإدارة وتستلزم تدخلها بقرارات إدارية [149] .

ويرى الدكتور سامي جمال الدين أن عملية التكييف سواءً من قبل الإدارة أو القاضي الاداري ، لابد أن تمر بمجموعة من الخطوات وهي [150]:

- تخصيص القاعدة القانونية التي تتسم بالعمومية ، باعطائها معناً أكثر تحديداً .
- رفع الواقعة الفردية الى مستوى عمومية النص بإغفال الجوانب عديمة الجدوى .
- إبراز الصفات التي تميز الواقعة من الناحية القانونية .
- الوصول الى التطابق بين النص والوقائع.

وقد استقر اجتهاد مجلس الدولة المصري على غرار ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي على التحقق من وجود وصحة الوقائع ثم يقوم بفحص التكييف القانوني لهذه الوقائع للتأكد من أنها تصلح لتبرير القرار الاداري المتخذ ، بل اتجه مجلس الدولة المصري الى أبعد من ذلك أيضاً حيث لم تقتصر رقابته على مجال الضبط الاداري ، بل شملت أيضاً صحة التدابير ذات الطابع الفني ، كرفض التصريح بتداول أحد

---

147 - د. سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مرجع سابق ، ص 325

148 - د . رمضان بطيخ ، الرقابة على أداء الجهاز الاداري " دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والاسلامية " ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1994 ، ص 108 .

149 - د. سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة ، مرجع سابق ، ص 172 .

150 - المرجع أعلاه ، نفس الصفحة

المستحضرات الفنية والدعاية ، أما مجلس الدولة الفرنسي فقد اعتبر أن صحة التدابير ذات الطابع الفني تقوده الى تقدير لا اختصاص له به [151] .

وقد سلكت محكمة العدل العليا الأردنية ذات الطريق بخصوص الرقابة على التكييف القانوني للواقعة ، حيث قضت " أن أسباب القرار تكون صفة خاضعة لرقابة المحكمة لتعرف مدى صحتها من الوجهة الواقعية ، ومدى مطابقتها للقانون وما اذا كانت الإدارة في مباشرتها لسلطاتها قد انحرفت فيها أم انها سلكت بها طريق الجادة ، حتى اذا ظهر أنها غير صحيحة واقعياً أو تنطوي على مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون أو تأويله كان القرار معيباً " [152] .

وقد سارت محكمة العدل العليا الفلسطينية على ذات الاجتهاد ، حيث قضت بأن " المحكمة ترى أن الاصل في القضاء الاداري أنه لا يجوز له مراقبة ملائمة القرار الاداري ، وعليه البحث في صحة الوقائع التي بني عليها القرار ، وذلك توصلاً الى تقرير شرعية القرار ، ذلك أن سلطة الإدارة في اصدار القرار محددة بنص القانون ، وعلى القضاء الاداري فحص ما اذا كان القرار الاداري المطعون فيه متوافقاً مع النصوص القانونية التي تنظم موضوع الطعن ، وحيث أن تقييم اداء المستدعي موضوع الطلب الماثل بتقدير ضعيف قد تم من لجنة شؤون الموظفين بسلطة النقد شأنه شأن أمثاله الموظفين ووفقاً للقواعد القانونية في لائحة الموظفين في سلطة النقد ... وما تقدم يكون طلب المستدعي غير قائم على أساس من القانون والحقيقة " [153].

ثانياً : الرقابة على المغالاة في التقدير

يطلق على هذه النظرية العديد من المسميات ، فتسمى نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في فرنسا ، بينما يطلق عليها نظرية الخطأ البين في التقدير في مصر ، أما محكمة العدل العليا الفلسطينية فقد استخدمت مصطلح الغلو ، ولكن المعنى واحد لجميع المسميات المختلفة ، حيث تعتبر هذه النظرية من أهم النظريات التي استوحاها مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على أعمال الإدارة ، مع العلم ان ظهورها قد كان مفاجئاً ،

---

[151] - د صلاح عبد العليم ، اثر القضاء الاداري ، على النشاط الاداري للدولة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 98 .

[152] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الاردنية ، قرار رقم 1959/5 ، المنشور في مجلة نقابة المحامين ، عدد1، سنة 7 ، ص1
- مجموعة المبادئ القانونية المنشورة في مجلة نقابة المحامين من سنة 1953 – 1971 ، مرجع سابق ،ص 334

[153] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، قرار رقم 2003/141 ، صادر بتاريخ 2004/6/8 ، غير منشور
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 278

أي بدون أن يبني مجلس الدولة فكرة محددة لمحاولة تقييد عمل الإدارة من هذا الاتجاه ، حتى وصل الأمر ببعض الفقه للقول بأن هذه النظرية قد دخلت مجال القضاء سراً [154] .

وقد عرف الاستاذ فيدل هذه النظرية على أنها " الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر اليه ، ومن الوهلة الاولى دون ثمة حاجة الى الاستعانة بأهل الخبرة في اكتشافه " ، كما عرفها الأستاذان ابوبي ودراجو بأنها " الخطأ الواضح والجسيم بل والخطير الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المختصين من رجال القانون " [155] .

ومن الواضح ان هذه النظرية قد لاقت اختلافاً فقهياً كبيراً على عكس بعض النظريات الأخرى كنظرية التناسب ، ولعل السبب في ذلك يعود الى ارتباط الرقابة عليها بالرقابة على التكييف القانوني ومدى ارتباط القرارات الصادرة عن الإدارة بالوقائع المادية . ويمكن حصر الاختلاف الفقهي حول مدلول هذه النظرية في ثلاث اتجاهات مختلفة [156] :

الاتجاه الأول : اعتمد هذا الاتجاه في توضيح مدلول نظرية الخطأ البين على المعنى اللغوي فقط ، حيث اعتبر أن كلمة ظاهر أو بيّن توحي بأن الخطأ قد وصل الى درجة من الوضوح تكفي لاقناع القاضي بوجود الخطأ ، أي أن القاضي بغنى عن البحث المعمق في الوقائع ما دام أنه يلمس الخطأ بمجرد النظر الى تلك الوقائع المعروضة عليه . الا أن هذا الرأي لم يلقى اهتمام الباحثين والفقه ، ذلك أن الخطأ الواضح الذي يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع لا يمكن تحديده من خلال التعريف اللغوي هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أن هذا الرأي قد ترك الناحية الموضوعية للخطأ البين على حساب تعريفها اللغوي .

الاتجاه الثاني : اعتمد هذا الاتجاه على عكس الاتجاه الاول على تبني الجانب الموضوعي لتحديد مدلول هذه النظرية ، حيث عمل على التمييز بين الخطأ البين والخطأ غير البين ، فالأول يستطيع أن يتعرف عليه الرجل المتوسط التفكير ، أما الثاني فانه لا يمكن التعرف عليه الى من خلال المتخصصين من أهل الخبرة ، أي أن هذا الخطأ لا يتعلق بكونه بيناً وبارزاً أم لا ، وانما يتعلق بعدم كفاية العوامل التي كانت تحيط بالإدارة عند تقديرها للوقائع واصدارها لقراراتها . وقد أخذ على هذا المعيار اغفاله للجانب اللغوي لنظرية الخطأ

---

[154] - محمد خليفي ، اطروحة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص 277 .

[155] - خليفة سالم الجهمي، ملامح التطوات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب)، مقال منشور ، مدونة الدكتور خليفة الجهمي على الانترنت (https://khalifasalem.wordpress.com) ، تاريخ الاطلاع : 2019/5/30

[156] - رضا حجازي ، الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الاداري ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 2001 ، ص 188 .

البين على عكس ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي وهو الأخذ بالمعيار الموضوعي دون اغفال الجانب اللغوي .

الاتجاه الثالث : يرى انصار هذا الاتجاه أنه من الصعب الأخذ بمعيار معين لالزام القاضي الاداري به في كافة المنازعات الادارية ، وأن النزاعات المعروضة عليه قد يحتوي بعضها على خطأ بين ، وقد لا يحتوي بعضها الاخر عليه ، لذلك اقترح أنصار هذا الرأي ضرورة اضفاء صفة المرونة والنسبية لتمييز فكرة الخطأ البين ، أي أن الخطأ يجب أن يكون على درجة معينة من الجسامة ، حتى لا يتم محاسبة الإدارة على جميع أخطائها ، ومن ضمنها الاخطاء البسيطة التي يتغاضى عنها القضاء الاداري في اغلب الاحيان ، اضافة الى ذلك ومن الناحية الموضوعية فانه لا يمكن القول أن الخطأ البين هو الذي يمكن أن يكتشفه الرجل المتوسط التفكير ، لان هذه الاخطاء من النادر أن يقع بها رجل الإدارة ، خاصة وأنه على درجة عالية من الخبرة في شؤون عمله الاداري ، والتي تمنع عليه الوقوع في مثل هذه الأخطاء ، وقد خلص أنصار هذا الرأي الى أنه من الضروري مراعاة المعني اللغوي والموضوعي لهذه النظرية كونهما يكملان بعضهما البعض .

وقد سلم أغلب الفقه بأفضلية هذا الاتجاه – الاتجاه الثالث – خاصة وأنه أخذ بالمعني اللغوى للخطأ البين بحيث يتوجب أن يكون الخطأ بيناً وجسيما ، بالاضافة الى الجانب الموضوعي ، أي ان القاضي الاداري يتوصل الى هذا الخطأ من خلال اوراق الدعوى المعروضة عليه .

وقد أخذ القضاء الاداري المصري بمبدأ الخطأ البين على غرار ما ذهب اليه مجلس الدولة المصري ، ولكنه استخدم تعبير " عدم الملائمة الظاهرة " وذلك للرقابة على القرارات الادارية الصادرة بخصوص تأديب الموظفين ، حيث قضت محكمة القضاء الاداري المصرية بأنه " وقد بان من ظروف اتهام المدعى في القضيتين المنسوبتين اليه أن هذا الاتهام لم يكن يبرر فصله من وظيفته ، ومتى كان القرار المطعون فيه قد استند فيما استند اليه من أسباب الفصل الى ما اتهم به في هاتين القضيتين كان في ذلك عدم ملائمة ظاهرة في القرار ، مما يجعله مشوباً بعيب الانحراف في السلطة " [157] .

كما اخذت محكمة العدل العليا الاردنية بذات التعبير الذي استخدمه القضاء الاداري المصري – عدم الملائمة الظاهرة – وذلك في أحكامها الخاصة بتأديب الموظفين ، حيث قضت بأنه " ولئن كان

[157] - القرار الصادر عن محكمة القضاء الاداري المصرية، قرار رقم 4829 لسنة 5 ق، الصادر بتاريخ 1953/1/18 ، مجموعة السنة 7 ، ص434
- مشار اليه : مصلح الصرايرة ، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الاداري في رقابته على السلطة التقديرية للادارة ، مقال منشور ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد 25 ، العدد الأول ، دمشق ، 2009 ، ص 179

للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الاداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك ، الا ان مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو ، ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الاداري وبين نوع الجزاء ومقداره ، فتقدير الجزاء المشوب بالغلو يخرج من نطاق المشروعية الى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة القضاء الاداري " [158] .

كما قضت أيضاً المحكمة الادارية العليا " وباستقراء أحكام المواد 68 و 146هـ و 141/أ/7 من نظام الخدمة المدنية يتبين أن القرار المطعون ضده قد صدر سليما من حيث الاجراءات المتبعة والصلاحيات المخولة اليه ، الا أن الاستغناء عن خدمة الطاعن لا تتناسب مع الذنب الذي اقترفه وظروف القضية ، وهو ما يشكل غلواً في العقوبة ، ذلك انه من المعلوم أن العقوبات التأديبية شرعت لتتمكن سلطة التأديب المختصة من توقيع الجزاء على الموظف مرتكب المخالفة التأديبية ، حفاظاً على المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة ، والشرط العام للجزاء ان يكون عادلاً دون اسراف بالشدة أو إمعان في الرأفة فان كانت الصورة الاولى فهي الغلو في العقوبة التي تخالف مبدأ الملائمة الذي يقصد فيها التناسب بين سبب القرار ومحله .. " [159] .

وقد قضت في قرار آخر لها " أن من صور الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الاداري وبين نوع الجزاء ومقداره ، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي تفيأه النظام من التأديب ، وهو بوجه عام تأمين النظام للمرافق العامة ، ولا يتأتى هذا التأمين اذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة بين الذنب وما يقابله من عقاب " [160] .

وقد سارت محكمة العدل العليا الفلسطينية على ذات الاجتهاد الذي اتبعه القضاء الاداري المصري والاردني ، كما انها استخدمت ذات التعبير عن الخطأ البين ، حيث استخدمت تعبير (الغلو) ، وذلك في اطار رقابتها على القرارات التأديبية الصادرة عن الإدارة ، حيث قضت " .. وبتطبيق ذلك على ما هو ثابت في هذه الدعوى ودون اخلال فيما توصلنا اليه بخصوص عدم مراعاة اجراءات التحقيق ، فاننا نجد الجهة المستدعى ضدها التي لم تتقيد اصلاً بما فرضه عليها النظام من ضرورة تأمين ضمانات الدفاع للموظف ،

---

[158] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الاردنية ، قرار رقم 1965/1141 ، صادر بتاريخ 1967/3/4
- منشورات عدالة

[159] -القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا الاردنية ، قرار رقم 2018/193 ، صادر بتاريخ 2018/6/5
- منشورات عدالة

[160] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الاردنية ، قرار رقم 2000/94 ، صادر بتاريخ 2000/6/28
- منشورات عدالة

قد غالت في العقوبة التي أوقعتها على المستدعي ، بأن قررت عزله باستعمالها أقصى العقوبة وهي العزل ، مع أنه كان بمقدورها على فرض ثبوت التهمة المسندة اليه أن تتخذ بحقه بعضاً من العقوبات الأخرى المنصوص عليها في المادة المشار اليها والتي تتناسب مع المخالفة المدعى بها ، الأمر الذي نجد معه أيضاً أن اجراء العزل تم بصورة يكتنفها التعسف في استعمال السلطة " [161] .

كما قضت أيضاً في اطار ممارسة هذه الرقابة بأن " عقوبة العزل هي اقسى العقوبات المنصوص عليها في المادة 19 من النظام ، حيث جاءت هذه العقوبات على شكل هرمي مبتدئة بأخف العقوبات وصولاً الى أقساها ، وترك المشرع للجهة المناط بها التأديب تقرير العقوبة على ضوء المخالفة المنسوبة للموظف ، بشرط الا يكون هناك غلو في العقاب .. وتملك محكمة العدل العليا في حدود رقابتها القضائية أن تحقق فيما اذا كانت الاجراءات التأديبية قد تمت وفق الاصول وروعيت فيها الضمانات الجوهرية ، وان النتيجة التي انتهى اليها القرار التأديبي مستخلصة استخلاصاً سائغاً من اصول ثابتة في أوراق التحقيق تثبت قيام الحالة الواقعية والقانونية التي تكون ركن السبب في توقيع الجزاء ، وان مجرد اقتناع رجل الإدارة بالواقعة لا يحول دون تدخل المحكمة في بسط رقابتها على ثبوت السبب وتكييف الفعل المنسوب للمستدعي فيما اذا كان يشكل ذنباً تأديبياً أم لا ، وصحة التطبيق القانوني عليه " [162] .

ثالثاً : الرقابة على التناسب في الجزاءات التأديبية

يعرف التناسب على أنه " الملائمة بين درجة خطورة المخالفة وبين الجزاء ، وهو بذلك يعتبر مبدأً قانونياً، على جهة الإدارة أن تلتزم به في تصرفاتها ولو لم ينص عليه القانون " [163] .

ويعتبر التناسب من أهم الوسائل الحديثة التي يستخدمها القضاء الاداري لمراقبة السلطة التقديرية للادارة ، وللكشف عن ملابسات قراراتها، حمايةً لحقوق الافراد وحرياتهم من تعسفها ، على نحو من شأنه أن يجعل الإدارة ملزمة باصدار قرارات تتناسب والأفعال الضارة الصادرة عن الأفراد .

فالإدارة وإن كانت تتمتع بسلطة تقديرية واسعة بخصوص ايقاع الجزاء التأديبي على الموظف الذي ارتكب احدى المخالفات ، الا أن غلوها أحياناً في اختيار عقوبة لا تتناسب والمخالفة المرتكبة جعل القضاء الاداري يوسع من رقابته على هذه السلطة ، على نحو أصبح معه القضاء الاداري يلغي القرارات الادارية

---

[161] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 1996/31 ، صادر بتاريخ 2003/11/5
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[162] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 1998/10 ، صادر بتاريخ 2003/12/16
- موقع قانون

[163] - علي فقيهي ، التناسب بين المخالفة التأديبية للموظف العام والعقوبة التأديبية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، 2013 ، ص 169 .

الصادرة بحق الافراد اذا ما رأى أن العقوبة المتخذة ضدهم مجحفة ، أو لا تتناسب مع المخالفة المرتكبة [164].

ويعتبر التناسب من ضمن النظريات الحديثة النشأة ، حيث لم يقر مجلس الدولة الفرنسي مضمونها الا ابتداءً من عام 1978 ، بعدما كان في قضائه القديم لا يراقب خطورة الجزاء التأديبي ، حيث توصل مجلس الدولة الى أنه لم يعد من المقبول الصمت عن حرية الإدارة الذي وصل الى حد التفاوت الواضح والصارخ في توقيع العقوبات التأديبية ، على نحو يقلل قيمة الضمانات التأديبية التي كفلها القانون ، وبناءً عليه أصدر قراره الشهير المعروف بقرار ليبون الذي أشرنا له في المطلب السابق ، اضافة الى قرار فينولاي الصادر عام 1978 [165].

وبالتالي فقد أصبحت الحاجة ملحة لضرورة بسط القضاء الإداري رقابته على المجال التأديبي ولا مبرر له في الامتناع عن ذلك ، وبذلك أصبح مجلس الدولة الفرنسي يراقب تقدير وتقييم السلطة المخولة للإدارة في التأديب ، والأسس التي تعتمد عليها في إصدار عقوبتها وما مدى تناسبها مع العقوبة المتخذة [166].

ولعل النظر الى مضمون هذه النظرية يوقع الشك في مدى اختلافها عن مبدأ الملائمة ، على اعتبار انهما يتجهان الى نفس المضمون تقريباً ، ولكن حقيقة الأمر تشير الى الاختلاف بينهما ، فالتناسب يعني التوافق بين الاجراء المتخذ مع أهمية الوقائع الثابتة ، أما الملائمة فانها صفة للقرار الاداري ، فيقال القرار ملائم اذا ما اتخذ بالطريقة الفضلى ، وبمعنى آخر فان التناسب يعتبر احد عناصر الملائمة الثلاث ، وهي تقدير وجوب التدخل من عدمه واختيار الوقت المناسب للتدخل ، وتقدير الاجراء الذي يتناسب مع الخطورة [167].

---

[164] - اسلام أبو سعود ، الرقابة القضائية على الجزاءات التأديبية في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 وتعديلاته ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، 2016 ، ص 48 .

[165] - صفاء فتيتي ، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية ، مرجع سابق ، ص 31-32 .

[166]- Jean Rivero et Jean Waline, droit administratif, 20e éd., Paris, Dalloz, 2004. P 573.

[167] - قوسم غوثي ، التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه ، اطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد ، الجزائر ، 2012 ، ص129 .

وقد أكد مفوض الحكومة الفرنسية " Baribant " في مطالعته حول قضية " Ville nouvelle est " ، ان رقابة التناسب لا تعني رقابة الملائمة ، حيث ذكر " أنتم مدعوون اليوم وبشكل واسع ، لتتناولوا مسائل تدخل في مجال التقدير الذي يلامس الملائمة ولكنكم لن تدخلوه " [168].

ولعل من الجدير بالذكر أن مبدأ التناسب يشكل علاقة ربط بين محل القرار والوقائع ، وبين الجزاء والمخالفة ، لكي يتم ايجاد توازن بين عنصر السبب وعنصر المحل في القرار الاداري ، وعليه فان هذا المبدأ يستخدمه القاضي الاداري لتقدير أهمية الواقعة ومدى تناسب القرار الاداري معها ، فالاصل أن الإدارة تملك سلطة وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها ، ولكن هذا العمل يجب أن يكون له ما يبرره والا كان عرضة للالغاء [169].

فالرقابة على مبدأ التناسب بشكل عام لا يحرم الإدارة من تقدير ملائمة قراراتها ، بحيث تبقى لها دائماً حق فحص الوقائع الهامة كالسوابق التأديبية للموظف وحالته العائلية والصحية ، كما أن القاضي الاداري لا يملك الحق بتحديد الجزاء المناسب للموظف ، ولكن كل ما يملكه هو الغاء القرار التأديبي الصادر من الإدارة اذا ما تبين له أنه مخالف لمبدأ التناسب أو فيه غلو واضح ، فيقوم عندئذ باعاة الأمر للادارة لاعادة التقدير مرة أخرى ، أي ان الامر لا يتعلق بالاختيار من بين مجموعة عقوبات ، وانما اختيار العقوبة الملائمة للصالح العام فيما يتعلق بهذه المخالفة التأديبية [170] .

وقد أكدت محكمة العدل العليا الاردنية على ضرورة الأخذ بمبدأ التناسب على غرار ما ذهب اليه مجلسي الدولة المصري والفرنسي ، حيث قضت بأن " ادانة المستدعي بالاهمال واللامبالاة وعدم ايضاح الموقف بشكل كاف للموكل والتغاضي عن اقامة الدعوى الموكل باقامتها ومعاقبته من قبل مجلس نقابة المحامين بمنعه من مزاولة المهنة لمدة ثلاثة أشهر فيه غلو يشوبها بعيب اساءة استعمال السلطة لعدم الملائمة بينها وبين الذنب المرتكب " [171] .

وقد سارت محكمة العدل العليا الفلسطينية على ذات الاجتهاد ، فلم تكن بمنأى عن ما ذهبت اليه الاجتهادات القضائية المقارنة بالنسبة لنظرية التناسب ، بل استقر قضاؤها على ضرورة اجراء التناسب بين الفعل المرتكب والعقوبة المقررة ، حيث قضت بأن " الرقابة القضائية التي تمارسها محكمة العدل العليا

---

[168] - مشار اليه : أ. مايا أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، مرجع سابق ، ص 66 .

[169] - أ. مايا أبو دان ، المرجع أعلاه ، ص 12 .

[170] - د. سامي جمال الدين ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 226 .

[171] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا ، رقم 1992/68 ، المنشور في مجلة نقابة المحامين ، سنة 1992 ، ص 1607 .
- المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1988 حتى نهاية سنة 1992، مرجع سابق ، ص58

على التناسب بين جسامة الذنب الإداري ونوع ومقدار العقوبة التأديبية ، هي ضمانة كبيرة للافراد وتقييم من مغالاة الإدارة في تقدير جسامة الأفعال ، كما تعد هذه الرقابة تضييقاً لنطاق الصلاحية التقديرية التي تتمتع بها الإدارة وحدها " [172] .

كما قضت أيضاً بأنه " اذا كانت الوظيفة التي نقل اليها المستدعي لا تنتقص من درجة المستدعي الوظيفية او حقوقه المالية او امتيازاته الوظيفية ، فلا مجال للقول بأن النقل ينطوي على عقوبة مقنعة " [173] .

وقضت أيضاً في اطار هذه الرقابة بأن " نقل الموظف من مكان عمله الى مكان آخر يقع ضمن السلطة التقديرية للادارة العامة ، وبما أنه تبين للمحكمة أن هذا النقل لم يلحق بالموظف أي ضرر ، وبما أن المسمى الوظيفي أو درجة الموظف لم يحصل عليها أي تغيير ، فان المحكمة تقرر رد الدعوى " [174] .

رابعاً : الرقابة على الموازنة والترجيح

تعرف الموازنة على أنها " مقارنة او موازنة النتائج الايجابية لتدبير اداري معين مع السلبيات التي يخلفها ، وبالتالي لا يكون هذا التدبير شرعياً الا اذا رجحت ايجابياته على سلبياته ، أي اذا كان رصيده ايجابياً " [175] .

وقد كان أساس ظهور هذه النظرية هو مسألة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، فلم يكن مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على قرارات الاستملاك من اجل المنفعة العامة يذهب الى موضوع الموازنة بين المنافع والمضار ، وانما كانت رقابته تقتصر على موضوع المنفعة بشكل عام ، فيقوم بالتأكد من أن قرار الاستملاك سيعمل على تحقيق منفعة عامة أم لا، دون الخوض فيما اذا كانت التكالف الناتجة تفوق المنافع ، على فرض أن ذلك يدخل ضمن السلطة التقديرية المتروكة للادارة ، أي أن رقابته كانت تقتصر على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يبنى عليها القرار والتكييف القانوني لهذه الوقائع [176] .

---

[172] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2008/1 ، الصادر بتاريخ 2009/2/25 .
- المجلة القانونية ، العدد الخامس ، 2013 ، مرجع سابق ، ص 10 .

[173] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2008/417، بتاريخ 2010/1/21
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 -2011 ، مرجع سابق ، ص 2 .

[174] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2009/844 ، الصادر بتاريخ 2011/1/24
- المرجع أعلاه

[175] - أ. مايا أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، مرجع سابق ، ص 100 .

[176] - رمضان بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري ، مرجع سابق ، ص 308 .

الا ان مجلس الدولة الفرنسي قد عدل عن هذا الاجتهاد باقراره لمبدأ الموازنة في قضية " nouvelle ville est " ويتلخص موضوع هذه القضية في أن الإدارة أرادت اقامة مدينة سكنية جديدة شرق مدينة ليل الفرنسية تتسع لاسكان 20 -25 ألف نسمة ، اضافة الى اقامة مدينة جامعية تتسع لاسكان 30 الف طالب ، وتقرر دمج المشروعين في مشروع واحد ، وقدرت تكلفته المالية بمليار فرنك فرنسي ، يقام على مساحة تقدر بـ 500 هكتار ، تستدعي هدم ونزع ملكية المئات من السكنات ، حوالي 250 سكناً كان بعضها حديث البناء ، وأمام الاحتجاج الصارخ لاصحاب السكنات تم اعادة النظر في التخطيط ليخفض من عدد المنازل المراد نزع ملكيتها الى 88 سكناً ، وعلى هذا المشروع ، أصدر وزير السكن قرار التصريح بالمنفعة العامة في 3 ابريل 1968 ، مما دفع بجمعية الدفاع عن الاشخاص المعنيين بالمشروع الى الطعن ببطلان هذا القرار ، وفي 30 تموز حكمت محكمة ليل الادارية بالغاء قرار التصريح بالمنفعة العامة ، فقام وزير السكن باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة الفرنسي ، فعمل مجلس الدولة على إرساء مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا ، وذلك بموازنة المنفعة من المشروع مع الاضرار الناتجة عنه ، حيث اعتبر أن المشروع يشكل تكلفة مالية كبيرة ، بالاضافة الى الاضرار الاجتماعية ، وكانت بذلك الكفة مرجحة للافراد ، فالغى مجلس الدولة قرار التصريح بالمنفعة العامة ، مؤكداً على قرار محكمة ليل الفرنسية [177] .

ونرى وبحق أن اقرار مجلس الدولة لهذه النظرية قد عمل على تغيير الرأي المستقر عليه فقهاً في أن تقدير الموازنة يرجع للسلطة التقديرية للادارة . فليس للقضاء الاداري النظر بالموازنة والترجيح فيما تكون لدى الإدارة من أسباب ومبررات قدرت على أساسها ملائمة اصدار قراراتها ، والا كان ذلك مصادرة لحق الإدارة في التقدير [178] .

ولم يأخذ القضاء الاداري المصري على غير عادته بهذه النظرية أسوة بما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي ، حيث اعتبر أن الموازنة بين قرارات اعلان المنفعة العامة فيما يتعلق بالصالح العام أو الاضرار التي تنتج عن ذلك تدخل في صميم السلطة التقديرية للادارة في ملائمتها لقراراتها ، حيث قضت بأنه " من المقدر قانوناً أن للجنة الإدارة سلطاتها في اختيار الموقع وتحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام ، بما تراه محققاً للمصلحة العامة ، وبما يجتمع لها من مقومات الخبرة والدراية ، وينعقد لها من أسباب الاختصاص الصحيح ، ومثل هذا الاختيار مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية وينأى عن تعقيب القضاء

---

[177] - مشار اليه : الخير بوضياف ، مقال منشور ، مرجع سابق ، ص 324 – 325

[178] - د . محمد عبد الباسط ، القضاء الاداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ، 2005 ، ص 37 .

الاداري ما دام رائده الصالح العام ، وانه لا ينهض من الشواهد ما ينبئ عن انها ابتعدت به عن غاياته ، فتبنت وجه المصلحة العامة او اتخذته بباعث منبت الصلة بها " [179] .

وعلى غرار ما ذهب اليه القضاء الاداري المصري ، لم تأخذ محكمة العدل العليا الاردنية منذ نشأتها أيضاً بمبدأ الموازنة بين التكاليف و المنافع ،بالرغم من اختصاصها بالنظر في الدعاوى الخاصة بالاستملاك، حيث قضت " أن قرار مجلس الوزراء باعتبار أرض مشروعاً للنفع العام بمقتضى قانون الاستملاك هو قرار اداري تختص محكمة العدل العليا بنظر دعوى الطعن به ، وهو ليس من قبيل الاعمال الادارية " [180] . ولكن وبالرغم من ذلك فقد اقتصرت رقابتها على ضرورة تطبيق القانون فقط دون ان تمتد للموازنة ، حيث قضت " يستفاد من المادة 11 من الدستور أنها اشترطت لنزع الملكية الخاصة جبراً عن صاحبه شرطين أساسيين وهما : ألا تنزع الملكية الا للمنفعة العامة ، وثانيهما أن يكون ذلك لقاء تعويض عادل ، ثم جاءت عبارة وفقاً للقانون لتنسحب على ما سبقها من عبارات ولتدل على أن الدستور قد أناط بقانون الاستملاك اجراءات نزع الملكية وتقرير أسس التعويض وضماناته ولم يقيد الدستور القانون الا بالشرطين المتقدم ذكرهما " [181] .

أما في فلسطين فلم تذهب محكمة العدل العليا الفلسطينية الى ذات الاجتهاد الذي ذهب اليه القضاء الإداري الأردني والمصري ، بل أخذت بمبدأ الموازنة على غرار ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي ، ونرى أنه حسنا قد فعلت في اطار زيادة الرقابة على سلطة الإدارة ، حيث قضت في اطار تعديل مسار الشارع بأنه " يتبين للمحكمة أن البديل الأول هو البديل الأخف وطأة وأنه يحقق مطالب المستدعين ، كما أنه يحظى بموافقة البلدية ، وهو ما أخذت به هذه المحكمة كحل بديل وعادل وأهون من البدائل الأخرى ، بل هو أهون لظروف المستدعين والبلدية ، لذلك تقرر المحكمة تعديل مسار الشارع رقم 3 المراد فتحه بعرض ثلاثين متراً .. ليكون وفقاً للبديل الأول المقترح في تقرير لجنة المهندسين الفني المشار اليه في البند السادس الصفحة 12 من التقرير المقدم للمحكمة من المستدعين " [182] .

---

[179] - القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا المصرية ، رقم 571 لسنة 18 ق ، الصادر بتاريخ 1978/1/28 ، مجموعة السنة 24 ، ص111
- مشار اليه : مصلح الصرايرة ، مقال منشور ، مرجع سابق ، ص 184

[180] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الاردنية ، رقم 1966/27 ، بتاريخ 1966/1/1
- منشورات عدالة

[181] - القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا الاردنية ، رقم 2007/333 ، الصادر بتاريخ 24 /2007/10
- منشورات عدالة

[182] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، القرار الصادر في طلب رقم 1997/23 ، صادر بتاريخ 1997/12/12
- منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني – المقتفي

ويلاحظ الباحث هنا أن محكمة العدل العليا الفلسطينية قد رتبت أثر على قرارها ، أي أنها حكمت بالغاء القرار وما يترتب عنه من أثر ، الا انه ومن الجدير بالذكر أن المحكمة رجعت هذه الاجتهاد بعد صدور القانون الأساسي الفلسطيني وقانون تشكيل المحاكم النظامية ، حيث أكدت محكمة العدل العليا اختصاصها في قضاء الالغاء دون التعويض .

المبحث الثاني : رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على سلطة الادارة التقديرية في اصدار التشريعات

ان المقصود بالسلطة التقديرية كمفهوم عام كما أشرنا سابقاً هو المساحة الممنوحة لمتخذ القرار ، ليصدر قراره بناءً على الظروف المحيطة به ، وهنا لا نقصد بالقرار القرار الاداري فقط ، بل قد يشمل أيضاً القرار القضائي الذي يصدره القاضي ، الذي بدوره قد منح سلطات تقديرية واسعة أيضاً من قبل المشرع ، وفي فلسطين وخاصة في ظل حالة الانقسام السياسي التي تعيشه فلسطين منذ عام 2007 حتى هذه اللحظة ، كان للسلطات التقديرية الممنوحة للجهات الادارية أثرها الواضح على الساحة الفلسطينية ، خاصة في ظل تفشي سياسة التفرد بالقرارات دون أي أفق أو استراتيجية محددة .

ونتناول في هذا المبحث السلطة التقديرية الممنوحة للادارة خاصة نص المادة 43 من القانون الاساسي الفلسطيني التي منحت الرئيس سلطة واسعة في اصدار قرارات لها قوة القانون [183] ، كما سنشير الى الرقابة القضائية الدستورية على القرارات الصادرة عن الإدارة استناداً لسلطتها التشريعية ، على ضوء الاختصاصات الممنوحة للمحكمة الدستورية العليا بعد اصدار قانون المحكمة الدستورية العليا والقرار بقانون القاضي بتشكيلها .

وبناءً على ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : السلطة التقديرية للرئيس ومجلس الوزراء في اصدار التشريعات

المطلب الثاني : رقابة القضاء الدستوري على السلطة التشريعية للادارة في فلسطين على ضوء الاختصاصات المخولة له

[183] - نصت المادة 43 من القانون الأساسي على ما يلي " 1- لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل 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"

المطلب الأول : السلطة التقديرية الممنوحة للادارة في التشريع

ذكرنا سابقاً أن السلطة التقديرية الممنوحة للادارة انما جاءت من أجل تسهيل عملها ، للقيام بالوظائف المنوطة بها ، خاصة وأن ما قد يواجه الإدارة من ظروف يصعب على المشرع أن يحيط نفسه بها جميعا ، ولكن بالرغم من ذلك فان الإدارة دائماً مقيدة بمبدأ المشروعية ، حتى في ظل سلطتها التقديرية ، وقد استقرت محكمة العدل العليا الفلسطينية على هذا المبدأ خوفاً من تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة .

وتملك الإدارة في فلسطين وخاصة رئيس السلطة الوطنية ومجلس الوزراء مجموعة كبيرة من الاختصاصات التي نصت عليها القوانين العادية والقانون الأساسي المعدل ، وتشتمل تلك الاختصاصات في جلها على سلطات تقديرية واسعة للادارة ، وفي هذا المطلب سنتطرق للاختصاصات التشريعية الممنوحة لرئيس السلطة الوطنية ، بالاضافة الى الاختصاصات التشريعية الممنوحة لمجلس الوزراء ، وسنقف على السلطة التقديرية الممنوحة لكل منهما في ظل تلك الاختصاصات ، قبل الخوض في الرقابة الدستورية على تلك الاختصاصات .

الفرع الأول : السلطة التقديرية في الصلاحيات التشريعية الممنوحة للرئيس

نص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على مجموعة من الاختصاصات لرئيس السلطة الوطنية ، منها ما هو تشريعي ومنها ما هو تنفيذي ، هذا بالاضافة الى الاختصاصات الممنوحة له بموجب القوانين العادية العديدة ، التي لا تكاد تخلو أياً منها من مجموعة من الاختصاصات لرئيس السلطة الوطنية ، وسنتناول في هذا الفرع الاختصاصات التشريعية لرئيس السلطة الوطنية ، مع بيان مدى توفر السلطة التقديرية فيها .

الفقرة الاولى : اصدار قرارات بقانون

لقد ظهرت السلطة التقديرية في فلسطين في بعض نصوص القانون على نحو لا يمكن حتى للقضاء أن يراقبها الا في حدود ضيقة ، عندما تخالف نصوص تشريعية واضحة ، ونقصد بهذه النصوص على وجه الخصوص نص المادة 43 من القانون الأساسي الفلسطيني التي نصت على حالة الضرورة .

حيث ورد في مضمون هذه المادة أن " لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل 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 " .

ويتبين من خلال النص السابق أن المشرع الدستوري الفلسطيني قد منح رئيس دولة فلسطين صلاحيات تشريعية ولكنها مشروطة بعدة أمور ، (أن يكون هناك حالة ضرورة لا تحتمل التأخير ، أن تكون في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي ، أن تعرض جميع القرارات بقانون الصادرة عن الرئيس على المجلس التشريعي في أول جلسة انعقاد له لاقرارها أو الغائها) . كما يتبين هنا أن الرئيس وأثناء توفر حالة الضرورة السابقة ، ينتقل دوره من رئيس سلطة الى رئيس سلطة ومشرع في ذات الوقت .

