

The Islamic University–Gaza
Research and Postgraduate Affairs
Faculty of Sharia and Law
Master of Public Law



الجامعة الإسلامية - غزة
شئون البحث العلمي والدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
ماجستير قانون عام

الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في فلسطين

دراسة تحليلية - مقارنة

Judicial control on the legislative works of the Executive Authority in Palestine

A comparative Analysis Study

إعداد الباحث

سعد عبد الفتاح حسن دخان

إشراف

الدكتور

هاني عبد الرحمن غانم

الدكتور

أنور حمدان الشاعر

قُدِّمَ هَذَا الْبَحْثُ اسْتِكْمَالًا لِمَتَطَلِبَاتِ الْحُصُولِ عَلَى دَرَجَةِ الْمَاجِسْتِيرِ فِي الْقَانُونِ الْعَامِ بِكُلِّيَةِ
الشريعة والقانون فِي الْجَامِعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِغَزَّةِ

محرم/1438هـ - أكتوبر / 2016م

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في فلسطين

Judicial control on the legislative works of the Executive Authority in Palestine

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

Declaration

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

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

Student's name:	سعد عبد الفتاح دخان	اسم الطالب:
Signature:		التوقيع:
Date:		التاريخ:



مكتب نائب الرئيس للبحث العلمي والدراسات العليا هاتف داخلي: 1150

الرقم: ج س ع/35/Ref:

التاريخ: 2016/10/31 Date:

نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة شئون البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ سعد عبد الفتاح حسن دخان لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ قسم القانون العام وموضوعها:

الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في فلسطين

وبعد المناقشة العلنية التي تمت اليوم الاثنين 30 محرم 1438 هـ، الموافق 2016/10/31م الساعة الثانية عشر، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

د. أنور حمدان الشاعر
د. هاني عبد الرحمن غانم
د. باسم صبحي بشناق
د. عمر حمزة التركماني

مشرفاً ورئيساً
مشرفاً
مناقشاً داخلياً
مناقشاً خارجياً

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

واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق ،،،

نائب الرئيس لشئون البحث العلمي والدراسات العليا

أ.د. عبدالرؤف علي المناعمة

إهداء

أُهدي هذا العمل المتواضع إلى أعلى إنسان في حياتي إلى أبي
حفظه الله، الذي ما كَلَّ يوماً في الوقوف إلى جانبي في مسيرتي
التعليمية، إلى أنفاسه التي استشعرها في كل حرف من تلك الحروف
التي تخطها يداي.

أُهديه إلى من وسعتني رحمتها صغيراً، وأسعدتني بصحبتها كبيراً،
إلى التي حملتني وأرضعتني وعلمتني أولى خطوات الحياة حفظها الله،
إليك يا أمي ...

إليك يا من تحملت معي مشقة العلم حتى وصلت إلى طريق النجاح،
إليك يا رفيقة دربي ...

أُهدي هذا العمل إلي أحبتي من : ولد وبنت، وأخ وأخت، وقريب
وجار، وصاحب، ...

متمنياً دعوة سالحة قد يحجب الله بها عني غاشية العذاب، أو يجزييني
بها حسن الثواب ...

إليكم جميعاً أُهدي عملي هذا ...

شكر وتقدير

بسم الله والحمد والشكر لله رب العالمين وأصلي وأسلم على رسول الله أفضل الصلاة وأتم التسليم. أما بعد وامتنالاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يشكر الله من لا يشكر الناس" فإنه يشرفني وقد وفقني الله لإنجاز هذا العمل أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتتان والتقدير إلى أستاذي ومعلمي الدكتور **أنور حمدان الشاعر** أستاذ القانون العام المساعد ورئيس قسم كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة لقبوله الإشراف على هذه الرسالة برغم مشاغله الكثيرة والذي أسرني بدايةً بسعة علمه ورقة تعامله وسعة صدره وتعهديني بتقديم النصيحة والمشورة، ومساندتي في مسيرتي التعليمية.

كما يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وعرفاني وتقديري لأستاذي ومعلمي الدكتور **هاني عبد الرحمن غانم** أستاذ القانون العام المساعد لقبوله الإشراف على هذه الرسالة برغم مشاغله الكثيرة والذي أسرني بدايةً بسعة علمه ورقة تعامله وتعهديني بتقديم النصيحة والمشورة، وأني إذ أذكر حميد خصاله وجميل سجايه فإنني أقدر بشكر وامتنان أنه كلما زادت مشاغله وعظمت مسؤولياته كلما ازداد وقته لي واتسع صدره لأسئلتني واستفساراتي وكانت لآرائه القيمة وتوجيهاته المتميزة أكبر الأثر في إنجاز هذا العمل، جزاه الله تعالى عني خير الجزاء ومتعته بموفور الصحة والعافية.

كما يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وعرفاني وتقديري لأستاذي ومعلمي الدكتور **باسم صبحي بشناق** أستاذ القانون العام المساعد لتحمله عناء قراءة هذه الرسالة والاشتراك في لجنة الحكم عليها رغم مشاغله الكثيرة .. فليسيادته كل الشكر والامتتان وجزاه الله تعالى خير الجزاء ومتعته بموفور الصحة والعافية.

كما يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وعرفاني وتقديري للدكتور **عمر حمزة التركماني** لتحمله عناء قراءة هذه الرسالة والاشتراك في لجنة الحكم عليها رغم مشاغله الكثيرة .. فليسيادته كل الشكر والامتتان وجزاه الله تعالى خير الجزاء ومتعته بموفور الصحة والعافية.

ملخص البحث

لما كانت حقوق الأفراد وحررياتهم منصوص عليها في كافة الأنظمة القانونية فإن هذه الحقوق لا يمكن أن تتوافر إلا إذا التزمت الإدارة وخضعت لحكم القانون فيما يتعلق بتلك الحقوق، وهو ما يعبر عنه بخضوع الإدارة لمبدأ المشروعية، وفي حال خرجت الإدارة على حكم القانون عمداً أو خطأً بما يسبب ضرراً بتلك الحقوق، كان لابد للأفراد من ملاذ يلوذون إليه لينصفهم، ومن ثم كان لابد من وجود رقابة على أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية، ولا سيما الأعمال التشريعية منها.

وتتمثل التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية في الظروف العادية في مرحلتها الاقتراح والتصديق إلى جانب اللوائح أو الأنظمة، في حين منحت في الظروف الاستثنائية إصدار قرارات لها قوة القانون سواء في حالات دمج السلطات أو في حال التفويض من البرلمان إلى جانب القرارات بقوانين التي تصدرها في حالة الضرورة.

ولما كانت أشد السلطات انتهاكاً لحقوق الأفراد وحررياتهم هي السلطة التنفيذية، وذلك بحكم طبيعة وظيفتها ولا سيما التشريعية منها سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، وبما لديها من صلاحيات واسعة يمكن أن تمس حريات الأفراد وحقوقهم. كان لابد من وجود ضمانات حقيقية وفعالة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وهذه الضمانات التي لا غنى عنها تتمثل في الرقابة القضائية والتي بدونها لا محل للحديث عن المشروعية أو سيادة القانون.

ونطاق وهدف هذه الرقابة يختلف في الدول التي تأخذ بالنظام الموحد قانوناً وقضاءً من تلك التي تخضع للنظام المزدوج، ففي ظل النظام الأول تخضع الدولة لنفس القانون والمحاكم التي يخضع لها الأفراد. أما النظام المزدوج يقوم على أساس وجود قضاء إداري متخصص بالنظر في المنازعات الإدارية، إلى جانب القضاء العادي، وينبغي في الحالتين أن تكون هذه الرقابة حكيمة عادلة يجتهد فيها بحيث لا يُضحى بأحد الطرفين وإنما تكون مقياساً دقيقاً لحماية الإدارة وتمكينها من أداء مهامها وفي نفس الوقت احترام حقوق الأفراد وحررياتهم.

ولقد اعتنق المشرع الفلسطيني نظام القضاء الموحد، إلا أن الأمر تطور نسبياً بإصدار قانون المنازعات الإدارية، وأصبح القضاء الإداري ينظر على درجتين خلافاً لما كان في السابق، فالمحكمة الإدارية تختص في المنازعات الإدارية، ومحكمة العدل العليا للنظر في الاستئنافات المرفوعة إليها في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية، وبذلك يكون أن صح التعبير أن المشرع الفلسطيني قد وضع حجر الأساس لتبني نظام القضاء المزدوج.

Abstract

While the rights and freedoms of individuals are ensured by the law systems, they cannot be taken place unless the administrative party is abided by the judgement of the law, and that is called: administration subordination to legitimacy principal. In case of, deliberately or mistakenly, it goes behind the law judgement causing damage of individual rights and freedoms, the need of controlling the actions of executive authority is necessary as a safe harbor for these individuals, especially when it comes to the legislative actions.

The executive authority in normal circumstances of voting and confirmation phases issues legislations, as well as regulations. However, in extraordinary circumstances, it issues law-powered decisions in cases of either merging authorities or delegating them from parliament. Besides that, it issues legal decisions when necessary.

With its given role, the executive authority is the most to jeopardize the rights of individuals, especially the legislative ones, whether in normal or extraordinary circumstances. With its power, it can affect others' rights and freedoms; and so an effective assurance protecting these rights is indispensable, and that is the judicial control, without which, the legitimacy and the rule of law cannot be spoken.

The scope and the purpose of this control differs in countries that take the united system in its both legal and judicial condition from those which take dual system. In the first system the country, as well as individuals, are subjected to the same law and courts of law, however in the second system, there is an administrative judiciary specialized in examining the administrative disputes along with the judicial control. In both cases, this control must be just and wise and not to harm any party but to be a precise measurement of protecting administration and empower it to perform its duty and respect others' rights and freedoms.

In Palestine, the legislative party adopted the united judiciary system, relatively developed by issuing Administrative Disputes Act, and the administrative judiciary starts to look into both sides unlike before. Thus, the administrative court of law is specialized in administrative disputes, while the court of justice is to look into the appeals raised by administrative court, and that, if the expression served, is considered as the bedrock of the Palestinian legislative party to adopt the dual judiciary system.