ولعل الملفت في المادة السابقة هو حجم السلطة التقديرية التي تم منحها لرئيس السلطة ، اذ أن المشرع لم يقيد بداية هذه الحالة بمدة محددة على غرار حالة الطوارئ ، كما أنه لم يوضح المقصود بحالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير ، أي أن الرئيس وفي غير أدوار انعقاد المجلس يملك سلطة تقديرية واسعة في تحديد الحالة ان كانت تحتمل التأخير أم لا . لدرجة نجد معها أن سيادة الرئيس أبو مازن رئيس دولة فلسطين ، قد أصدر حوالي 150 قرار بقانون ما بين عامي 2007 -2016 ، والتي أصبحت مع نهاية عام 2019 أكثر من 200 قرار بقانون ، وهو أضعاف ما أصدره المجلس التشريعي الفلسطيني منذ عام 1997 حتى عام 2007 أي قبل الانقسام السياسي [184].

ونرى أن المشرع الدستوري انما قصد في نص المادة 43 الفترة التي تكون في غير دورة الانعقاد السنوي للمجلس – أي الفترة التي يشرع فيها القوانين - ، وهي فترة محدودة لا تستلزم معها اعطاء حالة الضرورة فترات محددة أو مدد خاصة على غرار حالة الطوارئ ، ولكن مع الاحترام فلم يكن المشرع الدستوري بالفطنة الكافية لأخذ الاحتمالات جميعها خاصة في ظل الوضع السياسي الفلسطيني ، مما جعل من نص المادة ثغرة قانونية كبيرة يمكن استغلالها بسهولة .

وما يؤكد قولنا أن نص المادة 43 قد جاء في ظل غياب الفطنة التشريعية للمشرع الدستوري الفلسطيني، ما أكده القانون الأساسي بنصه انه " 2- إذا رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون إلى

[184] - في العدد 55 : ما يزيد على 120 قرار بقانون، نشاط تشريعي يفوق عدد القوانين التي أصدرها المجلس التشريعي ، مقال منشور في صحيفة الحدث الالكترونية ، بتاريخ 12-1-2016 ، (www.alhadath.ps) .

المجلس التشريعي وفقاً للأجل والشروط الواردة في الفقرة السابقة تعاد مناقشته ثانية في المجلس التشريعي، فإذا أقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه أعتبر قانوناً وينشر فوراً في الجريدة الرسمية " [185]، وهو تأكيد صريح من المشرع الدستوري أن الرئيس لا يمكن له أن يقف موقف المشرع ، حتى أن رفضه للقوانين الصادرة عن المجلس التشريعي لا تؤثر على إقرار القوانين ، وانما تنشر القوانين وتقر حتى في ظل رفضه لها ، مطبقاً المشرع الدستوري في ذلك مبدأ الفصل بين السلطات .

ولكن ومع توالي استغلال السلطة التقديرية الواسعة لنص المادة 43 وفي الفترة التي يعمل الفقه فيها على تفسير المقصود بحالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير ، نجد صانعي القرار في فلسطين ، يتسابقون حول إعداد قرارات بقوانين بشكل عشوائي دون أي أفق أو رؤية تشريعية واضحة وطرحها للرئيس للمصادقة عليها ، ما أدى الى ظهور حالة واضحة من التخبط التشريعي ، والأمثلة على ذلك كثيرة ، كالقرار بقانون بشأن انشاء محكمة الجنايات الكبرى [186] ، الذي ضرب بعرض الحائط جميع الحقوق والحريات التي نص عليها القانون الاساسي الفلسطيني والمواثيق والمعاهدات الدولية التي وقعت عليها فلسطين ، وخاصة تلك النصوص المتعلقة بالمتهم وضرورة التقيد باجراءات المحاكمة العادلة بشكل يخالف مبدأ دستورية القوانين ، حتى وصلت حالة التخبط الى الغاء القرار بقانون رقم 24 لسنة 2017 واصدار قرار بقانون آخر بعد أقل من نصف عام رقم 9 لسنة 2018 ، ثم ايقافه كلياً بضغط من أركان العدالة وعلى رأسهم نقابة المحامين الفلسطيين . اضافة الى ذلك القرار بقانون رقم 19 لسنة 2016 بشأن الضمان الاجتماعي [187] ، والذي تم الغاؤه بضغط شعبي كبير ، نظراً لعدم وجود استقرار مالي للسلطة الفلسطينية وارتباطها المالي والاقتصادي بدولة الاحتلال ، اضافة الى القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية [188] والذي يخالف نصوص المواد 10 و 11 من القانون الأساسي المتعلقة بالحرية في التعبير عن الرأي ، حيث لاقى هذا القرار بقانون معارضة شديدة من قبل قطاع العدالة في فلسطين ومؤسسات حقوق الانسان ، وخاصة نص المادة 39 منه و التي تجيز حجب المواقع الالكترونية واعتقال الافراد نتيجة التعبير عن رأيهم ، حيث قامت محكمة صلح رام الله في شهر تشرين أول من عام 2019 باصدار قرار بحجب عشرات المواقع الالكترونية ، وهو ما لاقى استياء مجموعة كبيرة من الافراد والمؤسسات الحقوقية في فلسطين

---

[185] - انظر نص المادة 41 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003

[186] - القرار بقانون رقم 9 لسنة 2018 بشان انشاء محكمة الجنايات الكبرى ، والذي الغى القرار بقانون رقم 24 لسنة 2017 الخاص انشاء محكمة الجنايات الكبرى أيضا ، وقد تم ايقاف العمل بالقرار بقانون رقم 9 لسنة 2017 في عام 2019 بموجب قرار رئاسي .

[187] - القرار بقانون رقم 19 لسنة 2016 بشأن الضمان الاجتماعي ، والذي تم ايقاف العمل به بموجب قرار رئاسي .

[188] - القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية .

[189] . الا ان المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قد حصنت هذه المادة – 39 من القرار بقانون بشأن الجرائم الالكترونية – نظراً لان طلب الاحالة لم يكن في ذات الدعوى ، وانما في طلب لاحق لها بعد صدور قرار نهائي فيها حيث قضت " وحيث أن البين من نص المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 وتعديلاته بفقريتها 2 و 3 انه يجوز لمحكمة الموضوع ان تحيل من تلقاء نفسها الى المحكمة الدستورية العليا اي نص تشريعي لازم للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها اذا تراءى لها مخالفة للقانون الاساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته ولها كذلك ان تصرح لخصم دفع امامها بعدم دستورية نص تشريعي لازم الفصل في النزاع المطروح عليها وقدرت جدية دفعه باقامة دعواه الدستورية خلال 60 يوما شريطة ان يتم ذلك في الحالتين المذكورتين انفا ... ولما كان قانون هذه المحكمة قانونا خاصاً يحكم الطلبات والدعاوى التي تدخل في ولايتها ، ويحدد الاجراءات التي ترفع بها وفقاً لما بيناه انفاً فلا يجوز اللجوء الى قانون اخر وعلى ما تقضي به المادة 26 التي تنص على " فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل تسري على قرارات الاحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم للمحكمة الاحكام المقررة في قانون الاصول النافذ بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والاوضاع المقررة امامها " ومن ثم تكون الاحالة في الطلب رقم 2019/14 قائمة على غير سند من القانون المنظم لاختصاصات المحكمة الدستورية وتعديلاته ، لما كان ذلك وكانت ولاية هذه المحكمة في الدعاوى والطلبات لا تقوم الا باتصالها بالدعوى او الطلب اتصالاً قانونياً للاوضاع المقررة في المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية لسنة 2006 وليس منها على سبيل الدعاوى او الطلبات العارضة بعد اصدار القرار في الطلب الاولي رقم 2019/12 فانه لم يتصل بالمحكمة اتصالاً قانونياً ويتعين الالتفات عنه ، اذ لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا ان تجاري محكمة الصلح في الخطأ الذي وقعت فيه ، لهذه الاسباب حكمت المحكمة بالاغلبية بعدم قبول الاحالة " [190] .

في الوقت نفسه نجد أن هناك مجموعة كبيرة من القرارات بقانون التي يجب أن تصدر نظراً لوجود حالة ضرورة لاصدارها لم تصدر حتى هذه اللحظة ، بل أبعد من ذلك هناك مجموعة من القرارات بقانون التي صدرت ولكنها لم تطبق أيضاً كالقرار بقانون بشأن انشاء هيئة تنظيم قطاع الاتصالات الذي تم

---

[189] - تنص المادة 39 من القرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 على ما يلي " 1. لجهات التحري والضبط المختصة، إذا ما رصدت قيام مواقع إلكترونية مستضافة داخل الدولة أو خارجها، بوضع أي عبارات أو أرقام أو صور أو أفلام أو أي مواد دعائية أو غيرها، من شأنها تهديد الأمن القومي أو النظام العام أو الآداب العامة، أن تعرض محضراً بذلك على النائب العام أو أحد مساعديه، وتطلب الإذن بحجب الموقع أو المواقع الإلكترونية أو حجب بعض روابطها من العرض. 2. يقدم النائب العام أو أحد مساعديه طلب الإذن لمحكمة الصلح خلال (24) ساعة، مشفوعاً بمذكرة برأيه، وتصدر المحكمة قرارها في الطلب، في ذات يوم عرضه عليها إما بالقبول أو بالرفض، على ألا تزيد مدة الحجب على ستة أشهر، ما لم تجدد المدة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذه المادة.

[190] - القرار الصادر عن المخكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 2019/30 ، الصادر بتاريخ 2020/1/30 ، الجريدة الرسمية (جريدة الوقائع الفلسطينية) ، العدد163 ، ص 53

اقراره عام 2009 ، لكن هذه الهيئة لم تتشكل حتى الآن ، وهو ما يعطي دلالة واضحة أن القرارات بقانون لا تعبر عن حالة الضرورة بقدر تعبيرها عن رغبات شخصية [191] .

وفي هذا المجال يرى بعض الفقه أن هذه القرارات وان كانت تملك قوة القانون ، الا أنها لا يمكن لها مخالفة أي نص من نصوص الدستور (القانون الأساسي) ، فان كان القانون ذاته لا يمكن له مخالفة أياً من نصوصه ، فما هو حال القرار بقانون ، والذي لا يملك ولا يمكن له أن يرقى لمرتبة القانون ذاته قبل مصادقة المجلس التشريعي عليه [192] .

ان السلطة التقديرية الممنوحة للادارة يجب دائما أن تظل تحت رقابة القضاء ، خاصة ان من يملك أي سلطة يميل غالباً لاساءة استعمالها ، ونشير في هذا المجال الى الدور الذي قامت به المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بالغاء القرار بقانون الصادر عن سيادة الرئيس بتخفيض سنة التقاعد للقضاة الى ستين سنة ، حيث أدى القرار السابق الى احالة 54 قاضياً من خيرة قضاة فلسطين للتقاعد تحت ذريعة اصلاح منظومة القضاء ، وقد عملت المحكمة الدستورية العليا على الغاء القرار بقانون لعدم دستوريته ولمخالفته لنصوص القانون الاساسي وخاصة المواد 97 و 98 و 99 و 100 من القانون الأساسي [193] ،.

حيث قضت بما يلي " حكمت المحكمة الدستورية العليا بالأغلبية بما يلي :ً أولا : عدم دستورية القرار بقانون رقم (16) لسنة 2019 م، بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 م، لعدم مشروعية القرار بقانون السابق لعدم تقيد المشرع بالأصول والاجراءات والشكليات المنصوص عليها في القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 م وتعديلاته في تعديل قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002 م، المنصوص عليها في المواد (97 ،98 ،99 ،100) من القانون الأساسي، وليس للملاءمة أو عدم الملاءمة الوارد فيه بشأن المادتين الثانية والثالثة منه ورد الطعن المتعلق بالقرار بقانون رقم (17) لسنة 2019م، بشأن تشكيل مجلس قضاء أعلى انتقالي " [194] .

---

[191] - في العدد 55 : ما يزيد على 120 قرار بقانون، نشاط تشريعي يفوق عدد القوانين التي أصدرها المجلس التشريعي ، مقال منشور ، مرجع سابق

[192] - فارس حاتم ، حدود رقابة القضاء الاداري على القرارات التي لها قوة القانون ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، العراق ، 2003 ، ص 94 - أشار الكاتب بالفقه الى الدكتور محمود حافظ في مؤلفه القرارات الادارية .

[193] - نصت المادة 98 من القانون الأساسي على أن " القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة " ، كما نصت المادة 99 على أن " 1- تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومساءلتهم يكون بالكيفية التي يقررها قانون السلطة القضائية. 2- القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال التي يجيزها قانون السلطة القضائية " .

[194] - القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 2019/17 ، الصادر بتاريخ 2019/9/4 .
- المقتفي – منظومة القضاء والتشريع في فلسطين

ونرى بشكل عام أن نص المادة 43 من القانون الأساسي قد ترك سلطة تقديرية واسعة جداً للسلطة التنفيذية وهو يعتبر خلل تشريعي ناتج عن غياب الفطنة التشريعية ، وما نبديه على هذه المادة هو عدم تحديد المقصود بحالة الضرورة وعدم تحديد مدة معينة لها كحالة الطوارئ ، خاصة وان الواقع الفلسطيني يشهد حالة انقسام سياسي نتج عنه ازدواجية في القوانين بين المحافظات الشمالية والجنوبية ، بالاضافة الى أن القرارات بقوانين منذ عام 2007 وحتى هذه اللحظة ، والتي خلقت من المراكز القانونية عدداً لا يستهان به ، ستفقد قانونيتها بمجرد عدم اقرار المجلس التشريعي لها عند أول جلسة انعقاد له ، أو من ناحية أخرى سنجد المجلس التشريعي مكرهاً على إقرارها كونها أصبحت أمراً واقعاً لا يمكن تغييره بالرغم مما يعتريها من نقص .

الفقرة الثانية : اصدار الأنظمة

بالاضافة الى سلطة الرئيس في اصدار قرارات لها قوة القانون ، والتي تمثل كما أشرنا سلطة تقديرية واسعة له في التشريع ، فانه يملك أيضاً مجموعة من الاختصاصات الأخرى وان كانت السلطة التقديرية فيها متوسطة وضيقة بالمقارنة مع سلطته الواردة في المادة 43 ومنها [195]:

1- اختصاصات تشريعية ذات سلطة تقديرية متوسطة ومنها :

- اصدار أنظمة وتعليمات بخصوص ترخيص المصارف وممارسة الاعمال المصرفية [196].

- اصدار الانظمة والقرارات الخاصة بسلطة النقد [197] .

- اصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام قانون المصارف [198] .

- اصدار اللائحة التنفيذية لقانون المخابرات العامة [199] .

---

[195] - أسامة سعد ، نظام الحكم للسلطة الوطنية الفلسطينية " دراسة تحليلية " ، رسالة ماجستير ، جامعة الأزهر ، ص138

[196] - تنص المادة 40 من القانون رقم 2 لسنة 1997 بشأن سلطة النقد الفلسطينية على " أ- مع مراعاة أحكام هذا القانون، لا يجوز ممارسة الأعمال المصرفية إلا بعد الترخيص بذلك من سلطة النقد وتسجل المصارف المرخص لها في السجل المعد لذلك لدى سلطة النقد كما ينشر القرار الصادر بالترخيص في الجريدة الرسمية. ب- تضع سلطة النقد الأنظمة والتعليمات اللازمة لذلك، وتصدر هذه الأنظمة والتعليمات بقرار من رئيس السلطة الوطنية بناءً على تنسيب من المجلس وتنشر في الجريدة الرسمية " .

[197] - تنص المادة 73 من القانون السابق على " يضع المجلس الأنظمة والقرارات اللازمة لتطبيق أحكام هذا القانون وتصدر بقرار من رئيس السلطة الوطنية وتنشر في الجريدة الرسمية "

[198] - تنص المادة 79 من قانون المصارف رقم 2 لسنة 2002 على " تضع سلطة النقد خلال ستة أشهر اللوائح اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، وتصدر بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية وتنشر في الجريدة الرسمية، وإلى حين صدورها، يستمر العمل بالأنظمة والتعليمات الصادرة عن سلطة النقد بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون "

[199] - تنص المادة 36 من قانون المخابرات العامة رقم 17 لسنة 2005 على " يعد رئيس المخابرات اللائحة التنفيذية للقانون والأنظمة اللازمة لعمل المخابرات، وتصدر بقرار من الرئيس "

حيث يملك الرئيس سلطة تقديرية متوسطة في اصدار الأنظمة والقرارات استناداً الى النصوص القانونية التي خولته هذه الصلاحية ، حيث يملك الحق باصدارها أو عدم اصدارها .

2- اختصاصات تشريعة ذات سلطة تقديرية ضيقة ومنها :

اصدار القوانين بعد المصادقة عليها من المجلس التشريعي خلال 30 يوماً من المصادقة عليها [200] ، ويملك الرئيس هنا حق ابداء الملاحظات وإعادة القانون للمجلس التشريعي لتصويبه وفق هذه التعديلات ، فان أقره ثانيةً بأغلبية ثلثي أعضائه أصبح نافذاً دون النظر الى تلك التعديلات ، ويملك الرئيس حيال هذا الاختصاص اختصاص تقديري ضيق جداً ، خاصة أن ملاحظاته التي يبديها بموجب ما يملكه من سلطة ، لا يكون لها أي تأثير اذا ما صادق المجلس التشريعي على القانون ذاته بأغلبية ثلثي أعضائه .

وقد وقع خلاف فقهي حول طبيعة الاصدار باعتباره عملياً تشريعياً أم لا ؟

حيث يرى جانب من الفقه أن الاصدار يعتبر من ضمن الأعمال التشريعية لكونه يضفي الصفة الرسمية على القانون ، على اعتبار أن التصديق هو أساس عمل السلطة التشريعية ، وعليه فان هذا الاختصاص يعتبر اختصاصاً تشريعياً للرئيس ، أما جانب آخر من الفقه فيرى أن الاصدار انما يعتبر عملاً تنفيذياً ، خاصة وأنه لا يتعلق بالقانون ذاته ، وانما هو عمل يلزم لنفاذه ، بينما ذهب اتجاه ثالث للقول أن الاصدار لا يمكن أن يكون عملياً تنفيذياً وليس تشريعياً خالصاً أيضاً ، وانما هو أقرب للعمل التشريعي ، خاصة وأن الرئيس لا يملك سلطة تقديرية بهذا الشأن وانما يملك فقط اصدار القانون ، والقانون بدون الاصدار لا آثار له ولا يعتبر مكتملاً من الناحية القانونية [201] .

ونذهب الى ما ذهب اليه الرأي الأول والذي يرى أن الاصدار يعتبر من ضمن الأعمال التشريعية ، على الأقل فيما يتعلق بنصوص القانون الأساسي الفلسطيني ، خاصة وأننا نلتمس من نص المادة 30 أن نية المشرع اتجهت الى اشراك رئيس السلطة الوطنية بصياغة القانون ، والا لما منحته الحق بابداء الملاحظات والتعديلات عليه أساساً .

---

[200] - تنص المادة 41 من القانون الاساسي الفلسطني على ما يلي " يصدر رئيس السلطة الوطنية القوانين بعد إقرارها من المجلس التشريعي الفلسطيني خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إحالتها إليه، وله أن يعيدها إلى المجلس خلال ذات الأجل مشفوعة بملاحظاته وأسباب اعتراضه وإلا اعتبرت مصدرة وتنشر فوراً في الجريدة الرسمية"

[201] - جمال أبو كميل ، صلاحيات رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في سن التشريعات العادية ، جامعة الأزهر ، غزة ، 2012 ، ص 48 .

الفرع الثاني : السلطة التقديرية في الصلاحيات التشريعية الممنوحة لمجلس الوزراء

يختص مجلس الوزراء تشريعياً باعداد مشاريع القوانين الخاصة بكل وزارة واحالتها للمجلس التشريعي من أجل اتخاذ الاجراء القانوني بشأنها ، كما يملك أيضاً الحق باصدار اللوائح والأنظمة .

أولا : اقتراح القوانين

أكد القانون الأساسي في هذا المجال على أن " لمجلس الوزراء الحق في التقدم الى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين واصدار اللوائح واتخاذ الاجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين " [202].

كما نص النظام الداخلي للمجلس التشريعي أيضاً على أن " 1- يحيل مجلس الوزراء القوانين أو الاقتراحات الى الرئيس مرفقة بمذكراتها الايضاحية وعلى الرئيس أن يحيل المشروع أو الاقتراح الى اللجنة المختصة لابداء الرأي ... " [(203)] .

ويتضح من النصوص السابقة أن عملية اقتراح القوانين لا تشمل رئيس السلطة الوطنية ، وانما هي اختصاص يقتصر على مجلس الوزراء ، اضافة الى أعضاء المجلس التشريعي بموجب المادة 67 من النظام الداخلي [(204)] .

وتعتبر مرحلة الاقتراح من أهم المراحل بالنسبة للعمل التشريعي ، نظراً لأن القانون انما يعود في أصله الى فكرة أو اقتراح ، كما أنه يعتبر حجر الأساس في بناء أي قانون ، كونه ينصب إما على تعديل قانون سابق أو اقتراح قانون جديد ، حسبنا تقتضي المصلحة العامة في الدولة . وقد وقع خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية للاقتراح فيما اذا كان يعتبر عملاً تشريعياً أم لا ؟

حيث يرى جانب من الفقه أن الاقتراح هو عمل تشريعي محض ، وذلك لما يمثله من أساس في انشاء القانون ، فالاقتراح ليس مجرد باعث نفسي لمجلس الوزراء ، وانما هو قانون غير مكتمل ، أي أن المجلس يقوم باعداده ويصيغ نصوصه حسب المصلحة العامة ، ثم يقدمه للبرلمان للمصادقة عليه لاعطائه الصبغة النهائية لكي ينتقل من مجرد اقتراح الى قانون متكامل ، وبالتالي فهي أحد الاجراءات التشريعية

---

[202] - انظر نص المادة 70 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003

[203] - انظر نص المادة 65 من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني الصادر بتاريخ 2000/6/7 .

[204] - تنص المادة 67 من النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني على ما يلي " يجوز لعضو أو أكثر من الأعضاء أو أية لجنة من لجان المجلس اقتراح مشروع قانون أو تعديل أحد القوانين المعمول بها أو إلغائه، ويحال كل اقتراح مرفقاً بالأسباب الموجبة والمبادئ الأساسية على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي، فإذا رأى المجلس بعد الاستماع لرأي اللجنة قبول الاقتراح أحاله إلى اللجنة القانونية لوضعه في مشروع قانون متكامل لتقديمه للمجلس في الدورة نفسها أو التي تليها " .

المهمة ، فالتشريعات بأغلبها كانت تعتبر مجرد اقتراحات قبل أن يتم اقرارها من المجلس التشريعي ، أما الجانب الآخر من الفقه فانه يرى أنه لا يمكن وصف عملية الاقتراح بالعملية التشريعية ، أو أن مقترح القانون هو مشرع ، ذلك لأن مجلس الوزراء باقتراحه للقانون يكون قد مارس سلطته التقديرية في ابداء حاجته فقط ، اذن فالأمر في جله يرتبط فقط بالحاجة ، وليس بالمشاركة التشريعية [205] .

ويمكن القول هنا ، أن مجلس الوزراء يملك سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ، خاصة وأن عملية الاقتراح تنم أساساً عن السلطة التقديرية للمجلس والنابعة من المصلحة العامة للدولة .

ثانياً : اصدار اللوائح والانظمة

أكد القانون الأساسي على أن اصدار اللوائح والأنظمة هي من اختصاصات مجلس الوزراء حيث نص على أن " يمارس رئيس الوزراء ما يلي : ... 7- توقيع واصدار اللوائح أو الأنظمة التي يصادق عليها مجلس الوزراء " [206] .

ويستفاد من النص السابق ، أن مجلس الوزراء الفلسطيني يجوز له اصدار تشريعات ثانوية متمثلة في الأنظمة واللوائح التنفيذية المتعلقة بتنفيذ القوانين وتنظيم المرافق العامة في الدولة .

ويعتبر الفقه أن التشريعات الثانوية وان كانت صادرة مجلس الوزراء ، الا أنها تتميز بذات الصفة التشريعية والقيمة القانونية للقوانين الصادرة عن المجلس التشريعي ، خاصة وأنها تنشر في الجريدة الرسمية كما هو الحال بالنسبة الى القوانين الأخرى ، وما يميزها عنها هو معيار واحد فقط يرتبط بالشكل الذي صدرت به ، فان صدر عن المجلس التشريعي سمي قانوناً ، وان صدر عن مجلس الوزراء سمي تشريعاً فرعيا أو ثانوياً [207] .

ويمكن ارجاع حق مجلس الوزراء في اصدار اللوائح والانظمة الى ثلاثة أمور وهي [208] :

1- النص الدستوري ، وهي أي ينص الدستور صراحةً على هذا الحق ، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 68 من القانون الأساسي الفلسطيني التي أشرنا اليها سابقاً .

---

[205] - سعد عبد الفتاح دخان ، الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في فلسطين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، غزة ، 2016، ص70 – 71 .

[206] - انظر نص المادة 68 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل

[207] - حسين أبو هنود ، تقرير حول التشريعات وآلية سنها في السلطة الوطنية الفلسطينية ، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان ، سلسلة التقارير القانونية (3) ، رام الله ، 1998 ، ص 69 .

[208] - سعد عبد الفتاح دخان ، الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 97 .

2- العرف الدستوري ، والذي يمنح السلطة التنفيذية أحياناً الحق في تفسير النصوص واصدار الأنظمة واللوائح الخاصة .

3- عدم النص على هذا الحق ، وبالتالي فلا يكون لمجلس الوزراء الحق في اصدارها نهائياً في هذه الحالة

وقد نص المشرع الفلسطيني على أنه يجوز للرئيس ولمجلس الوزراء اصدار اللوائح بموجب المادة 58 من القانون الأساسي لسنة 2002 [209] ، الا انه قد عدل عن نص هذه المادة بموجب القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 ، ومنح هذا الاختصاص لمجلس الوزراء فقط بموجب المادة 68 منه .

أما بالنسبة الى اللوائح الصادرة عن مجلس الوزراء فهي تقسم الى [210] :

1- لوائح تنفيذية

وهي اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية و المرتبطة بتنفيذ القوانين والتي تشتمل على مجموعة من التفاصيل التي من شأنها تسهيل تنفيذ القانون .

2- لوائح تنظيمية

وهي اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية و التي تهدف الى تنظيم سير المرافق العامة في الدولة .

كما أن هناك نوعين آخرين من اللوائح وتصدر عن الرئيس وهي لوائح الضرورة واللوائح التفويضية .

ويلاحظ أن القانون الأساسي قد منح مجلس الوزراء سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ، خاصة وأنه لم ينص على طبيعة محددة لاصدار الأنظمة ، الا أن مجلس الوزراء يبقى مقيداً دائما بعدم مخالفة لوائحه للقانون الأساسي والقوانين العادية ، باعتبارها تأتي في مرتبة أدنى منها درجة .

---

[209] - نصت المادة 58 من القانون الأساسي لسنة 2002 على " لرئيس السلطة الوطنية ولمجلس الوزراء التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين. "

[210] - د . عبد الناصر أبو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الأول ، مرجع سابق ، ص 105 وما بعدها .

فاللوائح يجب أن تيسر تطبيق القانون ، وأن لا تتجاوز الحدود المنصوص عليها في القانون ، وأن تلتزم بمبدأ التدرج – تدرج التشريعات - ، كما يتوجب أن تصدر اللائحة من الجهة المخولة قانوناً بذلك ، والا كانت عرضة للطعن في مشروعيتها [211] .

المطلب الثاني : رقابة القضاء الدستوري على السلطة التشريعية للادارة في فلسطين على ضوء الاختصاصات المخولة له

الدولة وبجميع سلطاتها يجب أن تخضع لمبدأ سمو الدستور ، على اعتبار أن ذلك لزاماً في كل نظام ديمقراطي ، وبالتالي فانه يستلزم على كل سلطة عامة في الدولة أياً كانت وظيفتها والاختصاصات المخولة لها النزول عند قواعد الدستور ومبادئه ، وإن خالفت ذلك اعتبرت أعمالها مشوبة بعيب مخالفة الدستور ، ويخضع العمل بناءً على ذلك متى انصبت المخالفة على قانون أو مرسوم تشريعي أو لائحة للرقابة الدستورية التي تستهدف صون الدستور واحترامه ، ومضمون هذه الرقابة ينصب في التحقق من مدى التزام سلطة التشريع بالنصوص الدستورية المنصوص عليها [212] .

وفي فلسطين فقد أوكلت مهام الرقابة الدستورية للقوانين للمحكمة الدستورية العليا بموجب نص المادة 103 من القانون الأساسي الفلسطيني [213] ، والتي نصت على تشكيلها وتحديد اختصاصاتها على سبيل الحصر .

ولم تشرع المحكمة الدستورية الفلسطينية العليا بمباشرة عملها الا بعد صدور قرار رئاسي بتشكيلها عام 2016 ، بالرغم من مرور أكثر من 18 عاماً على صدور القانون الأساسي الذي أوجب ضرورة إصدار قانون خاص بتشكيلها وتنظيم اجراءاتها ، وقرار رئاسي لتشكيلها والبدء بأعمالها الرقابية .

ومنذ عام 2016 عملت المحكمة الدستورية العليا على اصدار مجموعة من القرارات ، سواءً التفسيرية منها أو تلك التي قررت بموجبها بعدم دستورية بعض النصوص القانونية التي صدرت بموجب

---

[211] - م . معن ادعيس ، تقرير حول اللوائح التنفيذية للقوانين ، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان ، سلسلة مشروع تطوير القوانين (16) ، رام الله ، 2002 ، ص 10 .

[212] - د . حسن البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، ط1 ، بدون دار نشر ، دمشق ، 2009 ، ص 7 .

[213] - نصت المادة 103 من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 على أن " 1- تشكل محكمة دستوريه عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات. ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي . 2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتباع، والآثار المترتبة على أحكامه " .

القرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية ، بموجب سلطته التشريعية الواردة في نص المادة 43 من القانون الأساسي والتي أشرنا لها في المطلب السابق ، ومن أبرز تلك القرارات ، القرار الصادر حديثاً عنها بعدم دستورية الفقرة 7 من المادة 3 من القرار بقانون رقم 2 لسنة 2017 لمخالفتها مبدأ التقاضي على درجتين كمبدأ دستوري ، حيث كانت تحصن هذه الفقرة أحكام محكمة جرائم الانتخابات من الطعن أمام محكمة أعلى درجة [214] .

وبناءً على ما سبق فاننا سنتناول طبيعة الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية في فلسطين على دستورية القوانين والقرارات بقانون الصادرة عن رئيس السلطة الوطنية ، من حيث طبيعة تشكيل هذه المحكمة واختصاصها في هذه الرقابة ، ثم سنتناول قرارها الصادر في طلب التفسير رقم 2018/10 بناء على صلاحياتها المخولة لها ، نظراً لأهمية هذا القرار من ناحية توافق إصداره مع اختصاصاتها .

الفرع الأول : الصلاحيات الممنوحة للمحكمة الدستورية العليا

منذ صدور القانون الاساسي المعدل لسنة 2003 ، مارست المحكمة العليا الفلسطينية المهام المسندة للمحكمة الدستورية العليا ، حيث نص القانون الاساسي على أن " تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحكام الادارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة [215] .

وقد حدد القانون الاساسي الاختصاصات المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا على سبيل الحصر ، حيث نص على أن " تتولى النظر في :

أ – دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها .

ب- تفسير نصوص القانون الاساسي والتشريعات .

ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية الادارية ذات الاختصاص القضائي "

[214] - القرار رقم 2019/19 الصادر بتاريخ 17/ 10/ 2019 عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، غير منشور .
[215] - انظر نص المادة 104 من القانون الاساسي الفلسطيني .

كما أوجبت المادة السالفة على ضرورة تشكيل محكمة دستورية عليا بقانون ، وأن يبين القانون طريقة تشكيلها والاجراءات الواجبة الاتباع أمامها ، والآثار المترتبة على أحكامها [216] .

وبالرغم من هذا النص الدستوري الا أن المحكمة الدستورية العليا لم تتشكل حتى عام 2016 ، وذلك بسبب حالة عدم الاستقرار السياسي والقانوني في فلسطين ، اضافة الى الانقسام السياسي عام 2007 ، وبالتالي استأثرت المحكمة العليا بممارسة المهام المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا [217] .

ولم تكن هذه الممارسة ممارسة شكلية فقط ، بل نصبت المحكمة العليا نفسها محكمة دستورية عليا بشكل فعلي ، وأصدرت قرارات فيما يقارب 47 طعن دستوري قبل انشاء المحكمة الدستورية العليا [218] .

ومن أبرز تلك القرارات القرار رقم 2006/1 الصادر بتاريخ 2006/12/19 والذي تقدم به عضوي المجلس التشريعي آنذاك السيد عزام الأحمد والسيد روحي فتوح ، وذلك للطعن بالاجراءات والقرارات غير الدستورية التي تمت واتخذت في جلسة المجلس التشريعي المنعقد بتاريخ 2006/3/6 ، حيث قررت المحكمة قبول الطعن والحكم بعدم دستورية القرارات والاجراءات برزمة واحدة التي تم اتخاذها من المجلس في جلسة 2006/3/6 ، والزام المستدعى ضدهما بتصويب الوضع الذي نتج عن تلك الاجراءات والقرارات لتتفق وأحكام القانون الاساسي والنظام الداخلي للمجلس التشريعي الصادر بمقتضاه [219] .

ولم تسلم القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية من الانتقادات الشديدة حتى وإن كانت اغلب تلك القرارات قد صدر بعدم قبول الطعن المقدم ، الا أن الانتقادات قد وجهت أساساً الى كيفية انعقاد المحكمة العليا بصفتها الدستورية والاجراءات المتبعة أمامها ، في ظل عدم صدور قانون خاص بالمحكمة الدستورية العليا ، تطبيقاً لنص المادة 103 من القانون الاساسي ، خاصة تلك القرارات الصادرة قبل صدور قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 أي أن المحكمة العليا قد مارست اختصاصاتها

---

[216] - نصت المادة 103 من القانون الاساسي الفلسطيني على " 1- تشكل محكمة دستوريه عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. ب- تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات. ج- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي . 2- يبين القانون طريقة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجبة الإتباع، والآثار المترتبة على أحكامها " .

[217] - تشكلت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بموجب القرار رقم 57 لسنة 2016 الصادر عن الرئيس بتاريخ 2016/3/31

[218] - نوار بدير ، قرارات القضاء الدستوري الفلسطيني ، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (6/2018) ، وحدة القانون الدستوري ، جامعة بيرزيت ، رام الله ، 2018 ، ص 2 وما بعدها .

[219] - القرار رقم 2006/1 الصادر عن المحكمة العليا المنعقدة في رام الله بصفتها الدستورية بتاريخ 2006/12/19 .
- منظومة القضاء والتشريع
انظر أيضاً القرار رقم 5 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 2005/11/27 والقرار رقم 5 لسنة 2013 الصادر بتاريخ 2015/7/13
- المرجع أعلاه

الدستورية بناء على اجراءات غير منصوص عليها في قانون خاص ، كعدد القضاة الذين يتوجب عليهم نظر الطعن ، أو من يملك صلاحية الطعن ، وغيرها من الاجراءات الأخرى [220] .

الا انه واستناداً لنص المادة 103 من القانون الاساسي ، وفي ظل الانتقادات الموجهة لكيفية اصدار المحكمة العليا لقرارتها بصفتها الدستورية ، فقد صدر فعلاً قانون المحكمة الدستورية العليا [221] ، والذي أخذ على عاتقه تنظيم عمل المحكمة وكيفية تعيين قضاتها وتحديد اختصاصاتها .

أولا : تشكيل المحكمة الدستورية العليا

اظهرت المادة 5 من القانون رقم 3 لسنة 2006 طبيعة تشكيلالمحكمة الدستورية حيث نصت " 1- يتم التشكيل الأول للمحكمة بتعين رئيس المحكمة وقضاتها بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، بالتشاور مع مجلس القضاء الأعلى ووزير العدل. 2- يعين رئيس وقضاة المحكمة بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا " .

ويتبين من خلال المادة السابقة ان المشرع الفلسطيني قد اعتبر أن التشكيل الأول للمحكمة بتعيين رئيسها وقضاتها يجب أن يتم بقرار من رئيس السلطة بالتشاور مع مجلس القضاء الاعلى ووزير العدل ، ثم يتم التعيين بموجب قرار من قبل رئيس السلطة الوطنية بناءً على تنسيب الجمعية العامة للمحكمة .

وتعتبر طبيعة هذا التشكيل مشابهة الى نحو كبير ما نصت عليه المادة 5 من قانون المحكمة الدستورية الاردني رقم 15 لعام 2012، حيث نصت المادة السابقة على ما يلي : أ- يعين الملك الرئيس والاعضاء لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد .. " . بالاضافة الى قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979 المعدل بالقانون 168 لعام 1998 ، حيث نصت المادة 5 منه على انه " يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلي للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح احدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الاخر رئيس المحكمة " .

[220] - عبير درباس ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين ، سلسلة القانون والسياسة ، جامعة بيرزيت ، رام الله ، 2012 ، ص 320
[221] - قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 ، الصادر بتاريخ 2006/2/17

ومن الجدير بالذكر أنه وبالرغم من صدور القانون رقم 3 لسنة 2006 الا ان المحكمة لم تشرع في القيام بمهامها الرقابية الا سنة 2016 ، بعد صدور القرار الرئاسي الخاص بتشكيل المحكمة الدستورية العليا [222] .

ثانيا : اختصاصات المحكمة الدستورية العليا

ذكرنا سابقاً أن المادة 103 من القانون الاساسي الفلسطيني قد حصرت اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالنظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها ، وتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات ، والفصل في في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي .

أما قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 فقد عملت على إسناد مجموعة أخرى من الاختصاصات للمحكمة الدستورية ، حيث نصت المادة 24 من ذات القانون على " أن تختص المحكمة دون غيرها بما يلي :

1- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة .
2- تفسير نصوص القانون الاساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها .
3- الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائي .
4- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها .
5- البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية وفقاً لاحكام البند (1/ج) من المادة 37 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 ، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه " .

وبالنظر الى النصين السالف ذكرهما نجد أن هناك تعارض واضح بين الاختصاصات التي حددها النص الدستوري- المادة 103 من القانون الأساسي الفلسطيني - ، وبين الاختصاصات التي حددها القانون

[222] - القرار رقم 57 لسنة 2016 ، مشار اليه سابقاً

رقم 3 لسنة 2006 ، فمن جهة أكد نص المادة 103 من القانون الأساسي على اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير القانون الأساسي والتشريعات ، وجاء نص المادة 24 من القانون رقم 3 لسنة 2006 لتضييق وحصر نص هذه المادة ، لينص على اختصاص المحكمة بتفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حالة واحدة وهي حالة التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها واختصاصاتها ، ومن جهة أخرى عملت المادة 24 السالفة على تخويل المحكمة الدستورية اختصاصات وصلاحيات جديدة ، في الوقت الذي نجد أن المشرع الدستوري وضمن نص المادة 103 من القانون الاساسي قد أوجب على المشرع العادي اصدار قانون خاص بانشاء المحكمة الدستورية العليا ليبين طريقة تشكيلها والاجراءات الواجبة الاتباع أمامها ، دون أن يمنحه امكانية زيادة الاختصاص أو الانتقاص منه .

وفي ظل هذه الانتقادات العديدة التي وجهت الى نص المادة 24 لمخالفتها الواضحة لنص المادة 103 من القانون الاساسي ، فقد عمل ديوان الفتوى والتشريع على اعادة صياغة المادة 24 من جديد ، وقد تم تقديمه للرئيس ، الذي بدوره أصدر قراراً بقانون بشأن تعديل هذه المادة ، حيث نص هذ الأخير على أن " تعدل الفقرة 2 من المادة 24 من القانون الاصلي ، لتصبح على النحو الآتي :

أ- تفسير نصوص القانون الأساسي .
ب- تفسير التشريعات اذا أثارت خلافاً في التطبيق ، وكان لها من الأهمية ما يقتضي تفسيرها .
ت- الفصل في تنازع الاختصاص بين السلطات " [223] .

ويعتبر هذا التعديل هو خطوة من قبل رئيس السلطة الوطنية كمحاولة لتجاوز المخالفة الدستورية لنص المادة 24 من القانون رقم 3 لسنة 2006 لنص المادة 103 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 .

وبناءً على هذا التعديل باشرت المحكمة الدستورية العليا أعمالها الرقابية القضائية في تفسير النصوص القانونية وتحديد مدى دستوريتها وخصوصاً الأعمال التشريعية الصادرة عن الرئيس سنداً لصلاحياته الممنوحة له بموجب نص المادة 43 التي أشرنا اليها . ومن أبرز تلك الأحكام ، الحكم الذي صدر حديثاً في الطعن المقدم للمحكمة الدستورية العليا من قبل 16 قاضياً ، لالغاء القرار بقانون بشأن تعديل قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002 ، والذي يقضي بتعديل سن تقاعد القضاة من 70 عاماً لستين عاماً ، مما أدى الى احالة 52 قاضياً من قضاة المحكمة العليا ومحكمة البداية ومحكمة الاستئناف الى

[223] - انظر نص المادة 12 من القرار بقانون رقم 19 لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 ، الصادر بتاريخ 2017/10/2 .

التقاعد المبكر ، حيث قررت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون لمخالفته نصوص المواد (97 – 98 - 99 -100) من مواد القانون الأساسي [224] .

الفرع الثاني : اختصاص المحكمة الدستورية العليا على ضوء القرار الصادر في طلب التفسير رقم 2018/10

السلطة التقديرية الممنوحة للادارة تقابلها أيضاً سلطات تقديرية واسعة للقضاء ، وهو أمر في غاية الأهمية لما في ذلك من منح القاضي الحرية في اتخاذ قراراته بعيداً عن تعقيد النصوص القانونية ، ومن الأمثلة على ذلك ما يملكه القاضي الجزائي من سلطة تقديرية في أخذ ما يرتاح له ضميره من البينات ، واصدار الأحكام بناءً على يقينه القضائي .

ولكن هذه السلطة التقديرية يجب أن تكون أيضاً ضمن حدودها التي لا يمكن تجاوزها ، وكي لا نخرج عن سياق الموضوع ونطيل الشرح في موضوع السلطة التقديرية الممنوحة للقضاء وضرورة التقيد بها ، فاننا سنقصر دراستنا على القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير رقم 2018/10 ، والذي بنظرنا شكل تجاوز واضح للسلطة الممنوحة للمحكمة بموجب القانون ، حيث اعتبرت المحكمة أن القرار قد صدر بناء على تملكه من اختصاص خول لها بموجب القانون رقم 3 لسنة 2006 .

نص القانون الاساسي الفلسطيني على أن المحكمة الدستورية تشكل بقانون ، ويكون من ضمن اختصاصاتها الرقابة على دستورية القوانين والانظمة ، وتفسير نصوص القانون الاساسي ، بالاضافة الى الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية [225] .

أما المادة 24 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 ، فقد زاد على هذه الاختصاصات السابقة اختصاصين اضافيين وهما الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين ، بالاضافة الى البت في الطعن بفقدان رئيس السلطة الوطنية الأهلية القانونية .

---

[224] - القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في الطعن رقم 2019/17 في القضية رقم 13 لسنة 4 قضائية ، غير منشور وقد تقدم بهذا الطعن 16 قاضياً من المحكمة العليا ومحكمة البداية ومحكمة الاستئناف للطعن بدستورية القرار بقانون رقم 16 لسنة 2019 بشأن تعديل سن تقاعد القضاة من سن سبعين لسن ستين عاماً ، والقرار بقانون رقم 17 لسنة 2019 بشأن تشكيل مجلس أعلى انتقالي ، حيث قضت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم 16 لسنة 2019 ، ورد الطعن بشأن القرار بقانون رقم 17 لسنة 2019 .

[225] - انظر نص المادة 103 من القانون الاساسي الفلسطيني

وقد تم تعديل هذه المادة (24) كما أشرنا سابقاً بموجب المادة 12 من القرار بقانون رقم 19 لسنة 2017 لتصبح اختصاصات المحكمة الدستورية هي تفسير نصوص القانون الأساسي وتفسير التشريعات التي أثارت خلافاً ، اضافة الى الفصل في تنازع الاختصاص بين السلطات .

اذن فاختصاص المحكمة الدستورية العليا وبعد استقراء النصوص المتعلقة باختصاصات المحكمة الدستورية وخاصة تلك المتعلقة بتفسير النصوص ، يقتصر على تفسير النص القانوني دون نزعه عن سياقه والذهاب به الى قصد آخر غير الذي قصده المشرع ، أي أن قرارها يعتبر كاشفاً لارادة المشرع فقط وليس منشئاً له .

وبالعودة الى القرار الصادر في الطلب رقم 2018/10 [226] المراد دراسته فان وقائعه تتلخص في أن وزير العدل وبناءً على الطلب المقدم له من رئيس مجلس القضاء الأعلى تقدم بطلب للمحكمة الدستورية لتفسير نص المادتين 47 ، 47 مكرر [227] ، والمادة 55 [228] من القانون الاساسي بشأن ولاية المجلس التشريعي ومدته ورواتب ومكافآت نوابه .

وتؤكد المادة 47 على أن المجلس التشريعي هو من يتولى المهام التشريعية قانوناً ، فيما تنص المادة 47 مكرر على أن مدة المجلس التشريعي هي 4 سنوات ، وتنص المادة 55 على أن حقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي والوزراء تنظم بموجب قانون خاص بذلك .

وقد جاء في وقائع الطلب بأن المجلس التشريعي في حالة تعطل وغياب وعدم انعقاد منذ انتهاء دورته الأولى بتاريخ 2007/7/5 حتى انتهاء مدته قانونياً ودستورياً بتاريخ 2010/1/25 ، وبالتالي بقاؤه في حالة عدم انعقاد ، وغيابه وتعطله واستمرار هذا الوضع دون اجراء الانتخابات العامة ، يؤدي الى انتهاك أحكام القانون الأساسي وقانون الانتخابات العامة والقوانين ذات العلاقة ، والمساس بالمصلحة العامة ومصلحة الوطن ، بالاضافة الى أنه لا يجوز التذرع بالمادة (47 مكرر) من القانون الاساسي الفلسطيني للادعاء باستمرار ولاية المجلس التشريعي ، اضافة الى ذلك فانه ومنذ تعطل المجلس التشريعي ما زال

---

[226] - القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله في الطلب رقم 2018/10 لسنة 3 قضائية "تفسير" بتاريخ 2018/12/12

[227] - تنص المادة 47 من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته على أن " المجلس التشريعي الفلسطيني هو السلطة التشريعية المنتخبة. بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون يتولى المجلس التشريعي مهامه التشريعية والرقابية على الوجه المبين في نظامه الداخلي. مدة المجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه وتجري الانتخابات مرة كل أربع سنوات بصورة دورية "
كما تنص المادة 47 مكرر من ذات القانون على أن " تنتهي مدة ولاية المجلس التشريعي القائم عند أداء أعضاء المجلس الجديد المنتخب اليمين الدستورية "

[228] - تنص المادة 55 من القانون الاساسي المعدل على " تحدد مخصصات وحقوق وواجبات أعضاء المجلس التشريعي والوزراء بقانون "

يتقاضى موازنته المعتادة المخصصة له في الموازنة العامة السنوية ، وذلك بموجب المادة 55 من القانون الاساسي المعدل لسنة 2005 ، كما أكدت النيابة العامة على أن المجلس التشريعي المعطل منذ عام 2007 ، ما زال أعضاؤه يتقاضون مخصصاتهم المنصوص عليها في الموازنة العامة السنوية ، وهذا يتناقض مع مفهوم الأجر مقابل العمل ، وبناءً عليه التمست النيابة العامة من المحكمة الدستورية العليا ، اعتبار المجلس التشريعي معطل ومنتهي الولاية الدستورية مما يوجب حله قضائياً وبيان الآثار القانونية والدستورية المترتبة عن الحل ، والدعوة فوراً لاجراء انتخابات عامة من الجهات صاحبة الاختصاص حتى يمارس الشعب حقه في المشاركة السياسية وانتخاب ممثليه واعادة الحياة للبرلمان من جديد .

وقد قررت المحكمة في نتيجة تفسيرها لنصوص القانون الاساسي السالفة الذكر بناءً على طلب التفسير المقدم لها ما يلي :

1- ان شرعية وجود المجلس التشريعي تكون بممارسة اختصاصاته التشريعية والرقابية ، ونظراً لعدم انعقاده منذ سنة 2007 ، يكون قد فقد صفته كسلطة تشريعية ومجلس تشريعي .
2- عدم انطباق نص المادة (47 مكرر) لانه لا يمكن تطبيقها الا في ظل وجود مجلسين ، مجلس منتهي ولايته القانونية ، ومجلس جديد منتخب .
3- أما فيما يتعلق بالمادة (55) فان المحكمة الدستورية العليا ترى عدم وجود أسباب موجبة لاستمرار تقاضي أعضاء المجلس التشريعي المنتهية مدة ولايته لأية استحقاقات مالية أو أي مكافآت أخرى .
4- ان المجلس التشريعي في حالة تعطل وغياب تام وعدم انعقاد منذ تاريخ 2007/7/5 ، وقد انتهت ولايته منذ عام 2010 ، وما زال معطلاً وغائباً بشكل كامل حتى الآن ، لذلك فان المصلحة العليا للشعب الفلسطيني ومصلحة الوطن تقتضي حل المجلس التشريعي المنتخب .
5- دعوة رئيس الدولة الى اعلان اجراء انتخابات تشريعية خلال ستة أشهر من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية .

وقد سببت المحكمة جل قرارها في أن المجلس التشريعي في حالة تعطل وغياب وعدم انعقاد من انتهاء ولايته الاولى بتاريخ 2007/7/5 حتى انتهاء مدته قانونياً ودستورياً بتاريخ 2010/1/25 ، وعليه فان استمرار هذا الوضع دون اجراء انتخابات عامة يؤدي الى انتهاك أحكام القانون الاساسي وقانون الانتخابات العامة ، ويضر بالمصلحة العامة ومصلحة الوطن .

وبدورنا وبعيداً عن المخالفة التي شكلها قانون المحكمة الدستورية لنصوص القانون الاساسي وخاصة فيما يتعلق باختصاصاتها الذي أشرنا اليها في الفرع السابق ، فاننا وفي تحليلنا للسلطة التقديرية التي منحتها المحكمة الدستورية لنفسها بخصوص القرار ، فاننا نرى مع الاحترام أن هناك تخطي واضح من قبل المحكمة لصلاحياتها واختصاصاتها .

حيث نص القانون الاساسي بداية على أن المجلس التشريعي لا يمكن حله حتى في ظل حالة الطوارئ [229] ، اضافة الى أن حله ليس من اختصاصات المحكمة الدستورية اساساً ، خاصة وأن اختصاصاتها واردة على سبيل الحصر في المادة 103 من القانون الأساسي . أي أن حل المجلس التشريعي اذا لم يجزه القانون في ظل حالة الطوارئ ، فكيف يمكن اجازته في ظل حالة الضرورة ، ومن ما لا يملك اختصاص حله .

ومن منطلق آخر فان المحكمة الدستورية في قرارها هذا أوردت العديد من الوقائع المهمة ، من ضمنها أن المجلس لم ينعقد منذ تاريخ 2007/7/5 ، وذلك بسبب المأزق السياسي والانقسام الذي حصل في ذلك العام ، وبالتالي تسبب هذا المأزق في تعطل المجلس التشريعي ، وشل قدرته على ممارسة مهامه التشريعية ، حيث اعتبرت المحكمة أن ذلك من شأنه أن يهدد التضامن و النسيج الاجتماعي ويشكل خطراً على الأمن القومي القانوني في فلسطين ، ويحدث ضرراً للشعب الفلسطيني وللنظام السياسي والقانوني بشكل عام، وبالتالي فان المجلس والحالة هذه يفقد صفته كسلطة تشريعية ، دون ذكر لأي سند أو أساس قانوني ، وانما اكتفت المحكمة الموقرة ببيان مجموعة من الادعاءات فقط ، وان كانت هذه الادعاءات في مجملها تصلح لان تصدر المحكمة قراراً بضرورة اجراء انتخابات تشريعية، وان كانت المصلحة العامة فوق كل اعتبار ، فقد كان الأولى على المحكمة أن تدعو الى انتخابات تشريعية سنداً لاختصاصها التفسيري ، دون الابتعاد عن روح النص وعن الاختصاص المخولة به ، لتقوم بحل المجلس التشريعي [230] .

نضيف الى ذلك أن رئيس المجلس التشريعي وسنداً لنص المادة 37 [231] من القانون الأساسي يجب أن يحل محل رئيس الدولة في حال شغور المنصب الرئاسي ، ولمدة 60 يوماً لحين اجراء انتخابات

---

229 - تنص المادة 113 من القانون الأساسي المعدل على انه " لا يجوز حل المجلس التشريعي الفلسطيني أو تعطيله خلال فترة حالة الطوارئ أو تعليق أحكام هذا الباب "

230 - المركز الفلسطيني لحقوق الانسان في غزة ، ورقة موقف: قرار المحكمة الدستورية حل المجلس التشريعي سياسي لا قانوني ، مقال منشور عبر موقعه الالكتروني (https://pchrgaza.org)

231 - تنص المادة 37 من القانون الاساسي الفلسطيني المعدل على " يعتبر مركز رئيس السلطة الوطنية شاغراً في أي من الحالات الآتية: أ- الوفاة. ب- الاستقالة المقدمة إلى المجلس التشريعي الفلسطيني إذا قبلت بأغلبية ثلثي أعضائه. ج- فقد الأهلية القانونية وذلك بناء على قرار من المحكمة الدستورية العليا وموافقة المجلس التشريعي بأغلبية ثلثي أعضائه. إذا شغر مركز رئيس السلطة الوطنية في أي من الحالات السابقة يتولى رئيس

رئاسية ، وهي بقرارها هذا تكون قد أوجدت فجوة قانونية كبيرة ، خاصة أن المنصب الرئاسي يمكن أن يصبح شاغراً في أي وقت ، وفي هذه الحالة ومع عدم وجود مجلس تشريعي ورئيساً له ، فان الدولة برمتها ستصبح بدون رئيس وهو ما يشكل تهديد للنظام السياسي الفلسطيني . و مخالفة واضحة لنية المشرع الدستوري بضرورة وجود رئيس مجلس تشريعي منتخب لا يمكن عزله الا بالطرق القانونية المنصوص عليها .

اضافة الى ذلك فان المحكمة الدستورية لم تكتفي بقرارها بحل المجلس التشريعي فقط ، وانما تجاوزت اختصاصاتها مرة أخرى في ذات القرار ودعت الرئيس الى اجراء انتخابات تشريعية خلال 6 شهور من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية ، وهو ما يؤكد أن المحكمة قد سارت بعيداً عن الاختصاصات المبينة لها على سبيل الحصر وهي تفسير النصوص القانونية وبيان مدى مشروعيتها ، اضافة الى ذلك التجاوز فهي عملت على الحكم حتى بما يتجاوز الطلبات التي تقدم بها وزير العدل ، والتي جاءت مقتصرة على تفسير نصوص المواد 47 و 47 مكرر و55 من القانون الأساسي ، وهو أمر يشكل مخالفة واضحة لمبدأ قانوني مهم وهو عدم جواز الحكم بما لم تشمله طلبات الخصوم ، ونشير هنا أن هذه الفترة قد مرت ولم يتم اجراء انتخابات تشريعية ، ولم يتم تنفيذ هذا القرار ، على نحو لم يعد هناك وجود للمجلس التشريعي ، وفي ذات الوقت لم يتم اجراء انتخابات تشريعية .

نضيف الى ذلك أن المحكمة وفي اصدارها لهذا القرار ، فانها تكون قد أصدرته في ظل عدم قانونية تشكيلها أساساً ، حيث أن اجراءات تشكيلها تتطلب أن يقوم رئيسها وأعضائها بحلف اليمين أمام رئيس السلطة الوطنية وبحضور رئيس المجلس التشريعي ، وهو ما لم يتحقق وما لا يمكن تحقيقه أساساً في ظل تعطل المجلس التشريعي [232] ، مما يعني أن المحكمة أساساً مشكلة وفقاً لاجراءات غير قانونية ، تنذر بحالة خطيرة وهي قيام المحكمة بمجرد تنفيذ قرارات سياسية ، بعيدة كل البعد عن النصوص القانونية ، وهو ما يفقد الأحكام الصادرة عنها ، لأهم عنصر وهو رضاء الجمهور الفلسطيني والشعور بالطمأنينة تجاه أحكام هذه المحكمة ، والأحكام الصادرة عن السلطة القضائية بشكل عام .

المجلس التشريعي الفلسطيني مهام رئاسة السلطة الوطنية مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ستين يوماً تجرى خلالها انتخابات حرة ومباشرة لانتخاب رئيس جديد وفقاً لقانون الانتخابات الفلسطيني.

[232] - تنص المادة 7 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 على أن " يؤدي رئيس المحكمة ونائبه وقضاتها أمام رئيس السلطة الوطنية قبل مباشرة أعمالهم بحضور كل من رئيس المجلس التشريعي ورئيس مجلس القضاء الأعلى اليمين التالية: " أقسم بالله العظيم أن أحترم الدستور والقانون وأن أحكم بالعدل ".

وبالعودة الى مضمون القرار ذاته وعدم الخوض كثيراً في طبيعة تشكيل المحكمة ، فاننا نشير هنا الى عدم قيام المحكمة أساساً باحترام القواعد العامة في اصدار القرارات ، حيث يتطلب على المحكمة بدايةً أن تعالج القرار من الناحية الشكلية أي اختصاصها من عدمه في اصدار الحكم ، ثم من الناحية الموضوعية ومدى قابليته للتفسير وبيان مكامن الغموض فيه ، أي هل هو بحاجة لتفسير أم لا ، وهو ما لم نجد له أي ذكر في نص القرار ، خاصة وأن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 قد نص على أن الاجراءات المتبعة أمام هذه المحكمة ، تخضع لقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 [233] . هذا مع العلم أن أي قرار تفسيري يجب أن يخضع لمجموعة من الشروط حسب ما اتفق عليه الفقه والقضاء ، وهي [234] :

أولا : أن يكون هناك تنازع بين السلطات

ثانيا : أن ينظر الطلب تدقيقاً

ثالثا : أن يرتبط النص المراد تفسيره بالدستور

رابعا : أن يكون النص المراد تفسيره غامضاً

وهي الأمور التي لم نلمسها في القرار السابق ، فتارة لم نجد في القرار أي تنازع بين السلطات العامة في الدولة ، خاصة وأن تقديم رئيس مجلس القضاء الاعلى الطلب بواسطة وزير العدل انما يتصل أساساً بطبيعة الاجراءات المتبعة أمام المحكمة ، ولا يدل على وجود أي تنازع ، وتارة أخرى لم نرى أن هناك أي حاجة الى ضرورة تفسير النص ، أو وجود أي غموض فيه ، خاصة وأن النصوص المراد تفسيرها قد اكتفت بالنص على مدة المجلس التشريعي المتمثلة في أربعة سنوات .

بالاضافة الى ما سبق ذكره فاننا نشير الى أن المركز الفلسطيني لحقوق الانسان وذلك في بيان موقفه من القرار السابق ، قد أثار نقطة أخرى بالاضافة الى مجموعة الانتقادات التي تم توجيهها للقرار ، تتعلق بمدى التزام المحكمة بالقرارات الصادرة سابقاً عنها ، حيث بين الموقف أنه وبالرغم من مخالفة القرار لمجموعة كبيرة من النصوص القانونية سواء التشريعية العادية أو الدستورية ، فان المحكمة ابتعدت

---

[233] - تنص المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006 الخاصة بالاجراءات على " فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات (التي تقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها " .

[234] - أ . محمد خضر ، التعليق على حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم 2016/4 ، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء " مساواة " ، العدالة والقانون (عدد خاص) ، 2016 ، ص 61 وما بعدها

الى أكثر من ذلك ، وخالفات أيضاً قراراً تفسيرياً سابقاً لها ومتناقضاً بشكل كامل مع هذا القرار ، وهو القرار رقم 3 لسنة 2016 [235] ، حيث بين المركز في موقفه أن القاضي المفسر في قراره السابق قد بين أنه يجب مد ولاية أعضاء المجلس التشريعي الزمانية مؤقتاً الى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجديد اليمين الدستورية ، وهو ما يعتبر قصور خطير في التسبيب ، ومن جهة أخرى وان كان جائزاً للمحكمة أن ترجع عن سابقة قضائية لها ، فكيف لها أن ترجع أيضاً عن سابقة واقعية أيضاً ، فالمجلس التشريعي السابق للمجلس الحالي استمرت ولايته منذ عام 1996 حتى عام 2006 ، وذلك تحت ذريعة عدم القدرة على اجراءات انتخابات ، وبالتالي فانه كان على المحكمة أن تبين سبب عدم الأخذ بالسابقة القضائية لها ، أو حتى السابقة الواقعية التي حصلت مع المجلس التشريعي السابق ، وبناءً على ذلك فان المحكمة قد وقعت في تناقض واضح ، خاصة في تطبيق نص المادة 47 التي تنص على وجود مجلسين قائمين أحدهما انتهت ولايته التشريعية والثاني منتخباً ، مما يمكن معه القول أن الدعوة الى انتخابات وليس الأمر بها ، كما هو وراد في نص القرار هو أمر جائز قانوناً ، ومن منطلق آخر وفي ظل ضرورة قياس المحكمة على السوابق الموجودة ، يرى المركز أن المحكمة كان يتوجب عليها بما أنها تجاوزت صلاحياتها في تحديد مدى صلاحية المجلس التشريعي أن تقيس الأمر أيضاً على الصلاحية الرئاسية للرئيس محمود عباس ، والذي تجاوز المدة المنصوص عليها قانوناً ، وبالتالي ضرورة تنحيه لنفس السبب الذي يتوجب فيها على المجلس التشريعي ضرورة التنحي [236] .

وبناءً على ما سبق فاننا نرى أن المحكمة الدستورية قد تجاوزت اختصاصاتها المحددة بموجب القانون ، وهي تفسير القواعد القانونية ، وذهبت الى أبعد من ذلك حيث قررت حل المجلس التشريعي وايقاف رواتب نوابه ودعوة الرئيس الى وجوب اجراء انتخابات تشريعية خلال 6 شهور من تاريخ نشر القرار في الجريدة الرسمية ، حيث نرى أن المحكمة قد أصدرت حكماً ضعيفاً جداً من ناحية التسبيب والاختصاص والمنطق القانوني ، ويتنافى مع جميع قيم ومبادئ العدالة التي تبنى عليها الأحكام القضائية ،

---

[235] - القرار الصادر عن المحكمة الدستورية في طلب التفسير رقم 3 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 2016/11/3 حيث قررت المحكمة بشأن تفسيرها لنصوص المواد (47 و47 مكرر و51 و53 فقرة 1) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003 وتعديلاته لسنة 2005، والمادة (96) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي ما يلي: 1- الإطار المحدد للولاية الزمنية للمجلس التشريعي أربع سنوات من تاريخ انتخابه، 2- ومد ولاية أعضاء المجلس التشريعي المنتهية ولايته الزمنية مؤقتا إلى حين أداء أعضاء المجلس التشريعي الجدد اليمين الدستوري، 3- لم يجاوز رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية سلطته في إصدار القرار بقانون لرفع الحصانة عن أي عضو من أعضاء المجلس التشريعي في غير أدوار انعقاد جلسات المجلس التشريعي، والتي لا يخضع تقديرها لمعيار ثابت وإنما تتغير بتغير الظروف وفقا لمواجهة أية آثار مادية أو غيرها قد تمس الأوضاع الاقتصادية أو الاجتماعية في البلاد لمواجهة حالات الضرورة للمحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام فيها كرخصة تشريع استثنائية لعدم انعقاد المجلس التشريعي وعدم قدرته على الانعقاد، وبالتالي فإن المحكمة الدستورية العليا ترى أن القرار بقانون رقم (4) لسنة 2012 الصادر بتاريخ 2012/1/3 المتضمن رفع الحصانة عن عضو المجلس التشريعي محمد يوسف شاكر دحلان (المطعون ضده) بالقضية الجزائية نقض رقم (326) لسنة 2015 قد صدر وفقا للأصول والصلاحيات المخولة للسيد الرئيس بموجب القانون .

[236] - المركز الفلسطيني لحقوق الانسان في غزة ، ورقة موقف: قرار المحكمة الدستورية حل المجلس التشريعي سياسي لا قانوني ، مرجع سابق.

فالمحكمة وبالرغم من أنها تختص في تفسير النصوص القانونية الا أنها أسندت الى نفسها اختصاص آخر غير موجود في نص المادة 103 من القانون الأساسي ولا في نص المادة 24 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006 ، ولا حتى في التعديل الوارد في القرار بقانون رقم 19 لسنة 2017 ، وهو اختصاص حل المجلس التشريعي .

وكان الأجدر بالمحكمة الاكتفاء بتفسير النص وعدم الحكم بأكثر مما طلب الخصم ، أي الدعوة الى ضرورة اجراء انتخابات تشريعية جديدة ، لكي يصار الى القول أن هناك مجلسين أحدهما قديم منتهي الصلاحية وآخر جديد منتخب وبالتالي جواز انتقال السلطة قانوناً ، دون التطرق الى موضوع الالزام باجراء انتخابات تشريعية خلال 6 شهور وحل المجلس التشريعي لتعارض ذلك مع الصلاحية التفسيرية للمحكمة المنصوص عليها في المادة 103 من القانون الأساسي ، ومخالفته لنص المادة 113 من القانون الأساسي التي لم تجز حل المجلس التشريعي في ظل حالة الطوارئ ، والتي تعتبر من أشد الحالات خطورة على الدولة والتي من شأنها انهاء وجود الدولة برمتها ، فما هو الشأن في مجرد قرار تفسيري ؟ . خاصة وأن تجاوز الصلاحية لم يقتصر فقط على مخالفة نصوص قانونية يمكن تداركها، وانما انصب على مخالفة نية تشريعية ، مما أوجد شغور منصب وهو منصب رئيس المجلس التشريعي ، ما من شأنه أن يهدد النظام الفلسطيني برمته في حال شغور منصب رئيس السلطة الوطنية لأي سبب .

الفصل الثاني

التنظيم القانوني لرقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

تختلف الرقابة القضائية من دولة الى أخرى حسب طبيعة النظام القضائي المتبع في الدولة ، فالدول التي تتبع النظام القضائي المزدوج ترى أنه يتوجب تمييز الإدارة عن الأفراد نظراً للأعباء الملقاة على كاهلها ، بحيث تخضع أعمال الإدارة الى الرقابة من خلال محاكم ادارية خاصة ومختلفة عن تلك التي يخضع لها الافراد في المنازعات المدنية ، أما الدول التي تتبع النظام القضائي الموحد فانها ترى أنه يتوجب أن تخضع الإدارة والأفراد الى ذات القانون والمحاكم وذلك تحقيقاً منها للمساواة بين الافراد والإدارة . ولكن بالرغم من ذلك الا أن الرقابة القضائية الادارية تبقى لها ما يميزها عن الرقابة العادية بغض النظر عن طبيعة النظام القضائي في نفس الدولة .

وبناءً على ذلك فاننا ارتأيت تناول التنظيم القانوني لرقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية من خلال مبحثين :

المبحث الأول : شروط رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

المبحث الثاني : المظاهر والآثار القانونية على رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

المبحث الأول : شروط رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

ان الرقابة على سلطة الادارة التقديرية ، لا يمكن أن تكون مطلقة وفي أي وقت ، وانما هناك شروط يجب أن يتقيد بها القضاء قبل اعمال رقابته ، ومن أهمها أن تكون الادارة قد قُررت لها سلطة تقديرية أساساً من قبل المشرع ، وأن تكون الادارة قد مارستها ، اضافة الى ذلك فان من أهم شروط ممارسة رقابة القضاء وخاصة على سلطة الادارة التقديرية أن يتوفر القرار الاداري على أحد عيوب أركانه ، كتوفر عيب في المحل أو الغاية أو السبب أو الشكل أو الاختصاص .

وبناء على ذلك فاننا نقسم هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : توفر سلطة تقديرية للادارة أثناء ممارسة اعمالها

المطلب الثاني : توفر أحد عيوب أركان القرار الاداري

المطلب الأول : توفر سلطة تقديرية للادارة أثناء ممارسة اعمالها

يتركز نشاط الادارة غالباً في القرارات الادارية الصادرة عنها ، وبناءً على ذلك فاننا سوف نتعرض في هذا المطلب الى المقصود بالقرار الاداري والموظف العام وعلاقته بالادارة ، ثم الى مستويات توفر السلطة التقديرية في نشاط الادارة بشكل عام .

الفرع الأول : وسائل تنفيذ النشاط الاداري التي تظهر فيها سلطة الادارة التقديرية

ان الادارة وفي سبيل تحقيق نشاطاتها تستعمل مجموعة من الوسائل القانونية والمادية ، فالادارية هي ما تصدره من قرارات من أجل ترتيب أثر معين ، وتتمثل في القرار الاداري والعقد الاداري ، أما المادية فهي لا تحدث أثر قانوني ، ولكنها تتمتع بحماية خاصة ، وتتمثل في المال العام والموظف العام، ونتعرض في هذا الفرع لأهم هذه الوسائل وهي القرار الاداري والموظف العام .

الفقرة الأولى : القرار الاداري

نتناول في هذه الفقرة المقصود بالقرار الاداري واهم خصائصه :

أولا : تعريف القرار الاداري

يعرف جانب من الفقه القرار الاداري على انه " عمل قانوني نهائي صادر بالارادة المنفردة والملزمة لجهة الإدارة العامة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والانظمة وفي الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد انشاء أو تعديل أو الغاء مركز قانوني " [237] .

كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه " افصاح الجهة الادارية المختصة عن ارادتها بالشكل الذي يتطلبه القانون عبر ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد احداث أثر قانوني معين يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة " [238] .

وقد عرفته محكمة العدل العليا الفلسطينية على انه " افصاح الإدارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والانظمة ، وذلك بقصد احداث أو تعديل مركز قانوني معين ، متى كان ذلك ممكناً أو جائزاً قانوناً " [239] .

ويتضح لنا من خلال التعريفات السابقة ان القرار الاداري يعتبر عمل قانوني نهائي يصدر عن السلطات الادارية في الدولة بما لها من اختصاصات وظيفية ، بقصد انشاء مركز قانوني أو الغائه او تعديله ، كما يتبين لنا أن القرار الاداري يحتوي على مجموعة من الخصائص المرتبطة به وجوداً وعدماً .

ثانياً : خصائص القرار الاداري

يحتوي القرار الاداري على مجموعة من الخصائص المرتبطة به وجوداً وعدماً ، بحيث يفقد القرار الاداري صفته القانونية اذا ما اختفت احداها ، ونوجز هذه الخصائص كما يلي :

1- القرار الاداري عمل فردي

ويقصد بذلك أن القرار الاداري عند صدوره فانه يصدر بارادة الإدارة وحدها دون املاءات من أي سلطة أخرى ، الا في الحالات التي يقيدها المشرع فيها باتباع شكل معين [240] ، وتعتبر هذه الخاصية أهم

---

[237] - د. عبد الله بسيوني ، القانون الاداري ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1987 ، ص 454 .

[238] - د. عاطف المكاوي ، القرار الاداري ، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2012 ، ص12 .

[239] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ، رقم 1996/8 ، والصادر بتاريخ 1996/12/5
- المقتفي – منظومة القضاء والتشريع في فلسطين

[240] - د . عدنان عمرو ، مبادئ القانون الاداري – وسائل تنفيذ النشاط الاداري - ، المطبعة العربية الحديثة ، القدس ، 2010 ، ص 9 .

ما يميز القرار الاداري عن الاعمال الأخرى للادارة كالعقد مثلا ، والذي يصدر باتفاق ارادتين وليس ارادة منفردة [241] .

ومن الجدير بالذكر أن هذه الارادة لا تتضرر فيما اذا كان القرار ذاته يستلزم موافقة الافراد ، كقرارات التعيين أو منح الرخص والمزاولة [242] . وقد قضت محكمة العدل العليا في هذا الاطار بأن " يجب أن يصدر القرار الإداري وفقاً للإجراءات التي حددها المشرع وفي الشكل المرسوم له إذ وضعت قواعد الشكل والإجراءات لحماية المصلحة العامة والأفراد على السواء ومخالفتها تستدعي بطلان القرار المتخذ دون النص على ذلك صراحة لأن عدم مراعاتها فيه إخلال بالضمانات المقررة للأفراد "[243].

2- القرار الاداري يحدث اثراً قانونياً

سبق وأشرنا الى ان القرار الاداري انما يهدف الى احداث أثر قانوني معين ، كانشاء مركز قانوني أو تعديله أو الغائه .

والمقصود هنا هو التأثير المباشر في المركز القانوني القائم وليس التأثير غير المباشر كالتأثير في الحالة الواقعية للشخص ، فلا يمكن القول أن اصطدام عربة الإدارة بشخص قد أحدثت تأثيراً مباشراً ، كون المركز القانوني للمتضرر ما زال قائماً كما هو سواءً بعد الاصابة أو قبلها ، ولكن يمكن اعتبار حالة الاعتقال مثلا من التأثيرات المباشرة في المركز القانوني للفرد ، ذلك كون عملية الاعتقال عدلت حالة الفرد من مواطن حر طليق الى مواطن سجين [244] .

3- القرار الاداري يصدر عن سلطة وطنية عامة

ان القرار الاداري يجب ان يكون صادراً عن سلطة ادارية وطنية ، أو أي شخص من أشخاص الإدارة ، ويدخل في ذلك الهيئات المركزية والغير مركزية ، أو كل شخص يعتبر من ضمن أشخاص القانون العام ، وبالتالي يخرج عن هذا النطاق الأفراد أو الاشخاص الاعتباريين أو اشخاص القانون العام الذين ينزلون لمرتبة الاشخاص في بعض الحالات [245] .