فهرس المحتويات:

ب.....	إقرار
ت.....	إهداء
ث.....	شكر وتقدير
ج.....	ملخص البحث
ح.....	Abstract
خ.....	فهرس المحتويات:
1.....	مقدمة
2.....	أهمية البحث :
3.....	أسئلة البحث :
4.....	فرضيات البحث :
4.....	أهداف البحث :
4.....	منهج البحث :
7.....	الفصل الأول : الرقابة القضائية ودورها في إعمال مبدأ المشروعية
8.....	المبحث الأول : ماهية الرقابة القضائية و ضماناتها
9.....	المطلب الأول : ماهية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وأساليبها
9.....	الفرع الأول : مفهوم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة
12.....	الفرع الثاني : أساليب الرقابة القضائية على أعمال الإدارة
20.....	المطلب الثاني : ضمانات الرقابة القضائية
20.....	الفرع الأول : الضمانات الموضوعية للرقابة القضائية
27.....	الفرع الثاني : الضمانات الإجرائية للرقابة القضائية
32.....	المبحث الثاني : دور الرقابة القضائية في إعمال مبدأ المشروعية
32.....	المطلب الأول : مفهوم مبدأ المشروعية
32.....	الفرع الأول : تعريف مبدأ المشروعية
34.....	الفرع الثاني : شروط تحقيق مبدأ المشروعية
36.....	المطلب الثاني : مصادر مبدأ المشروعية
37.....	الفرع الأول : المصادر المدونة أو المكتوبة لمبدأ المشروعية
45.....	الفرع الثاني : المصادر غير المكتوبة أو غير المدونة لمبدأ المشروعية
55.....	المطلب الثالث : نطاق مبدأ المشروعية
56.....	الفرع الأول : السلطة التقديرية للإدارة
63.....	الفرع الثاني : الرقابة القضائية على السلطة التقديرية
68.....	الفصل الثاني : الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف العادية
69.....	المبحث الأول : الرقابة القضائية على دور السلطة التنفيذية في سن التشريعات العادية
69.....	المطلب الأول : مراحل وآليات سن القوانين العادية

69	الفرع الأول : مرحلة اقتراح القوانين.....
76	الفرع الثاني : التصديق أو الاعتراض على مشاريع القوانين.....
82	المطلب الثاني : الرقابة القضائية على مرحلتي الاقتراح والتصديق.....
82	الفرع الأول : نظرية أعمال السيادة.....
88	الفرع الثاني : موقف الأنظمة المقارنة والمشرع الفلسطيني من نظرية أعمال السيادة.....
94	المبحث الثاني : الرقابة القضائية على التشريعات الفرعية التي تصدر في الظروف العادية.....
94	المطلب الأول : اللوائح التي تصدر في الظروف العادية.....
94	الفرع الأول : ماهية اللوائح أو الأنظمة.....
99	الفرع الثاني : أنواع اللوائح أو الأنظمة التي تصدر في الظروف العادية.....
103	المطلب الثاني : الرقابة القضائية على اللوائح التي تصدر في الظروف العادية.....
103	الفرع الأول : جهة الاختصاص القضائي بالرقابة على اللوائح أو الأنظمة.....
106	الفرع الثاني : المحكمة المختصة بالرقابة على اللوائح أو الأنظمة في فلسطين.....
116	الفصل الثالث : الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية.....
117	المبحث الأول : الرقابة القضائية في حالات دمج السلطات وحالة اللوائح التفويضية.....
118	المطلب الأول : الرقابة القضائية في حالة دمج السلطات.....
118	الفرع الأول : مدلول حالات دمج السلطات.....
120	الفرع الثاني : التشريعات التي تصدر في حالات دمج السلطات.....
125	الفرع الثالث : الرقابة القضائية على التشريعات التي تصدر في حال دمج السلطات.....
130	المطلب الثاني : الرقابة القضائية في حالة اللوائح التفويضية.....
130	الفرع الأول : مفهوم وتنظيم اللوائح التفويضية.....
133	الفرع الثاني : شروط صحة التفويض التشريعي.....
136	الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للوائح التفويضية والرقابة عليها.....
140	المبحث الثاني : الرقابة القضائية على القرارات بقوانين التي تصدر في حالة الضرورة.....
141	المطلب الأول : ماهية نظرية الضرورة وشروطها.....
141	الفرع الأول : مفهوم نظرية الضرورة ومبرراتها.....
148	الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الضرورة.....
151	الفرع الثالث : إعلان حالة الطوارئ.....
156	المطلب الثاني : رقابة القضاء على القرارات التي تصدر بموجب حالة الضرورة.....
157	الفرع الأول : الطبيعة القانونية لتشريعات الضرورة.....
162	الفرع الثاني : رقابة القضاء على القرارات بقوانين الصادرة بموجب حالة الضرورة.....
167	النتائج.....
169	التوصيات.....
172	المصادر والمراجع.....

مقدمة

مقدمة

الرقابة بشكل عام هي عملية يتم من خلالها التأكد من أن ما تم التخطيط له هو ما تم تنفيذه وكشف الانحرافات وتصحيحها إن وجدت للوصول إلى الأهداف المحددة مسبقاً. أو هي تلك العملية التي تحاول التأكيد على أن النشاطات الفعلية تتلاءم مع النشاطات المرغوب فيها أو الأهداف التي سبق تحديدها.

إن وجود رقابة قضائية على كافة تصرفات السلطة التنفيذية يمثل ضماناً مهماً من ضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم لما في ذلك من تبني لشرعية دولة القانون، لأن السلطة التنفيذية في قيامها بأداء وظيفتها تمتلك أن تنقص من بعض حقوق الأفراد وحررياتهم، وحقاً هذا لا يمكن تركه دون ضابط يرسم الحدود التي لا تتجاوزها مما يعرض تصرفاتها للبطان.

ومن المعروف أن في دولة القانون هناك تدرج للقوانين يطلق عليه التدرج التشريعي حيث تأتي القواعد الدستورية في المقدمة بسبب مبدأ سمو الدستور، ثم تأتي بعدها القوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية المختصة، والتي لا بد أن تكون منسجمة مع القواعد الواردة في الدستور، وتليها التشريعات الفرعية أو اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية، والتي يتوجب عليها عدم مخالفتها للدستور والقانون وإلا تم الطعن بها بعدم مشروعيتها أو عدم دستورتيتها.

وبفرض مبدأ المشروعية وجود وسائل وأجهزة تراقب الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية، حيث تختلف الأجهزة باختلاف النظام السياسي في الدولة والنظم القانونية المتبعة فيها، إلا أن المستقر في أغلب الدول وجود عدة طرق يضمن من خلالها الأفراد مشروعية أعمال السلطة التنفيذية في مواجهتهم وهي الرقابة السياسية والإدارية وأخيراً الرقابة القضائية.

وتعد الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية ولا سيما أعمالها التشريعية أفضل صور الرقابة وأكثرها ضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم. لما تتميز به تلك الرقابة من استقلال وحياد، إلى جانب تمتع أحكام القضاء بالقوة والحجية، يلتزم الجميع بتنفيذها واحترامها بما في ذلك السلطة التنفيذية وإلا تعرض المخالف للمسئولية الجزائية أو الإدارية أو المدنية.

ويقصد بالرقابة القضائية هي تلك الرقابة التي تمارسها الهيئات القضائية على اختلاف أنواعها ودرجاتها سواء كانت إدارية أم عادية، وذلك عن طريق الدعوى القضائية التي يحركها ذو الشأن.

ورقابة القضاء على أعمال الإدارة ليست منحصرة بالرقابة على القرارات الإدارية دون غيرها، فهي تمتد لتشمل كل أعمال الإدارة سواء كانت قرارات أو العقود التي تكون طرفاً فيها سواء العقود التي تكون فيها بمنزلة الأفراد أو العقود الإدارية.

ولما كانت السلطة التشريعية تختص بسن القوانين العادية، وتختص السلطة التنفيذية بإصدار التشريعات الفرعية، سواء تلك التي تتضمن أحكام تفصيلية أو تكميلية لازمة لوضع القانون موضع التنفيذ والتي تسمى اللوائح التنفيذية، أو تلك اللوائح التي لا تستند إلى قانون معين كاللوائح المستقلة، كون السلطة التنفيذية هي الأقدر على ممارسة هذا الدور بحكم طبيعة عملها، بالإضافة إلى مشاركتها في مراحل سن القوانين العادية ولا سيما مرحلتها الاقتراح والتصديق.

ولما كانت الأعمال التشريعية التي تقوم بها السلطة التنفيذية تشكل هاجس لدى الأفراد على حقوقهم وحررياتهم، لأن أعمالها ليست من طبيعة واحدة، فمنها أعمال تشريعية يمكن إدراجها ضمن أعمال السيادة، والتي تتمثل بعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان وبالتالي تكون بمنأى عن رقابة القضاء، مثل اقتراح القوانين والمصادقة عليها. وبالتالي يثار التساؤل عن مدى تبني المشرع الفلسطيني لهذه النظرية؟

كما وتباشر السلطة التنفيذية حقها في إصدار اللوائح حسب المعيار الزمني سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية، فهي في الظروف العادية تصدر اللوائح التنفيذية والمستقلة، وأخرى تصدرها في الظروف الاستثنائية كاللوائح التفويضية وتشريعات الضرورة، حيث تملك السلطة التنفيذية إصدار قرارات لها قوة القانون، ناهيك عن القوانين التي تصدرها في حالات دمج السلطات -التنفيذية والتشريعية- في يد السلطة التنفيذية، بل قد يصل الأمر إلى منحها حق إصدار إعلانات دستورية.

أن البحث في هذا المجال يقتضي تسليط الضوء على الأعمال التشريعية التي تقوم بها السلطة التنفيذية وطبيعتها ومن ثم تحديد مدى رقابة القضاء على هذه الأعمال، وتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات التي قد تنشأ عنها، كون أن هذه المسألة فيها خلاف قانوني وقضائي مما ترتب على ذلك خلافاً فقهيّاً.

أهمية البحث :

تظهر أهمية البحث في التعرف على الرقابة القضائية وأساليبها ومن ثم تسليط الضوء على دورها في إعمال مبدأ المشروعية. وبالتالي تحديد مدى رقابة القضاء على الأعمال

التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية، وكذلك تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالأعمال التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء تلك التي تصدرها في الظروف العادية أو تلك التي تصدرها في ظروف أخرى حين تعجز التشريعات التي تصدرها السلطة التشريعية في الظروف العادية على مجابهة تلك الظروف، مما يستوجب على السلطة التنفيذية التدخل وإصدار تشريعات تتلاءم معها وتسمى هذه الظروف بالظروف الاستثنائية.

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في محاولة استيضاح مدى رقابة القضاء على الأعمال التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية، وتحديد المحكمة المختصة في نظر المنازعات الناشئة عن تلك الأعمال.