---

241 - د . عاطف المكاوي ،القرار الاداري ، مرجع سابق ، ص 14 .
242 - د. عدنان عمرو ، المرجع أعلاه ، ص 8 -9 .
243 - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ، رقم 1999/61 ، والصادر بتاريخ 2003/10/21 - موقع قانون .
244 - د. عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 194
245 - د. محمد الخلايلة ، الوسيط في القانون الاداري ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2015 ، ص 273 .

ومن الجدير بالذكر أن القرارات الصادرة عن مؤسسات التعليم العالي تعتبر من قبيل القرارات الادارية التي تقبل الطعن أمام محكمة العدل العليا بموجب المادة 4 من القرار بقانون رقم 15 لسنة 2014 المعدل لقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 [246] .

4- القرار الاداري قرار نهائي

تعتبر هذه الخاصية من اهم خصائص القرار الاداري ،وعليه فان القرار الاداري لا يكتسب الصفة الادارية اذا لم يكن نهائي وقابل للتنفيذ .

ويكون القرار الاداري نهائي اذا ما توافر فيه أمرين [247] :

1- ان يصدر عن جهة ادارية دون تعقيب من جهة إدارية أخرى أعلى منها .
2- أن يكون القرار الاداري قابل للتنفيذ ، والمقصود بذلك أن يعمل على احداث اثر قانوني .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بهذا الخصوص على انه " .. اذا لم يشر الكتاب الى صدور قرار عن المستدعى ضدها بمقتضى سلطتها العامة المستمدة من القانون ، فان أخبار المستدعية أن طلبها سيكون غير مكتمل ، وستكون الهيئة غير ملزمة بتزويدها بالبترول ومشتقاته مستقبلاً خلال 3 أيام من تاريخ ذلك الكتاب لا يرقى الى مرتبة القرار الاداري النهائي والتنفيذي بالمعنى القانوني المستقر عليه فقهاً وقضاءً ، لان مجرد افصاح الإدارة عن نيتها بخصوص ما ستفعله بالمستقبل ، لا يعتبر قراراً ادارياً بالمعنى القانوني ، حتى يمكن القول بوجود قرار اداري قابل للطعن به وفق أحكام القانون .. " [248] .

كما قضت أيضا بأن " .. المشرع اشترط في جميع القوانين المتعلقة بمحكمة العدل العليا في القرار القابل للطعن شرط النهائية لان القرار النهائي هو القرار الأخير الصادر عن الإدارة في الموضوع والذي

---

[246] - نصت المادة 4 من القرار بقانون رقم 15 لسنة 2014 المعدل لقانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001 على أن " تعدل الفقرة (2) من المادة (33) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: 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، ومؤسسات التعليم العالي، والاتحادات المسجلة حسب الأصول والجمعيات ذات النفع العام " .

[247] - د. عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 199

[248] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ، رقم 2004/8 ، الصادر بتاريخ 2004/12/13
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا للسنوات (2002- 2003 – 2004) ، المكتب الفني ، ج 4 ، رام الله ، 2009 ، ص 155 .

ينفذ بغير حاجة الى صدور قرار آخر يصدر من سلطة أعلى وهي الجهة الادارية المختصة بمعنى أن لا يكون القرار بحاجة الى تظلم أو اعتراض او استئناف وانما يكون نهائيا قابلاً للتنفيذ .. " [249] .

الفقرة الثانية : الموظف العام

نتناول في هذه الفقرة المقصود بالموظف العام وعلاقته بالادارة :

أولا : تعريف الموظف العام

عرف قانون الخدمة المدنية الفلسطيني الموظف العام على انه " الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة بنظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة احدى الدوائر الحكومية أياً كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها " [250] .

كما عرفه الفقيه فالن على انه " كل شخص يعمل في خدمة سلطة وطنية ، ويسهم بصورة اعتيادية في تسيير مرفق عام يدار بطريقة الادارة المباشرة ، ويشغل وظيفة دائمة مدرجة في الكادر الاداري " [251] .

ونظراً لوجود مجموعة عديدة من التشريعات لم تعرف الموظف العام بشكل صريح ، فقد عمل الفقه الاداري على وضع مجموعة من الشروط ، بحيث يعتبر توفرها دليل كافي على أن الموظف المتوفرة فيه هو موظف عام ، ومن تلك الشروط :

1- التعيين من السلطة العامة المختصة
2- شغل وظيفة دائمة
3- الخدمة في مرفق عام تديره الدولة أو سلطة ادارية تديره ادارة مباشرة [252] .

---

[249] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ، رقم 2008/233 ، الصادر بتاريخ 2011/1/31
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 ، 2011 ، مرجع سابق ، ص218 .

[250] - انظر نص المادة 2 من قانون الخدمة الفلسطينية رقم 4 لسنة 1998 وتعديلاته .

[251] - د . محمد خلايلة ، الوسيط في القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 187 .

[252] - د . نواف كنعان ، القانون الاداري – الكتاب الثاني ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2007، ص 31 .

ثانيا : العلاقة القائمة بين الموظف العام والادارة

وقع اختلاف فقهي حول طبيعة العلاقة بين الموظف العام والادارة بشكل عام ، وحول تكييفها القانوني بشكل خاص .

1- التكييف التعاقدي

اعتبر جانب من الفقه أن طبيعة العقد بين الموظف العام والادارة هو عقد خاص ، وقد كان هذا الاعتبار قائماً قديماً نظراً لعدم وجود فرق ومعايير واضحة بين الوظيفة العامة وباقي العقود المدنية الأخرى ، وقد تعرض هذا الرأي لانتقاد جوهري وهو أن قرار قبول توظيف الموظف العام يصدر من قبل الادارة بارادتها المنفردة وهو ما ينفي صفة العقد عن هذه العلاقة . أما جانب آخر من الفقه فانه يرى أن طبيعة العقد بين الموظف العام والادارة هو عقد عام حجتهم في ذلك أن العقد الاداري يمنح الادارة سلطات خاصة وامتيازات لا يمكن تصورها في العقود العادية ، ولكن هذا الرأي تعرض لذات الانتقاد أيضاً وذلك لانتفاء الايجاب والقبول في التعيين ، وهو ما حدا بأغلبية الفقه الى الابتعاد عن معيار التكييف التعاقدي بشكل عام لتحديد العلاقة القائمة بين الموظف العام والادارة [253] .

2- التكييف التنظيمي

بعد الانتقادات العديدة التي لاقاها التكييف التعاقدي للعلاقة بين الموظف والادارة ، فقد توجه الفقه الى الاخذ بمعيار آخر وهو التكييف التنظيمي ، ومؤدى هذه النظرية أن العلاقة تقوم على أساس تنظيمي ، أي يحكمها القانون والأنظمة ، وهذه الأنظمة هي التي تحدد واجبات الموظف وحقوقه ، بصرف النظر عن صفة شاغلينها ، وبناءً عليه فان الموظف وبمجرد قبوله في وظيفة ما ، فانه يخضع لاحكامها ، أما قرار التعيين فانه قرار اسناد للوظيفة فقط ، وبعد هذا القرار فان ما يخضع له الموظف الفعلي هو القانون والأنظمة فقط [254] .

الا أن الباحث يؤيد ما تبناه بعض الفقه في أن العلاقة بين الموظف العام والادارة تقوم على أساس تعاقدي وأن العقد هو عقد عام نظراً لتوفر الايجاب والقبول ، فالموظف العام يملك حق رفض التوظيف أو حق قبوله ، وهو ما تملكه الادارة أيضاً ، أي أن هناك ارتباط بين الايجاب والقبول على نحوٍ يرتب أثر (

[253] - د . عدنان عمرو ، وسائل تنفيذ النشاط الاداري ، مرجع سابق ، ص 202 .
[254] - د . نواف كنعان ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 40 .

التوظيف) ، اضافة الى أن الموظف بامكانه أن يفسخ هذه العلاقة بتقديم استقالته ، وكذلك الادارة التي تملك الحق في عدم تجديد العقد للموظف ، أو انهائه في فترة التجربة ، أي أنها تملك جميع حقوق المتعاقد القانونية ، ومن جانب آخر فان عملية التكييف التنظيمي ، لا يمكن أن تكون معيار لتحديد طبيعة العلاقة ، وانما هي صفة للطبيعة التعاقدية ذاتها ، فالعقد بين الموظف والادارة يخضع للقانون والأنظمة سواءً في ترتيب الحقوق ، أو منع أحد الأطراف في فسخ العقد بشكل تعسفي .

الفرع الثاني : مستويات سلطة الادارة التقديرية في ممارسة نشاطها

المشرع غالبا ما يترك للادارة قدراً كبيراً من الحرية في ممارسة نشاطها ، بحيث تستعمل الإدارة هذه الحرية بناءً على الظروف التي تواجهها ، ويقول العميد بونار في هذا الجانب " أن سلطة الإدارة التقديرية تنشأ عندما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقتها مع الافراد الحرية في ان تتدخل أو تمتنع ، ووقت هذا التدخل وكيفيته ، وفحوى القرار الذي تتخذه ، فالسلطة التقديرية تنحصر اذاً في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يسمح عمله وما يسمح تركه " [255] .

و يختلف مدى هذه السلطة الممنوحة للإدارة أثناء مزاولتها لنشاطها واصدار قراراتها ، اذ الاصل أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة أثناء القيام بتصرفاتها ، ولا يقيدها في ذلك الا النص القانوني الذي يضعه المشرع ، على نحو يمكن معه القول أن الاختصاص المقيد ما هو الا استثناء على الأصل ، وبناءً على ذلك فان حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة تتراوح بين الضيق والاتساع بحسب الظروف والاعتبارات وبحسب النصوص التشريعية النافذة [256] .

وعلى هذا النحو يمكن القول أن السلطة التقديرية الممنوحة للادارة ازاء ما يصدر عنها من تصرفات يتمثل مداه تدريجياً من الاتساع الى الضيق ، حيث يرى الدكتور عدنان عمرو أن الادارة قد تتمتع بسلطة واسعة اثناء القيام بواجباتها أو اثناء امتناعها عن القيام بالعمل، دون أي معقب او رقابة عليها ، كما وتتمتع أيضا باختيار الاسباب المناسبة في اتخاذ قراراتها ، وتقتصر رقابة القضاء هنا على مشروعية القرار الاداري ضماناً لعدم تعسف الإدارة في اصدار قراراتها ، ومن أبرز الامثلة على ذلك سلطة الإدارة التقديرية في موضوع الاحالة الى التقاعد المبكر ، حيث نص المشرع الفلسطيني في المادة 117 من قانون

---

[255] - مشار اليه : د . سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، مرجع سابق ، ص 21-22 .

[256] - محمد الحسيني ، معايير تمييز السلطة التقديرية للادارة ونطاقها ، مقال منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد السابع والعشرون / 2012 ، ص 129.

التقاعد العام رقم 7 لسنة 2005 على انه " يجوز لمجلس الوزراء أن يحيل أي موظف لاعتبارات المصلحة العامة الى التقاعد المبكر اذا أكمل خمس عشرة سنة خدمة مقبولة للتقاعد " ، وأن هذه السلطة قد تنتقل الى مستوى التوسط ويقصد بالسلطة التقديرية المتوسطة أن تمنح الإدارة الحرية الكاملة باصدار القرارات التي تراها مناسبة في ظل الظروف التي تواجهها ، ولكن تبقى هذه القرارات مشروطة بأن تبنى على أسباب محددة ، قيدها بها القانون ، ومن الامثلة على ذلك ترقية الموظفين العموميين ، وصولاً الى التقييد التام ، بحيث تكون السلطة التقديرية في حدها الادنى عندما يفرض المشرع على الإدارة اتخاذ قرار معين وفق نص القانون ، بحيث لا يجوز للادارة ان تبني قراراتها على أسباب غير تلك التي قيدها بها النص ، والا كان قرارها غير مشروع ، ومن الأمثلة على ذلك احالة الموظف الى التقاعد ، حيث قيد المشرع الفلسطيني الإدارة في قانون الخدمة المدنية لعام 1998 بوجوب احالة الموظف الذي بلغ سن الستين عاماً الى التقاعد ، وبناءً على ذلك فانه لا يجوز للادارة إعمال سلطتها التقديرية في هذه الحالة ، وانما يجب عليها التقيد بنص القانون كما هو [257] .

المطلب الثاني : توفر أحد عيوب أركان القرار الاداري

تتفاوت سلطة الادارة التقديرية من ركن الى آخر من أركان القرار الاداري ، حيث نجدها تظهر بشكل واضح في أركان المحل والسبب والغاية على عكس ركني الاختصاص والشكل .

الفرع الأول : توفر عيب في الاختصاص

يقصد بعنصر الاختصاص ، القدرة التي منحها المشرع لرجل الإدارة لإصدار قرار اداري معين ، وبالتالي فإن كل عضو في الإدارة يتوجب عليه قبل إصدار أي تصرف إداري أن يكون قد خول صلاحية اصداره قانوناً ، وإلا كان التصرف الصادر عنه تصرفاً معرضاً للإلغاء .

الفقرة الأولى : مفهوم ركن الاختصاص

نتناول في هذه الفقرة تعريف عيب الاختصاص ، وصوره على النحو التالي :

أولا : تعريف الاختصاص

[257] - د .عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 53 – 54 .

يقصد بالاختصاص " القدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين ، أو هو صلاحية عضو السلطة الادارية موضوعياً ومكانياً وزمانياً للتعبير عن إرادته الملزمة " [258]

وبناءً عليه يعرف عيب عدم الاختصاص على أنه " عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين ، جعله المشرع من اختصاص سلطة أخرى أو فرد آخر " [259] .

ويعتبر ركن الاختصاص من أقدم أركان القرار الاداري وأهمها وذلك لعدة اعتبارات أهمها شدة وضوحه وارتباطه بالنظام العام [260] .

ويترتب على ارتباط عيب الاختصاص بالنظام العام عدة نتائج ، من أهمها [261] :

- أنه يثيره القاضي من تلقاء نفسه ، حتى لو لم يثره أحد الاطراف كسبب من أسباب الغاء القرار الاداري ، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى .
- لا يمكن للادارة الاتفاق مع الافراد في عقد من العقود على تعديل قواعد الاختصاص ، وذلك كون هذه القواعد شرعت تحقيقاً للصالح العام .
- لا يمكن للإدارة في حالة الاستعجال مخالفة قواعد الاختصاص ، مع الاخذ بعين الاعتبار أحكام حالة الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية في مسألة تعلق عيب الاختصاص بالنظام العام بأن " قرار انهاء خدمات المستدعي باحالته على التقاعد صدر عن القائد الأعلى لقوى الأمن ولم يصدر عن لجنة الضباط ، وحيث أن عيب الاختصاص من النظام العام تملك المحكمة استثناءً اثارته من تلقاء نفسها حتى ولو لم يثره المستدعي في لائحة طعنه كسبب من أسباب الغاء القرار المطعون فيه ، فان المحكمة والحالة هذه تجد أن القرار الطعين مشوب بعيب عدم الاختصاص " [262].

كما يترتب أيضاً على ارتباط عيب عدم الاختصاص بالنظام العام ، أنه لا يقبل الاجازة اللاحقة ، أي أنه لا يجوز تصحيح القرار الصادر عن سلطة غير مختصة ، وقد استقرت محكمة العدل العليا على عدم جواز الاجازة اللاحقة لعيب الاختصاص على غرار ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي ، حيث قضت بأن " أما

---

[258] - د. عدنان عمرو ، ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 22 .
[259] - د. محمد الخلايلة ، الوسيط في القانون الاداري ، مرجع سابق، ص 278
[260] - د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص252 .
[261] - د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 166-167
[262] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، القرار رقم 2008/149، الصادر بتاريخ 2010/3/31 .
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

صدور قرار من وزير الداخلية بالموافقة على قرار المتصرف فلا يصحح الاجراء الذي قام به المتصرف ، لأن قرار المتصرف بفرض أنه مختص باصداره بحاجة الى موافقة وزير الداخلية من جهة ولأن وزير الداخلية لم يستعمل صلاحيته بحق المستدعين بصورة مباشرة " [263] .

ثانيا : اشكال عيب عدم الاختصاص

تتنوع اشكال عيب عدم الاختصاص استناداً الى حجم المخالفة الصادرة عن الإدارة ، فقد يكون العيب بسيطاً وينتج عنه ابطال القرار الاداري اذا ما طعن فيه بعدم الاختصاص ، وقد يكون العيب جسيماً وينتج عن ذلك اعتبار القرار الاداري منعدماً .

1- عيب بسيط

يتميز عيب عدم الاختصاص البسيط بأنه لا يؤدي لانعدام القرار الاداري ، وانما يكون القرار وهذه الحالة قابلاً للابطال فقط ، ويتعلق هذا العيب بمخالفة قواعد الاختصاص ، كما ويعتبر أكثر العيوب حدوثاً في العمل مقارنةً بعيب عدم الاختصاص الجسيم[264] ، ويمكن حصر حالات عيب عدم الاختصاص البسيط بثلاث حالات ، وهي عدم الاختصاص الموضوعي[265]، وعدم الاختصاص المكاني[266] ، وعدم الاختصاص الزماني [267].

2- عيب جسيم[268]

وهو العيب الذي يوصل القرار الاداري الى درجة الانعدام ، وقد وقع اختلاف فقهي بخصوص الحالات التي يعتبر فيها القرار الاداري مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم ، فمن الفقه من ضيق من هذه الحالات استقراراً للمعاملات القانونية ، ومنهم من عمل على توسيعها ، ومن هذه الحالات :

- صدور القرار الاداري عن موظف عام لا يملك الحق باصدار القرارات ، كصدور قرار اداري عن السكرتارية أو الآذن بدلاً من المدير .

---

[263] - طعن رقم 676 بتاريخ 1972/12/7 ، مجموعة المبادئ – السنة 27 ، ص 27
- مشار اليه : د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 289 .

[264] - د. عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 277 .

[265] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 290 ، انظر أيضا : د. عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 278.

[266] - د. ابراهيم العقيلي ، اساءة استعمال السلطة في القرارات الادارية ، ط1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 ، ص 1 .

[267] - د . محمد يحيى ، المغرب الاداري ، مرجع سابق ، ص 381 انظر أيضا : د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 261 – 262

[268] - د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 294 – 295 .

- صدور القرار الاداري عن شخص عادي لا تربطه أية صلة بالوظيفة العامة ، مع مراعاة نظرية الموظف الفعلي في الحالات الطارئة والاستثنائية .
- صدور قرار اداري عن سلطة ادارية معينة مع أن ذلك من اختصاص السلطة التشريعية ، كاصدار قانون او تعديله من سلطة غير السلطة التشريعية .
- صدور قرار عن سلطة ادارية معينة مع ان ذلك من اختصاص السلطة القضائية ، كقيام احدى السلطات غير السلطة القضائية باصدار قرارات للفصل في المنازعات الجنائية .

وقد استقرت محكمة العدل العليا الفلسطينية على هذه الحالات أيضاً ، حيث قضت بأن " ما استقر عليه الفقه والقضاء من أن هناك فرق بين حالات عدم الاختصاص البسيط والذي يجب الطعن في القرار الذي شابه هذا العيب خلال المدة القانونية للطعن ، وبين حالات عدم الاختصاص الجسيم – عيب غصب السلطة – والذي ينحدر بالقرار الاداري الى درجة الانعدام ، ما يجعل الطعن فيه لا يتقيد بميعاد ، وحالات عدم الاختصاص الجسيم هي حالات صدور القرار من فرد عادي أو هيئة خاصة أو اعتداء الإدارة على اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية أو صدوره من موظف أو هيئة ليس من واجبات وظيفتها اصدار قرارات ادارية ، وعليه فان اعتداء الرئيس على صلاحية مرؤوسيه لا يعتبر غصباً للسلطة وانما يدخل ضمن حالات عيب عدم الاختصاص البسيط "[269] .

ولكن وبالرغم من ضرورة صدور القرار الاداري عن صاحب الاختصاص تخوفاً من الغاء القرارات الصادرة عن غيره ، الا أنه لا يمكن في الواقع العملي قيام صاحب الاختصاص باصدار جميع القرارات بنفسه ، وذلك نظراً لتشعب العمل الاداري وازدياد عدد المستفيدين من تصرفات الإدارة ، لذلك كانت الحاجة ملحة الى ايجاد حلول مناسبة من شانها توزيع الاختصاصات الموكولة الى شخص بعينه ، حيث ظهرت مجموعة من الانظمة لهذا الغرض ، ومن أهمها ، التفويض[270] ، و الحلول[271] ، و الانابة [272].

الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن الاختصاص ورقابة القضاء عليها

من المستقر عليه انه ليس للادارة اية سلطة تقديرية بالنسبة الى عنصر الاختصاص ، أي انه يجب على الإدارة ان تتقيد بالنص القانوني الذي يحدد الاختصاص الذي يجب على الإدارة اتباعه عند القيام

---

[269] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2012/52 ، الصادر بتاريخ 2012/4/16
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[270] - د. مليكة الصروخ ، التنظيم الاداري ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء – المغرب ، 2010 ، ص 33 .

[271] - د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 179

[272] - د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، المرجع أعلاه ، ص 183

بتصرفاتها القانونية ، أي أن الرقابة القضائية على هذا الركن – رقابة المشروعية – هي رقابة على السلطة المقيدة للادارة المختصة باصدار القرارات الادارية [273] .

الا انه وبالرغم من وضوح مسالة السلطة التقديرية بالنسبة الى عنصر الاختصاص الا أنها لم تسلم من الاختلاف الفقهي ، حيث يرى جانب من الفقه أن عنصر الاختصاص هو من العناصر المقيدة بنص القانون ، أي أن رجل الإدارة لا يتمتع بأية سلطة تقديرية في هذا المجال ، أي أن القرار الصادر يكون منعدماً أو قابلاً للابطال اذا لم يراعي قواعد الاختصاص ، فيما يرى جانب آخر من الفقه أن جهة الإدارة تملك حرية التقدير وذلك في الحالات التي يجوز فيها تفويض الاختصاص والانابة حتى وإن كان هذا التقدير يظهر بصورة ضئيلة [274] .

ونذهب الى ما ذهب اليه الفريق الأول ، حيث أن تقدير الإدارة وان كان يظهر بخصوص التفويض والانابة إلا أن ذلك لا يمكن أن يصبغ الصفة التقديرية على الاختصاص ، فالتفويض استثناء ، والاستثناء لا يمكن القياس عليه .

ويرى اغلب الفقه أن السلطة التقديرية تنعدم لدى الإدارة في هذا العنصر من عناصر القرار الاداري ، إلا أن جانباً آخر من الفقه يرى أن الإدارة تتمتع بحرية في التقدير تتمثل في اختيار الشكل المناسب ما دام أن المشرع لم يفرض عليها شكلاً محدداً ، على اعتبار أن دور الإدارة يتمثل في الاخذ بالشكل الملائم والمناسب للقرار الاداري المراد إصداره [275] .

وقد عملت محكمة العدل العليا الفلسطينية على فرض رقابتها على القرارات الادارية المشوبة بعيب عدم الاختصاص سنداً الى الاختصاص الممنوح لها بموجب المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني [276] .

حيث قضت بأنه " يجب على كل عضو من أعضاء السلطة الادارية أياً كان فرداً او جهة ادارية جماعية ألا يمارس عملاً قانونياً الا اذا كان مؤهلاً قانوناً للقيام به ،ويعد قراراً معيباً بعيب عدم الاختصاص أي قرار اتخذ أو أمر باتخاذه خارج نطاق تلك الحدود أو الضوابط " [277] .

---

[273] - د. عصام الدبس ، القضاء الاداري ورقابته لأعمال الإدارة " دراسة مقارنة " ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 ، ص 344

[274] - د. خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة ، مرجع سابق ، ص 184 .

[275] - د. خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 188

[276] - انظر نص المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية وتعديلاته .

كما قضت أيضا في اطار هذه الرقابة بأن " صدور قرار من شخص يتمتع بصفة الموظف العام أو من هيئة ادارية تمثل السلطة العامة ولكنهما لا يتمتعان بأي تأهيل قانوني لاصدار قرارات ادارية اطلاقاً أو صدور القرار من سلطة في شأن هو من اختصاص سلطة أخرى كأن تتولى السلطة الادارية عملاً من أعمال السلطتين القضائية والتشريعية وبالتالي تكون القرارات الصادرة في هذه الحالة قرارات باطلة " [278]

ونرى مع الاحترام أن محكمة العدل العليا لم تجز التعبير في قرارها السابق ، خاصة وانها قد استقرت على أن صدور التصرف من السلطة الادارية وهو من اختصاص السلطتين التشريعية والقضائية يعتبر من ضمن عيوب عدم الاختصاص الجسيم ، وبالتالي يتوجب معه اعتبار القرار منعدماً وليس باطلاً .

ونذكر هنا أن رقابة محكمة العدل العليا لم تقتصر على مجرد ابطال القرارات الادارية المشوبة بعيب عدم الاختصاص فقط ، بل امتدت أيضاً الى القرارات المشوبة بعيب عدم الاختصاص الخفي ، ونثمن بدورنا هذا الموقف لها ، حيث قضت بأنه " اذا كان القرار الاداري هو افصاح الإدارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والانظمة بقصد احداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً فيجب أن يكون القرار الصادر تعبيراً عن ارادة صاحب الاختصاص لوحده فقط ، ففي ارادته تتجسد ارادة الإدارة العامة التي ينتمي اليها ، لهذا يتعين على القاضي الاداري باعتباره حامي مبدأ المشروعية أن يبذل جهداً لتحديد المصدر الحقيقي للقرار ، فلم يعد مقبولاً منه الاكتفاء بمظاهر عدم الاختصاص التقليدية ، لهذا يكون القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص الخفي .. " [279] .

الفرع الثاني : توفر عيب في الشكل والاجراءات

يقصد بالشكل والاجراءات المظهر الخارجي للقرار الذي فرضه المشرع على الإدارة لكي تفرغ ارادتها ضمنه ، وبالتالي فانه يتوجب على الإدارة عند اصدارها لاي قرار أن تتقيد بما نص عليه القانون من حيث شكل القرار الاداري ، والاجراءات السابقة واللاحقة على اصداره ، والا كان قرارها معيباً بعيب الشكل .

---

[277] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2014/219 ، الصادر بتاريخ 2014/12/24 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[278] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2013/152 ، الصادر بتاريخ 2014/10/15 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[279] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2013/50 ، الصادر بتاريخ 2013/5/8 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

الفقرة الأولى : مفهوم ركن الشكل والاجراءات

نتناول في هذه الفقرة مفهوم عيب الشكل والاجراءات ، وصور مخالفتهما على النحو التالي :

أولا : تعريف الشكل والاجراءات

يقصد بعنصر الشكل والاجراءات " المظهر الخارجي التي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في اصداره " أي أن صدور القرار الاداري دون اتباع الاجراءات المقررة قانوناً أو مخالفاً لها ، يعيب القرار بعيب الشكل ويجعله قابلاً للالغاء لعدم المشروعية [280] .

ويفهم من المفهوم السابق أن عيب الشكل هو عدم التزام الإدارة باصدار القرارات وفق الشكل الذي حدده القانون ، أما عيب الاجراءات فهو عدم التزام الإدارة بالخطوات التي حددها المشرع أثناء اصدار القرارات الادارية .

والأصل في القرارات الادارية هو عدم تقيدها بشكل معين ، إلا أنه في اغلب الاحيان يعمل المشرع على تقييد الإدارة ببعض الشكليات التي يجب أن تلتزم بها الإدارة وهي ما يطلق عليه قواعد الشكل ، والا كان قرارها معيباً بعيب الشكل ، ومن هذه القواعد كتابة القرار وتسبيبه واحترام الاجراءات السابقة على اصداره كأخذ رأي لجنة استشارية مثلاً اذا تطلبت الاجراءات ذلك [281] .

ويرجع الهدف من ضرورة تقييد الإدارة بعنصر الشكل والاجراءات هو حماية حقوق الافراد ومصالح الإدارة على حد سواء ، خاصة وأنه يمنع الإدارة من إصدار قراراتها بشكل سريع وعفوي دون مراعاة الظروف ووزنها بشكل دقيق ، كما أنه يعمل على تسهيل عملية الرقابة القضائية على القرارات الادارية ، اذ لا يمكن للقضاء مراقبة القرار الاداري إلا إذا صدر بشكل مناسب سمح معه مطابقته للأوصاف القانونية التي حددها القانون [282] .

كما أن المشرع وتجسيداً لحماية حقوق الافراد اعتبر أن سكوت الإدارة والتزامها للصمت هو تعبير عن إرادتها أيضاً ، فالمشرع الفرنسي اعتبر أن سكوت الإدارة مدة معينة يعتبر بمثابة قرار بالرفض [283] .

---

[280] - د . سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة ، مرجع سابق، ص 95

[281] - د. علي شفيق ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية " دراسة تحليلة مقارنة " ، مركز البحوث ، جامعة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، 2002 ، ص 139-140 .

[282] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 300 .

[283] - د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، مرجع سابق ، ص 155 .

وهو ما أخذ به المشرع الفلسطيني ايضاً ، حيث نصت المادة 105 من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني على انه " يتم البت في التظلم خلال 60 يوماً من تاريخ تقديمه ، فاذا انقضت هذه المدة دون الرد خطياً على المتظلم اعتبر تظلمه مرفوضاً " .

ثانيا : صور مخالفة الشكل والاجراءات

- صور مخالفة الشكل

لا يشترط لصدور القرار الاداري شكلية معينة كما أسلفنا سابقاً ، فقد يكون القرار الاداري كتابةً ، وقد يكون شفاهةً ، وقد يستدل عليه من خلال التنفيذ المادي له ، كما أنه قد يكون اشارةً أو علامة ، كإشارات المرور والإشارات المثبتة على أطراف الطريق العام ، كما أنه قد يتم التعبير عنه بصورة ضمنية كسكوت الإدارة عند اصدار قرار معين ، حيث يفهم منه رفضها أو امتناعها عن إصداره ، أي أن الشكل المفروض على الإدارة هو ما يلزمها به المشرع عند إصداره للقانون . أما بالنسبة الى القرارات التنظيمية فانها يجب أن تصدر كتابةً وأن يتم نشرها في الجريدة الرسمية أو وسائل النشر التي حددها القانون لذلك [284] .

أما من ناحية تسبيب الإدارة لقراراتها ، أي وجوب ذكر الاسباب التي قام عليها القرار الاداري ، فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبيب قراراتها ، إلا إذا نص المشرع على ضرورة تسبيبها ، على نحو يكون القرار الاداري معيباً بعيب الشكل اذا لم يكن مسبباً تسبيباً قانونياً كافياً [285] .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية في هذا الخصوص بأن " عدم ذكر سبب القرار الاداري اذا تطلب القانون ذكر سببه يجعل القرار الاداري معيباً من حيث الشكل ، وبالتالي فان قيام البلدية المستدعى ضدها بفصل التيار الكهربائي عن المستدعي دون ذكر الاسباب التي دعت الى ذلك يجعل من قرارها باطلاً ومخالفاً للقانون " [286] .

ومن الجدير بالذكر في هذا الجانب أن تسبيب القرار الاداري يختلف عن عنصر السبب ، فالاول هو اجراء شكلي يتطلبه القانون عند اصدار الإدارة لقراراتها ، أما عنصر السبب فانه احد اركان القرار

---

[284] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 300

[285] - د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 266 .

[286] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 1996،6 ، الصادر بتاريخ 1996/11/26
- منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني – المقتفي

الاداري وأساس من أساسات مشروعيته ، وهو يمثل الباعث من اصدار القرار ، والذي عادة ما يرتبط بالمصلحة العامة والذي يجب أن يتوفر دائماً [287] .

- صور عيب الاجراءات

يظهر عيب الاجراءات عندما لا تتقيد الإدارة بالاجراءات والخطوات والآجال والضمانات التي نص عليها المشرع ، فالمشرع قد يفرض على الإدارة قبل إصدار قراراتها أخذ استشارة هيئة معينة أو رأي لجنة ، او قد يتطلب تنسيب جهة معينة ، وبالتالي فان عدم احترام هذه الخطوات التمهيدية لاصدار القرار يجعل القرار الاداري مشوباً بعيب الاجراءات [288] .

وقد قضت المحكمة الادارية المصرية في هذا الجانب في حكمها الصادر بتاريخ 1963/3/23 بأنه " ولما كان المشرع يوجب عدم فصل العامل من الخدمة بسبب تأديبي الا بموافقة وكيل الوزارة ، بعد أخذ رأي اللجنة الفنية المشار اليها في القانون ، فان عدم اتباع هذا الاجراء إهدار صريح لضمانة حرص عليها المشرع لصالح العمال ، ومن ثم يكون قرار الفصل حقيقاً بالالغاء " [289] .

ومن المهم ذكره في هذا الجانب أن الإدارة اذا ما اختارت سلوكاً معيناً من تلقاء نفسها دون أن يفرض عليها المشرع ذلك ، فان هذا السلوك يجب أن يكون قانونياً ، والا كان القرار الصادر مشوباً بعيب الشكل ، أي أن الإدارة اذا ما رأت أنه يتوجب عرض قرار معين على لجنة مختصة قبل إصداره دون أن يفرض عليها المشرع ذلك ، فانه يتوجب أن يكون تشكيل هذه اللجنة قانونياً [290] .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بهذا الخصوص بأنه " لا يتم الاستغناء عن خدمة ضابط الصف أو الفرد إلا بعد التحقيق معه من قبل لجنة تحقيق تشكل لهذا الغرض من قبل الوزير المختص، وللجنة أن توصي ببقائه في الخدمة أو الاستغناء عن خدمته وفي الحالة الأخيرة يجب أن يصدر قرار بالاستغناء عن الخدمة، وإلا كان القرار مخالفا للقانون " ([291]) .

---

[287] - محمد خليفي ، اطروحة دكتوراة ، مرجع سابق ، ص 88 .

[288] - د. عنان عمرو ، مبادئ القانون الاداري – وسائل تنفيذ النشاط الاداري ، مرجع سابق ، ص 51 .

[289] - القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا المصرية بتاريخ 1963/3/23 .
- مشار اليه : د. عبد الله طلبة ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 276

[290] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق، ص302

[291] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2008/146 ، الصادر بتاريخ 2010/2/10
- منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني – المقتفي

وقد قضت المحكمة الادارية المصرية في هذا الخصوص في حكمها الصادر بتاريخ 1958/7/15 بأن " الهيئة المكلفة باعطاء الرأي يجب أن تتبع الاجراءات النظامية في عملها ، فاذا شاب هذه الاجراءات مخالفة قانونية أو لائحية ، فهذا يعيب القرار الاداري المتخذ استناداً الى رأي اللجنة ، ولكن في هذه الحالة اذا لم تتقيد السلطة المختصة بالاقتراحات المقدمة من هذه الهيئة فان قرارها يبقى سليما " [292] .

ثالثاً : أشكال عيب الشكل

- الأشكال الجوهرية

لقد اتبع القضاء الاداري فكرة عدم شل حركة الإدارة وتقييد نشاطها من خلال الاغراق في الشكليات وتعدد الاجراءات التي من شأنها أن تشكل عدم قدرة المرافق العامة على السير بانتظام واضطراد ، لذلك فقط استقر قضاؤها على ضرورة التمييز بين الشكليات الجوهرية التي ترتب البطلان ، والشكليات غير الجوهرية التي لا ترتب البطلان [293] .

وتشمل الشكليات الجوهرية كل اجراء من شأنه أن يؤثر على صحة القرار الاداري ، كما يمكن تعريفه على انه " الاجراء الذي اذا أهمل كان من شأنه أن يقلل من الضمانات التي تحمي حقوق الافراد ، أو أنه الاجراء الذي اذا راعته الإدارة فان قرارها سيصدر على نحو مغاير للشكل الذي صدر به " [294] .

ويعتبر الشكل جوهرياً اذا نص القانون على وجوب التقيد به ، كما أن عيب الشكل يعتبر من النظام العام والذي تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها حتى لو لم يثره الأطراف ، وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بهذا الخصوص على أن " عدم اتباع الاجراءات الأساسية والجوهرية المنصوص عليها بموجب أحكام القانون يغدو معه القرار المطعون به وليد اجراءات مخالفة لاحكام القانون " [295] .

---

[292] - القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا المصرية بتاريخ 1963/3/23 .
- مشار اليه : د. عبد الله طلبة ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 277

[293] - د. محمد الخلايلة ، الوسيط في القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 285 .

[294] - د. عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 312 .

[295] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2007/178 ، بتاريخ 2009/4/22 ، غير منشور
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 224 .

كما قضت أيضاً بأن " اذا كانت الاجراءات مقررة لضمان مصلحة الافراد وكانت مراعتها تؤدي الى تعديل القرار فهي اجراءات جوهرية، اذا خولفت كان القرار معيباً من حيث الشكل وقابلاً للابطال " [296].

وبالرغم من أن محكمة العدل العليا الفلسطينية اعتبرت أن الاجراءات الجوهرية هي الاجراءات التي ينص عليها القانون ، وأن عدم التقيد بها يؤدي الى بطلان القرار الاداري ، الا أن الفقه قد عمل على محاولة حصر الحالات التي يعتبر فيها عيب الشكل جوهرياً ، ومن هذه الحالات [297] :

- اذا وصفه القانون صراحة بأنه جوهري أونص على ما يفيد ذلك .
- اذا رتب القانون البطلان كجزاء على مخالفة الشكل ، ويتحقق في الحالات التالية :

1 اذا كان من شأن الشكل والاجراء أن يؤثر على مسلك الإدارة وهي تحدد مضمون القرار .
2 اذا كان الشكل او الاجراء مقرراً لمصلحة الافراد .
3 اذا كان من شأن الشكل أو الاجراء التأثير على ضمانات الافراد تجاه الإدارة .

- الاشكال غير الجوهرية

يقصد بالاشكال غير الجوهرية " تلك الاشكال التي لا يترتب على مخالفتها او اغفالها أي تأثير على مصالح الافراد ، وانما وضعت لصالح الإدارة فقط ، وبالتالي فان مخالفتها لا يعرض الاعمال الادارية للالغاء " [298] .

ويتضح من ذلك أن هذه الشكليات أو الأشكال قد تقررت لمصلحة الإدارة وبالتالي فانها لا تؤثر في شرعية القرار الاداري وسلامته اذا ما خالفتها الإدارة ، وعليه فان هذه الشكليات تحتوي على مجموعة من المميزات [299] :

- الشكليات الجوهرية في تكوين مضمون القرار الاداري .
- الشكليات التي لا تمس حقوق الافراد ومصالحهم ، وهي متعلقة بمصالح الإدارة وتنظيم عملها الداخلي .

---

[296] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 1996/6 ، بتاريخ 1996/11/26
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[297] - د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 225

[298] - د. عبد الله طلبة ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 275

[299] - محمد خليفي ، اطروحة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص 86-87

- الشكليات التي يمكن للإدارة إصلاحها بسهولة .
- الشكليات التي لا يمكن تطبيقها في ظل الظروف الإستثنائية والقاهرة .

ولعل من الجدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي لم يضع معياراً محدداً لتمييز هذه الشكليات غير الجوهرية عن غيرها الجوهرية ، وانما عمل الفقه على وضع مجموعة من الحالات التي لا يعتبر القرار الاداري باطلاً فيها ومن هذه الحالات [300] :

- الشكليات المقررة لصالح الإدارة لا لمصلحة الافراد

اعتبر مجلس الدولة أن الشكليات التي قررت لمصلحة الإدارة لا يمكن للافراد أن يستندوا اليها في الغاء القرارات الادارية ، وقد كان أول ارساء لهذا المبدأ في القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Feure" عام 1919 حيث تطوع احد الافراد في القوات المسلحة ، ثم اراد ان يتخلص من هذا التطوع عن طريق التمسك ببطلانه استناداً الى أن التطوع قد تم دون اجراء الكشف الطبي عليه ، فلم يقبل مجلس الدولة الفرنسي وجهة النظر هذه استناداً الى أن هذه الشكلية انما قررت لمصلحة الجيش ، وبالتالي يكون لوزير الحربية وحده التمسك بها .

- الشكليات التي لا تؤثر في سلامة القرار موضوعياً ، وقد تغاضى مجلس الدولة الفرنسي عن هذه المخالفة اذا لم تؤثر في القرار الاداري من ناحية الموضوع ولم تنتقص من ضمانات الافراد ، كتقصير الإدارة لبعض المدد اذا ما رأت ان المدة الممنوحة للافراد كافية لاعداد دفوعهم .
- استحالة اتمام الشكليات ، تغاضى ايضاً مجلس الدولة الفرنسي عن هذه المخالفة لاستحالة اتمامها ، كأن يفصل موظف من العمل ويتركه دون ترك عنوان محدد له يمكن استدعاؤه عليه لسماع أقواله .
- اتمام الشكلية بعد إهمالها ، أجاز مجلس الدولة الفرنسي اتمام الشكلية استثناءً اذا كان الإهمال راجعاً لخطأ مادي لا يؤثر على صحة القرار ، كحضور أحد اعضاء المجلس مجلساً لكنه يغفل عن التوقيع على تسجيل الحضور .
- قبول ذو المصلحة ، تردد مجلس الدولة الفرنسي في البداية في اعتبار أن قبول ذي المصلحة يؤدي الى رفض الحكم بالغاء القرار الاداري ، إلا أنه عدل عن هذا الاجتهاد وأُقر استثناءً في بعض الحالات أن قبول ذي المصلحة لا يعرض القرار الاداري للالغاء .

[300] - د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، مرجع سابق ، ص 193 .

ومن الجدير بالذكر أن القضاء الاداري المصري ومحكمة العدل العليا الفلسطينية لم يأخذان بهذا الاجتهاد ، حيث قررت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأن " القرار الاداري يجب أن يصدر وفقاً للاجراءات التي حددها المشرع وفي الشكل المرسوم له اذ أن قواعد الشكل والاجراءات قد وضعت لحماية المصلحة العامة ومصلحة الافراد على السواء ، ومخالفتها تستدعي بطلان الاجراء المتخذ دون حاجة الى النص على ذلك صراحة ، لأن عدم مراعاتها فيه اخلال بالضمانات المقررة للافراد " [301] . ويتفق الباحث مع محكمة العدل العليا في هذا الاتجاه ، خاصة وأن المصلحة العامة لا يمكن طمسها على حساب مصلحة الافراد ، نظراً لتعلق قواعد الشكل والاجراءات بمصلحة الافراد والمصلحة العامة على حدٍ سواء .

ونشير أيضاً الى انه وبالرغم من الحالات السابق ذكرها الا أن الفقه قد استقر على معيار مهم في التمييز بين الشكليات الجوهرية والشكليات غير الجوهرية ، وهو مدى تأثير الشكلية في عمل الإدارة ، أي هل تؤدي هذه الشكلية الى صدور القرار الاداري على نحو مختلف أم لا ؟ سواء ارتبط ذلك بمصلحة الافراد أو بمصلحة الإدارة بشكل عام ، ويعتبر هذا المعيار من أهم المعايير في التمييز نظراً لارتباطه بالموضوع [302] .

الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن الشكل والاجراءات ورقابة القضاء عليها

الإدارة وان كانت غير ملزمة بالتقيد بشكلية معينة ، أي امتلاكها للسلطة التقديرية ، فان ذلك لا يعني اعفاؤها من التقيد بقواعد الشكل الجوهرية ، وعلى سبيل المثال فان تعيين احد اعضاء هيئة التدريس في احدى الجامعات يحمل في طياته سلطة تقديرية واسعة لدى الإدارة في اختيار الأكفئ ، الا أن ذلك يتطلب من الإدارة احترام القانون الخاص بالتعيين واحترام الاجراءات اللازمة لذلك ، خاصة اذا كان التعيين يتطلب أخذ رأي لجنة مختصة [303] .

و يراقب القضاء الاداري عنصر الشكل والاجراءات بعد مراقبته لعنصر الاختصاص مباشرة أثناء بسطه لرقابته على القرارات الادارية ، ويعتبر اصدار القرارات الادارية دون التزام الإدارة بالشكليات والاجراءات التي حددها المشرع ، او اصدار القرارات على نحو مخالف لها جعل القرار الاداري مشوباً بعيب الشكل وبالتالي قابلاً للالغاء [304] .

---

[301] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 1996/8 ، بتاريخ 1996/12/5 ، غير منشور
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 230.

[302] - د. عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 306

[303] - د . محمد عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 207

[304] - د. عصام الدبس ، القضاء الاداري ورقابته لاعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 351

أما من ناحية الرقابة القضائية فاننا نرى ان محكمة العدل العليا الفلسطينية قد قد فرضت رقابتها على عنصر الشكل لثني الإدارة عن اصدار قرارتها دون التقيد بالشكل والاجراء المنصوص عليه قانوناً ، حيث قضت أنه " من المبادئ المستقرة أن كل قرار اداري أياً كانت السلطة الذي يصدر عنها مقيدة أم تقديرية يجب أن يقوم على سبب يدعو الى اصداره وهذا السبب هو ركن من اركان القرار وشرطاً لصحته ، واستناداً الى ذلك يعتبر تسبيب القرار الاداري من الشكليات الجوهرية التي يجب توافرها في القرار الذي تستند اليه الإدارة عن اصداره " [305] .

كما قضت أيضا في رقابتها على ضرورة تسبيب القرارات الادارية اذا ما تطلب القانون ضرورة التسبيب بأنه " لا يعد القرار الاداري صحيحاً اذا كانت السلطة التي أصدرته أغفلت ان تضمنه الاسباب التي أوجب القانون بيانها ، اذ يجب أن يذكر السبب بصورة واضحة وجلية تدل على عدالة القرار " [306] .

كما قضت أيضاً في اطار رقابتها على ضرورة التقيد بالاجراءات بأنه " وحيث أنه مما اسلفنا ان لجنة التحقيق التي صدر القرار الطعين بالاستناد لتوصيتها قد شكلت من مديرة التربية والتعليم في الخليل وليس من قبل رئيس ديوان الموظفين ، فان القرار الطعين لم يبنى على اجراءات صحيحة كما يقتضي القانون ، وبذلك فانه يكون مشوباً بعيب الشكل " [307] .

كما اعتبرت محكمة العدل العليا أيضا في ظل رقابتها أن قواعد الشكل مرتبطة بالنظام العام ، حيث قضت بأن " قواعد الشكل مقررة للصالح العام وان صحة تشكيل اللجان والمجالس من النظام العام ، فان الاصل في هذه اللجان أن تنظر فيما انيطت به في اجتماع يدعى اليه في وقت مناسب ، وأن تكون قراراتها وليدة البحث والتمحيص والا كان قرارها صوري ومخالف للقانون " [308] .

---

[305] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2011/235 ، الصادر بتاريخ 2012/5/16 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين

[306] - مشار للقرار ص 105 من هذه الرسالة

[307] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2010/404 ، الصادر بتاريخ 2011/5/23 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين

[308] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2009/851 ، الصادر بتاريخ 2011/9/12 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين

الفرع الثالث : توفر عيب في السبب

يقصد بالسبب الحالة القانونية التي دفعت الإدارة الى اتخاذ قرار معين ، أو هي الظروف الدافعة الى ذلك ، وبالتالي فان عدم توفر هذه الحالة القانونية ، أو عدم بناء القرار الاداري على تكييف قانوني سليم ، يجعل القرار معيباً بعيب السبب

الفقرة الأولى : مفهوم ركن السبب

يقصد بسبب القرار الاداري " العنصر القانوني او الواقعي الذي يحدو بالإدارة الى اصداره ، فهو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد احداث أثر قانوني معين هو محل القرار، ابتغاءً لتحقيق الصالح العام وهو هدف القرار ، وبالتالي فان افتقاره في القرار يؤدي الى بطلانه " [309] .

ويشترط لصحة وسلامة سبب القرار الاداري شرطين أساسيين وهما [310] :

- وجوب أن يكون سبب القرار الاداري قائماً موجوداً حتى تاريخ اصدار القرار ، ويتمثل هذا الشرط بضرورة توافر الوقائع التي اعتبرتها الإدارة سبباً لقرارها .
- وجوب أن يكون السبب مشروعاً، ويقصد بذلك أن يكون السبب متفقاً مع القانون وغير مخالفاً لأحكامه .

أما عيب السبب فيقصد به " عدم مشروعية سبب القرار الاداري ، إما لعدم وجود الحالة الواقعية أو الحالة القانونية الباعثة على إصداره ، او لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار " [311] .

ومن خلال هذه المفاهيم السابقة فانه يتبين أن السبب يتمثل في الظروف الواقعية والقانونية السابقة على اصدار القرار الاداري ، ويترتب على ذلك أن كل قرار اداري يجب أن يتكون على سبب لاصداره سواءً كانت السلطة الصادر عنها القرار تقديرية أم مقيدة بالقانون [312] .

ولم يتطرق المشرع الفلسطيني الى هذا العيب من عيوب القرار الاداري التي يجوز أن تكون سبباً للطعن أمام محكمة العدل العليا في المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني ، حيث نصت المادة السابقة على أنه " يشترط في الطلبات والطعون المرفوعة لمحكمة العدل العليا من الأفراد أو الهيئات

---

309 - د . عبد العزيز خليفة ، شروط قبول الطعن بالغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 40

310 - د. نواف كنعان ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 281-282 .

311 - د. اسماعيل البدوي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 148 .

312 - د . فيصل الشوبكي ، رقابة محكمة العدل العليا الاردنية على سلطة الإدارة في التقدير ، مرجع سابق ، ص 276 .

الواردة في المادة 33 من هذا القانون أن يكون سبب الطعن متعلقاً بواحد وأكثر مما يلي : 1- الاختصاص 2- وجود عيب في الشكل 3- مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها 4- التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون " .

الا أنه ومن الناحية الواقعية يرى الباحث ان محكمة العدل العليا الفلسطينية قد استقرت على أن السبب هو ركن من اركان القرار الاداري وشرط لازم لصحته ، حتى وإن ربطته بعيب الانحراف في استعمال السلطة ، حيث قضت " وحيث أن الاسباب القانونية والواقعية تعد ركناً لازماً لقيام القرار الاداري ، بحيث يؤدي غيابهما أو الخطأ فيهما الى عدم مشروعية القرار والغائه قضائياً ، لذلك يعتبر السبب ركناً من أركان القرار وشرطاً لازما لصحته ، لما في ذلك من ضمان لحقوق الافراد " [313].

وبناء على ذلك فانه يتوجب على ديوان الفتوى والتشريع أن يعمل على صياغة المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني من جديد ، وأن يضيف عيب السبب الى العيوب الأخرى المذكورة ، وطرح ذلك التعديل لسيادة الرئيس لاصدار قرار بقانون بشأن ذلك اعمالاً لصلاحياته المخولة له بموجب المادة 43 من القانون الأساسي ، وان كنا لا نحبذ إعمال هذه المادة بشكل كبير وفي كل تفصيل ، الا أننا نرى أن التناقض الحاصل بين القرارات القضائية لدى محكمة العدل العليا والنص التشريعي توجب التدخل ، خاصة وأن ذلك لن يؤثر كثيراً من ناحية ازدواجية القوانين بين المحافظات الشمالية والجنوبية نظراً لان السلطات في غزة قد تداركت هذا الخلل التشريعي وأضافت عيب السبب باصدارها قانون رقم 3 لسنة 2016 الخاص بفصل المنازعات الادارية .

الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن السبب ورقابة القضاء عليها

تظهر السلطة التقديرية في ركن السبب وعلى عكس باقي الاركان الأخرى للقرار الاداري بشكل واضح ، وتتمثل في السلطة الممنوحة للادارة بملائمة التكييف القانوني مع الوقائع المسببة لاصدار القرار الاداري ، وتبرز هذه السلطة بشكل أكبر عندما يمتنع المشرع عن تحديد سبب معين يتوجب على الإدارة الأخذ به عند إصدارها لقراراتها ، أو عندما يحدد الاسباب دون تحديد نوعية القرار الذي يجب أن تبنى عليه ، فالسلطة التقديرية في ركن السبب قد تأخذ شكلاً ضيقاً ، وقد تأخذ شكلاً واسعاً ، فيظهر الشكل الضيق عندما يحدد المشرع للادارة اتخاذ قرار محدد فور حدوث وقائع محددة ، تاركاً لها حرية التدخل أو عدم

[313] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2007/25، الصادر بتاريخ ، 2009/4/29
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين - المقتفي

التدخل ، كحرية الإدارة في تحديد العقوبة المناسبة للموظف عند وقوع خطأً مهني ، بينما تظهر في شكلها الواسع اذا منح المشرع الإدارة حرية اختيار السبب دون تحديد وقائع محددة أو قيود تتقيد بها [314] .

و عملت محكمة العدل العليا الفلسطينية على بسط رقابتها على التكييف القانوني للوقائع التي بني عليها القرار الاداري في ظل السلطة التقديرية الممنوحة للادارة ، حيث قضت بأن " من حق القضاء الاداري البحث في صحة الوقائع المادية التي انبنى عليها هذا القرار بل وتقدير هذه الوقائع ، باعتبارها من العناصر التي يقوم عليها ثم ينزل عليها الحكم الصحيح في القانون ، ذلك لأن وجود السلطة التقديرية للادارة لا يحول دون الرقابة القضائية بالنسبة لعناصر الشرعية للقرار الاداري ، فالسلطة التقديرية ليست امتيازاً خاصاً للادارة وانما ضرورة اسلتزمها حسن سير المرافق العامة والهيئات العامة لتحقيق العدالة عند تطبيق القانون " [315] .

وقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر عن رقابة الوقائع المكونة للسبب من الناحية المادية ، وذلك كون القضاء الاداري هو قضاء مشروعية فقط ، ولكن سرعان ما عدل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الاجتهاد على اعتبار أن رقابة المشروعية وخاصة فيما يتعلق بركن السبب لا يمكن أن تكون مجدية ومحققة لحماية حقوق الافراد دون الرقابة على الوقائع من الناحية المادية والواقعية معاً ، فالناحية المادية ترتبط بتحقق السبب من عدمه ، أما الناحية الواقعية فترتبط بوصف الإدارة للوقائع وتطابق السبب مع القانون ، وقد أخذ مجلس الدولة المصري بهذا الرأي عن مجلس الدولة الفرنسي في قراراته الصادرة بهذا الشأن [316] .

وبناءً على ذلك فان سبب القرار الاداري يرتبط بدرجتين للرقابة وهما : رقابة صحة الوقائع من الناحية المادية ، ورقابة الوصف القانوني للوقائع ، وقد تطرقنا لهذا النوع من الرقابة في المبحث الثاني من الفصل الأول .

---

[314] - محمد خليفي ، اطروحة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص 113

[315] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، قرار في الطلب رقم 1995/76 ، صادر بتاريخ ، 1996/3/11 ، غير منشور .

[316] - مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 278
- د.ماجد الحلو ، د. محمد عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 170 .

الفرع الرابع : توفر عيب في المحل

يرتبط مفهوم محل القرار بفحواه ومضمونه ، وبتالي فان أي قرار اداري مرتب لآثار قانونية سواءً بالانشاء أو التعديل أو الالغاء يجب أن يبنى على محل مشروع ، كما يرتبط أيضاً بالمحل عدة شروط ، حيث يتوجب أن يكون المحل مشروعاً ، وأن يكون ممكناً أي يجوز تحقيقه قانونياً .

الفقرة الأولى : مفهوم ركن المحل

أتناول في هذه الفقرة عيب المحل من حيث مفهومه وصوره كما يلي :

أولا : تعريف المحل

يطلق على عيب المحل عيب مخالفة القانون ، وهو المصطلح الذي استخدمه المشرع الفسطيني في المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني ، وكذلك محكمة العدل العليا الفلسطينية في جل القرارات الصادرة عنها [317] .

ويقصد بالمحل الأثر المترتب على القرار الاداري ، سواء تعلق الأثر بانشاء مركز قانوني أو تعديله أو الغاؤه ، كقرار تعيين موظف عمومي مثلاُ ، فمحل القرار هو تعيين الموظف [318] .

أما عيب المحل فيقصد به مخالفة الإدارة للقواعد القانونية ، سواءً تعلق تصرفها باصدار قرار إداري مخالف لها أو مناقض لها [319] .

ولكي تقضي محكمة القضاء الاداري بالغاء القرار الاداري لتوفر عيب المحل فيه ، فانه يتوجب توفر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية لذلك ، ومن أهمها :

- أن يؤثر محل القرار في المركز القانوني للطاعن ، أي أن القضاء الاداري لا يحكم بالغاء القرار الاداري الا اذا تأثر المركز القانوني للطاعن ، كالتعيين مثلاً أو فصل الموظف من وظيفته [320] .

---

[317] - انظر القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2015/136 ، الصادر بتاريخ 2016/3/14 ، وكذلك قرارها رقم 2012/126 ، الصادر بتاريخ 2014/3/31
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[318] - د . سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، مرجع سابق ، ص 328 .

[319] - د. عدنان عمرو، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 308 .

[320] - د. عدنان عمرو ، مبادئ القانون الاداري – وسائل تنفيذ النشاط الاداري ، مرجع سابق ، ص 31 وما بعدها .

- ان يكون الأثر القانوني ممكناً ، ويقصد بذلك أن يكون القرار الاداري ممكن التنفيذ وليس مستحيلاً ، ومن الامثلة على ذلك تعيين موظف في وظيفة ليست شاغرة ، فهذا القرار لا يمكن أن يكون ممكناً لاستحالة تطبيقه من الناحية العملية [321] .
- أن يكون الأثر القانوني نهائياً ، ويقصد بذلك أن يكون القرار الاداري المرتب للأثر قرار نهائي غير متوقف على مصادقة سلطة أعلى من السلطة التي أصدرته ، أو أن يتعلق باستكمال اجراءات محددة ، وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية في هذا الجانب بأن " التكليف باحضار بعض النواقص لا يعتبر قرار اداري نهائي ، وانما هي لغايات استكمال شروط منح الترخيص " [322] .
- أن يكون الاثر القانوني غير مشروع ، ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط لعيب المحل ، فالقرار الاداري اذا لم يكن مخالفاً للقانون ، فانه لا يمكن الطعن فيه لعيب المحل [323] .

ثانيا : صور عيب المحل

نصت المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني على صور عيب المحل " عيب مخالفة القانون " ، وهي مخالفة القوانين واللوائح ، الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح ، والخطأ في تأويلها [324] ، واستناداً الى هذا النص فاننا نوجز صور عيب المحل بما يلي :

- مخالفة القوانين و اللوائح

ويقصد بذلك أن تعمل الإدارة على مخالفة القاعدة القانونية بشكل كامل ،وتتصرف بشكل مغاير لها ، كأن ترفض الإدارة منح الترخيص لمن استوفى الشروط اللازمة للحصول عليه ، وقد اعتبرت محكمة العدل العليا الفلسطينية أن القرار المخالف للقانون مخالفة جسيمة قراراً معدوماً ولا يرتب أي أثر [325] .

وقد قضت في ذلك أيضا " بما أن اللجنة الاقليمية للتنظيم والتخطيط العمراني في محافظة الخليل قررت بموجب قرارها رقم 93 بجلستها رقم 2016/8 مطالبة اللجنة المحلية للتنظيم والبناء في بلدية الخليل باصدار الترخيص لمحطة الوقود على قطعة الارض رقم 64 ضمن حوض 34002 في موقع عين سارة من اراضي الخليل حسب المادة 61 من نظام الابنية والتنظيم للهيئات المحلية رقم 5 لسنة 2001 ، وبما أن

---

321 - د. محمد الخلايلة ، الوسيط في القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 285 .

322 - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2013/211 ، الصادر بتاريخ 2014/9/29 - منظومة القضاء التشريع في فلسطين – المقتفي

323 - د . ابراهيم العقيلي ، اساءة استعمال السلطة في القرارات الادارية ، مرجع سابق ، ص 63

324 - انظر نص المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني .

325 - د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، ص 237 .

مجلس التنظيم الاعلى قرر التأكيد على قرار اللجنة الاقليمية ، فان قرار المدعى عليهم برفض تنفيذ قرار مجلس التنظيم الاعلى ومنح الشركة المدعية رخصة الاعمار لاقامة محطة محروقات مخالف للقانون " [326] .

- الخطأ في تأويل القوانين واللوائح

يقصد بالخطأ في تأويل القانون ، اعطاء الإدارة للقانون تفسير مغاير للتفسير الذي قصده المشرع ، ويعتبر هذا الخطأ من قبل الأخطاء الخفية ، لذلك فهو أخطر من النوع الأول – مخالفة القوانين واللوائح – وقد يكون هذا الخطأ متعمداً من جانب الإدارة ، بحيث تقوم الإدارة بتفسير القانون على نحو مخالف لنية المشرع في الوقت الذي لا تحتمل فيه القاعدة القانونية للخطأ في التفسير ، وقد يكون غير متعمد ، على نحو تكون معه القاعدة القانونية غامضة وعدم واضحة ، فتقع الإدارة في خطأ تفسيرها [327] .

ويرى الدكتور طعيمة الجرف أن الخطأ في تفسير القاعدة القانونية يحتمل مجموعة من الحالات ، ومن أهمها قيام الإدارة باشباع القاعدة القانونية بمجموعة من الحالات التي لم تتطرق لها ولم ينص عليها المشرع ، كاضافة شروط جديدة لشروط منح الترخيص [328] .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بهذا الخصوص " وبمراجعة النصوص الخاصة بالاعارة لا نجدها تتوافق وتفسير المستدعى ضده ديوان الموظفين لعمل المستدعي لدى المنظمة العربية للتنمية الزراعية ، لان من شروط نظام الاعارة تفرغ الموظف لدى الجهة المعار اليها ، وهذا غير متوفر في عمل المستدعي ، وعليه فان وضع المستدعي يندرج تحت مفهوم نظام العمل الخاص " [329] .

- الخطأ في تطبيق القوانين واللوائح

ويقصد بذلك هو تطبيق الإدارة للقانون على واقعة لم تحدث في الوقت الذي يتطلب القانون تطبيق ذاته على تلك الواقعة ، ومن هذا المصطلح يمكن التعرف على بداية وأهمية ظهور الرقابة القضائية على الوقائع ، ومن ما قضت به محكمة العدل العليا الفلسطينية في هذا الجانب أن " الاصل في القرار الاداري أن يصدر صحيحاً متمتعاً بقرينة السلامة الى أن يثبت العكس ، والقرائن التي استخلصتها المحكمة جردت

---

326 - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2016/267 ، الصادر بتاريخ 2017/4/26
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

327 - د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 333

328 - د . طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لاعمال الإدارة العامة ، مرجع سابق ، ص 254

329 - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2004/58 ، صادر بتاريخ 2006/6/7 ، غير منشور
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 240

القرار الاداري الصادر عن المستدعي ضده الاول وزير النقل والمواصلات القاضي باعتبار المستدعي فاقداً لوظيفته من قرينة الصحة والسلامة وانه مخالف للقانون وترد عليه أسباب الطعن مما يستوجب الغاءه " [330] .

الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن المحل ورقابة القضاء عليها

تتمثل معظم السلطة التقديرية للادارة في هذا الركن ، حيث أن الإدارة تملك حرية التدخل أو الامتناع عنه اذا لم يفرض المشرع عليها ذلك ، ويقصد بذلك أن حدوث أسباب معينة تسمح لها بالتدخل لا يعني أنها ملزمة به ، فحدوث اضرابات في بلد معين قد يجعل الإدارة تستخدم سلطة القمع ، كما أن لها أن لا تستخدمها اذا رأت ان ذلك يعقد الموقف ، كما أن لها حرية اختيار الوقت المناسب للتدخل حتى وان كانت ملزمة بذلك ، أي أنها تملك سلطة تقديرية كاملة في وقت التدخل واصدار القرارات ، اضافة الى أنها تتمتع بسلطة تقديرية كاملة أيضاً في اختيار فحوى القرار ذاته ، خاصة اذا لم يفرض عليها المشرع نوعاً خاصاً من القرارات يتوجب عليها اصداره ، سواء تعلق الامر بالقرارات المتعلقة بمجال الوظيفة العامة أو حتى القرارات الخارجة عن نطاق الوظيفة العامة [331] .

ويبنى على ذلك أن موضع السلطة التقديرية في عنصر المحل انما ترتبط بالحرية التي يمنحها القانون للادارة كما أشرنا سابقاً ، فقد يعطي القانون للادارة سلطة تقدير الاثر القانوني الملائم للسبب وذلك بين خيارات وبدائل محددة ، وتقوم الإدارة بالاختيار بناءً على سلطتها التقديرية كالعقوبات التأديبية ، كما أن القانون قد يحدد سبب القرار وهدفه ويترك للادارة الحرية التامة باختيار محله ، كأن ينص المشرع على حق الإدارة بايقاع عقوبة تأديبية في حالة ارتكاب خطأ تأديبي دون تحديد ماهية هذه العقوبة ، كما أن السلطة التقديرية قد تصل الى أعلى درجاتها في عنصر المحل اذا تخلى القانون عن تحديد أسباب محددة والآثار المترتبة عن هذه الاسباب ، ومن ذلك ما يمنحه القانون للادارة من حرية اتخاذ الاجراءات اللازمة لحماية النظام العام [332] .

لم يسلم ركن المحل من الرقابة القضائية في مجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا ، حيث قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية في اطار رقابتها لعنصر المحل بأن " مشروعية القرار الاداري تتوقف على تحقق الحالة الواقعية وبالشروط التي يتطلبها القانون ، وللقضاء الاداري أن يراقب

---

[330] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 1999/42 ، الصادر بتاريخ 2005/2/8
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين

[331] - د . عبد الباقي نعمة ، السلطة التقديرية للادارة ، مجلة عدالة ، مجلد 10 ، عدد 34-36 ، الامارات ، 1983 ، ص 42-43 .

[332] - د . خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 203 .

الوقائع التي طبقت القاعدة القانونية على أساسها ، وذلك بالقدر الذي يمكنه من الحكم على سلامة تطبيق القاعدة القانونية " [333] .

ولا بد من الاشارة هنا الى الارتباط الواضح بين ركني السبب والمحل ، فالمشرع عادة اذا عمل على تقييد ركن المحل فانه وبلا أدنى شك سيعمل على تقييد ركن السبب ، كما أن عدم تحديد المحل سيرافقه عدم تحديد السبب أيضاً ، على نحو يمكن معه القول أن السلطة التقديرية في ركن المحل تتمثل في حرية اختيار السبب الذي يتفق معه محل القرار ، أي أن السلطة التقديرية في الغالب تتم ممارستها في ركني المحل والسبب في الوقت نفسه [334] .

الفرع الخامس : توفر عيب في الغاية

يقصد بغاية القرار الاداري الهدف الذي اتجه رجل الإدارة الى تحقيقه ، ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن المصلحة العامة هي الغاية من اصدار أي قرار اداري ، أي أن كل قرار يجب أن يستهدف تحقيق المصلحة العامة .

الفقرة الأولى : مفهوم ركن الغاية

يعرف ركن الغاية في القرار الاداري بأنه " الهدف الذي قصدت الإدارة تحقيقه بهذا القرار ، وللقرارات الادارية كافة هدف عام واحد ينبغي عليها تحقيقه ، وهو الصالح العام " [335] .

وتعتبر بعض التشريعات والفقه أن المقصود بعيب الغاية عيب اساءة استعمال السلطة ، كما أطلق عليه المشرع الفلسطيني في قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني في سرده لاسباب الطعن بأنه " التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة " [336] .

وقد عرفت محكمة العدل العليا الفلسطينية عيب التعسف والانحراف في استعمال السلطة بقولها " أن المحكمة ترى أنه يتعين على القضاء الاداري البحث في صحة الوقائع التي بني عليها القرار المطعون

---

[333] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، قرار رقم 2004/30 ، الصادر بتاريخ 2005/6/4
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[334] - المرجع أعلاه ، نفس الصفحة .

[335] - د. عبد العزيز خليفة ، شروط قبول الطعن بالغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 45 .

[336] - انظر نص المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني .

فيه ، كما ترى أن عيب التعسف في استعمال السلطة هو تصرف اداري يقع من مصدر القرار في حال توخيه في اصدار القرار الاداري غرضاً غير الغرض الذي قصد القانون تحقيقه " [337] .

ويبنى على ذلك أن الانحراف في استعمال السلطة يرتبط برغبة نفسية كامنة في مصدر القرار ، يريد تحقيقها والوصول اليها من خلال قراره ، وبالتالي فان الرغبة يجب أن تكون متفقة مع الهدف الذي قصده المشرع من القرار المتخذ ، فاذا عَلت الرغبة الذاتية لمصدر القرار على الرغبة القانونية للمشرع فان الانحراف يظهر في هذه الحالة [338] .

ومن جانب آخر فان غاية القرار تعتبر محصورة دائماً بشرط وحيد وهو تحقيق المصلحة العامة ، ولا يكفي القول هنا أنه يتوجب على الإدارة أن تسعى الى تحقيق المصلحة العامة بشكل عام ، وانما يتوجب عليها تحقيق المصلحة العامة التي ابتغاها المشرع [339] .

حيث قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية في هذا الجانب " في سبيل تمكين الإدارة من أداء واجبها في الحفاظ على انضباط العمل الاداري فقد كفل المشرع حق تأديب موظفيها بتوقيع ما يناسب مخالفاتهم من جزاءات تأديبية منصوص عليها في القانون .. الا أن هذا الحق ليس مطلقاً بل هو مشروط بعدة شروط منها أنه يتعين عليها لتوقيع الجزاء ان تتبع الاجراءات المقررة قانوناً للتأديب ، فاذا خالفت هذا الشرط أو غيره كان قرارها مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة " [340] .

ويتميز عيب الغاية عن غيره من العيوب بالعديد من المميزات فهو يتعلق بنية مصدر القرار وبواعثه الكامنة داخله ، كما أن هذا العيب عيب احتياطي ، أي أن القاضي ينظر في هذا العيب بعد التأكد من خلو القرار من العيوب الأخرى التي تم ذكرها ، نضيف الى ذلك أن هذا العيب يرتبط بسلطة الإدارة التقديرية ، أي انه لا يمكن اثارته الا عند استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية وليس سلطتها المقيدة [341] .

---

[337] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، قرارها في الطلب رقم 2002/138، الصادر بتاريخ 2003/11/16 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين - المقتفي

[338] - د عصام الدبس ، القضاء الاداري ورقابته لأعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 365 .

[339] - د. محمد الخلايلة ، الوسيط في القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 45 .

[340] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، قرارها في الطلب رقم 2004/141، الصادر بتاريخ 2005/7/14 - منظومة القضاء والتشريع في فلسطين - المقتفي

[341] - د. عبد الناصر أبو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 246 .

ويتمثل عيب الغاية في صورتين أساسيتين ، وهما مجانبة المصلحة العامة [342] ، أي صدور قرار من طرف الإدارة لا يهدف الى تحقيق المصلحة العامة ، ومجانبة قاعدة تخصيص الأهداف [343] ، أي صدور القرار الاداري على نحو مخالف للهدف المخصص لاصداره .

الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن الغاية ورقابة القضاء عليها

يمكن تحديد مجال السلطة التقديرية في ركن الغاية من خلال ثلاثة حالات استناداً الى دور المشرع في منح هذه السلطة ، وهذه الحالات هي [344] :

- أن يفرض المشرع على الإدارة تحقيق غرض محدد ، أي أن يفرض عليها الربط بين السبب والغاية في ذات القرار الصادر ، وهنا لا يمكن تصور وجود سلطة تقديرية للادارة ، وانما يكون اختصاصها مقيداً بالغرض الذي حدده القانون .
- أن لا يفرض المشرع على الإدارة غرضاً بعينه ، بل يشير اليه بأسلوب عام ، وذلك نظراً لعدم قدرة المشرع على معالجة جميع الظروف التي أوجدت ضرورة تدخل الإدارة ، وبالتالي فانه يمنحها سلطة تقديرية لاستخدام الوسائل الضرورية لذلك ، مقيدها في ذات الوقت بتحقيق الغرض ، ويمكن القول أن الإدارة هنا تملك سلطة تقديرية ولكن ليست مطلقة ، كونها وان كانت تملك حرية التصرف الا أنها مقيدة بتحقيق الغرض .
- أن يمنح المشرع سلطة تقديرية واسعة للادارة ، وذلك لتحقيق أي غرض تريده بدون تحديد مسبق ، الا أنه وبالرغم من ذلك لا يمكن للادارة تجاوز تحقيق المصلحة العامة ، على إعتبار انها ميزان مشروعية القرارات الادارية ، حتى وان كانت تملك سلطة تقديرية واسعة في تحقيق أغراضها .

وبالرغم من هذه الحالات المحتملة الا أن جانب آخر من الفقه يرى أنه لا يمكن تصور أي مكان للسلطة التقديرية في هذا الركن من أركان القرار ، حيث يرى الدكتور سليمان الطماوي أن المشرع دائماً ما يحدد الغرض من أعمال الإدارة وبالتالي فان قرارات الإدارة الصادرة انما ترتبط بالاختصاص المقيد لها وليس بالسلطة التقديرية [345] .

---

342 - د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 362 وما بعدها

343 - د . نواف كنعان ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 278-279

344 - د. خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، مرجع سابق ، ص 223 وما بعدها

345 - د. سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مرجع سابق ، ص 73 .

ويرى الباحث أن هذا الرأي الفقهي لم يلقى قبولاً واسعاً ، حتى أن محكمة العدل العليا الفلسطينية والتي غالباً ما تتمسك برأي الدكتور سليمان الطماوي لدرجة نقل أفكاره بنصها وروحها في اغلب قراراتها قد ذهبت الى عكس قوله ، حيث قضت بأنه لا يمكن تصور هذا الركن الا في ظل السلطة التقديرية للادارة بقولها " أنه من غير المتصور اثارة هذا السبب الا عند استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية ولا يتصور اثارته عندما تكون سلطتها مقيدة بشروط محددة ، فيكون قرارها سليماً عند توفرها وغير سليم عند عدم توفرها ، وطالما أن سلطة البلدية مقيدة بشروط محددة في قانون الحرف والصناعات لسنة 1953 وجاء قرارها مستوفياً لهذه الشروط فانه يكون سليماً ولا يرد عليه سبب اساءة استعمال السلطة ، وتأسيساً على ما تقدم فان أسباب الطعن لا ترد على القرار المطعون فيه وبالتالي فان الدعوى تغدو مستجوبة الرد " [346] .