أسئلة البحث :

اتساقاً مع مشكلة البحث لا بد من الإجابة على هذه الأسئلة وهي :

- ما هو دور الرقابة القضائية في إعمال مبدأ المشروعية؟
- ما هي الأعمال التشريعية التي تباشرها السلطة التنفيذية في الظروف العادية؟
- ما هي طبيعية مرحلتى الاقتراح والتصديق؟
- ما هو السند القانوني الذي تسند عليه السلطة التنفيذية في إصدارها للوائح أو الأنظمة؟
- ما هو مفهوم أعمال السيادة، وما هو موقف المشرع الفلسطيني منها؟
- ما هي الأعمال التشريعية التي تقوم بها السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية؟
- ما هي طبيعة تلك الأعمال التشريعية التي تصدرها السلطة التنفيذية تلك الظروف؟
- ما مدى إعمال رقابة القضاء على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية؟
- هل أخذ المشرع الفلسطيني باللوائح التفويضية؟
- ما هي المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية؟
- هل ينعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية أم للمحكمة الدستورية بنظر تلك الأعمال؟

فرضيات البحث :

- 1- تخضع السلطة التنفيذية في مباشرة كافة تصرفاتها وأعمالها لمبدأ المشروعية سواء في الظروف العادية أم في الظروف الاستثنائية.
- 2- تشترك السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية في عملية سن التشريعات العادية في مرحلتي الاقتراح والتصديق.
- 3- تصدر السلطة التنفيذية في فلسطين أربعة أنواع من اللوائح، وهي اللوائح التنفيذية، ولوائح الضبط الإداري، ولوائح تنظيم عمل المرافق العامة، ولوائح الضرورة.
- 4- تخضع اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية لرقابة المحكمة الدستورية العليا في حال مخالفتها للدستور (القانون الأساسي).
- 5- تخضع اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية لرقابة القضاء الإداري والمتمثل في محكمة العدل العليا في الضفة الغربية ولرقابة المحكمة الإدارية في قطاع غزة، إذا خالفت تلك اللوائح التشريع العادي أو لائحة أعلى منها.

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى مساعدة المشرع الفلسطيني والمختصين في مجال القانون من قضاة ومحامين إلى تحديد طبيعة الأعمال التشريعية التي تقوم بها السلطة التنفيذية، ومن ثم تحديد جهة الاختصاص القضائي بنظر المنازعات التي قد تثار بصدد هذه الأعمال.

منهج البحث :

لقد اتبعنا في دراستنا لهذا الموضوع على المناهج الآتية :

- اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي في تحليل بعض النصوص الدستورية التي وردت في القانون الأساسي الفلسطيني وتحليل بعض احكام محكمة العدل العليا التي تتعلق بالموضوع.
- وكذلك اعتمدنا المنهج المقارن لنسلط الضوء على النصوص الدستورية والقانونية واجتهادات المحاكم في النظم المقارنة فيما يتعلق بموضوع البحث، ليتم مقارنة كل ذلك بما أخذ به المشرع الفلسطيني وما تبنته أحكام المحاكم في فلسطين.

وسوف نقسم هذا البحث إلى ثلاثة فصول على النحو الآتي :

الفصل الأول : الرقابة القضائية ودورها في إعمال مبدأ المشروعية.

- المبحث الأول : مفهوم الرقابة القضائية وضماناتها.

- المبحث الثاني : دور الرقابة القضائية في إعمال مبدأ المشروعية.

الفصل الثاني : الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف العادية.

- المبحث الأول : الرقابة القضائية على دور السلطة التنفيذية في سن التشريعات العادية.

- المبحث الثاني : الرقابة القضائية على التشريعات الفرعية.

الفصل الثالث : الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية.

- المبحث الأول : الرقابة القضائية في حالات دمج السلطات وحالة اللوائح التفويضية.

- المبحث الثاني : الرقابة القضائية على القرارات بقوانين التي تصدر في حالة الضرورة.

- الخاتمة، النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

الرقابة القضائية ودورها في أعمال مبدأ المشروعية

الفصل الأول : الرقابة القضائية ودورها في إعمال مبدأ المشروعية

لا يمكن أن نتصور اليوم وجود دولة حديثة لا تتبنى مبدأ المشروعية، حيث يُعبر عن هذا المبدأ بسيادة حكم القانون⁽¹⁾، أو بتعبير آخر إخضاع الدولة في كافة أعمالها وتصرفاتها للقانون، وهذا يعني أن الأعمال والتصرفات كافة التي تقوم بها سلطات الدولة ومنها السلطة التنفيذية يجب أن تحترم المشروعية القانونية، كما ويجب وضع نظام قضائي يكفل الرقابة على هذه الأعمال والتصرفات، ومن خلال هذا النظام يمكن منع السلطة التنفيذية من الخروج على الحدود المرسومة لها في القواعد القانونية⁽²⁾.

لذلك كان لا بد من وجود ضمانات تحمي حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف سلطات الدولة عند ممارسة تلك السلطات وظائفها المختلفة، فكانت الضمانة الأساسية هي خضوع سلطات الدولة للقواعد القانونية المعدة سلفاً والتي تمثل البناء القانوني في الدولة، ويسمى هذا اصطلاحاً بمبدأ المشروعية^(*) الذي أصبح اليوم طابعاً مميزاً للدولة الحديثة الخاضعة للقانون حكماً ومحكوماً.

وإذا كانت الإدارة وهي الأداة الفعلية للسلطة التنفيذية ملزمة- إعمالاً لهذا المبدأ- أن تكون أعمالها وتصرفاتها منسجمة مع أحكام القانون، فإن ذلك لا يعني أن السلطات الأخرى معفاة من هذا الالتزام، بل يتعين على السلطات الأخرى وفقاً لهذا المبدأ أن تحترم القواعد القانونية المقررة في الدولة، وأن تمارس كافة أعمالها في نطاقه⁽³⁾.

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

- المبحث الأول : ماهية الرقابة القضائية و ضماناتها.
- المبحث الثاني : دور الرقابة القضائية في إعمال مبدأ المشروعية.

(1) الباب الأول، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2005/6).

(2) طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (ص14).

* يجمع كثير من فقهاء القانون العام على اعتبار أن للمشروعية ألفاظاً مترادفة لمعنى واحد وهو سيادة حكم القانون، ولكن بعض الفقهاء يفرقون بين المشروعية والشرعية، فيرى بعضهم أن الشرعية مشتقة من الشرع بصيغة "الفعلية" ومعناها موافقة الشرع، والمشروعية مشتقة من الشرع بصيغة "المفعولية" وتفيد محاولة موافقة الشرع، والمحاولة قد تصيب وقد تخيب. انظر: البشير، مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية، حاشية (ص4).

(3) أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق (ص51).

المبحث الأول : ماهية الرقابة القضائية وضماناتها

تعتبر الرقابة القضائية من أهم صور الرقابة على أعمال الإدارة، حيث يعد القضاء أكثر الأجهزة القادرة على حماية مبدأ المشروعية والدفاع عن حقوق الأفراد وحررياتهم، إذا ما توافرت له الضمانات التي تكفل للقضاء الاستقلال^(*) في أداء وظيفته حتى يتمكن من ممارسة وظيفته بالحيدة المطلقة ويقوم بالرقابة على أكمل وجه⁽¹⁾، إلى جانب ذلك يعتبر القضاء أكثر دراية بالشؤون القانونية ومسائل المنازعات، ولذلك اعتبرت الرقابة القضائية أكثر فاعلية وأكثر ضماناً في حماية المشروعية وحقوق الأفراد من مجرد الرقابة الإدارية^(**) التي تقوم بها الإدارة بطريقة ذاتية، أو تلك الرقابة السياسية^(***) التي تتحقق من خلال مراقبة أعمال الإدارة من قبل السلطة التشريعية⁽²⁾.

ويتولى القضاء مهمة تحقيق العدالة من خلال ما يصدره من أحكام تحوز حجية الأمر المقضي فيه باعتبارها عنواناً للحقيقة⁽³⁾.

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

- المطلب الأول : ماهية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وأساليبها
- المطلب الثاني : ضمانات الرقابة القضائية

* حيث نصت المادة (98) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005 على أنه (القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة).

(1) جمال الدين، القضاء الإداري (ج1/303).

** هذه الرقابة تباشرها الإدارة، أي تراقب الإدارة نفسها بنفسها، حيث تقوم الجهات الإدارية بمراجعة تصرفاتها للتأكد من مدى مطابقتها لأحكام القانون من ناحية، والتأكد من ملاءمة الظروف المحيطة بها من ناحية أخرى. انظر: السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة ... (ص130)، وانظر: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/78)، وانظر: عثمان، دورس في قانون القضاء الإداري (ص43).

*** هذه الرقابة يباشرها البرلمان، ويختلف مداها باختلاف النظام الدستوري الذي تتخذه الدولة، فهي في النظام البرلماني أقوى منها في النظام الرئاسي، ويباشر البرلمان هذه الرقابة من خلال توجيه الأسئلة والاستجابات، وطرح الثقة عن الوزارة أو الوزير، كما يتم إجراء تحقيق بواسطة لجان معينة. انظر : الخطيب، الوجيز في النظم السياسية (ص190). وهذا ما أكده القانون الأساسي في المادة (56) لكل عضو من أعضاء المجلس الحق في (... 3- توجيه الأسئلة والاستجابات إلى الحكومة أو إلى أحد الوزراء، ومن في حكمهم، ...)، وأيضاً جاء في المادة (58) منه على أنه (للمجلس أن يكون لجنة خاصة، أو يكلف إحدى لجانته، من أجل تقصي الحقائق في أي أمر عام، أو في إحدى الإدارات العامة).

(2) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/85).

(3) عبد الله، القضاء الإداري (ص68).

المطلب الأول : ماهية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وأساليبها

لما كانت حقوق الأفراد وحررياتهم منصوص عليها في كافة الأنظمة القانونية(*) فإن هذه الحقوق لا تتوافر إلا إذا التزمت الإدارة وخضعت لحكم القانون فيما يتعلق بهذه الحقوق، وهو ما يسمي بخضوع الإدارة لمبدأ الشرعية "أو المشروعية"، وعندما تقوم الإدارة بالخروج على حكم القانون عمداً أو خطأً بما يسبب ضرراً بحقوق الأفراد فإنهم يلجؤون إلى القضاء لينصفهم(**) وتبدأ من ثم رقابة القضاء على أعمال الإدارة .

وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم الرقابة القضائية وخصائصها، ومن ثم في الفرع الثاني نبين فيه أساليب الرقابة القضائية على أعمال الإدارة على النحو التالي :

الفرع الأول : مفهوم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

تقوم السلطة التنفيذية بوظيفتين : وظيفة حكومية، وأخرى إدارية، حيث تتمثل الوظيفة الحكومية في الأعمال التي تصدر عنها باعتبارها سلطة حكم كرسم السياسات العامة للدولة، والمحافطة على كيان الجماعة ودستورها، وتنظيم العلاقة بين السلطات، إلى جانب الأمور التي تتعلق بسلامة الدولة من الداخل والخارج، وعلاقتها بالدول الأجنبية. وهذه الأعمال - كما سنرى لاحقاً- لا تخضع لرقابة القضاء لأنها تعد من قبيل أعمال السيادة.

أما الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية فهي التي تمارسها بوصفها سلطة إدارية، والتي تشمل بصفة عامة التطبيق اليومي للقوانين، وتشغيل وإدارة المرافق العامة المختلفة، ونظراً لتدخل الدولة الحديثة في جميع الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فإن السلطة التنفيذية

* أكد القانون الأساسي الفلسطيني على حقوق وحرريات الأفراد في المادة (32) بقوله (كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الضرر).

** في هذا المعنى يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري : "أن من كان مظلوماً وكان خصمه قوياً كالإدارة، فلا بد من ملاذ يلوذ به وينتقم إليه بشكواه، ولا شيء أكرم للإدارة وأحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء تتصفه أو تنتصف منه، وذلك أدنى إلى الحق والعدل وأبقى للهيبة والاحترام"، انظر: ليلو، القضاء الإداري (ص3).

تعد وبحق أخطر السلطات على حقوق الأفراد وحياتهم. مما يستوجب خضوع الأعمال الإدارية التي تقوم بها لرقابة القضاء⁽¹⁾.

أولاً : تعريف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

يمكن تعريف الرقابة القضائية "بأنها منح السلطات والاختصاصات للقضاء سواء كان قضاءً عادياً أو متخصصاً للبت في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية، التي تكون الإدارة بطبيعتها الحال طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة، وأن تعطي لهذه الأحكام الحكم القضائي الملزم"⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن الرقابة القضائية هي التي تباشرها السلطة القضائية في الدولة من خلال المحاكم باختلاف أنواعها ودراجاتها، وعلى سائر أعمال الإدارة العامة سواء كانت تلك الأعمال قانونية أو مادية. وهذه الرقابة تعد رقابة مشروعية بمعنى أنها تهدف إلى ضمان احترام الإدارة للقانون، ليتحقق بذلك الحماية لحقوق الأفراد وحياتهم من تعسف الإدارة وافتئاتها على تلك الحقوق والحيات⁽³⁾.

ولكي يكون لتلك الهيئة التي تضطلع بعملية الرقابة صفة القضاء يجب أن يكون لها اختصاص محدد بنصوص القانون في هذا الشأن، وأن تكون مشكلة تشكيباً خاصاً لهذا الغرض بحيث تتمتع بضمانات تكفل لها الاستقلال، وأهمها عدم القابلية للعزل أو النقل^(*) إلى عمل غير قضائي، إلى جانب ذلك تلتزم هذه الهيئة عند ممارستها لوظيفتها بأشكال وإجراءات يعينها القانون⁽⁴⁾.

والرقابة القضائية تتمتع بعدة خصائص تميزها عن غيرها كالرقابة السياسية والرقابة الإدارية، لذلك سوف نستعرض أهم الخصائص التي تتمتع بها هذه الرقابة.

(1) محمد، القضاء الإداري (ص 11-12)، وانظر: البشير، مبدأ المشروعية والمنازعات الإدارية (ص 5-6).

(2) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (ص 82)، وانظر: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج 1/81)، وانظر: رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص 205)، وانظر: جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (ص 230).

(3) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص 86).

* نصت المادة (99) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه (1- تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومساعدتهم يكون بالكيفية التي يقرها قانون السلطة القضائية، 2- القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال التي يجيزها قانون السلطة القضائية).

(4) البناء، المرجع السابق (ص 87).

ثانياً : خصائص الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

تتميز الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بعدة خصائص من أهمها :

- 1- تتولى الرقابة القضائية محاكم تابعة للسلطة القضائية التي هي بطبيعتها منفصلة ومستقلة عن السلطة التنفيذية، لذلك تعتبر الرقابة القضائية على الإدارة من قبيل الرقابة الخارجية بخلاف الرقابة الإدارية التي تتولها الإدارة بنفسها بطريقة ذاتية.
- 2- الرقابة القضائية عموماً تقتصر على رقابة مشروعية الأعمال الإدارية، أي البحث في مدى موافقة أو مخالفة تلك الأعمال للقواعد القانونية الملزمة للإدارة، وبناء على ذلك لا يدخل في نطاق الرقابة القضائية- كقاعدة عامة- رقابة ملاءمة سلامة إصدار العمل الإداري⁽¹⁾.
- 3- الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لا يمكن أن تتم بصورة تلقائية عن طريق تصدي مباشر من القاضي، وإنما لابد من رفع دعوى أمام القضاء من ذوي الشأن، لكي يستند إليها القاضي في ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة التي تثار الشكوك حول مشروعيتها نتيجة هذه الدعوى⁽²⁾.
- 4- الرقابة القضائية- بخلاف الرقابة الإدارية- باعتبارها تتم في شكل طعن مقدم لجهة قضائية، فهي تستلزم احترام مواعيد معينة للطعن^(*) يجب عدم تجاوزها، بالإضافة إلى مراعاة الإجراءات والشكليات المحددة على الطاعن إتباعها.
- 5- الرقابة القضائية تنتهي إلى حكم قضائي إما بمشروعية العمل الإداري أو بعدم مشروعيته مع ما يستتبع ذلك من إلغاء العمل أو التعويض عنه، ومن أهم خصائص الحكم القضائي أنه يحوز على حجية الأمر المقضي فيه⁽³⁾، فلا يمكن بعد أن يصير نهائياً أن يكون محلاً لمنازعة ما، بل يجوز تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء^(*).

(1) حافظ، القضاء الإداري (ص83).

(2) جمال الدين، القضاء الإداري (ج1/304)، وانظر: شياح، القضاء الإداري (ص ص236-240)، وانظر:

المدني، القضاء الإداري (ص95)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص83).

* جاء في نص المادة (5) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية على أنه (...)
يقدم الاستدعاء لدى المحكمة الإدارية خلال ستين يوماً من اليوم التالي لتاريخ تبليغ القرار الإداري الفردي
المستدعي، ومن اليوم التالي لتاريخ نشر القرار التنظيمي في الجريدة الرسمية أو بأي وسيلة أخرى (...).

(3) عبد الوهاب، القضاء الإداري (1/81 وما بعدها)، انظر: رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص206).

* حيث نصت المادة (106) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه (الأحكام القضائية واجبة التنفيذ والامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها على أي نحو جريمة يعاقب عليها بالحبس...).

وبالتالي تعتبر الرقابة القضائية من أفضل صور الرقابة وأكثرها فاعلية، كونها بعيدة عن التعقيد والأهواء الحزبية كما هو الشأن في الرقابة السياسية، إضافة إلى أنها تحقق الفصل بين أطراف العملية الرقابية، عكس الرقابة الإدارية التي تكون فيها الإدارة هي الخصم والحكم في نفس الوقت⁽¹⁾.

الفرع الثاني : أساليب الرقابة القضائية على أعمال الإدارة

إن تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الإدارة يختلف من دولة لأخرى، حيث يمكن القول بوجه عام أنه يوجد بين الدول نظامان أساسيان للرقابة على أعمال الإدارة⁽²⁾.

النظام الأول لا يميز بين الأفراد والإدارة في مراقبة تصرفاتهم ويخضعهم إلى نظام قضائي واحد وقانون واحد، ويسمى نظام القضاء الموحد (النظام الانجلوسكسوني)^(*).

أما الثاني فيسمى نظام القضاء المزدوج (النظام اللاتيني)^(**)، ويتم فيه التمييز بين منازعات الأفراد التي تكون من اختصاص القضاء العادي، والمنازعات الإدارية التي تخضع لقضاء متخصص هو القضاء الإداري.

(1) فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها (ص25).

(2) عبد الوهاب، المرجع السابق (ج1/85).

* تسمية هذا النظام بالانجلوسكسوني نسبة إلى القبائل الجرمانية التي احتلت إنجلترا، حيث كان من أشهر هذه القبائل (الأنجل) و(السكسون)، وكان لهذه القبائل قانون مستمد من الأعراف القبلية البدائية، وقد تطور النظام الانجلوسكسوني تطوراً ذاتياً ولم يتأثر بالنظم القانونية الأخرى إلا بمقدار ضئيل، فالنظام الانجلوسكسوني هو النظام الذي أخذت به إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وحدث حذوهم بعض الدول العربية، وبمقتضى هذا النظام تخضع كافة المنازعات الإدارية وغير الإدارية لنظام قضائي واحد وهو القضاء العادي.

وتسير فلسطين على النهج الانجلوسكسوني متأثراً بالانتداب البريطاني على فلسطين، فالقانون الانجليزي ينحدر من العادات والقواعد القانونية التي كانت تتبعها القبائل الجرمانية في بداية عهدها، تلك القبائل التي هاجر عدد كبير منها في منتصف القرن الرابع عبر البحر إلى إنجلترا، حيث كان على رأس هذه القبائل المهاجرة قبيلتا أنجل (Angle) وسكسون (Saxon). وقد كان لهذه القبائل فضل واسع في وضع أسس الفقه الجرمني في الأراضي البريطانية، ومن هذه الجذور نما جدع الشجرة الضخمة للقانون المسمى بـ Anglican. انظر: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين، حاشية (ص206).

** يسود هذا النظام القانوني في الدول التي تسير على نمط النظام القانوني السائد في فرنسا أساساً، ولاسيما من حيث تأثرها بالتقنين المدني الذي صدر في عهد نابليون بونابرت سنة 1804م، والذي يعدّ أول تقنين ظهر في العصر الحديث، ويتميز هذا النظام القانوني بخصائص معينة هي : التقنين والتأثر بالقانون الروماني والازدواج القضائي.

حيث يمتد هذا النظام من حيث المكان ليشمل كل شعوب شبه الجزيرة الإيطالية، ثم غالبية شعوب البحر المتوسط، وانتقلت هذه المبادئ إلى الثقافات الأوروبية الحديثة، مثل فرنسا وألمانيا، والقانون المصري. انظر: غانم، المرجع السابق (ص206).

وعليه سوف نستعرض لهذان النظامين ونظهر مزايا وعيوب كل منهما، ومن ثم نناقش ما أخذ به المشرع الفلسطيني لتتعرف على النظام المعمول به في فلسطين، وتحديد ما إذا كان المشرع الفلسطيني اعتنق نظام القضاء الموحد أم نظام القضاء المزدوج.