ويرى الباحث أن محكمة العدل العليا الفلسطينية قد أصابت فيما ذهبت اليه ، ويقف معها على عكس ما ذهب اليه الدكتور سليمان الطماوي ، ذلك أنه يتوجب التفريق بين الاختصاص المقيد ، والتقييد لاعتبارات المصلحة العامة ، فالاختصاص المقيد يفرض على الإدارة تحقيق غرضاً بعينه ، أما التقيد لاعتبارات المصلحة العامة فانه لا يقيد الإدارة بغرض محدد ، اذ أن المصلحة العامة هي شرط لكل قرار ولا يمكن سحب مفهومها للقول بأن وجوب تحقيقها يعني أن الاختصاص أصبح مقيداً .

وقد عملت محكمة العدل العليا الفلسطينية على فرض رقابتها على عيب الغاية أو ما تطلق عليه بعيب الانحراف في استعمال السلطة ، حيث قضت " وبالرجوع الى قانون الاوراق المالية رقم 12 لسنة 2002 والتعريفات الواردة فيه ، وحيث لم يتبين أن هيئة سوق رأس المال قد قامت باخطار الشركات المدعية انهم قاموا بارتكاب مخالفات لأحكام هذين القانونين وتحديد أوجه المخالفة فيكون اصدار القرارات المطعون فيها ضد الشركات المدعية فيها تعسف في استعمال السلطة وواجبة الالغاء " [347] .

كما قضت أيضاً في ظل رقابتها على مسألة التوقيف على ذمة المحافظ بأن " قرار التوقيف الصادر عن محافظ محافظة القدس قد جاء مخالفاً لاحكام المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 وعليه

---

[346] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2003/14 ، الصادر بتاريخ 2005/4/20
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[347] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2016/55 ، الصادر بتاريخ 2017/2/8
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

وحيث أن القرار على وجه غير مشروع ومشوب بعيب استعمال السلطة ، فانه يستوجب الغائه وشل آثاره "[348].

ويتبين من خلال العرض السابق للسلطة التقديرية في أركان القرار الاداري أن السلطة التقديرية تتوفر في هذه الاركان بشكل متفاوت ، بحيث نجدها متوفرة في ركن المحل والسبب والغاية بشكل واضح وجلي ، على عكس ركني الاختصاص والشكل .

المبحث الثاني : المظاهر والآثار القانونية على رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

تمارس الادارة سلطتها التقديرية في مجموعة من الأعمال التي تمارسها ، خاصة في مجال الوظيفة العمومية كالتعيين والترقية وفي مجال الضبط الاداري كمنح الترخيص والتوقيف الاداري ، وبناءً على ذلك فان رقابة القضاء تظهر بشكل واضح وجلي في هذه المجالات ، حيث ترتب مجموعة من الآثار على العمل القانوني للادارة ، ومن هذه الآثار اما الغاء التصرف الاداري أو فرض التعويض عنه .

وأتناول هذا المبحث من خلال مطلبين :

المطلب الأول : مظاهر رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

المطلب الثاني : آثار رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

المطلب الأول : مظاهر رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

لم تعد سلطة الادارة مقيدة بالنصوص القانونية كما كانت سابقاً ، بل أصبح من أهم ضرورات الحياة وحسن ادارة المرافق العمومية أن تمنح الادارة سلطة تقديرية في ممارسة عملها ، على نحو أصبحت معه السلطة التقديرية الممنوحة للادارة من أهم الركائز التي يقوم عليها العمل الاداري ، ولا تعد هذه السلطة مقتصرة على مجال محدد ، وانما أصبحت ترتبط بمجموعة كبيرة من المجالات نظراً لاتساع نشاط الادارة وتفرع الأعمال الواقعة على كاهلها ، مما أوجب ضرورة منحها المرونة اللازمة لحسن تسيير هذا العمل . وفي المقابل فقد اتسعت رقابة القضاء بشكل متوازي مع اتساع السلطة التقديرية .

[348] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2015/155 ، الصادر بتاريخ 2015/11/5
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

الفرع الأول : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في الوظيفة العامة

لقد أقرت مجموعة القوانين الخاصة بالموظفين العموميين في فلسطين وخاصة قانون الخدمة المدنية ، مجموعة كبيرة من الحقوق والالتزمات للموظف العام ، كما أنها أعطت الادارة في كل مؤسسة، صلاحيات عديدة منها ما هو مقيد ومنها ما هو تقديري لادارة شؤون المؤسسات العامة والموظفين العاملين فيها ، بما لا يتعارض مع المصلحة العامة ، وبما يحقق الهدف المنشود من انشاء هذه المؤسسات ، ومما لا شك فيه أن هذه الصلاحيات الممنوحة جاءت لأن المشرع لا يعتبر من الجهات القريبة لطبيعة العمل ، فالادارة في مجال التعيين أو ترقية الموظف أو اقالته وغيرها من الأمور تعتبر الجهة الوحيدة التي يمكن لها أن تقدر الظروف بشكل يناسب طبيعة العمل وحاجته .

الفقرة الأولى : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في التعيين

عند اعلان الادارة عن وظيفة محددة فان هناك عدد كبير من الأفراد يتقدمون لهذه الوظيفة ، وهو ما يقابله بلا شك ، ضرورة ممارسة الادارة لحقها في التعيين بناءً على الكفاءة أو المؤهل العلمي الأعلى ، أو أي اعتبار آخر ترى الادارة ضرورة لتوفره ، بناء على السلطة التقديرية التي تملكها في هذا المجال .

فالادارة قد تأخذ بطريقة محددة للتعيين أو عدة طرق ، أو قد تقوم بالجمع بين الطرق جميعها جملة واحد ، الا أن أغلب الدول تتوجه نحو اتباع توكيل مهمة التعيين بناءً على جهاز اداري متخصص في هذا المجال ، وذلك من باب خلق نوع من المساواة وتكافئ الفرص والطمأنينة لدى الأفراد ، وهو الأمر الذي يؤيده أغلبية الفقهاء ، ولكن من جانب آخر ، فان الادارة قد تلجأ لطرق أخرى للتعيين ، وهي أن تقوم هي نفسها بالاختيار دون اتباع نظام محدد مبني على أسس ديمقراطية ، وذلك بحجة أنها الأقدر على تحديد المواصفات للمتقدمين للوظيفة ، كما أنها الاقدر على معرفة احتياجاتها ، ضمن سلطة تقديرية واسعة لها في هذا المجال [349] .

وبناءً على ما سبق فاننا نجد أن التعيين في الوظيفة العامة يعتبر أكثر المجالات التي تجد فيها الادارة مناخاً خصباً لتمارس سلطتها التقديرية فيه ، فهي من تقوم باختيار الاشخاص الذين تتوفر فيهم

[349]- جاكلين عمرية ، التعيين في الوظيفة العمومية ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، 2014 ، ص 50-51 .

شروط شغل الوظيفة ، وهو ما أظهر نتائج سلبية لهذه السلطة ، خاصة وأنها لا ترتبط بأسس موضوعية تضبطها ، وهو ما سيؤدي بالنتيجة الى الانحراف في استعمال السلطة [350] .

وبناءً على ذلك فقد أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية أن الوظيفة العامة تعتبر من أكثر المجالات التي تمارس فيها الادارة سلطتها التقديرية ، ولكن بالرغم من ذلك فانه يتوجب ان تبقى قراراتها دائماً مشروعة ، حيث قضت بأن " القرار الإداري يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة إذا انحرف رجل الإدارة في استعمال صلاحياته التقديرية بهدف تحقيق غاية غير الغاية المحددة له في القانون، فيكون هذا العيب في هذه الحالة متعلقاً بالباعث على إصدار القرار الإداري والجانب التقديري من هذا القرار والدوافع التي حملت الإدارة على إتخاذه بصرف النظر عن كونه صدر عن شخص مختص أو أنه استوفى الإجراءات الشكلية أو أنه مطابق للقانون، لهذا إذا تبين أن رجل الإدارة استعمل صلاحياته لتحقيق غاية لا تتصل بالصالح العام إطلاقاً كان قراره مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة، وعليه فإن إحالة المستدعي إلى التقاعد بصورة تفتقر إلى ما يبرر القول بوجود غاية قانونية أو هدف يراد به حسن سير المرافق العامة أو الصالح العام، إذ أن المستدعي كان يعمل بوظيفة مصنفة كمساح في البلدية لمدة خمسة وعشرين عاماً كان مجداً خلالها بعمله وبعد اسبوع من صدور القرار المطعون فيه وجه له كتاباً من المستدعى ضده يتضمن تعيينه بوظيفة مساح على مشروع بأجرة شهرية معلومة، يجعل من قرار إحالته إلى التقاعد مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة وإنحراف الإدارة " [351] .

الفقرة الثانية : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في الترقية

يقصد بالترقية ، ان ينتقل الموظف العام من وظيفة كان يشغلها في السابق الى وظيفة أخرى أعلى منها درجة ، مع العلم أن هذه الوظيفة قد لا تعود على الموظف بالنفع المادي ، وانما ترتبط أساساً بالدرجات المقيدة على السلم الاداري للموظف [352] .

وفي الغالب فإن الترقية تكون ضمن السلطة المقيدة للادارة ، اذ تقوم الادارة بتنفيذ النص القانوني كما هو ، بحيث يجب أن تتأكد الادارة من أن الموظف العام قد أتم المدة القانونية التي يوجب عليه القانون

---

[350] - باسم بشناق ، الوظيفة العامة في فلسطين بين القانون والممارسة ، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الانسان ، سلسلة تقارير قانونية (31) ، ص 14 .

[351] - القرار رقم 1991/2 الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، بتاريخ 1992/11/19
- موقع القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[352] - د . عدنان عمرو ، وسائل تنفيذ النشاط الاداري ، مرجع سابق ، ص 223 .

أن يتمها على نفس الدرجة ، حتى يتم ترقيته الى درجة أعلى منها [353] ، والتي يطلق عليها جانب آخر من الفقه بالأقدمية المطلقة [354] .

الا أنه لا يمكن القياس على هذا الرأي بشكل عام ، خاصة وأن هناك مجموعة كبيرة من النصوص القانونية المتعلقة بالترقية والتي أعطت الادارة سلطة تقديرية في ترقية الموظف العام ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة التاسعة من قانون تشكيل المحاكم الشرعية ، حيث نصت على أن " تجري الترقيات في الوظائف القضائية حسب الاقدمية، وتقرر الاقدمية بحسب تاريخ الدرجة الحالية، فان اتحد التاريخ رجع الى الدرجة التي قبلها وهكذا حتى اذا اتحدت الاقدمية في جميع الدرجات السابقة يرجع الى اقدمية الخدمة وعند التساوي في القدم ترجح الكفاءة على انه يجوز للمجلس ان يتجاوز هذه القاعدة بان يرجح من كان اكثر اهلية وكفاءة في حالة التساوي في الدرجة بقطع النظر عن الاقدمية فيها " [355] .

ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع قد منح المجلس القضائي صلاحيات تقديرية واسعة في الترقية ، بأن يقرر الترقية اذا اتحدت الأقدمية بناءً على الكفاءة كما يراها المجلس ، بل ذهب الى أبعد من ذلك حيث منحه الحق في الترقية بناءً على الأهلية والكفاءة بغض النظر عن الأقدمية في حالة التساوي في الدرجة .

الا أن محكمة العدل العليا وفي تطبيقها الوحيد لهذا النص ، قد اعتبرت أن السلطة التقديرية الممنوحة للمجلس يجب أن تبقى منطوية تحت مظلة المصلحة العامة ، والا تسيء استعمال السلطة الممنوحة لها ، بأن لا يعمل المجلس على الترقية بناءً على أهوائه الشخصية ، حيث قضت " بان مجلس القضاء الشرعي يستقل بتنسيب وترشيح القضاة للترقية حسب الاهلية والكفاءة وتقدير مدى كفاءة كل منهم او عدم ملاءمته وكفاءته ولا معقب عليه في ذلك متى كانت الوقائع التي استند اليها في اصدار التنسيب صحيحة ومستقاة من وقائع ثابتة تهدف الى المصلحة العامة، وذلك عملاً بنص المادة 1/9 من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم (19) لسنة 1972 المعدل بالقانون رقم (18) لسنة 1973 وان وجود سلطة تقديرية للادارة في اتخاذ القرار الاداري يعني ان يكون للادارة سلطة اتخاذ الموقف الذي تراه مناسبا عند تحقق

353 - رائد العشي ، ابطال القرارات الاداري الضارة بالافراد ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2018 ، ص 185 .
354 - د . عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 360 .
355 - انظر نص المادة 9 من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 19 لسنة 1972 الساري في الضفة الغربية .

الحالة التي هدف اليها القانون وان محكمة العدل العليا لا تملك حق الرقابة على السلطة التقديرية ما لم تدل على وجود اساءة في استعمال السلطة " [356] .

وبناءً على ما سبق يمكن القول أن الترقية انما هي من الحوافز التي تقدمها الادارة للموظف العام ، وذلك كاستحقاق له بدل مجهوده بالعمل ، وفي الغالب فان هذه الترقية تكون ضمن السلطة المقيدة للادارة ، ولكن ليس دائما ، خاصة أن هناك العديد من النصوص القانونية التي منحت الادارة سلطة تقديرية لتقدير كفاءة الموظف ، خاصة وأن الكفاءة هو أمر لا يمكن تنظيمه قانوناً ، كونه أمر واقعي يختلف من موظف الى آخر ، ولكن بالرغم من ذلك فان الادارة دائماً ملزمة بأن تصل الى الغاية التي قصدها المشرع حتى في ظل سلطتها التقديرية ، والا كانت قراراتها مشوبة بعيب اساءة استعمال السلطة الممنوحة لها .

الفرع الثاني : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في الضبط الاداري

يعتبر مجال الضبط الاداري بيئة مناسبة للادارة لممارسة صلاحيتها التقديرية ، خاصة وأن الضبط الاداري يرتبط أساساً بالمحافظة على النظام والاداب العامة في الدولة ، وقد منحت القوانين الخاصة للادارة صلاحيات تقديرية في هذا الشأن نظراً لقدرة الادارة على ممارسة هذا الدور مستخدمةً في ذلك عدة وسائل ، منها الاغلاق ومنح التراخيص ، والتوقيف الاداري .

الفقرة الأولى : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في منح الرخصة (الترخيص الاداري)

يقصد بالترخيص الاداري " الاذن أو الرخصة ، التي تمنحها السلطات الادارية المختصة لجهة معينة ، من أجل ممارسة نشاط معين في مكان معين ، أي انه علاقة ما بين الفرد والدولة ، يعطي لصاحبه الحق في مباشرة بعض الأعمال ،بعد أن تتحقق الادارة من توافر شروط الاستغلال " [357] .

اذن فالترخيص يجب أن يسبقه توفر جميع الشروط اللازمة لاعطائه ، ثم تصبح الادارة ملزمة بمنحه ، وهو ما أكدته المحكمة العليا المصرية حيث قضت بأنه " لا يتأتى الحصول على الترخيص الا بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن أو من يمثله قانوناً ،مرفقاً به البيانات والمستندات والمواصفات ... ، اما اذا قدم الطلب مستوفياً الشروط والاوضاع ومرفقاً به المستندات تعين على الجهة الادارية بحثه واصدار قرار

---

[356] - القرار رقم 2012/158 ، الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ، بتاريخ 2013/7/10 .
- موقع القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

[357] - موفق حمدان ، المسؤولية المدنية ، المنهل للنشر ، دبي ، 2014 ، ص 224

بشأنه في المواعيد المحددة في القانون ، وسكوتها خلال هذه المدة المحددة يعد بمثابة موافقة على طلب الترخيص تسوغ لصاحب الشأن تنفيذ الاعمال الواردة بطلب الترخيص " [358] .

أي أن الادارة وهذه الحالة تملك سلطة تقديرية في تحديد وقت منح الترخيص ، ومدته ، ونطاقه ، والأمور التي تترتب على صاحب الترخيص أن يتقيد بها ، بالاضافة الى تقييده ببعض الاجراءات التي ترى الادارة ضرورة توفرها ، سواء ارتبط ذلك بالوقت السابق لمنح الترخيص أو حتى اللاحق له [359] .

أما من جانب آخر فان الادارة وفي اغلب أوقاتها خصوصاً فيما يتعلق بمنح الترخيص تكون مقيدة بنص القانون ، فان توفرت شروط منح الترخيص ورفضت الادارة منحه ، فانها تكون متعسفة في القرار الصادر عنها ، مما يؤدي الى قابلية قرارها للالغاء ، وعلى العكس تماماً فان رفض الادارة لمنح الترخيص بناءً على سلطتها المقيدة لا يعني أن قرارها غير مشروع ، ما دام طالب الترخيص لم يستوفي الشروط اللازمة لذلك . وهو ما أكدته محكمة العدل العليا بقرارها " ان عيب إساءة استعمال السلطة لا يمكن إثارته إلا عند استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية، أما إن كانت سلطتها مقيدة بشروط وجاء القرار الإداري مستوفياً لهذه الشروط فيكون عندها قراراً سليما لا يعتريه هذا العيب" [360].

مما يمكن القول معه أن السلطة التقديرية في منح الترخيص أساساً تتعلق بمدى منح هذه الصلاحية للادارة داخل النص القانوني المنظم لكل حالة ، على نحو تعتبر معه الادارة ذات سلطة تقديرية ومقيدة ، خاصة وأننا نجد أن هناك بعض القوانين التي منحت الادارة سلطة تقديرية في منح الترخيص كالمادة الثامنة من قانون السياحة رقم 45 لسنة 1965 . حيث قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية في بعض أحكامها بخصوص هذه المادة " بالتدقيق والمداولة وبعد الاطلاع على لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والبينات المقدمة وسماع مرافعات الطرفين نجد ان صلاحية وزير السياحة في اعطاء الترخيص من رفضه هي صلاحية مطلقة متروكة لقناعته وتقديره حسبما يراه متفقاً مع الصالح العام لا يحدها الا عيب إساءة استعمال السلطة ان وجد وقام الدليل عليه فإن خلت من هذا العيب فلا معقب للقضاء على تلك القرارات طالما ان الشركة المستدعية لم تثبت ان المستدعى ضده وزير السياحة والآثار وهو يمارس صلاحيته الممنوحة له بموجب المادة الثامنة من قانون السياحة رقم 45 لسنة 65 قد خرج عن الأهداف والإغراض التي من اجلها

---

[358] - الطعن رقم 1272 لسنة 36 ق " ادارية عليا " جلسة 1995/3/12 .
مشار اليه : ابراهيم أحمد ، شريف الطباخ ، الوسيط الاداري : موسوعة المسؤولية الادارية في ضوء القضاء والفقه وأحكام المحكمة الادارية العليا : الجزء الثالث ، المنهل للنشر ، 2014 ، ص 25

[359] - محمد خليفي ، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للادارة ، مرجع سابق ، ص148

[360] - قرار رقم 2003/14 ، الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله ، بتاريخ 2005/9/20

منحه إياها قانون السياحة . وبالتالي فان القرار المطعون فيه جاء متفقاً مع السلطة الإدارية وموافقاً ل قانون السياحة رقم 45 لسنة 65 وخالياً من التعسف" [361] .

كما قضت أيضاً بخصوص سلطة الادارة في منح الموافقة من أجل تسجيل الجمعيات بأن " سلطة الوزير بالموافقة على طلبات تسجيل الجمعيات والهيئات الاجتماعية والاتحادات هي سلطة تقديرية يترخص بها حسب الظروف السائدة في البلد وحسب أهداف الجمعية المطلوب تسجيلها " [362] .

الفقرة الثانية : رقابة القضاء على السلطة التقديرية في التوقيف على ذمة المحافظ (التوقيف الاداري)

يعتبر التوقيف اختصاص قضائي ، تمارسه السلطة القضائية بموجب القوانين المنظمة لذلك ، مراعية في ذلك المدد المنصوص عليها والاختصاص المخول لها ، الا انه قد أجاز القانون وخاصة القوانين السارية في فلسطين للسطة التنفيذية وفي حالات معينة توقيف الأفراد ، وهو ما يطلق عليه بالتوقيف الاداري ، بحيث يمنح القانون للادارة سلطة تقديرية في تقدير بعض الظروف التي تمكنها من ممارسة هذا النوع من التوقيف ، حتى في ظل عدم وجود تهمة موجه للفرد ، وهو ما يطلق عليه بالسلطة التقديرية المطلقة للادارة في التوقيف [363] .

حيث نصت المادة الثالثة من قانون منع الجرائم [364] الساري في فلسطين وفي الضفة الغربية على جه الخصوص بأنه " اذا اتصل بالمتصرف [365] أو كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بوجود شخص في منطقة اختصاصه ينتسب لأي صنف من الأصناف المذكورة أدناه ورأى أن هنالك أسباباً كافية لاتخاذ الإجراءات، فيجوز له أن يصدر إلى الشخص المذكور مذكرة حضور بالصيغة المدرجة في الذيل الأول لهذا القانون، يكلفه فيها بالحضور أمامه ليبين إذا كان لديه أسباب تمنع من ربطه بتعهد، إما بكفالة كفلاء وإما دون ذلك، حسب الصيغة المدرجة في الذيل الثاني لهذا القانون يتعهد فيه بأن يكون حسن السيرة خلال المدة التي يستصوب المتصرف تحديدها، على أن لا تتجاوز سنة واحدة. 1- كل من وجد في مكان عام أو خاص في ظروف تقنع المتصرف بأنه كان على وشك ارتكاب أي جرم أو المساعدة على ارتكابه. 2- كل من اعتاد اللصوصية أو السرقة أو حيازة الأموال المسروقة أو اعتاد حماية اللصوص أو إيواءهم أو

---

[361] - قرار رقم 2011/369 ، الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة برام الله ، بتاريخ 2012/10/3

[362] - قرار محكمة العدل العليا رقم 2000/67 – مجلة نقابة المحامين عدد 10 ، 11 لسنة 2001 ، ص 89
- مشار اليه ، د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 73

[363] - د . أحمد سويطي ، التوقيف على ذمة المحافظ أو السلطة التنفيذية اجراء مخالف للقانون ويتجاوز الصلاحيات ، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء ، 2014 ، ص 10 .

[364] - قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 ، الصادر في 1954/1/28

[365] - نصت المادة 2 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 على أن " تشمل لفظة (المتصرف) محافظ العاصمة " .

المساعدة على إخفاء الأموال المسروقة أو التصرف فيها. 3- كل من كان في حالة تجعل وجوده طليقاً بلا كفالة خطراً على الناس " [366].

ويتضح من هذا النص أن القانون قد منح الادارة سلطة تقديرية واسعة بالحق في التوقيف في عدة حالات ترتبط بمجرد الاشتباه بالشخص بأنه على وشك ارتكاب جريمة محددة ، بل ذهب الى أبعد من ذلك بأن منح الادارة الحق في توقيف الشخص اذا رأت وقدرت أن مجرد وجوده يشكل خطراً على الناس .

كما أن القانون السالف لم يتوقف على هذا الحد فقط ، بل أجاز للمحافظ اصدار مذكرات قبض [367] ، واجراء تحقيق مع الشخص حتى ولو لم يكن هناك أدلة كافية تثبت ارتباط الشخص بالتهمة المحضر من أجلها ، اضافة الى أنه منح المحافظ الحق باستخدام وسائل التحقيق جميعها بما فيها سماع شهادة الشهود [368] .

نضيف الى ذلك أن القانون قد بالغ في منح الصلاحيات التقديرية المطلقة للادارة ، بأن منح الحافظ الحق بالتوقيف لمدة غير محددة اذا ما ارتأى أن أسباب التوقيف ما زالت موجودة [369] .

وفي ظل هذه الصلاحيات الواسعة للمحافظ ، وفي محاولة لتدارك هذا الخلل التشريعي الذي نتج عنه اعدام مبدأ الفصل بين السلطات ، بأن اصبح للمحافظ الحق في استعمال الوسائل القضائية ، وممارسة دور القضاء في الوقت الذي يعتبر فيه المحافظ الممثل للادارة وأعلى سلطة تنفيذية ورئيس الادارة العامة في محافظته [370]. فقد صدر المرسوم الرئاسي بشأن اختصاصات المحافظين لعام 2002 [371] ، حيث عمل هذا المرسوم على تحديد اختصاصات المحافظ على سبيل الحصر .

حيث نص المرسوم السابق على أن " يتولى المحافظ ممارسة الاختصاصات والصلاحيات التالية: 1- الحفاظ على الأمن العام والأخلاق والنظام والآداب العامة والصحة العامة وحماية الحريات العامة وحقوق المواطنين. 2- حماية الأملاك العامة والخاصة وتحقيق الأمن في محافظته يعاونه في ذلك قادة الشرطة والأمن العام في المحافظة وأن يكون هناك اجتماعات دورية ودائمة بينهم. 3- العمل على الرقي

366 - انظر نص المادة 3 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 .
367 - انظر نص المادة 4 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 .
368 - انظر نص المادة 5 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 .
369 - انظر نص المادة 8 من قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 .
370 - انظر نص المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 بشأن اختصاصات المحافظين .
371 - المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 بشأن اختصاصات المحافظين ، الصادر بتاريخ 2003/7/1 .

الاقتصادي والعمراني والاجتماعي في المحافظة وتحقيق المساواة والعدالة وضمان سيادة القانون. 4- اتخاذ كافة التدابير والإجراءات اللازمة لمواجهة الكوارث الطبيعية والحوادث ذات الأهمية " [372] .

كما أن المرسوم لم يتوقف على معالجة الاختصاصات فقط بل حدد اختصاصات الضبط القضائي للمحافظ ، حيث حصرها فيما يتعلق بالجرم المشهود، وإبلاغ النيابة العامة عن الجرائم غير المشهودة التي يطلع عليها [373] .

وهو ما يعني أن المرسوم أبقى على اختصاصات المحافظ فيما يتعلق بالجرائم غير المرتبطة بالجرم المشهود ، حيث سمح للمحافظ بمتابعة اختصاصاته بموجب قانون منع الجرائم السابق ، ولكنه أوجب على المحافظ أن يطلع النيابة عليها .

وقد كان لعام 2003 وصدور القانون الأساسي الفلسطيني الذي يمثل الدستور الفلسطيني ، الجانب الأهم فيما يتعلق بهذا التخبط التشريعي الذي ضرب بعرض الحائط جميع المبادئ القانونية ، ونصوص الاتفاقيات الدولية وخاصة المادة 11 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان التي أكدت على أن كل شخص متهم يعتبر بريء حتى تثبت ادانته بموجب محاكمة قضائية تضمن له حق الدفاع عن نفسه .

فقد أكدت المادة 11 من القانون الأساسي أنه لا يجوز القبض على أي شخص أو توقيفه الا بأمر قضائي [374] ، كما أكدت المادة 14 على ما نصت عليه المادة 11 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان السابق أن المتهم بريء حتى تثبته ادانته [375] .

ويتضح من ذلك أن القانون الأساسي قد ألغى جميع الصلاحيات والاختصاصات التقديرية التي كانت مخولة للمحافظين بموجب قانون منع الجرائم والمرسوم الرئاسي الخاص باختصاصات المحافظين ، وئلك نظراً لتضارب نصوصها مع نصوصه .

---

372 - انظر نص المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 بشأن اختصاصات المحافظين

373 - انظر نص المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 بشأن اختصاصات المحافظين

374 - نصت المادة 2/11 من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه " لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقا لأحكام القانون، ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي، ولا يجوز الحجز أو الحبس في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون " .

375 - نصت المادة 14 من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه " المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه "

وان كان القانون الأساسي لم يلغي صراحة هذه النصوص التشريعية ، الا أنه قد ألغاها ضمناً في المادة 119 منه والتي نصت على أن تلغى جميع القوانين والنصوص التي تتعارض من نصوص هذا القانون [376] .

وهو ما أكدته محكمة العدل العليا الفلسطينية في اطار قرارها بخصوص السلطة التقديرية الممنوحة للمحافظ في التوقيف ، حيث قضت " واذا كان الامر كذلك بالنسبة للقرارات الادارية التي تتخذها الادارة بوجه عام وبموجب سلطتها التقديرية، فأن القرارات المتعلقة بالحريات الشخصية تخضع وبقوة للقضاء الاداري ورقابته باعتبار القضاء حامي الحريات العامة وهذا ما يجيز للمحكمة بل للمحكمة ان تجيز لنفسها أخضاع تقدير الادارة بذاته الى رقابتها بمعنى ان القضاء الاداري هو قضاء ملاءمة ومشروعية بالنسبة للقرارات المتعلقة بالحريات العامة ولا تكون هذه القرارات ملائمة الإ اذا كانت لازمة لمواجهة حالة معينة من دفع خطر جسيم يهدد الامن العام والنظام باعتبار هذا الامر (القرار) الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الضرر . وبما أن قرار التوقيف الصادر عن المستدعى ضده محافظ محافظة القدس ضد المستدعي نزار ابراهيم محمود بدوان وهو القرار الموصوف في مستهل حكمنا هذا قد جاء مخالفاً لاحكام المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 بشأن اختصاصات المحافظين حيث لا يجوز للمحافظ وفق هذه المادة ان يقوم بوظيفة الضبطية القضائية الا في حالة الجرم المشهود اما في الجرائم غير المشهودة التي يطلع عليها فان ما تتطلبه المادة المذكورة ان يقوم بإبلاغ النيابة العامة عن تلك الجرائم، هذا فضلا عن ان القرار المطعون فيه (قرار التوقيف الصادر عن المحافظ المستدعى ضده) لم يراعي الاجراءات التي تضمنها قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 والتي اشرنا اليها تفصيلا بنصها الصريح والتي كان من المتوجب مراعاتها باعتبارها من الاجراءات الجوهرية التي يجب اتخاذها وفق ما نصت عليه مواد القانون المشار اليها . وعليه وحيث ان توقيف المستدعي من قبل المستدعى ضده (محافظ محافظة القدس)جاء على وجه غير مشروع مشوب بعيب استعمال السلطة ومخالفة للقانون مما يستوجب الغاءه وشل اثاره " [377] .

الا أنه من الناحية القانونية ، وخاصة في ظل صدور القرار الخاص بتشكيل المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية ، وبدء ممارسة المحكمة لعملها ، فانه يتوجب أن تقضي المحكمة بالغاء جميع نصوص قانون منع الجرائم والمرسوم الرئاسي المتعارضة مع نصوص القانون الأساسي .

---

[376] - نصت المادة 119 من القانون الأساسي الفلسطيني على أن " يلغى كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون الأساسي المعدل " .

[377] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2015/155 ، الصادر بتاريخ 2015/11/5
- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي

المطلب الثاني : آثار رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية

تقسم الوسائل المستخدمة في رقابة القضاء الى نوعين من الدعاوى ، دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة وتعني انحصار حق رافع الدعوى في طلب إلغاء القرار الإداري سواء فردي أو تنظيمي اذا كان مشوب بعيب من عيوب عدم المشروعية (عيب الاختصاص – عيب الشكل – الانحراف في استعمال السلطة) ، اما في دعوى التعويض فان مقدم الدعوى ينسب الى الإدارة تصرفاً يمس مركزا قانونياً خاصاً به ، أي ان هناك اعتداء من جانب الإدارة على حق خاص به ، والقاضي هنا يتمتع بصلاحيات واسعة ، فهو يتأكد أولا من أن المدعي هو صاحب الحق الذي ترفع الدعوى باسمه فالدعوى ملازمة للحق ، ولا توجد الا بوجوده [378] .

الفرع الأول : الالغاء

يعرف قضاء الالغاء على انه " القضاء الموضوعي الذي تنصب فيه الدعوى على مهاجمة قرار اداري فردي أو لائحي عام ، فهي لا ترفع في مواجهة خصم ما ، وانما ضد عمل قانوني صادر من الادارة بارادتها المنفردة لعدم مشروعيته " [379] .

ويتبين من هذا التعريف أن قضاء الالغاء يتمثل أساساً في دعوى الالغاء والتي توجه ضد القرار الاداري الصادر عن الادارة لمخالفته لمبدأ المشروعية . أي ان الدعوى لا توجه ضد خصم معين وانما تستهدف مخاصمة القرار غير المشروع ذاته وتكون موجهة ضده ، ويكون الحكم الصادر فيها بالغاء القرار غير المشروع حكما ذو حجية على الكافة [380] .

وقد حدد المشرع الفلسطيني أسباب الغاء القرار الاداري على سبيل الحصر ، حيث نصت المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني على أنه " 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 وأكثر مما يلي: 1- الاختصاص. 2- وجود عيب في الشكل. 3- مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها. 4- التعسف أو الانحراف في استعمال السلطة على الوجه المبين في القانون " .

---

[378] - عبد الله طلب ، القضاء الإداري ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، 1975 ، ص 187 – 188 .

[379] - د . علي عبد الفاتح ، الوجيز في القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 135

[380] - د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 181 -182 .

ويتضح من اخلال استقراء هذه الأسباب أن المشرع الفلسطيني قد استغنى عن عيب السبب كوجه من أوجه الالغاء . ويرى بعض الفقه الفلسطيني أن هذا الأمر لم يعد مقبول وأن هناك ضرورة ماسة لمعالجة هذا القصور التشريعي ذلك أن اغلب أخطاء الادارة تنصب في مجال السبب [381].

الفقرة الأولى : دعوى الالغاء

تعتبر دعوى الإلغاء دعوى قضائية موضوعية فهي تقوم بمخاصمة القرار الإداري غير المشروع بغض النظر عن الحقوق المتعلقة برافع الدعوى ، وسنتطرق لدعوى الالغاء من ناحية المفهوم ، ومن ثم لخصائصها وشروطها .

أولا : مفهوم دعوى الالغاء

تعتبر دعوى الالغاء دعوى قضائية يرفعها أصحاب الشأن من الموظفين العموميين أو من الأفراد أو الهيئات أمام القاضي الإداري المختص بطلب إلغاء القرارات الإدارية النهائية بسبب مخالفتها للقانون [382].

وقد كان تطور دعوى الالغاء وخاصة في فرنسا تحول تاريخي في اطار القضاء الاداري لما لها من أثر في توجيه الرقابة القضائية على اعمال الإدارة ، وقد كان لهذا التطور وخاصة في فرنسا أثره الكبير على مجموعة من الانظمة القضائية الاخرى في العالم وخصوصاً في مصر والمغرب والأردن [383] . أما فلسطين فقد عرفت دعوى الإلغاء بصدور مرسوم دستور فلسطين عام 1920 [384] .

ومن الجدير بالذكر ان قضاء الإلغاء في فلسطين هو قضاء استثنائي أي انه لا يمكن اللجوء اليه الا في حالة عدم وجود طريق آخر للطعن ، وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بهذا الخصوص أن " قضاء الإلغاء هو قضاء استثنائي لا يجوز اللجوء اليه اذا كان للطاعن مرجع طعن مواز يحقق له جميع المزايا التي تحققها دعوى الإلغاء " [385] .

---

[381] - د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 183 .

[382] - د. طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لاعمال الادارة العامة "قضاء الإلغاء" ، مرجع سابق ، ص 12 . كما عرفتها محكمة العدل العليا الفلسطينية في قرارها رقم 2005/43 الصادر ، بتاريخ 2005/10/4 على انها " الدعوى التي تهدف الى مخاصمة قرار اداري معيب بقصد التوصل الى الغائه إعلاءً لمبدأ المشروعية ، وحماية الأفراد من عسف الإدارة ، وهي بذلك دعوى عينية ، الخصم فيها القرار الإداري الطعين ، وبالتالي فان محكمة القضاء الإداري تحاكم القرار لا الإدارة بما يجعل الدعوى متحررة لدى الخصوم "
- مشار اليه : د. عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 15 .

[383] - د . محمد العبادي ، قضاء الإلغاء " دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، ص 123 - 124.

[384] - د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري في فلسطين ، مرجع سابق، ص 220 – 224 .

[385] - قرار رقم 2005/176 الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، بتاريخ 2006/7/10
مشار اليه : د . عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص15

ثانياً : خصائص دعوى الالغاء وشروطها

نتناول في هذه الفقرة خصائص دعوى الالغاء وشروطها .

- **خصائص دعوى الالغاء**

تعتبر دعوى الإلغاء دعوى موضوعية أو عينية تقوم على مخاصمة القرار الإداري ، اذن فدعوى الإلغاء لها خصائصها التي تميزها عن دعوى التعويض وعن غيرها من الدعاوى الإدارية [386] ويمكن ايجاز هذه الخصائص كما يلي :

1- دعوى الإلغاء هي دعوى من صنع قضاء مجلس الدولة الفرنسي [387]
2- دعوى الإلغاء دعوى موضوعية عينية، فهي تقوم على مهاجمة القرار الصادر [388]
3- دعوى الإلغاء تنتمي الى قضاء المشروعية حيث تستهدف دعوى الإلغاء تقرير عدم المشروعية بالنسبة الى القرارات الإدارية المخالفة للقانون [389] . وقد اكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية أن دعوى الإلغاء هي دعوى المشروعية ، وأنها تهدف الى إلغاء القرار الإداري الصادر خلافاً لمبدأ المشروعية [390] .
4- دعوى الإلغاء محاطة بعناية خاصة من المشرع الفرنسي ، فالمشرع الفرنسي قد ساهم مع مجلس الدولة الفرنسي في تسهيل عملية لجوء الافراد الى دعاوى الإلغاء ، وقد تجلت هذه التسهيلات في عدم اشتراط تقديم عريضة الدعوى عن طريق محام ، وفي عدم ضرورة دفع الرسوم سلفاً [391] .
5- الحكم الصادر في دعوى الإلغاء حجة على الكافة [392] .