أولاً : نظام القضاء الموحد

يسود هذا النظام الدول الانجلوسكسونية، وتعتبر إنجلترا مهد هذا النظام، وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية إلى جانب إنجلترا خير نموذجين لنظام القضاء الموحد⁽¹⁾، وبمقتضى هذا النظام تخضع جميع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين الإدارة، أو الهيئات الإدارية نفسها إلى جهة قضائية واحدة وقانون واحد⁽²⁾.

ويقصد بنظام القضاء الموحد هو وجود قضاء واحد ذو اختصاص شامل للمنازعات كافة سواء أكانت المنازعات تتعلق بالأفراد أم بتلك الناجمة عن فاعليات الإدارة المختلفة، أي تتولى الفصل في كافة أنواع المنازعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة، ومن الدول التي تأخذ بهذا النظام بعض الدول العربية مثل العراق واليمن والإمارات العربية المتحدة وفلسطين، إلى جانب إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾.

وتعتمد الدول التي تتبنى نظام القضاء الموحد في تبريرها لهذا النظام على أساسين :

الأساس الأول : يتمثل في نظرتها الخاصة لمبدأ الفصل بين السلطات ومقتضى هذه النظرة أن تستقل كل سلطة من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية بمزاولة الوظيفة التي أسندت إليها وفق أحكام الدستور.

الأساس الآخر عملي : حيث يستند إلى أن النظام القضائي الانجليزي يعتمد على مبدأ سيادة القانون، وما يستتبع هذا المبدأ من إخضاع الإدارة والأفراد على السواء للقانون والقضاء العادي⁽⁴⁾.

فالإدارة لا تتمتع - كقاعدة عامة- بامتيازات خاصة في علاقاتها بالأفراد وإنما تخضع لذات القواعد وتخضع للمحاكم العادية، وهذا ما فهمه الانجليز من مبدأ المساواة ومبدأ الخضوع

(1) بسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية (ص14)، وانظر: عبد الله، القضاء الإداري (ص68).

(2) ليلو، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق (ص50)، وانظر: إمام، القضاء الإداري ... (ص68).

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص57)، انظر: طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (ص59).

(4) طلبه، القضاء الإداري (ص ص59-60).

للقانون، ونتج عن ذلك أن ساد لدى المواطن الانجليزي إيمان عميق بالحرية إلى جانب الثقة بالمحاكم العادية التي تعتبر هي الضمانة الأكيدة لحقوقه وحياته⁽¹⁾.

ولما كانت المحاكم الإدارية في النظام الفرنسي في بداية نشأتها وما زالت تابعة للسلطة التنفيذية، فإن ذلك يعتبر تدخلاً من قبل السلطة التنفيذية في مباشرة وظيفة هي أصلاً من اختصاص السلطة القضائية طبقاً للدستور، لذلك رفض النظام الانجلوسكسوني الأخذ بهذا النظام⁽²⁾.

وبسبب تزايد المنازعات الإدارية الناتج عن اتساع وظائف الدولة في انجلترا الحديثة قد دفع في النصف الثاني من القرن العشرين إلى اللجوء إلى تكوين لجان إدارية خصها المشرع بالفصل في بعض المنازعات الإدارية⁽³⁾.

إلا أن تخصيص دائرة قضائية في نظام القضاء الموحد تختص في النظر في المنازعات الإداري لا يخرج هذا النظام من نظام القضاء الموحد⁽⁴⁾، وفي هذا المعنى يقول الفقيه فدريه دي لوبادير "إن وجود أجهزة قضائية متخصصة في النزاع الإداري لا يشكل وحده معياراً كافياً لازدواجية القضاء، لكن يجب أن تشكل هذه المحاكم المتخصصة في النزاع الإداري نظاماً متسلسلاً تتوجه محكمة عليا "كمجلس الدولة الفرنسي" مستقلة عن المحكمة العليا المدنية" على أن يكون هناك محكمة تنازع للفصل في المنازعات على الاختصاص التي يمكن أن تقع بين جهتي القضاء المدني والإداري، وإلى جانب ذلك لا بد من توافر الكفاءة الفنية لدى قضاة القضاء الإداري⁽⁵⁾.

ويتمتع نظام القضاء الموحد بعدة مزايا يروجها أنصاره ترجح كفته على كفة النظام المزدوج، إلا انه لم يسلم من الانتقادات، لذلك سيتم التعرض للمزايا والعيوب بإيجاز وتركيز في نطاق عملية تقدير لنظام القضاء الموحد.

(1) البنا، الوسيط في القضاء الإداري (ص94)، انظر: عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (ج23/1).

(2) السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة (ص166).

(3) الحلو، القضاء الإداري (ص58-59)، انظر: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج90/1)، وانظر: شيحا، القضاء الإداري (ص250-254)، وأنظر حافظ، القضاء الإداري، (ص92).

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص192).

(5) مدانات، هل تحققت لدينا في الأردن ازدواجية القضاء (ص88)، وحول نفس المعنى راجع: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص192).

1- مزايا نظام القضاء الموحد

يتمتع نظام القضاء بعدة مزايا يبرزها أنصار هذا النظام في نواحي متعددة منها :

- أ- يتحقق مبدأ سيادة القانون على أكمل وجه وأبعد مدى وذلك بخضوع الإدارة والأفراد لقواعد قانونية واحدة، تطبق من قبل جهة قضائية واحدة، دون تفرقة بين حكام ومحكومين، الأمر الذي يسوي بين الإدارة والأفراد من ناحية، ويوحد المبادئ والأحكام من ناحية أخرى⁽¹⁾.
- ب- يتميز هذا النظام بالبساطة والبعد عن التعقيد، حيث يخلو من التعقيدات التي تنشأ نتيجة إثارة إشكالات توزيع الاختصاص وتعارض الأحكام، كما هو الحال في تعدد جهات القضاء⁽²⁾.
- ت- يعتبر هذا النظام خير وسيلة يمكن أن تحمي حقوق الأفراد وحياتهم من تعسف الإدارة واعتداءاتها، وذلك يتحقق بعدم منحها امتيازات خاصة وعدم إخضاعها لمحاكم خاصة بها⁽³⁾.

2- عيوب نظام القضاء الموحد

أن هذا النظام وبما يتمتع به من مزايا لا يخلو من العيوب التي أخذت عليه، فقد وجهت له الانتقادات التالية :

- أ- لا يأخذ بعين الاعتبار هذا النظام طبيعة المنازعات الإدارية وما تتميز به من سمات وخصائص خاصة. حيث تتولد هذه المنازعات عن علاقات قانونية تكون الإدارة طرفاً فيها بصفقتها صاحبة السلطة والسلطان مستهدفة بذلك تحقيق مصلحة الأفراد جميعاً، أي تحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

(1) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص225)، وانظر: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص194)، وانظر: شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (ج1/58).

(2) طلبه، الرقابة القضائية ... (ص ص68-69)، وانظر: الطماوي، القضاء الإداري (ج1/22)، وانظر: بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية (ص46)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص110).

(3) شيحا، القضاء الإداري (ص259).

(4) شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (ج1/59)، وانظر: الحلو، القضاء الإداري (ص60)، وانظر: عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (ج1/44).

ب- لم يحقق هذا النظام الحماية الكافية لحقوق الأفراد وحررياتهم، حيث يفلت من الرقابة القضائية قدر كبير من أعمال الإدارة، خصوصاً تلك الأعمال التي تتمثل في صورة قرارات تصدر تنفيذاً للقانون باعتبارها جزءاً منه لا يجوز الطعن فيها⁽¹⁾.

ت- ومن أهم الانتقادات التي يمكن أن توجه لهذا النظام أنه يسمح للقضاء بتوجيه أوامر ونواهي للإدارة بل وتعديل قراراتها^(*)، الأمر الذي يمثل خروجاً على وظيفة القاضي، فالقاضي يحكم ولا يدير، وبالتالي لا يحترم هذا النظام بعض المبادئ الدستورية والسياسية والقانونية العامة، مثل مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ وحدة السلطة الرئاسية، إلى جانب وحدة التدرج الإداري⁽²⁾.

وبناء على ما سبق يتضح عجز نظام القضاء الموحد في تأمين هدفه الأساسي الذي يتمثل في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وهذا ما دعا الفقه والقضاء إلى المطالبة بضرورة إنشاء قضاء إداري إلى جانب القضاء العادي على أساس أنه يُمكن للإدارة القيام بعملها الذي يستهدف تحقيق المصلحة العامة ويضمن للأفراد حقوقهم وحررياتهم على نحو أفضل⁽³⁾.

ثانياً : نظام القضاء المزدوج

النظام المزدوج خلافاً لنظام القضاء الموحد يقوم على مبدئين رئيسيين، أولهما استقلال الهيئات القضائية والمحاكم الإدارية عن المحاكم العادية عضويًا وموضوعيًا، أي وجود قضاء إداري مستقل ومنفصل عن القضاء العادي، وثانيهما لجوء الهيئات القضائية الإدارية لدى تصديها للمنازعات الإدارية إلى تطبيق قواعد متميزة ومختلفة عن قواعد القانون الخاص، هي قواعد القانون الإداري⁽⁴⁾.

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج1/160)، أنظر أيضاً : شيحا، القضاء الإداري (ص260)، وانظر: العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة (ص109).

* إلا أن جانب من الفقه الفلسطيني يرى أن هذا العيب يعتبر من أهم مميزات النظام الموحد. انظر: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص195).

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص226)، وانظر: بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية (ص46)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص113).

(3) طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة (ص70).

(4) بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية (ص47)، وانظر: ليلة، القضاء الإداري (ص223)، وانظر: شيحا، القضاء الإداري (ص252).

ويقوم هذا النظام على أساسين، أحدهما دستوري وثانيهما تاريخي، أما الأساس الدستوري فيقوم على الفهم الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات في الدولة، والذي يقصد به عدم تركيز السلطة في الدولة في يد واحدة فتستقل كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية بدون تدخل من جهة أخرى⁽¹⁾ فاعتقد رجال الثورة الفرنسية أن هذا المبدأ يعني أن تستقل كل سلطة عن الأخرى استقلالاً تاماً، وبمقتضى هذا لا تخضع الإدارة للمحاكم العادية⁽²⁾.

والواقع أن هذا التفسير لمبدأ الفصل بين السلطات غير سليم، فليس المقصود الفصل التام بين السلطات، بل يقصد به أن تستقل كل سلطة بوظيفتها ولا تتعدى أي منها على الأخرى، مع قيام تعاون ورقابة متبادلة بينها، حتى لا تستبد أي منها بالسلطة⁽⁴⁾.

أما الأساس التاريخي فيتمثل فيما علق بأذهان رجال الثورة الفرنسية عن مساوئ المحاكم القديمة، التي كانت قائمة على عهد الملكية المطلقة في فرنسا، حيث كانت هذه المحاكم تسرف في التدخل في أعمال الإدارة الملكية وتعرقل نشاطها⁽³⁾.

والواقع أن هذا السبب التاريخي الذي أنشأ القضاء الإداري في فرنسا قد زال وحل محله سبب آخر فني هو أن القضاء الإداري ابتدع نظريات ومبادئ قانونية تكون في مجموعها قواعد القانون الإداري وتتميز عن قواعد القانون الخاص، وليس من اليسير على المحاكم العادية في فرنسا أن تقوم بهذه المهمة لعدم كفاءتها ومقدرتها في تطبيق القانون الإداري⁽⁴⁾.

وإن من أهم خصائص القضاء المزدوج تكمن في استقلال القضاء الإداري عن الإدارة، وإنعدام أية علاقة رئاسية أو وصائية بينهما، إلى جانب ذلك يتسم هذا النظام باستقلال هيئات القضاء الإداري عن هيئات القضاء العادي على جميع المستويات، سواء على محاكم الدرجة الأولى أو محاكم الدرجة الثانية، بحيث لا تتدخل إحداها في الأخرى، ولا رقابة للواحدة على الأخرى⁽⁵⁾.

(1) صبري، مبادئ القانون الدستوري (ص160)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص122).

(2) عثمان، مجلس الدولة (ص24)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص102).

(3) عثمان، المرجع السابق (ص25)، وانظر: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/96).

(4) ليلة، القضاء الإداري (ص223).

(5) شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (ج1/61).

ويتمتع النظام القضائي المزدوج بعدة مزايا تميزه عن نظام القضاء الموحد، إلا أنه من وجهة نظر أنصار النظام القضائي الموحد يشوبه بعض العيوب، لذلك سوف نستعرض مزاياه وعيوبه ومن ثم نبين ما هو النظام الذي أخذ به المشروع الفلسطيني.

1- مزايا النظام القضائي المزدوج

يقرر الفقه أن لنظام القضاء المزدوج عدة مزايا وهي :

أ- يؤدي هذا النظام إلى نشوء قواعد قانونية(*) تحكم العلاقات التي تنشئ بين الأفراد والإدارة والفصل في المنازعات التي تنشأ بينهما. وبالتالي هذه القواعد يمكنها التوفيق بين مقتضيات الصالح العام الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه، والمصالح الشخصية التي يسعى الأفراد لتحقيقها⁽¹⁾.

ب- يتسم النظام المزدوج بالسرعة في الفصل في المنازعات الإدارية مما يضمن استمرارية النشاط الإداري وحسن سير المرفق العام بانتظام واطراد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يضمن حقوق الأفراد وحررياتهم من ضياعها بمرور الزمن. فالقضاء الإداري يتميز عن نظيره العادي بسرعة الفصل في المنازعات نتيجة للإجراءات المبسطة المتبعة فيه، خلافاً لتلك الإجراءات المتبعة أمام المحاكم العادية التي تتصف غالباً بالطويلة والمعقدة⁽²⁾.

2- عيوب نظام القضاء المزدوج

وبالرغم من تلك المزايا التي يتمتع بها نظام القضاء المزدوج إلا انه لم يسلم من تعرضه للانتقاد حيث تمثلت فيما يلي :

أ- يمكن القول بأن العيب الرئيسي الذي لحق بنظام القضاء المزدوج هو تعقيد إجراءات التقاضي وإثارة مشكلة تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء في الدولة "العادي

* إن إنشاء قواعد قانونية تحكم العلاقات بين الأفراد والإدارة يتطلب وجود قضاء مستقل متخصص في المسائل الإدارية حتى يستطيع أن يظهر ويطبق هذه القواعد التي تتناسب مع طبيعة الروابط الإدارية. انظر: رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص235).

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج1/163)

(2) جمال الدين، القضاء الإداري (ج1/328).

والإداري" مما يستوجب وجود محكمة تختص بالفصل في تنازع الاختصاص وبالتالي فإن إنشاء مثل هذه المحكمة مكلف من ناحية ومرهق للخصوم من ناحية أخرى⁽¹⁾.

ب- في هذا النظام ازدواجية للقانون يترتب عليها ازدواجية للقضاء، ووجود قانون للإدارة يختلف عن قانون الأفراد، فإن في ذلك اعتداء على مبدأ المساواة أمام القانون مما ينتج عنه تغليب ومحاباة الإدارة على حساب الأفراد⁽²⁾.

ولقد تبنى المشرع الفلسطيني نظام القضاء الموحد، حيث تتولى جهة قضائية واحد الفصل في جميع المنازعات التي تنشئ بين الأفراد أنفسهم أو بينهم وبين جهة الإدارة. حيث كانت تعتبر محكمة العدل العليا محكمة القضاء الإداري في فلسطين^(*).

وبعد استعراض النظاميين المتبعين في دول العالم، والوقوف على مزايا وعيوب كل منهما، وما أخذ به المشرع الفلسطيني يرى الباحث في هذا المقام أنه من الأفضل للحالة الفلسطينية أن يتم تبني نظام القضاء المزدوج^(**) أسوة بالنظم القانونية التي تبنت هذا النظام كفرنسا ومصر. كون أن هذا النظام يتمتع بعدة مزايا هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى خصوصية المنازعات الإدارية تطلب أن يكون هناك قاض متخصص لأن مهمة القاضي الإداري لا تقف إلى حد تطبيق القانون، وإنما يقوم بإنشاء وابتداع الحلول المناسبة للمنازعات المعروضة أمامه في حال لم تسعفه النصوص القانونية، وبالأخص أن كثير من قواعد القانون الإداري غير مقننة.

(1) الحلو، القضاء الإداري (ص ص 62-63).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص 204)، انظر: أبو سميحة، مجلس الدولة (ص 16).

* بعد إصدار قانون المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016 وإنشاء المحكمة الإدارية ومحكمة العدل العليا تعتبران محاكم القضاء الإداري في غزة، وبقيت في الضفة الغربية محكمة العدل العليا هي محكمة القضاء الإداري.

** وخلاف ذلك يرى بعض الفقه الفلسطيني تفوق النظام الموحد، حيث يقول في هذا الصدد الدكتور هاني غانم: وأمام كل مميزات النظام الموحد وعدم إغفال عيوبه والنظر بعين ثاقبة على محاسن ومثالب النظام المزدوج، فنحن نؤيد بقاء فلسطين على ذات النظام الموحد مع بعض الصلاحيات في نظامها القضائي. راجع في سبيل ذلك، غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص 205).

المطلب الثاني : ضمانات الرقابة القضائية

يتطلب توافر عدة ضمانات لتجعل من الرقابة القضائية أداة فاعلة وقادرة على تحقيق رسالتها، ويمكن تقسيم هذه الضمانات إلى ضمانات أساسية تنتم بالموضوعية والعموم، و ضمانات إجرائية تنتم بالطابع الإجرائي. وهذا التقسيم لا يعني الفصل بين الضمانات من حيث الأهمية في المضمون أو لغايات تقديم ضمانة على أخرى، لأن هذه الضمانات تتداخل فيما بينها تداخلاً لا انفصام فيه، وإنما اتبعنا هذا التقسيم بهدف التوضيح.

وبناء على كل ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الضمانات الموضوعية للرقابة القضائية، ومن ثم في المطلب الثاني نتناول الضمانات الإجرائية للرقابة القضائية على النحو التالي :

الفرع الأول : الضمانات الموضوعية للرقابة القضائية

إن وجود رقابة قضائية حقيقية وفعالة يجب أن تستند إلى ثلاث ضمانات جوهرية قوامها حق التقاضي، واستقلال السلطة القضائية، والمساواة أمام القانون والقضاء، لذلك سوف نتناول هذه الضمانات على النحو الآتي :

أولاً : حق التقاضي

يعرف حق التقاضي بأنه "حق الشخص باللجوء إلى القضاء طالباً الحماية لحق له أو مصلحة أو مركز قانوني وطالباً رد الاعتداء عنه، أو استرداده إذا سلب منه⁽¹⁾.

ويعتبر حق التقاضي من أهم الضمانات الأساسية لقيام الرقابة القضائية، فلا مجال للحديث عن الرقابة القضائية بدون كفالة حق التقاضي، حيث يقتضي هذا الحق أن تكون أبواب المحاكم مشرعة أمام الجميع، بمعنى أن يتمكن كل مواطن وقع عليه ظلم أو جور أن يلجأ إلى قاضيه الطبيعي⁽²⁾.

وقد نصت أغلب الدساتير على هذا الحق، فنجد المشرع المصري في دستور 2014 أكد على حق التقاضي بقوله "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

(1) عبد الله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي (ص25).

(2) الجلال، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد، (ورقة عمل).

ولقد أكد المشرع الفلسطيني على هذا الحق، فجد القانون الأساسي الفلسطيني في المادة (30) ينص على حق التقاضي في الفقرة الأولى على أنه "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات التقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا".

وقد استقر اجتهاد المحاكم والمجالس الدستورية(*) في الأنظمة القضائية المقارنة على عدم جواز إصدار أي تشريعات تحول دون حق التقاضي، ففي هذا الصدد رأت المحكمة الدستورية المصرية في حكم لها بقولها "... وحرمانه الطرف الآخر في خصومة التحكيم مكنة التظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ لينفي في المقابل توافر طلب الأمر بالتنفيذ على الضوابط عينها؛ يكون قد مايز - في مجال ممارسة حق التقاضي - بين المواطنين المتكافئة مراكزهم القانونية، دون أن يستند هذا التمييز إلى أسس موضوعية تقتضيه، بما يمثل إخلالاً بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ... (1)".

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على حق التقاضي بقولها "... كما جري قضاء هذه المحكمة على أن حق التقاضي والدفاع من الحقوق العامة المباحة التي تثبت للكافة، فلا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو زوداً عن حق يدعيه إلا إذا ثبت خروجه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع استيضاح الحق ابتغاء الأضرار بالخصم عملاً بحكم المادة 188 من قانون المرافعات ... (2)".

وكذلك أكدت محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله على حق التقاضي بقولها "... لما كان حق التقاضي مضمون ومكفول للناس كافة ولكل فلسطيني حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي ضمن نظام قانوني لإجراءات التقاضي نصت عليها القوانين المطبقة أمام المحاكم النظامية ... (3)".