- انظر نص القرار كامل (موقع المقتفي)
386 - د. ماجد راغب الحلو ، د. محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 21 .
387 - عبد الله طلب، القضاء الإداري ، مرجع سابق ص 192 .
388 - قرار رقم 2003/54 الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية ، بتاريخ 2005/3/15
- مشار اليه : د.عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 17 .
- انظر نص القرار كامل (موقع المقتفي)
389 - د.سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 96 .
390 - قرار رقم 2002/94 الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في غزة ، بتاريخ 2003/3/27
- مشار اليه : د.عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص22 .
- انظر نص القرار كامل (موقع المقتفي)
391 - عبد الله طلب ، القضاء الاداري ، مرجع سابق، ص 193
392 - شريف بعلوشة ، دعوى إلغاء القرار الإداري " دراسة تحليلية مقارنة " ، رسالة ماجستير ، جامعة الازهر – غزة ، 2010 ، ص 11 .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بان : " القضاء الإداري في فلسطين على درجة واحدة ، وأن الأحكام التي تصدرها محكمة العدل العليا المتضمنة إلغاء القرارات الإدارية المطعون بها لها حجية في مواجهة الكافة " [393] .

- **شروط دعوى الالغاء**

1- شرط المصلحة

لقد حصل اختلاف فقهي بخصوص شرط المصلحة ، فقد ذهب رأي في الفقه الى أن دعوى الإلغاء دعوى حسبة ، وحجتهم في ذلك أن قضاء الإلغاء قضاء عيني يخاصم القرار الإداري ولا يهدف الى حماية الحقوق الفردية ، أما الرأي الآخر فجاء على عكس الرأي الأول ، حيث قال أنه اذا كان لكل فرد أن يعرض النزاع على القاضي في أية مسألة دون أي شرط يميزه عن غيره من سائر الافراد ، فلا يمكن والحالة هذه اعتبار الفرد خصماً حقيقياً في النزاع ، ويصبح القاضي وكأنه تعرض للنزاع من تلقاء نفسه وهذا مخالف للمبادئ المستقرة التي تحكم وظيفة القضاء [394] .

وبرأي الباحث فان الرأي الفقهي الثاني أكثراً صوابا من الرأي الأول ، فدعوى الإلغاء هي مخاصمة قضائية والمبدأ العام في المخاصمات القضائية أن لا دعوى دون مصلحة .

2- طبيعة القرار المطعون فيه : دعوى الإلغاء لا توجه الا للقرارات الإدارية التنفيذية وهذا يستلزم استبعاد الأعمال التشريعية والقضائية وأعمال السيادة [395] .
3- الاجراءات والمواعيد : يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ العلم اليقيني ، وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا الفلسطينية حيث قضت بأنه " ولما كان القصد من النشر والاعلان هو اشعار صاحب المصلحة بصدور قرار ضده وبذلك تكون الغاية التي يتوخاها القانون من نشر القرار قد تحققت ، وبالتالي يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ العلم اليقيني بالقرار والعلم اليقيني يقوم مقام التبليغ " [396] .

---

[393] -قرار رقم 43 /2005 الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، بتاريخ 4\10\2005
- موقع قانون

[394] - د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 207 – 208 .

[395] - عبد الله طلب ،القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 195

[396] - قرار رقم 2008/25 الصادر عن محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله ، بتاريخ 2008/10/13
- مشار اليه : د.عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ص 118 – 119 .

4- انعدام طريق الطعن المقابل : ومؤدى هذا الشرط أنه من أجل أن تكون دعوى الإلغاء مقبولة أمام القضاء الإداري ، يجب أن لا يكون القانون قد نظم طريقاً آخر للطعن في القرار الإداري غير طريق الطعن بدعوى الإلغاء [397] .

5- شرط عدم الاذعان : وقد استقر القضاء الاداري الفلسطيني والأردني على هذا الشرط كشرط لقبول دعوى الالغاء ، كما أكدت على أن اذعان المستدعي للقرار الصادر بحقه يرتب رد دعوى المدعي . وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية بأنّه : " بالاستناد لما تقدم فإن قبض المستدعين لرواتبهم التقاعدية الذي خصصتها لهم لجنة التقاعد المدني بعد أن تبلغوا هذه القرارات واطلعوا على مضمونها وأسبابها يعد إذعاناً منهم لهذه القرارات ومسقطاً لحقهم بالطعن، ولا يقبل منهم بعد هذا الإذعان الذي يعدّ تنازلاً منهم عن حقوقهم أن يطعنوا في هذه القرارات أمام محكمة العدل العليا، ولا يكفي لاعتبار الطاعن مذعناً للقرار الإداري أن يكون قد صدر عنه قول أو فعل يقطع في دلالته على قبوله بالقرار بغض النظر عن أسبابه، وقبضهم لهذه الرواتب بعد أن تبلغوا القرارات واطلاعهم على مضمونها وأسبابها هو فعل يقطع بدلالته على قبولهم بهذه القرارات " ([398]) .

الفقرة الثانية : الغاء القرارات الادارية الصادرة بموجب التعسف في استعمال السلطة التقديرية

تعتبر الاعمال الادارية من اكثر الأعمال صعوبة ، نظراً لدورها في محاولة التوفيق بين المصلحة العامة ، ومصالح الأفراد الخاصة ، وفي هذا الصدد يقف قاضي الالغاء أمام الإدارة ممثلاً بدوره الرقابي في منع الإدارة من تغليب مصلحة على أخرى ، وانطلاقاً من ذلك فقد كان من الواجب على المشرع أن يجعل الإدارة تمتلك سلطة تقديرية في بعض الاعمال ، وذلك لتسهيل عملها ، ولكن هذه السلطة لا تعتبر من ضمن الاختصاصات المطلقة التي تتمتع بها ، اذ يجب أن تكون قرارتها الصادرة سواء بموجب سلطتها التقديرية أو بدونها مقيدة بمبدأ المشروعية ، والا كان عرضة للالغاء .

ونتطرق في هذا الفرع الى القرارات الادارية غير المشروعة ، سواءً فيما يتعلق بتقديرها للظروف التي أصدرت بموجبها القرار الاداري ، أو حتى كيفية ملائمة قراراتها .

---

[397] - د. عمر الشوبكي ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 244 – 245 .

[398] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة برام الله رقم 2005/28 ، بتاريخ 2005/11/16م، غير منشور.
- مشار اليه : د . شريف بعلوشة ، شرط عدم الاذعان للقرار الاداري باعتباره شرطاً لقبول دعوى الالغاء في ضوء أحكام محكمة العدل العليا الفلسطينية ، مقال منشور ، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 12، الصادر في شهر مارس 2017 ، ص 100 .

أولاً : القرارات الادارية غير المشروعة

بالرغم من أن الإدارة خاصةً اذا كانت تتمتع بسلطة تقديرية في اصدار قراراتها ، تعتبر حرة طليقة في تقدير الظروف وطبيعة القرارات التي تصدرها ، الا أن هذه السلطة التقديرية لم تعد بمفهومها التقليدي بعيدةً عن رقابة القضاء [399].

وبذلك فان الإدارة محاطة بحاجزين لا يمكن لها اجتيازهما حتى وان كانت تمتلك سلطة تقديرية من قبل المشرع ، وهما [400] :

أولا : أن تضع الإدارة نفسها في أحسن الظروف والاحوال للقيام بهذا التقدير ، وأن تمارس سلطتها التقديرية الممنوحة لها بشكل موضوعي بعيداً عن أي بواعث شخصية ، اضافة الى ضرورة توفر جميع العناصر اللازمة لممارسة هذه السلطة ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد " يخلص من نص المادة الثالثة من المادة العاشرة من القانون رقم 141 لسنة 1947 الخاص بالعمد والمشايخ أن المشرع لم يجعل مناط الترجيح بين المرشحين عند تساوي الاصوات مطلق لرأي اللجنة أو تقديرها الخاص ، بل جعل لهذا الترجيح أصولاً وضوابط يجب مراعاتها وتبني على أساسها رأيها ،ومن ثم كان قرارها خاضعاً لإشراف ورقابة المحكمة ومؤدى هذا النص وفحواه ان يكون لمن ترجح اللجنة اختياره للعمدية ميزات خاصة ، تجليها في قرارها وتستهدي بها في الترجيح ، وأن تكون هذه الميزات تبعا لذلك غير متوافرة في المنافسة ، فاذا كانت الاسباب التي بنت عليها اللجنة قرارها يشوبها الاهمال والقصور بما لا يقنع المطلع عليها بعدالتها ، وما لا تستطيع المحكمة في مجال المقارنة والتفضيل أن تحقق رقابتها ، ويكون قرارها قد جانب حكم القانون [401] " .

ثانيا : أن تستعمل الإدارة سلطتها التقديرية بعد البحث الجدي ، أي أن الإدارة اذا ما اتخذت قرارها بموجب سلطتها التقديرية الممنوحة لها ، دون أن تثبت أن قرارها قد صدر بعد اجراء بحث جدي في ذات الأمر موضوع القرار ، فان قرارها يكون مخالفاً للقانون وعرضة للالغاء ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، " ان القرار الذي تتخذه مصلحة النقل برفض طلب الترخيص في تسيير سيارات مبدئياً وقبل

---

399 - منيرة اليازجي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة في فلسطين ، مرجع سابق ، ص 128 .

400 - حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها ، مرجع سابق ، ص 173-174

401 - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 8 مارس 1949 ، السنة الثالثة ، ص 442 .
- مشار اليه : حمد عمر حمد ، المرجع أعلاه ، ص 173

أن تجري في شأنه أي بحث انما هو قرار صوري لا ينتج أثراً اذ العبرة هي بالرفض الموضوعي الذي يبنى على الدرس والتمحيص [402] " .

اذن فالقانون يترك للادارة الحرية في أن تتدخل او تمتنع ، كما قد يترك لها الحرية بالنسبة الى زمن ذلك التدخل وكيفية وفحوى القرار الذي تقرره ، وهو ما يدخل ضمن السلطة التقديرية الممنوحة لها من قبل المشرع [403] . على اعتبار أن مبدأ المشروعية لا يشكل قيداً على الإدارة الى بالمقدار اللازم لضمان حفظ حقوق الافراد وحرياتهم ، والتزام الإدارة بالقانون وفي استخدام السلطة التقديرية ضمن اطار القانون وليس بشكل تعسفي ، تتحول فيه من اداة في يد الإدارة لتحقيق المصلحة العامة الى أداة للقمع والتسلط . وفي ذلك قضت المحكمة الادارية العليا الاردنية بأن " المشرع ومن خلال المادة 8 من قانون الهيئة المستقلة للانتخابات، قد خول مجلس الهيئة صلاحية تقديرية بانهاء خدمات الامين العام دون ان يلزمه ببيان الاسباب ،أو تقييده بأي قيد وهو يمارس هذه الصلاحيات، الا أن هذه السلطة وان كانت تقديرية الا أنها تجد حدها بحدود المشروعية " [404] .

وانطلاقاً مما سبق فان السلطة التقديرية الذي منحها المشرع للادارة ليست اختصاصاً مطلقاً كما ذكرنا ، لكي يتسنى معه القول أنها محصنة من الرقابة القضائية ، وانما هي اختصاص لموازنة الأمور وتقدير كل حالة على حدة ، بهدف فسح المجال أمامها لتقدير متطلبات الأمور ، فالإدارة اذ تمنح هذا الاختصاص فانه لاعتبار أنها ليست آلة صماء تعمل على تنفيذ القانون ، ولكنه في نفس الوقت اختصاص غير تحكمي ، ولا يمكن الأخذ بالاختصاص التقديري الممنوح لها على اطلاقه ، فاذا ما تبين أنها استهدفت بقرارها هدفاً غير المصلحة العامة جاز للقاضي الاداري الحكم بالغاء القرار [405] .

وقد قضت محكمة العدل العليا الفلسطينية فيما يتعلق بمراقبة السلطة التقديرية الممنوحة للادارة بأن " الرقابة القضائية التي تمارسها محكمة العدل العدل العليا .. هي ضمانة كبيرة للافراد وتقييم من مغالاة

---

[402] - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 7 ابريل 1951 ، السنة الخامسة ، ص 877 .
- مشار اليه : حمد عمر حمد ، المرجع أعلاه ، ص 174

[403] - د. سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مرجع سابق ، ص 63 .

[404] - القرار الصادر عن المحكمة الادارية العليا الادرنية ، رقم 2018/167 ، الصادر بتاريخ 2018/5/16
- منشورات عدالة

[405] - د.نور الدين حجاجي واخرون ، الحركية في الوظيفة العمومية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي ، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ، العدد 15 ، عام 2017 ، ص 126 – 127 .

الإدارة في تقدير جسامة الافعال ، كما تعد هذه الرقابة تضييقاً لنطاق الصلاحية التقديرية التي تتمتع بها الإدارة وحدها " [406] .

ثانياً : القرارات الادارية غير الملائمة

ان السلطة التقديرية للادارة لم تعد مقتصرة على رقابة الظروف الخارجية التي يجب أن تحط الإدارة نفسها بها عند اصدار قراراتها ، أو الى ضرورة أن تقوم الإدارة بالبحث الجدي قبل كل تصرف لها ، بل امتد الى أبعد من ذلك ، حيث وصلت الرقابة الى الدخول في جوهر السلطة التقديرية ، وبيان مدى ملائمة القرار الصادر عن الإدارة ، أي رقابة التقدير ذاته ، أي أن رقابة قاضي الالغاء امتدت من رقابة مشروعية القرارات الادارية الى رقابة ملائمة القرارات الادارية .

فالرقابة على مبدأ الملائمة قد تطور تدريجياً من خلال مجموعة من النظريات تعود نشأتها الى مجلس الدولة الفرنسي .

أولا : نظرية التناسب ، والتي يقصد بها الملائمة بين درجة خطورة المخالفة وبين الجزاء .

وقد عمل القضاء الاداري بعد استحداث هذه النظرية على فرض رقابته على القرارات الادارية الصادرة عن الإدارة في ظل سلطتها التقديرية في مجال الجزاء التأديبي ، بحيث أصبح يلغي جميع القرارات التاديبية الصادرة اذا ما كانت العقوبة المتخذة لا تتناسب والمخالفة المرتكبة من أحد الموظفين العموميين .

ثانيا : نظرية الموزانة ، ويقصد بها موازنة النتائج الايجابية لتدبير اداري معين مع السلبيات التي يخلفها .

ومن الجدير بالذكر أن هذه النظرية قد ظهرت أساساً في مسألة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، وقد عملت هذه النظرية على تغيير الرأي الفقهي الذي كان سائداً قبل ظهورها ، والذي يعتبر أن تقدير الموازنة هو أمر تختص فيه الإدارة في اطار سلطتها التقديرية ، على نحو اصبح القاضي الاداري يختص في النظر بالموازنة والترجيح فيما تكون لدى الإدارة من مبررات قدرت على أساسها ملائمة اصدار قراراتها .

---

[406] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2008/1 ، الصادر بتاريخ 2009/2/25 .
- المجلة القانونية ، العدد الخامس ، 2013 ، مرجع سابق ، ص 10 .

ثالثا : نظرية المغالاة في التقدير ، ويقصد بها الخطأ الواضح والجسيم الذي تقع فيه الإدارة ، ويكون ظاهراً بالنسبة للرجل العادي – غير المختص - .

وقد ربطت محكمة العدل العليا الفلسطينية هذه النظرية بمصطلح الغلو ، بحيث قضت بالغاء القرارات الادارية اذا ما غالت الإدارة في استخدام حقها في تأديب الموظفين ، وقد تطرقنا لهذه النظريات بالتفصيل في الفصل الأول من هذه الدراسة .

الفرع الثاني : التعويض

يعرف قضاء التعويض على أنه قضاء شخصي يباشره القضاء من خلال دعوى يرفعها من وقع عليه ضرر أو اصاب أحد حقوقه الشخصية اعتداء نتيجة أحد أعمال الادارة ، والهدف من هذه الدعوى الحصول على تعويض عادل عن الأضرار التي لحقت به [407] .

ولا يقتصر هذا النوع من القضاء على الغاء القرار الاداري غير المشروع فقط ، بل يمتد الى تعديل القرار أو استبداله ، وفرض التعويض المناسب للمتضرر منه ، وبناء على ذلك أطلق عليه بعض الفقه مسمى " قضاء التعويض " [408] .

أما بخصوص الدعاوى المتعلقة بالحقوق الوظيفية والتي تسمى " دعاوى التسوية " فانها تدخل في اطار دعاوى قضاء التعويض اذا استمدها الموظف من القانون ، ذلك أن سلطة الادارة تكون مقيدة فيها ، كالمرتب والمكافأة ، أما اذا نشأت هذه الحقوق بموجب سلطة الادارة التقديرية كقرارات الترقية أو الجزاءات التأديبية فان هذه الدعاوى تكون محلاً لدعوى الالغاء وليس قضاء التعويض [409] .

وبالرغم من أن محكمة العدل العليا الفلسطينية أكدت عدم اختصاصها فيما يتعلق بقضاء التعويض [410] ، الا أنها أظهرت اختصاصاها فيما يتعلق بدعاوى التسوية في العديد من القرارات ، حيث قضت بأن " لجنة التقاعد المدني فيما يتعلق بعدم احتساب مدة خدمة المستدعي في هيئة سوق رأس المال مخالفاً للقانون ، أما من حيث الراتب الشهري الأخير الذي احتسبت حقوق المستدعي التقاعدية على أساسه فقد جاء قرار

---

407 - د . عبد الغني بسيوني ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1996 ، ص 417 .

408 - د. عبد الله طلبة ، القانون الاداري ، مرجع سابق ، ص 186 .

409 - د . عبد الغني بسيوني ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 418

410 - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 2010/172 ، الصادر بتاريخ 2011/11/21
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 -2011 ، المكتب الفني ، ج4 ، 2013 ، ص 369.

لجنة التقاعد المدني موافقاً والقانون ... لهذه الاسباب تقرر المحكمة الغاء القرار المطعون فيه من حيث عدم احتساب مدة اعارة المستدعي لدى هيئة سوق رأس المال مدة مقبولة للتقاعد ورد الطعن فيما عدا ذلك " (411)

الفقرة الأولى : دعوى التعويض

ان قضاء الإلغاء وحده لا يمكن له أن يوفر الحماية القانونية الكافية للافراد ، لانه يستطيع اعدام أو ابطال القرارات الإدارية المعيبة لكنه لا يستطيع في ذات الوقت أن يضمن ما يلحق الافراد من أضرار خلال فترة نفاذ هذه التصرفات المعيبة قبل إلغائها . وهنا يتوجب وجود قضاء اخر يؤمن للافراد الحماية الكاملة ضد تصرفات الإدارة التي تمس مركزا قانونيا خاصا بهم، ويُترجم هذا القضاء من خلال دعوى التعويض أو ما يسمى بالدعوى القضاء الكامل ، وسنتطرق لدعوى التعويض من خلال مفهومها وخصائصها .

أولاً : مفهوم دعوى التعويض

يمكن تعريف دعوى التعويض على انها " الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص الى القضاء للمطالبة بتضمين ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة " [412].

دعوى التعويض ولما لها من أهمية كبرى في مجال حماية حقوق الأفراد فقد أجاز المشرع المصري إمكانية جمعها مع دعوى الإلغاء في عريضة دعوى واحدة هي عريضة دعوى الإلغاء ، بحيث يكون طلب إلغاء القرار الإداري غير المشروع هو الطلب الأصلي ويكون طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عنه بمثابة طلب تابع لطلب الإلغاء [413] . أم في الأردن فان محكمة العدل العليا الاردنية كانت تختص بالنظر في طلبات التعويض المترتبة على الأمور والقرارت والاجراءات التي تدخل ضمن حدود اختصاصها بموجب المادة التاسعة من القانون رقم 12 لسنة 1992 ، سواء رفعت اليها بصفة أصلية أم تبعية [414] . الا أنه تم الغاء هذا القانون بموجب قانون القضاء الاداري الجديد رقم 27 لسنة 2014 والذي أكد على أن المحكمة الادارية لا تنظر طلبات التعويض الا بصورة تبعية فقط بنصه " تختص المحكمة

---

411 - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، رقم 2011/188 ، الصادر بتاريخ 2011/6/8
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 – 2011 ، مرجع سابق ، ص297
انظر ايضا قرارها رقم 2009/174 الصادر بتاريخ 2010/3/31 و قرارها رقم 2010/424 الصادر بتاريخ 2011/10/31
- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 – 2011 ، مرجع سابق

412 - د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000، ص 427 – 428 .

413 - سامي جمال الدين ،الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 55 – 56 .

414 - د . عمر الشوبكي ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 166 .

الادارية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار اللاحقة نتيجة القرارات والاجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة اذا رفعت اليها تبعاً لدعوى الالغاء " [415] .

أما بخصوص الدعاوى المتعلقة بالحقوق الوظيفية والتي تسمى " دعاوى التسوية " فانها تدخل في اطار دعاوى القضاء الكامل اذا استمدها الموظف من القانون ، ذلك أن سلطة الادارة تكون مقيدة فيها ، كالمرتب والمكافأة ، أما اذا نشأت هذه الحقوق بموجب سلطة الادارة التقديرية كقرارات الترقية أو الجزاءات التأديبية فان هذه الدعاوى تكون محلاً لدعوى الالغاء وليس القضاء الكامل [416] .

وفي فلسطين فانه لا يمكن الحديث عن دعوى التعويض ، حيث أن محكمة العدل العليا الفلسطينية قد قررت عدم الاختصاص في دعاوى التعويض ، وحصرت اختصاصها في دعاوى الإلغاء فقط .

ثانياً : خصائص دعوى التعويض

تختص دعوى التعويض كمثيلتها – دعوى الإلغاء – بالعديد من الخصائص نذكر أهمها :

أولا : دعوى التعويض تقوم بين خصوم يتنازعون على حقوق ، ويفصل القاضي في هذه الحالة وهو مزود بسلطات كاملة من ناحية القانون والوقائع ونتيجة لذلك فان حجية الشيء المقضي به تكون نسبية [417] .

ثانياً : تعتبر دعوى التعويض المكمل الأساسي لدعوى الإلغاء وذلك عند طريق تضمين الضرر الذي يصيب الافراد في فترة ما بين صدور القرار والغائه ، اضافة الى ذلك فهي تختص ايضاً بخاصية أخرى وهي إمكانية ابقاء المجال مفتوحاً أمامها ، حتى لو كان الباب مغلقاً أمام دعوى الإلغاء وذلك في حال انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء أو تحصين القرار الإداري ضد دعوى الإلغاء بالنص على عدم جواز الطعن فيه بالإلغاء [418] .

ثالثاً : دعوى التعويض تنتمي الى القضاء الشخصي ، حيث أن الهدف الرئيسي لرافع دعوى التعويض يتمثل في تحصيل تعويض مادي يوازي ما لحقه من أضرار نتيجة اعتداء الإدارة على حقوقه الشخصية المكونة لمركزه القانوني الشخصي ، وهذه الصفة تكاد تكون العنصر الرئيسي في وضع الحدود الفاصلة بين دعوى التعويض ودعوى الإلغاء ، وهذا ما يؤيده الفقيه الكبير فالين ، بقوله أن معيار التمييز بين الدعويين يتمثل

---

[415] - انظر نص الفقرة ب من المادة 5 من قانون القضاء الاداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 .
[416] - د . عبد الغني بسيوني ، القضاء الاداري ، مرجع سابق ، ص 418
[417] - عبد الله طلب ، القضاء الاداري ، مرجع سابق، ص 303 .
[418] - ماجد راغب الحلو ، القضاء الاداري، مرجع سابق، ص 428 .

في طبيعة المسألة المعروضة أمام القاضي ، فقد تكون مسألة مخالفة الشرعية ، أو مسألة تجاهل حق شخصي ، وكل دعوى تؤسس على تجاهل حق شخصي لا يمكن أن ترفع الا في صورة دعوى القضاء الكامل (دعوى التعويض) وان هذه الدعوى تستمر محتفظة بكيانها ووضعها مهما كان تطور دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة [419] .

الفقرة الثانية : التعويض عن القرارات الادارية الصادرة بموجب التعسف في استعمال السلطة التقديرية

بعد قيام مجلس الدولة الفرنسي بتغيير الرأي الفقهي الذي كان سائداً بأن القضاء الاداري لا يتدخل في الجوانب التقديرية للقرار الاداري ، فلم يقصر مجلس الدولة الفرنسي قضاءه على الغاء القرارات الادارية فقط ، وانما مد رقابته أيضاً الى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال التعويض ، وقد كان من ضمن اجتهاداته القضائية في هذا المجال ، التعويض الناتج عن مماطلة الادارة في التصرف أو تسرعها أو عدم ملائمتها بين الجزاء والمخالفة [420] .

فمن جانب المماطلة فان الإدارة قد تماطل في اتخاذ بعض القرارات أحياناً ، وهو ما يذهب بالقضاء الاداري الى تضمينها التعويض المناسب عن هذه المماطلة ، هذا بالرغم من أن الإدارة وفي اطار السلطة التقديرية الممنوحة لها تعتبر حرة في اختيار الوقت الذي تتدخل فيه ، كون حرية التدخل تعتبر من ضمن أبرز مظاهر السلطة التقديرية ، ولكن بالرغم من ذلك نجد أن مجلس الدولة الفرنسي في مجموعة من القرارات الصادرة عنه قد ضمن الإدارة التعويض عن مماطلتها في اتخاذ قراراتها ، ومن الأمثلة على ذلك الحكم على الإدارة بالتعويض لمماطلتها في اتخاذ قرار يقضي بمنع الأفراد من مزاولة مهنة التدريب على اطلاق النار في الاعياد والمناسبات واصابة الهدف ، خاصة وأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر ، وقد حدث بالفعل أن تعرض احدى المارة لطلقة طائشة في رأسه ، فقضى مجلس الدولة له بالتعويض ، كما قضى أيضاً بالتعويض نتيجة تأخر الإدارة أكثر من سنة دون مبرر في منح أحد الافراد رخصة بناء [421] .

ولم نجد أي اجتهاد لمحكمة العدل العليا الفلسطينية في هذا الاطار ، هذا بالرغم من أن رقابتها تقتصر على الغاء القرارات الادارية غير المشروعة وغير الملائمة أيضاً دون الحكم بالتعويض ، الا أننا لم نجد أي قرار صدر بخصوص مماطلة الإدارة في اصدار قراراتها .

---

[419] - عبد الله طلب ، القضاء الاداري، مرجع سابق ، ص 304 .

[420] - حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها ، مرجع سابق ، ص 191 .

[421] - جمال مرخوفي ، رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للادارة ، رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ، 2015 ، ص 32.

أما من ناحية تعجلها فقد ظهرت مسألة التعويض عنها كأول مرة عام 1929 في قضية استغلال المناجم ، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن القانون الفرنسي قد عمل على تنظيم عملية استغلال مناجم الذهب في احدى المستعمرات ، على نحو يختص الأهالي باستغلال الطبقات العليا التي يمكن الوصول اليها بسهولة ، فيما تختص الشركات باستغلال الطبقات السفلى التي يصعب على الأهالي الوصول اليها نظراً لبدائية الادوات التي يستخدمونها ، وقد وقع أن اعتدت شركة (سيجري) على الطبقات المخصصة للاهالي في الاستغلال ، وقد كان هذا الاستغلال بعلم الإدارة ، لكن الإدارة لم تعقب على ذلك ، ثم عادت الإدارة وبدون انذار مسبق وقامت بمنع الشركة من هذا الاستغلال كونه استغلال غير مشروع ، وقد طعنت الشركة في قرار الإدارة ، ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يلغي قرار الإدارة ، وانما حكم عليها بالتعويض نتيجة تسرعها في اصدار القرار ، اذ كان يتوجب على الإدارة الانتظار بينما يتقدم أحد الافراد بشكوى ضد الشركة [422] .

ولم نجد أيضاً أي اجتهاد لمحكمة العدل العليا الفلسطينية بخصوص التعويض أو حتى الغاء قرار اداري نتيجة تسرع الإدارة في اتخاذ قراراتها .

أما من ناحية عدم الملائمة بين الجزاء والمخالفة فقد أخضع مجلس الدولة الفرنسي ملائمة الجزاءات التأديبية لرقابته في مجال التعويض ، هذا بالرغم من أن ملائمة العقوبة التأديبية تعتبر من الأمور التي تخضع لتقدير الإدارة دون معقب على ذلك من قبل القضاء ، ومن أبرز ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، الحكم الصادر عنه في قضية السيد مارك الذي كان يشغل منصب مدير حديقة النباتات في مدينة رن الفرنسية ، حيث عملت الإدارة على فصله لاسباب تعسفية في نظره ، فطعن في قرار الإدارة رغبةً منه في الغائه اضافة الى الحكم له بالتعويض عن قرار الفصل ، ولكن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب الالغاء ، لان عيب التعسف لم يثبت ، ولكنه حكم له بالتعويض ، لان الأخطاء التي ارتكبها مارك لا تبرر القرار الصادر بفصله . وقد اعتبر مجلس الدولة في اصدار هذا القرار وغيره من القرارات أن نظرية الانحراف في السلطة مجالها قضاء الالغاء ، أما نظرية التعسف في استعمال الحقوق الادارية فمجالها قضاء التعويض [423] .

---

[422] - حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها ، مرجع سابق ، ص 192-193 . انظر ايضاً ، منيرة اليازجي، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة في فلسطين ، ، ص 130 .

[423] - حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها ، مرجع ، ص 194 .

وقد أخذت محكمة العدل العليا الفلسطينية بنفس الفكرة فيما يتعلق بملائمة الجزاءات التأديبية ، حيث عملت على الغاء القرارات الادارية ، التي تبين لها فيها أن الإدارة لم تلائم بين العقوبة المرتكبة والجزاء التأديبي نفسه ، حيث قضت بأن " عقوبة العزل هي اقسى العقوبات المنصوص عليها في المادة 19 من النظام ، حيث جاءت هذه العقوبات على شكل هرمي مبتدئة بأخف العقوبات وصولاً الى أقساها ، وترك المشرع للجهة المناط بها التأديب تقرير العقوبة على ضوء المخالفة المنسوبة للموظف ، بشرط الا يكون هناك غلو في العقاب .. وتملك محكمة العدل العليا في حدود رقابتها القضائية أن تحقق فيما اذا كانت الاجراءات التأديبية قد تمت وفق الاصول وروعيت فيها الضمانات الجوهرية ، وان النتيجة التي انتهى اليها القرار التأديبي مستخلصة استخلاصاً سائغاً من اصول ثابتة في أوراق التحقيق تثبت قيام الحالة الواقعية والقانونية التي تكون ركن السبب في توقيع الجزاء ، وان مجرد اقتناع رجل الإدارة بالواقعة لا يحول دون تدخل المحكمة في بسط رقابتها على ثبوت السبب وتكييف الفعل المنسوب للمستدعي فيما اذا كان يشكل ذنباً تأديبياً أم لا ، وصحة التطبيق القانوني عليه " [424] .

الخاتمة

نخلص في هذه الدراسة الى أن الرقابة القضائية تعتبر أفضل أنواع الرقابة على الاطلاق باجماع فقهاء القانون على ذلك ، وذلك لما تتميز به من قدرة على اجبار الإدارة على التقيد بمبدأ المشروعية أثناء قيامها بتصرفاتها ، خاصة وأن هذه الرقابة وفي ظل تطورها المستمر بزعامة مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر دائماً الرائد والسباق الى ذلك ، قد وصلت الى حد الرقابة على ملائمة القرارات الادارية الصادرة عن الإدارة ، على نحو لم تعد السلطة التقديرية الممنوحة للادارة تشكل امتيازاً لها ، فالقضاء وخاصة القضاء الاداري وعلى ضوء جميع المبادئ والنظريات التي عمل على إقرارها ، نجده قد دخل في تحدٍ صعب مع الإدارة ، ليس تحدٍ شخصي بقدر ما هو تحدي لضرورة خلق توازن بين مصالح الإدارة التي ترمي الى تحقيق المصلحة العامة ، وبين مصالح الأفراد المكفولة بموجب القانون .

حيث اعتبر القضاء الاداري أن السلطة التقديرية أو المساحة التي منحها المشرع للادارة للتعامل مع الظروف التي تواجهها ، لا يمكن تركها بدون رقابة ، خاصة وأن ذلك سيجعل من حقوق الأفراد مقيدة برحمة الإدارة ، وقد كان للحقيقة المفروضة واقعياً بأن مبادئ القانون الاداري غير مدونة ، الدور الأكبر الذي لا يمكنه انكاره ، في اعطاء القضاء الاداري الحرية التامة في ارساء المبادئ والنظريات التي تخولها

[424] - القرار الصادر عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله ، قرار رقم 1998/10 ، صادر بتاريخ 2003/12/16
- موقع قانون

السلطة الكاملة للرقابة على اعمال الإدارة ، والتي وصلت الى حد يمكن القول معه أن اعمال الإدارة باختلاف أنواعها ، وباختلاف طبيعتها سواء صادرة عن سلطة مقيدة أو سلطة تقديرية ، معرضة للالغاء .

وقد خلصت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات ، نوجزها كما يلي :

النتائج

1- يقصد بالسلطة التقديرية الممنوحة للادارة ، الحيز الذي يمنحه القانون للادارة اثناء القيام بتصرفاتها ، نظراً لعدم قدرة المشرع على احاطة نفسه بجميع الظروف التي قد تواجه الإدارة ، وبالتالي فهي تعتبر ضرورة ملحة لتقديم أفضل الخدمات للافراد ، والسبيل الأمثل لتحقيق المصلحة العامة .

2- تختلف السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة وباقي السلطات الأخرى في الدولة ، فالسلطة التقديرية وان كانت تعني الانحلال من التقيد بالنصوص القانونية ، فان السلطة المقيدة لها تعني أنه يتوجب على الإدارة الالتزام بنص القانون ، على نحو لا تملك فيه الإدارة أي حرية في التصرف ، وعلى عكس التزامها بهذا التقييد الجامد ، ستكون قراراتها عرضة للالغاء ، كما أن السلطة التقديرية تختلف عن السلطة التشريعية والقضائية في أن كلاهما له تنظيمه القانوني الخاص به ، مع العلم أن السلطة التشريعية والقضائية قد يملكان سلطة تقديرية هما الآخران في عملهما .

3- لم تظهر السلطة التقديرية الا مع بداية القرن العشرين ، حيث كانت تعرف بالقرارات التقديرية ، ولعل الدافع وراء هذا التطور هو ادراك الفقه والقضاء الاداريين أنه لا يمكن أن يكون هناك قرارات تقديرية بشكل كامل ، وإنما هناك سلطة تقديرية قد تظهر في بعض عناصر القرار الاداري وليس جميعها .

4- هناك مجموعة من الشروط القانونية التي يجب توفرها لكي تتمكن الادارة من ممارسة سلطتها التقديرية ومنها عدم مجانبة المصلحة العامة والتكييف القانوني السليم ، وأن يكون القرار الصادر صادراً في ظل سلطتها التقديرية وليست المقيدة ، اضافة الى ضرورة مراعاة مبدأ التناسب .

5- هناك مجموعة من الدوافع القانونية التي أوجبت ضرورة التسليم بأهمية وجود السلطة التقديرية للادارة ، ومن أهمها أن الإدارة تعتبر هي الأقرب للواقع العملي ، وبالتالي يصعب على المشرع أن يقدر جميع الظروف التي قد تواجه الإدارة ، خاصة وأن الإدارة تملك الكفاءة والخبرة المسبقة التي يمكن معها أن تكون قادرة على مواجهة جميع الظروف بغض النظر عن صعوبتها .

6- يعود أصل نشأة السلطة التقديرية الى عدة أفكار ومن أهمها فكرة حقوق الأفراد تجاه الادارة ، اضافة الى تشابه نشاط الادارة مع الأفراد ، وهرمية القاعدة القانونية .

7- هناك مجموعة من الآثار القانونية التي تترتب على تعسف الادارة في استعمال سلطتها التقديرية ، ومن أهمها الغاء قرارها وفرض التعويض المناسب عنه ، مع العلم أن القضاء في فلسطين هو قضاء الغاء فقط .

8- هناك مجموعة من وسائل تنفيذ الادارة لنشاطاتها الادارية والتي تملك الادارة فيها سلطة تقديرية واضحة ، ومن أهمها القرارات الادارية ، والموظف العام .

9- تملك الإدارة ازاء ما يصدر عنها من تصرفات ، سلطة تقديرية متفاوتة حسب نص القانون ، فقد يمنح المشرع لها سلطة تقديرية واسعة ، وقد يمنحها سلطة تقديرية متوسطة ، أي مرتبطة بأسباب محددة قانوناً ، وقد تكون ضيقة جداً ، على نحو يتوجب على الإدارة فيه التقيد بنص القانون .