* حيث يسمى في فرنسا (المجلس الدستوري)، وفي مصر تسمى (المحكمة الدستورية).

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 92 لسنة 21 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة 2001/1/6 (موقع إلكتروني).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8296 لسنة 44 قضائية عليا بجلسة 2005/3/27 (موقع إلكتروني).

(3) حكم رقم 203 لسنة 2008 فصل بتاريخ 19/8/2008 (موقع إلكتروني).

ثانياً : استقلال السلطة القضائية

إذا كان حق التقاضي من الضمانات الأساسية العامة كما تبين لنا سابقاً، فإن حق التقاضي سيفقد قيمته ومضمونه إذا ما كان القضاء غير مستقل وخاضع للتأثيرات والضغط، إذ يصبح حق التقاضي عديم الجدوى، إذا لم يحكم القضاء بالعدل وينحاز لأهوائه لا للقانون⁽¹⁾. ويرى الفقه الدستوري أن مبدأ استقلال السلطة القضائية له مفهومين أساسيين، مفهوم شخصي^(*) ومفهوم موضوعي^(**)، فالاستقلال لا يكون كاملاً إلا إذا تحقق على صعيدين، تحققه بالنسبة للقضاة كأفراد، والثاني تحققه للقضاء كسلطة من سلطات الدولة⁽²⁾.

ويتضح من خلال هذه المفاهيم المتعلقة باستقلال القضاء، عدم جواز التدخل والتأثير من قبل الغير على ما يصدر عنه من إجراءات وقرارات وأحكام. والتدخل والتأثير مرفوض سواء كان مادياً أو معنوياً وسواء تم بكيفية مباشرة أو غير مباشرة، وبأية وسيلة من الوسائل.

ويدخل في نطاق الممنوع من التدخل، السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، وغيرهما من أشخاص القانون العام والخاص، كما يدخل في نطاقه الرؤساء الإداريون للقضاة وأطراف الدعوى. ويقتضي استقلال القضاء من جهة أخرى وجوب امتناع القضاة من الاستجابة أو القبول أو الخضوع لأي تدخل أو تأثير، وتبعاً لذلك فإن القضاة لا يمكن أن يستجيبوا ويخضعوا إلا لصوت القانون والضمير⁽³⁾.

ويستمد القضاء استقلاله من مبدأ الفصل بين السلطات، الذي تأخذ به الدول الديمقراطية التي تحترم الحقوق والحريات، هذا المبدأ يقتضي ضرورة استقلال كل سلطة من السلطات الثلاث في الدولة باختصاصاتها، وهذا الفصل لا ينفي إمكانية التعاون بين السلطتين

(1) الجلال، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد. (ورقة عمل).

* المفهوم الشخصي يعني "توفير استقلالية تامة للقضاة كأشخاص وإبعادهم عن أي رهبة أو سلطة حاكمة، وجعلهم خاضعين لسلطان القانون فقط". انظر: الموسوي، مبدأ استقلال القضاء في التشريع العراقي (موقع إلكتروني).

** المفهوم الموضوعي يعني "وحدانية السلطة القضائية واعتبارها المرجع الوحيد لفض المنازعات. كما يفترض شموليتها، أي اعتبارها المرجع العام لجميع المواطنين دون تمييز أو تحيز ودون وجود هيئات متعددة لتطبيق القانون". انظر: عبد الحميد، مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق (ص126).

(2) الموسوي، مبدأ استقلال القضاء في التشريع العراقي (موقع إلكتروني).

(3) بن عمرو، استقلال القضاء (موقع إلكتروني). وانظر: المسيري، قانون المرافعات الليبي، التنظيم القضائي والخصومة القضائية (ص18).

التشريعية والتنفيذية، أما القضاء فيجب أن يبقى مستقلاً في جميع الحالات حفاظاً على مبدأ العدالة⁽¹⁾.

ولقد أصبح استقلال السلطة القضائية من المبادئ الراسخة لضمان فاعلية الرقابة القضائية في الأنظمة القضائية المقارنة، حيث يتمثل جوهر الضمانات لحسن سير العملية القضائية وقدرتها على تشكيل حماية جادة للحقوق والحريات، لما لهذا الاستقلال من أثر بالغ في نزاهة وحياد القاضي عند إصداره للأحكام القضائية، ولا سيما تلك الأحكام المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان وحرياته التي تتخذ من قبل السلطة العامة. إذ لا يمكن لنا أن نتصور أن تكون الرقابة القضائية ناجعة ومحايدة في ظل خضوع السلطة القضائية لإملاءات وضغوط السلطة التنفيذية وهيمنتها على شؤون العدالة، الأمر الذي فسره البعض بوجود توفير الاستقلال المالي والإداري للمؤسسة القضائية⁽²⁾.

ولقد نصت أغلب الدساتير المعاصرة على استقلالية القضاء، فنجد المشرع المصري قد نص على ذلك في دستور 2014 في المادة (166) على أنه "القضاة مستقلون غير قابلين للعزل، لا سلطان عليهم في عملهم لغير القانون، وهم متساوون في الحقوق والواجبات، ويحدد القانون شروط وإجراءات تعيينهم، وإعاراتهم، وتقاعدهم، وينظم مساءلتهم تأديبياً، ولا يجوز ندمهم كلياً أو جزئياً إلا للجهات وفي الأعمال التي يحددها القانون، وذلك كله بما يحفظ استقلال القضاء والقضاة وحيديتهم، ويحول دون تعارض المصالح. ويبين القانون الحقوق والواجبات والضمانات المقررة لهم".

ولقد أكد المشرع الفلسطيني على استقلال القضاء فنجد القانون الأساسي المعدل نص صراحة على ذلك بقوله "السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها، ويحدد القانون طريقة تشكيلها واختصاصاتها وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، وتعلن الأحكام وتنفذ باسم الشعب العربي الفلسطيني"⁽³⁾.

وجاءت المادة (100) من القانون الأساسي بنص قاطع لا يقبل التأويل لتؤكد على استقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية من خلال إنشاء مجلس قضاء أعلى يتولى الإشراف على السلطة القضائية وشؤون العدالة، حيث نصت على أنه "ينشأ مجلس أعلى

(1) جمعية عدالة، الأمن القضائي وجودة الأحكام (ص8).

(2) الجلال، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد. (ورقة عمل).

(3) السلطة القضائية، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2005/97).

لل قضاء وببين القانون طريقة تشكيله واختصاصاته وقواعد سير العمل فيه، ويؤخذ رأيه في مشروعات القوانين التي تنظم أي شأن من شؤون السلطة القضائية بما في ذلك النيابة العامة". كما ونصت المادة (98)⁽¹⁾ على أنه "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة".

إلى جانب هذه النصوص التي كفلت استقلال القضاء، إلا أن استقلال القاضي^(*) كفرد في إصدار أحكامه وتمتعه بالحصانة الذاتية يشكل حجر الزاوية في ضمان استقلال القضاء برمته، ويتضح ذلك من نص المادة (99) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل حيث جاء فيها "1- تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وترقيتهم ومساءلتهم يكون بالكيفية التي يقرها قانون السلطة القضائية. 2- القضاة غير قابلين للعزل إلا في الأحوال التي يجيزها قانون السلطة القضائية".

وفي هذا السياق وحفاظاً على استقلال القضاء جاءت أحكام المحاكم الإدارية والدستورية لتقرر هذا الحق وترتب على أي انتهاك له البطلان أو عدم الدستورية في العديد من أحكامها.

حيث جاء في حكم لمحكمة العدل العليا برام الله بقولها "إن ما قام به المستدعي ضدهم هو غصب للسلطة وتدخل سافر في نزاع منظور أمام محكمة مدنية للفصل فيه ولها وحدها حق اتخاذ القرارات والإجراءات الوقتية أو المستعجلة المتعلقة بموضوع النزاع المعروض أمامها وبشكل اعتداء على سلطة واستقلال القضاء التي كفلها الدستور والقانون كما أن فيه مساساً بهيبة القضاء لذلك فإن القرارات المطعون فيها هي قرارات منعدمة وباطلة بطلاناً مطلقاً"⁽²⁾.

جاء في حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه (... متى كان النص المحال قد تجاوز الضوابط الدستورية المقررة على ما سبق بيانه؛ وأخل بالحق في التقاضي، وحق المواطن في أن يحاكم أمام قاضيه الطبيعي، والحق في مساواة المواطنين أمام القانون، ومبدأ استقلال القضاء، وذلك بالخروج على أحكام المواد (40 و65 و68 و165) من الدستور؛ فإنه يتعين القضاء بعدم دستوريته، ... حكمت المحكمة بعدم دستورية نصي الفقرتين الأولى والثانية

(1) السلطة القضائية، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2005/98)..

* نصت المادة (3) من قانون السلطة القضائية رقم (15) لسنة 2005 على أنه (القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون).

(2) حكم رقم 83 لسنة 2004 فصل بتاريخ 12/7/2005 (موقع إلكتروني).

من المادة (84) من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم 17 لسنة 1983 معدلاً بالقانون رقم 197 لسنة 2008، وسقوط نص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها، والمادة (85) منه⁽¹⁾.

ثالثاً : الحق في المساواة أمام القانون والقضاء

تبين لنا فيما سبق أهمية كفالة حق التقاضي واستقلال السلطة القضائية في تشكيل ضمانات لفاعلية الرقابة القضائية، فإن ثمة ضمانات هامة تضاف إليهما ولا تتفصل عنهما، وهي ضمانات المساواة أمام القانون والقضاء، والتي تعتبر من أهم الضمانات الأساسية التي تعكس آثارها على كافة القواعد الموضوعية والإجرائية في النظام القضائي الفلسطيني⁽²⁾.

والمساواة^(*) هي حق لكل إنسان أمام المحاكم، ويعني هذا المبدأ العام النابع من سيادة القانون في آن واحد أن لكل إنسان حقاً متساوياً في اللجوء إلى المحاكم، وأن تعامل المحاكم جميع الناس معاملة متساوية⁽³⁾.

أما المساواة أمام كل من القانون والقضاء فيقصد بها عند تطبيقها بصورتها المثالية المجردة "عدم التفرقة أو التمييز بين الناس على أساس الانتماء أو الجنس أو التمييز اللغوي، والديني أو العقائدي السياسي أو الاختلاف الطبقي الاجتماعي والمالي"⁽⁴⁾.

ولذا تعد المساواة بالنسبة للمبدأ الديمقراطي بمثابة الروح من الجسد، وبدونها ينتفي معنى الديمقراطية، وبالتالي ينهار كل معنى للحرية⁽⁵⁾.