10- تبين لنا أن السلطة التقديرية للادارة بخصوص أركان القرار الاداري متفاوتة ، فبالنسبة الى ركن الاختصاص فان أغلب الفقه يرى أنه لا يمكن تصور سلطة تقديرية للادارة فيه ، بينما يرى جانب آخر أن هناك سلطة تقديرية ضئيلة تتمثل في التفويض والانابة ، وهو ما نجده في ركن الشكل أيضاً أي الادارة تملك سلطة تقديرية ضئيلة جداً تتمثل في التعيين في الوظائف مثلا بعد اتباع الاجراءات القانونية المحددة ، أما بالنسبة الى ركن السبب فان السلطة التقديرية فيه تتسع وتضيق حسب النص القانوني فيما اذا منح الادارة حرية اصدار القرار دون سبب معين أم لا ، أما بخصوص ركن المحل فهي تمثل أكثر الأركان احتواءً للسلطة التقديرية وذلك نظراً لارتباطها بالاثر القانوني الملائم للسبب ، ومهو ما يعرف بالملائمة التي تملكها الادارة في اصدار قرارتها ، أما بالنسبة الى ركن الغاية فان بعض الفقه اعتبر أن السلطة التقديرية لا يمكن أن تتوفر فيه ، كون الغاية تحدد مسبقاً من قبل المشرع ، على عكس ما ذهبت اليه محكمة العدل العليا الفلسطينية التي قضت بأنه لا يمكن تصور هذا الركن الا في ظل السلطة التقديرية للادارة ، على اعتبار أن الادارة دائماً غايتها الأصلية من القرار هو المصلحة العامة ، وتصدر قرارتها بناءً على غايات كامنة في نفسها للوصول للمصلحة العامة .

11- هناك مجموعة من الأعمال الادارية التي تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية مطلقة ، دون رقابة قضائية عليها في ذلك ، ومن ضمنها الأعمال الصادرة عنها في ظل الظروف الطارئة ، وأعمال السيادة .

12- تمارس الادارة سلطتها التقديرية في مجموعة من المجالات ومن أهم تلك المجالات الوظيفة العمومية ، كترقية الموظفين وتعيينهم ، اضافة الى مجال الضبط الاداري ، كالترخيص الاداري والتوقيف الاداري .

13- التمسنا من خلال هذه الدراسة أن النظام القضائي الفلسطيني في طريقه للتحول للنظام القضائي المزدوج ، نظراً لاثبات أفضلية هذا النظام وقلة عيوبه ، ويتعزز هذا القول أنه تم اعداد مشروع قانون لانشاء مجلس الدولة الفلسطيني منذ عام 2002 ، ولكن حال دون اقراره حالة الانقسام السياسي بين شقي الوطن وتعطل المجلس التشريعي ، كما يعزز هذا القول أيضاً ما التمسناه من نية المشرع الدستوري الفلسطيني ، الذي أكد على ضرورة انشاء محاكم ادارية خاصة في نصوص القانون الاساسي المعدل لسنة 2003 .

14- تعتبر الرقابة القضائية هي الرقابة الأمثل من بين مجموعة من أنواع الرقابة ، نظراً لما تتميز به من استقلال وحياد ، وقدرة على وضع حد لتغول الإدارة وتعسفها .

15- يمارس القضاء الاداري رقابته على أعمال الادارة من خلال دعاوى الالغاء والتعويض ، مع العلم أن محكمة العدل العليا الفلسطينية لم تقر اختصاصها بخصوص دعاوى التعويض .

16- مارست محكمة العدل العليا الفلسطينية رقابتها على سلطة الإدارة التقديرية ، وقد أقرت في العديد من قراراتها أن السلطة التقديرية لا تعتبر امتيازاً للادارة ، وانما هي ضرورة استوجبتها المصلحة العامة .

17- مرت رقابة القضاء على سلطة الإدارة التقديرية بتطور سريع نسبياً ، حيث انتقلت من الرقابة على مبدأ المشروعية كأصل عام ، أي الرقابة على ضرورة تقيد الإدارة بالقانون ، الى الرقابة على مبدأ الملائمة ، حيث أصبح القاضي الاداري يعمل على تقدير قيمة القرار الصادر عن الإدارة ، من ناحية ارتباط القرار الصادر بالحالة التي صدر في ظلها ، والظروف المرتبطة به ، ورقابة التكييف القانوني والمادي للوقائع التي استندت عليها الإدارة ، اضافة الى الرقابة على التناسب والموازنة والمغالاة في التقدير .

18- يقصد بمبدأ المشروعية سيادة حكم القانون ، أي خضوع الحكام والمحكومين لنصوص القانون وأحكامه ، وقد أجمع الفقه الاداري على أن هذا المبدأ هو الضمانة الوحيدة لغل يد الإدارة عن التعسف في استعمال السلطات الممنوحة لها ، أما الملائمة فيقصد بها تقدير قيمة القرار بالنسبة الى ما يحيطه من ظروف واعتبارات .

19- اعتبر جانب كبير من الفقه أنه وان كان الاصل أن رقابة القاضي الاداري هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة ، الا أن الملائمة تعتبر شرط من شروط المشروعية ، وبالتالي فان بسط الرقابة على المشروعية يوجب في اغلب الاحيان بسط الرقابة على الملائمة أيضاً .

20- مارست المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقابتها على السلطة التشريعية للادارة ، وخاصة القرارات بقانون التي يصدرها الرئيس بموجب سلطاته التقديرية التشريعية الممنوحة له بموجب المادة 43 ، وقد قامت بالغاء عدد منها ، بالرغم من التساؤلات العديدة حول طبيعة تشكيل هذه المحكمة والقرارات الصادرة عنها في ظل تجاوز اختصاصاتها .

التوصيات

1- نوصي دائماً وفي كل دراسة ، بضرورة انهاء الانقسام الفلسطيني ، وذلك ليس من جانب اضفاء الطابع السياسي على هذه الدراسة وانما لبيان الانعكاسات السلبية على قطاع العدالة في فلسطين ، خاصة فيما يتعلق بازدواجية القوانين التي تنظم كل شق من شقي الوطن . خاصة وأنه قد تم اصدار كم هائل من القوانين المختلفة سواءً في قطاع غزة أو الضفة الغربية ، وسيؤدي استمرار الانقسام الى مزيداً منها ، مما سيعمق المشكلة ، ويُصعّب عملية التعامل معها عند اول محاولة لانهاء الانقسام .

2- نوصي بضرورة التقيد بنص المادة 30 من القانون الأساسي الفلسطيني ، في ضرورة عدم جواز تحصين أي قرار أو عمل صادر عن الإدارة ، مثمنين في هذا المجال موقف المحكمة الدستورية العليا التي ألغت نص المادة التاسعة من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 52 المتعلقة بتحصين قرار مأمور التسوية ، وذلك للحد من انتهاكات الإدارة تحت ذريعة أعمال الحكومة .

3- نوصي بضرورة تنفيذ نص المادة 102 من القانون الأساسي الفلسطيني ، وانشاء محاكم ادارية خاصة بالنظر في المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية ، وانشاء مجلس الدولة الفلسطيني باقرار مشروع القانون الذي تم الاتفاق عليه في الندوات التي عقت في غزة والضفة الغربية عام 2002 ، وذلك تحقيقاً لرغبة المشرع الدستوري بالانتقال الى النظام القضائي المزدوج الذي أثبت أفضليته على مدى سنوات طويلة .

4- نوصي بضرورة اسناد جميع المنازعات الادارية لمحكمة العدل العليا الفلسطينية ، وخاصة اختصاصها في فرض التعويض المناسب ، على غرار اختصاصها بالغاء القرارات الادارية ، وذلك تنفيذاً لنص المادة 102 من القانون الأساسي ، والمادة 291 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني ، والتي نصت على ان محكمة العدل العليا مختصة بالغاء القرار وتعديله مع ما يترتب عنه من آثار .

5- نوصي بضرورة الالغاء الصريح لقانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 لمخالفة نصوصه لنصوص القانون الاساسي ، ولما فيه من سلطة تقديرية مطلقة للمحافظ في التوقيف دون مراعاة لحقوق الأفراد وحرياتهم .

6- نوصي بضرورة تعديل نص المادة 43 من القانون الاساسي الفلسطيني ، وذلك بتحديد حالة الضرورة بحد معين على غرار المدة الممنوحة في حالة الطوارئ ، وليس ذلك من قبيل تقييد الصلاحيات المخولة للرئيس في ظل الظروف الصعبة التي يعيشها ابناء الشعب الفلسطيني وخاصة نكسة الانقسام والاحتلال

، وانما لما هذه المادة من اعطاء حرية كبيرة لرئيس الدولة لاصدار قرارات لها قوة القانون ، في الوقت الذي نجد فيه أن جميع هذه القرارات ستعرض على المجلس التشريعي في أول جلسة انعقاد له ، أي أن احتمال الغائها وارد جداً ، مما سيجعل المراكز القانونية الهائلة التي نشأت بموجبه هذه القرارات في مهب الرياح .

7- ضرورة تعديل نص المادة 34 من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني ، واضافة عيب السبب الى عيوب الالغاء الاخرى ، خاصة لما يمثله عيب السبب من دور مهم يفوق العيوب الأخرى في القرارات الادارية ، واننا نرى أنه لا ضير باصدار قرار بقانون بخصوص تعديل نص هذه المادة ، وذلك ليس توصية منا بضرورة اعمال نص المادة 43 من القانون الاساسي بشكل ملفت ، بل لأن هذا القرار بقانون لن يشكل أي ازدواجية في القوانين ، ما دام أن السلطات في غزة قد قامت باصدار قانون خاص بفصل المنازعات الادارية وقد أوردت عيب السبب من ضمن العيوب الأخرى للالغاء . كما نرى أن الضرورة أوجبها واقع الحال ، خاصة وأن محكمة العدل العليا الفلسطينية أصبحت تأخذ بعيب السبب حتى دون النص عليه ، كعيب من عيوب الالغاء ، وهو ما خلق حالة تناقض واضح بين نصوص القانون ، والاجتهادات القضائية .

8- نوصي بضرورة اعمال نص المادة 31 من القانون الأساسي الفلسطيني ، وذلك باصدار قانون خاص بانشاء الهيئة المستقلة لحقوق الانسان ، وذلك في اطار زيادة الرقابة على أعمال الإدارة في فلسطين .

9- نثمن دور محكمة العدل العليا في رقابتها على اعمال الإدارة بشكل عام ، ورقابتها على سلطة الإدارة التقديرية بشكل خاص ، ونوصي بضرورة منح محكمة العدل العليا القدرة الكافية على توجيه الإدارة من خلال قرارها بتحديد التصرف المناسب وايجاد ضمانات كافية لالزام الإدارة بذلك ، كما نوصي بضرورة التأكيد والثبات على استقرارها القضائي بخصوص الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، خاصة وأن محكمة العدل العليا الفلسطينية قد أخذت في بعض أحكامها قرارات مغايرة للقضاء الاداري في كلاً من مصر والاردن ، على سبيل المثال وليس الحصر ، الأخذ بنظرية الموازنة ، لما لهذه النظرية من دور كبير في فرض الرقابة على سلطة الإدارة فيما يتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة .

10- نوصي بضرورة اعتماد محكمة العدل العليا على خبرة السادة القضاة فيها ، خاصة في اعداد القرارات القضائية الادارية ، وابتداع النظريات والمبادئ التي توائم الواقع الفلسطيني ، خاصة وأننا قد

التمسنا مع الاحترام أن هناك العديد من القرارات المسببة تسبيباً مشابها بنصه وروحه للقرارات الصادرة عن مجلس الدولة المصري والمحكمة الادارية العليا الاردنية .

قائمة المصادر والمراجع

- **القوانين والقرارات والانظمة**

1- قرار بقانون رقم 10 لسنة 2018 بشأن الجرائم الالكترونية .

2- قرار بقانون رقم 9 لسنة 2018 بشان انشاء محكمة الجنايات الكبرى (موقف)

3- قرار بقانون رقم 24 لسنة 2017 الخاص انشاء محكمة الجنايات الكبرى (ملغى)

4- قرار بقانون رقم 19 لسنة 2017 بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا

5- القرار بقانون رقم 19 لسنة 2016 بشأن الضمان الاجتماعي (موقف)

6- قرار بقانون بشأن هيئة مكافحة الفساد رقم 18 لسنة 2016 .

7- القرار الرئاسي رقم 57 لسنة 2016 بشأن تشكيل المحكمة الدستورية العليا

8- الدستور المصري لسنة 2014 وتعديلاته .

9- قانون القضاء الاداري الأردني رقم 27 لسنة 2014

10- المرسوم الرئاسي رقم 19 لسنة 2006 الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية .

11- قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006

12- قانون المخابرات العامة رقم 17 لسنة 2005

13- قانون التقاعد العام رقم 7 لسنة 2005

14- القانون الاساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003 وتعديلاته .

15- المرسوم الرئاسي رقم 22 لسنة 2003 بشأن اختصاصات المحافظين .

16- قانون المصارف رقم 2 لسنة 2002

17- قانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 2002

18- قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطيني رقم 5 لسنة 2001 وتعديلاته .

19- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 وتعديلاته .

20- النظام الداخلي للمجلس التشريعي الفلسطيني الصادر بتاريخ 2000/6/7 .

21- قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 وتعديلاته .

22- القانون رقم 2 لسنة 1997 بشأن سلطة النقد الفلسطينية

23- قرار رقم 1 لسنة 1994 الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية .

24- قرار رقم 2 لسنة 1994 الصادر عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية.

25- قانون محكمة العدل العليا الأردني رقم 12 لسنة 1992 .

26- قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972

27- قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم 19 لسنة 1972

28- قانون السياحة رقم 45 لسنة 1965

29- قانون منع الجرائم رقم 7 لسنة 1954 .

30- الدستور الأردني لعام 1952 وتعديلاته .

31- مرسوم دستور فلسطين الصادر بتاريخ 10 أغسطس 1922 .

32- ميثاق عصبة الأمم الصادر بتاريخ 28 يونيو 1919 .

- **الكتب الخاصة**

1- رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدول الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1996 .

2- د . توفيق حرز الله ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في فلسطين ، وحدة البحث العلمي والنشر ، جامعة بيرزيت ، 2015 .

3- د . خالد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 .

4- د عثمان خليل عثمان ، مجلس الدولة ورقابة القضاء لاعمال الإدارة ، ط 5 ، عالم الكتب ، ، القاهرة ، 1962 .

5- د . طعيمة الجرف ، رقابة القضاء لاعمال الإدارة العامة " قضاء الالغاء " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .

6- حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للادارة ومدى رقابة القضاء عليها ، ط1 ، دون دار نشر ، الرياض ،2003 .

7- د . اسماعيل البدوي ، القضاء الاداري " أسس تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة " ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2015 .

8- د . سامي جمال الدين ، القضاء الاداري والرقابة على أعمال الإدارة ، جامعة الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1981 .

9- د.نبيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1984 .

10- د . سامي جمال الدين ، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للادارة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 .

11- د . عصام الدبس ، القضاء الاداري ورقابته لأعمال الإدارة " دراسة مقارنة " ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010.

12- عصام بنجلون ، الاتجاهات الحديثة للقضاء الإداري في مراقبة جوهر ملائمة القرارات الإدارية " دراسة مقارنة" ، دار القلم، الرباط ، 2011 .

13- أ. مايا أبو دان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري " دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان " ، ط1 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2011 .

14- د. علي شفيق ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة العربية السعودية " دراسة تحليلة مقارنة " ، مركز البحوث ، جامعة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، 2002 .

15- د . رمضان بطيخ ، الرقابة على أداء الجهاز الاداري " دراسة علمية وعملية في النظم الوضعية والاسلامية " ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1994 .

- **الكتب العامة**

1- د. محمود حافظ ، القضاء الإداري في الأردن ، ط 1 ، مطبعة الجامعة الأردنية ، عمان ، 1987 .

2- د . حسن البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، ط1 ، بدون دار نشر ، دمشق ، 2009

3- د . محمد يحيى ، المغرب الاداري ، مطبعة اسبارطيل ، ط4 ، طنجة – المغرب ، 2012 .

4- د . عدنان عمرو ، القضاء الاداري في فلسطين ، دون طبعة ، دون دار نشر ، القدس ، 2015 .

5- د . عدنان عمرو ، مبادئ القانون الاداري – وسائل تنفيذ النشاط الاداري - ، المطبعة العربية الحديثة ، القدس ، 2010 .

6- د .علي عبد الفتاح ، الوجيز في القضاء الاداري " مبدأ المشروعية – دعوى الالغاء "، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2009 .

7- د . عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الأول ، مكتبة دار الفكر ، القدس ، دون سنة نشر .

8- د . عبد الناصر ابو سمهدانة ، موسوعة القضاء الاداري في فلسطين ، الكتاب الثاني ، مكتبة دار الفكر ، القدس ، دون سنة نشر .

9- د . أنور رسلان ، وسيط القضاء الاداري " المشروعية والرقابة القضائية " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 .

10- د . عمر الشوبكي ، القضاء الاداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، عمان ، 2007 .

11- د. سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1957 .

12- د . عصمت عبد المجيد بكر ، مجلس الدولة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2012 .

13- د . محمد عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، الكتاب الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، بيروت ، 2005 .

14- د . عبد الله طلبة ، القانون الاداري " الرقابة القضائية على أعمال الإدارة – القضاء الاداري " ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، جامعة حلب ، دون سنة نشر .

15- د محمد الفوازن ، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الادارية ، ط1 ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، 2009 .

16- د . عبد العزيز خليفة، شروط قبول الطعن بالغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2005 .

17- د . سامي جمال الدين ، القضاء الاداري " الرقابة على أعمال الإدارة " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2003 .

18- د . عبد الغني بسيوني ، القضاء الاداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1996

19- د. عبد الغني بسيوني ، ولاية القضاء الاداري على أعمال الإدارة " قضاء الالغاء " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1983 .

20- محمد خيري ، القضاء الاداري ومجلس الدولة ، دون دار نشر ، القاهرة ، 1990 .

21- د. محمد الخلايلة ، الوسيط في القانون الاداري ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015 .

22- د . كريم لحرش ، القضاء الاداري المغربي ، ط1 ، مطبعة طوب بريس ، الرباط ، 2012

23- د . سليمان الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) ، ط2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1966 .

24- نوار بدير ، قرارات القضاء الدستوري الفلسطيني ، سلسلة أوراق عمل بيرزيت للدراسات القانونية (6/2018) ، وحدة القانون الدستوري ، جامعة بيرزيت ، رام الله ، 2018 .

25- د. ابراهيم شيحا ، اصول القانون الاداري " أموال الإدارة العامة وامتيازاتها " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، دن سنة نشر .

26- د. عبد الله بسيوني ، القانون الاداري ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1987 .

27- عبير درباس ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فلسطين ، سلسلة القانون والسياسة ، جامعة بيرزيت ، رام الله ، 2012 .

28- د. عاطف المكاوي ، القرار الاداري ، مؤسسة طيبة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2012 .

29- أحمد أجعون، محاضرات في القضاء الإداري، بدون دار نشر، مكناس– المغرب ، 2010/2009 .

30- د.عبد العزيز خليفة ،الشرعية الإجرائية في التاديب الرئاسي والقضائي للموظف العام، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006 .

31- أشرف سليمان ، التحريات ورقابة القضاء في النظم المقارنة مع اطلالة على النظام القضائي الانجليزي ، ط1 ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، 2015.

32- د . محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية "دراسة فقهية وقضائية " ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2007 .

33- علي فقيهي ، التناسب بين المخالفة التأديبية للموظف العام والعقوبة التأديبية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، 2013 .

34- د . محمد عبد الباسط ، القضاء الاداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية ، 2005.

35- د. نواف كنعان ، القانون الاداري – الكتاب الثاني ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2007 .

36- د. مليكة الصروخ ، التنظيم الاداري ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء – المغرب ، 2010 .

37- د. اسماعيل البدوي ، القضاء الاداري " اسباب الطعن بالالغاء" ، ج4 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999.

38- د.ماجد الحلو ، د. محمد عبد الوهاب ، القضاء الاداري ، " قضاء الالغاء ، قضاء التعويض ، المرافعات الادارية " ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1994 .

39- د. ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2000

40- د صلاح عبد العليم ، اثر القضاء الاداري على النشاط الاداري للدولة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2007 .

41- عبد الله طلب ، القضاء الإداري ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، 1975 .

42- د . محمد العبادي ، قضاء الإلغاء " دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، 1995 .

43- د. سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 2004 .

44- ابراهيم العقيلي ، اساءة استعمال السلطة في القرارات الادارية ، ط1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 .

45- أ. مهند حداد و أ .خالد حداد ، المدخل لدراسة علم القانون ، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 .

46- رائد العشي ، ابطال القرارات الاداري الضارة بالافراد ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، 2018 .

47- موفق حمدان ، المسؤولية المدنية ، المنهل للنشر ، دبي ، 2014 .

48- ابراهيم أحمد ، شريف الطباخ ، الوسيط الاداري : موسوعة المسؤولية الادارية في ضوء القضاء والفقه وأحكام المحكمة الادارية العليا : الجزء الثالث ، المنهل للنشر ، 2014 .

49- د. حبيبة أبو زيد ، الاجتهاد الفقهي المعاصر في السياسة الشرعية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2010 .

- **المجلات والدوريات**

1- مجلة الاجتهاد القضائي ، عدد 15 ، الجزائر ، 2017 .

2- مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ، عدد 15 ، 2017 .

3- دفاتر السياسة والقانون ، عدد 10 ، 2014.

4- مجلة مركز دراسات الكوفة، عدد 27 ، 2012 .

5- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد 25 ، عدد 1 ، دمشق ، 2009 .

6- مجلة جامعة كربلاء العلمية ، مجلد 6 ، عدد 3 ، العراق ، 2008 .

7- مجلة عدالة ، مجلد 10 ، عدد 34-36 ، الامارات ، 1983 .

- **المقالات والتقارير**

1- مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 12، الصادر في شهر مارس 2017 .

2- القاضي عدنان الشعيبي ، القضاء الاداري في الدول العربية " أنواعه واختصاصاته – فلسطين نموذجاً " ، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر رؤساء المحاكم الادارية السادس ، الذي عقد في تركيا عام 2009

3- منى عبد الرزاق ، الأحكام القانونية للتظلم الاداري " دراسة مقارنة "

4- د . فيصل الشوابكة د . محمد الشباب ، رقابة محكمة العدل الاردنية على سلطة الإدارة في التقدير

5- محمد الحسيني ، معايير تمييز السلطة التقديرية للادارة ونطاقها .
6- الخير بوضياف ، حدود رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للادارة .
7- د.نور الدين حجاجي واخرون ، الحركية في الوظيفة العمومية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي .
8- مصلح الصرايرة ، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الاداري في رقابته على السلطة التقديرية للادارة .
9- د . فيصل الشوبكي ، رقابة محكمة العدل العليا الاردنية على سلطة الإدارة في التقدير .
10- د . عبد الباقي نعمة ، السلطة التقديرية للادارة .
11- د . عبد الكريم الشامي ، نحو قضاء اداري فلسطيني .
12- خليفة سالم الجهمي، ملامح التطوات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (رقابة التناسب) .
13- صحيفة الحدث ، في العدد 55 : ما يزيد على 120 قرار بقانون، نشاط تشريعي يفوق عدد القوانين التي أصدرها المجلس التشريعي .
14- حسين أبو هنود ، تقرير حول التشريعات وآلية سنها في السلطة الوطنية الفلسطينية ، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان ، سلسلة التقارير القانونية (3) ، رام الله ، 1998 .
15- م . معن ادعيس ، تقرير حول اللوائح التنفيذية للقوانين ، الهيئة المستقلة لحقوق الانسان ، سلسلة مشروع تطوير القوانين (16) ، رام الله ، 2002 .
16- المركز الفلسطيني لحقوق الانسان في غزة ، ورقة موقف: قرار المحكمة الدستورية حل المجلس التشريعي سياسي لا قانوني
17- أ . محمد خضر ، التعليق على حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم 2016/4 ، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء " مساواة " ، العدالة والقانون (عدد خاص) ، 2016 .
18- باسم بشناق ، الوظيفة العامة في فلسطين بين القانون والممارسة ، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق الانسان ، سلسلة تقارير قانونية (31) ،

19- مجموعة مؤلفين ، جدل الدستور والمرحلة الانتقالية في مصر ، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات ، مقال ليسري العصار ، بعنوان مكانة المحكمة الدستورية في النظامين الدستوري والقانوني في مصر ، ط1 ، بيروت ، 2014

20- د . أحمد سويطي ، التوقيف على ذمة المحافظ أو السلطة التنفيذية اجراء مخالف للقانون ويتجاوز الصلاحيات ، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء ، 2014 .

- **المجموعات القضائية**

1- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله للسنوات 2010 -2011 ، المكتب الفني ، ج4 ، رام الله ، 2013 .

2- المجلة القانونية ، العدد الخامس ، المكتب الفني لنقابة المحامين النظاميين الفلسطينيين، رام الله 2013 .

3- مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة العدل العليا الفلسطينية للسنوات 2002- 2003 – 2004، المكتب الفني ، ج4 ، رام الله ، 2009 .

4- المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1988 حتى نهاية سنة 1992، المكتب الفني ، عمان ، 1993 .

5- د. حنا ابراهيم ، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة العدل العليا المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1953 حتى نهاية سنة 1971 ، عمان، 1972 .

- **رسائل الماجستير واطروحات الدكتوراه**

1- منيرة اليازجي ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للادارة في فلسطين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، 2017 .

2- ايهاب خلايلة ، الرقابة القضائية على القرارات الادارية ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، 2017 .

3- محمد رشيد ، التظلم الاداري ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، 2016.

4- جاكلين عمرية ، التعيين في الوظيفة العمومية ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، 2014 ، ص 50-51 .

5- اسلام أبو سعود ، الرقابة القضائية على الجزاءات التأديبية في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 وتعديلاته ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، غزة ، 2016.

6- محمد خليفي ، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية الإدارية " دراسة مقارنة " ، اطروحة دكتوراة ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2016 .

7- رميسة تيطاوين، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير ، جامعة خيضر ، الجزائر ، 2016 .

8- صفاء فتيتي ، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية ، رسالة ماجستير ، جامعة خيضر ، الجزائر ، 2014 .

9- قوسم غوثي ، التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه ، اطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد ، الجزائر ، 2012 .

10- فادي علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الاداري وضمانات تحقيقه ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، 2011 .

11- رضا حجازي ، الرقابة القضائية على ركن السبب في اجراءات الضبط الاداري ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 2001 .

12- شريف أحمد بعلوشة ، دعوى إلغاء القرار الإداري " دراسة تحليلية مقارنة " ، رسالة ماجستير جامعة الازهر – غزة ، 2010 .

13- جمال مرخوفي ، رقابة القاضي الاداري على السلطة التقديرية للادارة ، رسالة ماجستير ، جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ، 2015 .

14- فارس حاتم ، حدود رقابة القضاء الاداري على القرارات التي لها قوة القانون ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، العراق ، 2003 .

15- أسامة سعد ، نظام الحكم للسلطة الوطنية الفلسطينية " دراسة تحليلية " ، رسالة ماجستير ، جامعة الأزهر ، غزة

16- جمال أبو كميل ، صلاحيات رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في سن التشريعات العادية ، جامعة الأزهر ، غزة ، 2012 .

17- سعد عبد الفتاح دخان ، الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في فلسطين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، غزة ، 2016 .

- **المواقع الالكترونية**

1- بوابة مصر للقانون والقضاء (http://www.laweg.net)

2- مركز عدالة للمعلومات القانونية (http://www.adaleh.info)

3- موقع قانون (http://www.qanon.ps/)

4- موقع ترك برس: (www.turkpress.com)

5- منظومة القضاء والتشريع في فلسطين – المقتفي (http://muqtafi.birzeit.edu)

6- موقع دنيا الوطن ، (www.alwatanvoice.com)

7- مدونة الدكتور ، خليفة الجهمي ، (https://khalifasalem.wordpress.com)

8- الموقع الالكتروني لجامعة محمد خيضر – سكرة ، الجزائر ،(http://ar.univ-biskra.dz)

9- الموقع الالكتروني لجامعة ابي بكر بلقايد - تلمسان ، الجزائر ، (https://www.univ-tlemcen.dz)

10- الموقع الالكتروني للجامعة الاسلامية ، غزة (http://www.iugaza.edu.ps)

- **المراجع الاجنبية**

1- Jean Rivero et Jean Waline, droit administratif, 20e éd., Paris, Dalloz, 2004.

2- Conseil d'État statuant contentieux, N°05911, 9 juin 1978, Publié au recueil Lebon.

فهرس المحتويات

الإهداء ----------

إقرار ---------- أ

الشكر والتقدير ----------ب

الملخص ---------- ج

Abstract---------- ه

المقدمة ----------1

الفصل التمهيدي : سلطة الادارة التقديرية في فلسطين ----------7

المبحث الأول : مضمون السلطة التقديرية وتنظيمها القانوني ----------8

المطلب الأول : الاطار العام لسلطة الادارة التقديرية ----------9

الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية----------9

الفرع الثاني : الفرق بين السلطة التقديرية للادارة والسلطة التقديرية للسلطات الأخرى ---------- 11

الفقرة الأولى : الفرق بين السلطة التقديرية للجهات الادارية والسلطة التقديرية للسلطة التشريعية ---------- 12

الفقرة الثانية : الفرق بين السلطة التقديرية للادارة والسلطة التقديرية للقاضي---------- 13

الفقرة الثالثة : الفرق بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة---------- 13

الفرع الثالث : التطور من القرارات الادارية التقديرية الى السلطة التقديرية ---------- 16

المطلب الثاني : التنظيم القانوني لسلطة الادارة التقديرية---------- 17

الفرع الأول : الشروط الواجب توفرها لممارسة السلطة التقديرية ---------- 18

الفقرة الأولى : عدم مجانبة المصلحة العامة---------- 18

الفقرة الثانية : مراعاة مبدأ التناسب---------- 18

الفقرة الثالثة : أن يكون العمل الاداري ضمن السلطة التقديرية وليس السلطة المقيدة---------- 19

الفقرة الرابعة : صحة التكييف القانوني في اصدار القرار ---------- 19

الفرع الثاني : الدوافع القانونية لمنح الادارة سلطة تقديرية ---------- 20

الفقرة الاولى : الإدارة هي الاقرب للعمل الاداري ---------- 20

الفقرة الثانية : الكفاءة الادارية ---------- 20

الفقرة الثالثة : غاية النشاط الاداري هو تحقيق المصلحة العامة والسعي اليها ---------- 21

المبحث الثاني : نشأة سلطة الادارة التقديرية واتساع نطاقها ---------- 22
المطلب الأول : أصل نشوء فكرة السلطة التقديرية ---------- 23
الفرع الأول : فكرة حقوق الأفراد تجاه الادارة ---------- 23
الفرع الثاني : فكرة تشابه نشاط الادارة بنشاط الأفراد ---------- 24
الفرع الثالث : هرمية القاعدة القانونية ---------- 24
الفرع الرابع : مبادئ المرفق العام---------- 25
المطلب الثاني : الأعمال التي تتمتع فيها الادارة بسلطة تقديرية مطلقة---------- 25
الفرع الأول : الأعمال الادارية في ظل الظروف الطارئة---------- 26
الفرع الثاني : أعمال السيادة ---------- 28
الفصل الأول ---------- 31
قيام رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية---------- 31
المبحث الأول : رقابة محكمة العدل العليا الفلسطينية على سلطة الادارة التقديرية---------- 32
المطلب الأول : الاطار العام لرقابة القضاء---------- 33
الفرع الأول : ماهية رقابة القضاء---------- 33
الفقرة الأولى : مفهوم رقابة القضاء ---------- 33
الفقرة الثانية : خصائص رقابة القضاء ---------- 33
الفرع الثاني : مبررات رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية ---------- 34
الفقرة الأولى : ضمان مراعاة مبدأ المشروعية ---------- 34
الفقرة الثانية : نجاعة رقابة القضاء---------- 35
الفقرة الثالثة : اتساع نشاط الادارة ---------- 36
المطلب الثاني : الاتجاه المتطور لمحكمة العدل العليا في الرقابة على سلطة الادارة التقديرية ------- 36
الفرع الأول : تشكيل واختصاصات محكمة العدل العليا الفلسطينية ---------- 37
الفقرة الأولى : تشكيل محكمة العدل العليا الفلسطينية---------- 37
الفقرة الثانية : اختصاصات محكمة العدل العليا الفلسطينية---------- 38
الفرع الثاني : الرقابة التقليدية لمحكمة العدل العليا الفلسطينية ---------- 41
الفقرة الأولى : مفهوم مبدأ المشروعية---------- 41
الفقرة الثانية : رقابة محكمة العدل العليا على المشروعية---------- 44

الفرع الثالث : الرقابة الحديثة لمحكمة العدل العليا الفلسطينية---------- 45
الفقرة الأولى : مفهوم مبدأ الملائمة---------- 46
الفقرة الثانية : رقابة محكمة العدل العليا على الملائمة---------- 49
المبحث الثاني : رقابة المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية على سلطة الادارة التقديرية في اصدار التشريعات---------- 63
المطلب الأول : السلطة التقديرية الممنوحة للادارة في التشريع ---------- 64
الفرع الأول : السلطة التقديرية في الصلاحيات التشريعية الممنوحة للرئيس ---------- 64
الفقرة الاولى : اصدار قرارات بقانون---------- 64
الفقرة الثانية : اصدار الأنظمة ---------- 69
الفرع الثاني : السلطة التقديرية في الصلاحيات التشريعية الممنوحة لمجلس الوزراء ---------- 71
المطلب الثاني : رقابة القضاء الدستوري على السلطة التشريعية للادارة في فلسطين على ضوء الاختصاصات المخولة له---------- 74
الفرع الأول : الصلاحيات الممنوحة للمحكمة الدستورية العليا ---------- 75
الفرع الثاني : اختصاص المحكمة الدستورية العليا على ضوء القرار الصادر في طلب التفسير رقم 2018/10 ---------- 80
الفصل الثاني---------- 88
التنظيم القانوني لرقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية ---------- 88
المبحث الأول : شروط رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية---------- 89
المطلب الأول : توفر سلطة تقديرية للادارة أثناء ممارسة اعمالها---------- 89
الفرع الأول : وسائل تنفيذ النشاط الاداري التي تظهر فيها سلطة الادارة التقديرية---------- 89
الفقرة الأولى : القرار الاداري ---------- 89
الفقرة الثانية : الموظف العام ---------- 93
الفرع الثاني : مستويات سلطة الادارة التقديرية في ممارسة نشاطها ---------- 95
المطلب الثاني : توفر أحد عيوب أركان القرار الاداري---------- 96
الفرع الأول : توفر عيب في الاختصاص ---------- 96
الفقرة الأولى : مفهوم ركن الاختصاص ---------- 96
الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن الاختصاص ورقابة القضاء عليها ---------- 99
الفرع الثاني : توفر عيب في الشكل والاجراءات----------101

الفقرة الأولى : مفهوم ركن الشكل والاجراءات----------102
الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن الشكل والاجراءات ورقابة القضاء عليها ----108
الفرع الثالث : توفر عيب في السبب ----------110
الفقرة الأولى : مفهوم ركن السبب----------110
الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن السبب ورقابة القضاء عليها----------111
الفرع الرابع : توفر عيب في المحل ----------113
الفقرة الأولى : مفهوم ركن المحل----------113
الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن المحل ورقابة القضاء عليها ----------116
الفرع الخامس : توفر عيب في الغاية ----------117
الفقرة الأولى : مفهوم ركن الغاية ----------117
الفقرة الثانية : موضع السلطة التقديرية في ركن الغاية ورقابة القضاء عليها----------119
المبحث الثاني : المظاهر والآثار القانونية على رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية ----------121
المطلب الأول : مظاهر رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية ----------121
الفرع الأول : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في الوظيفة العامة ----------122
الفقرة الأولى : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في التعيين ----------122
الفقرة الثانية : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في الترقية----------123
الفرع الثاني : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في الضبط الاداري ----------125
الفقرة الأولى : رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية في منح الرخصة (الترخيص الاداري) ----------125
الفقرة الثانية : رقابة القضاء على السلطة التقديرية في التوقيف على ذمة المحافظ (التوقيف الاداري) ----------127
المطلب الثاني : آثار رقابة القضاء على سلطة الادارة التقديرية----------131
الفرع الأول : الالغاء----------131
الفقرة الأولى : دعوى الالغاء ----------132
الفقرة الثانية : الغاء القرارات الادارية الصادرة بموجب التعسف في استعمال السلطة التقديرية135
الفرع الثاني : التعويض ----------139
الفقرة الأولى : دعوى التعويض ----------140

الفقرة الثانية : التعويض عن القرارات الادارية الصادرة بموجب التعسف في استعمال السلطة التقديرية----------142
الخاتمة ----------144
قائمة المصادر والمراجع ----------152
فهرس المحتويات----------164