وأكدت أغلب الدساتير على المساواة أمام القانون والقضاء، فنجد الدستور المصري لسنة 2014 في المادة (53) على أنه "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي

(1) حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 5 لسنة 31 قضائية المحكمة الدستورية العليا بجلسة 2011/1/2. (موقع إلكتروني).

(2) الجلاء، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد. ورقة عمل.

* تعرف المساواة في صورتها المجردة بأنها "عدم التمييز بين الأفراد بسبب الأصل أو اللغة أو العقيدة أو الجنس، لأن البشر كلهم متساوون في التكاليف والأعباء العامة والحقوق والحريات العامة" انظر: السيد، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر (ص2).

(3) جمعية عدالة، الأمن القضائي وجودة الأحكام (ص18).

(4) الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون ... (ص229).

(5) الفرجاني، المرجع السابق (ص229).

سبب آخر. التمييز والحض على الكراهية جريمة، يعاقب عليها القانون. تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض"

وكذلك أكد المشرع الفلسطيني على هذا المبدأ في القانون الأساسي بقوله "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة"⁽¹⁾.

ولقد تضمنت أحكام المحاكم سواء الإدارية أم الدستورية هذا المبدأ، حيث قضت الأخيرة بقولها "... وحيث إن الدستور أفرد بابه الثالث للحريات والحقوق والواجبات العامة، وصدّره بالنص في المادة الأربعين منه على أن المواطنين لدى القانون سواء، وكان الحق في المساواة أمام القانون، هو ما رددته الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي، وعلى تقدير أن الغاية التي يتوخاها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وتأمين حرياتهم في مواجهة صور من التمييز تنال منها، أو تقيدها ممارستها. وغداً هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا تمييز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة، والتي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور..."⁽²⁾.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على حق المساواة أمام القانون بقولها "المساواة كما يعرفها الدستور والقانون هي المساواة بين المواطنين دون تمييز في الحقوق والواجبات العامة أي المساواة طبقاً لأحكام الدستور والقانون وخضوعاً لمبدأ سيادة القانون حاكمين ومحكومين وليست المساواة في مخالفة وإهدار أحكام القانون...."⁽³⁾.

وكذلك أكدت محكمة العدل العليا برام الله على مبدأ المساواة حيث جاء في حكم لها "... الأمر الذي حرم المستدعيان من ممارسة ممثلها في الدفاع عن أنفسهما مما أدى إلى إهدار أقداميتهما وتجميدهما لأجل غير مسمى وإبقائهما تحت رحمة المستدعي ضدهما كما أوجد وضعاً ومركزاً قانونياً دائماً وإن للمستدعيان بخصوص أقداميتهما بالمقارنة مع زملائهم الذين

(1) الحقوق والحريات العامة، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، (2005/9).

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 146 لسنة 26 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة 2007/3/11 (موقع إلكتروني).

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 222 لسنة 36 قضائية عليا بجلسة 1992/5/31 (موقع إلكتروني).

جرى تنسيبهم وترفيعهم الأمر الذي يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة وألحق بالمستدعيين الضرر المادي والمعنوي كما ورد في لائحة الدعوى ..(1).

وبناء على ما سبق يتضح أن مبدأ المساواة أمام القانون والقضاء يفترض أن يكون لكل مواطن ذات الحقوق التي يتمتع بها غيره أمام الهيئات القضائية عند تطبيقها للقواعد القانونية المجردة والعامّة، كما ويفترض هذا المبدأ خضوع الحكام والمحكومين للقانون والقضاء، إذن إن خضوع الكافة حاكماً ومحكوماً للقانون والقضاء يشكل في الحقيقة ضماناً أساسية لعدم إخراج فئة معينة أو تصرفات بذاتها من نطاق الرقابة القضائية تحت إي مسوغ(2).

الفرع الثاني : الضمانات الإجرائية للرقابة القضائية

تضمنت أغلب الدساتير ومنها القانون الأساسي الفلسطيني المعدل جملة من القواعد الإجرائية الملزمة لكافة سلطات الدولة ولا سيما السلطة القضائية عند نظر المنازعات المعروضة أمامها في المحاكم باختلاف أنواعها ودرجاتها، هذه القواعد تمثل في حقيقتها ضمانات رئيسية وهي ضماناً مبدأً علنية الجلسات، وضماناً المحاكمات العادلة، وأخيراً ضماناً تدرج القضاء، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع من خلال المحاور التالية :

أولاً : مبدأ علنية الجلسات

يقصد بمبدأ علنية الجلسات "أن يتم سماع الدعاوى والمرافعة من قبل الخصوم فيها، ونظرها في جلسات على مرأى ومسمع لمن يشاء من الجمهور، فيكون لكل شخص الحق في حضورها(3).

ويرتبط مبدأ علنية الجلسات بحق التقاضي، لأن وظيفة القضاء وفق هذه الضمانة إجلاء وظيفتهم بصورة علنية ليتمكن الرأي العام من متابعة أعمال القضاء، وإنه يسير وفقاً للقانون، وإذا كان هذا هو الأصل، إلا أن القاضي قد يخرج عنه ويأمر بجعل جلسات المحكمة بصورة سرية إذا اقتنع بأن الأمر من مصلحة سير العدالة وأطراف الدعوى، ولا يشكل ذلك انتهاكاً لحقوقهم(4).

(1) حكم رقم 8 لسنة 2008 فصل بتاريخ 21/2/2010 (موقع إلكتروني).

(2) الجلاء، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد، (ورقة عمل).

(3) الفوزان، التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية (ص220).

(4) الصغير، الضمانات الدستورية للمواطنين بين الشريعة والقانون (ص20).

وتعتبر علنية الجلسات من الضمانات الأساسية للتقاضي، وذلك لأنها تبعث في نفوس المتقاضين وغيرهم من أفراد الشعب الطمأنينة إلى عدالة القضاة⁽¹⁾.

ولقد تضمنت التشريعات المقارنة هذا المبدأ ونصت عليه في دساتيرها، فنجد المشرع المصري في دستور 2014 قد نص في المادة (187) منه على مبدأ علنية الجلسات بقوله "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام، أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية".

ولقد أخذ المشرع الفلسطيني بمبدأ علنية الجلسات ونص عليه صراحة أسوة بالتشريعات المقارنة فنجد في القانون الأساسي في المادة (105) قوله "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة أن تكون سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب وفي جميع الأحوال يتم النطق بالحكم في جلسة علنية".

كما أكد قانون السلطة القضائية رقم (15) لسنة 2005 على مبدأ العلنية في المادة (5) بقوله "1- تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم جعلها سرية مراعاة للآداب أو للمحافظة على النظام العام، ويكون النطق بالحكم في جميع الأحوال في جلسته علنية.2- نظام الجلسة وضبطها منوطان برئيس المحكمة".

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على تأكيد مبدأ العلنية، ومن ذلك ما قرره المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها "... ومن حيث إنه من المقرر أن علنية الجلسات من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي في مصر حيث نصت المادة 169 من الدستور على أنه جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية"⁽²⁾.

في حين أن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها محكمة النقض المنعقدة في رام الله قد رتبت البطلان في حال مخالفة مبدأ العلنية، حيث جاء في حكم لها بأنه "... وحيث أنها بذلك تكون قد خالفت أحكام القانون ولم تطبق أحكامه تطبيقاً سليماً إذ كان عليها التقيد بالإجراءات الواجب إتباعها لدى نظرها الاستئناف من حيث تطبيق أحكام المواد المتعلقة بعلانية المحاكمة وإجراءاتها وصيغة الحكم النهائي وبذلك فإن الإجراءات التي قامت بها محكمة البداية بصفتها

(1) المسيري، قانون المرافعات الليبي، التنظيم القضائي والخصومة القضائية (ص33).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 14772 لسنة 51 قضائية عليا بجلسته 2007/5/5 (موقع إلكتروني).

الاستثنائية تكون قد وقعت باطله وهذا البطلان في الإجراءات يؤثر في الحكم مما يقتضي قبول النقض موضوعاً⁽¹⁾.

وأكدت على مبدأ العلنية محكمة العدل العليا فيما يتعلق بنطق الحكم في جلسة علنية، حيث تُذيل أغلب أحكام محكمة العدل العليا بعبارة "... قراراً صدر وتلي علناً باسم الشعب الفلسطيني وأفهم بتاريخ..."⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن مبدأ علنية الجلسات خلافاً لكونه قاعدة قانونية فهي سند شعبي وسياسي، ومرد ذلك الحرص على إشراك الشعب في المسائل التي تهم الرأي العام في المجتمع للتأكد من مدى فاعلية الرقابة القضائية في حماية الحقوق والحريات العامة، باعتبار أن من حق الجمهور في حضور جلسات المحاكمة هو تعبير عن إشباع شعوره بالعدالة، ويعني ذلك "أن المحاكمة ليست أمراً خاصاً يدور بين المتهم والمحكمة" ويكفل هذا المبدأ إنهاء المحاكمات السرية التي كانت فيما مضى أحد مظاهر الاستبداد السياسي⁽³⁾.

ثانياً : ضمانات المحاكمة العادلة

إن مفهوم المحاكمات العادلة يثير الاهتمام والانتباه كلما أُلقي على مسامعنا، فمعنى المحاكمة العادلة من المعاني السامية التي تتجذب نحوها النفس البشرية والتي بطبيعتها مجبولة على العدل والمساواة، وهي تنفر من الظلم والمحاباة⁽⁴⁾.

وتتمثل ضمانات المحاكمة العادلة بجملة من القواعد التي وضعها المشرع الدستوري والعادي موضع التنفيذ في المحاكمات، وهذه الضمانات لصيقة بالإنسان، وتتقاطع معها، كحقه بمجانبة التقاضي^(*)، وحقه بشفوية المرافعة، وحقه بالاستعانة بمحام، وحقه في الصمت، وحقه في الدفاع عن نفسه⁽⁵⁾.

(1) حكم رقم 22 لسنة 2003 فصل بتاريخ 13/10/2003 (موقع إلكتروني).

(2) حكم رقم 202 لسنة 2011 فصل بتاريخ 6/7/2011 (موقع إلكتروني).

(3) الجلال، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد، (ورقة عمل).

(4) الطاهر، ضمانات المحاكمة العادلة ... (ص15).

* يقصد بمجانبة التقاضي "أن المتقاضين لا يدفعون إلى القضاة مبالغ مالية مقابل العمل القضائي الذي يقومون به، لأن القاضي موظف عام يقاضى راتبه من الدولة، والمبالغ التي يدفعها هي رمزية على شكل رسوم.

(5) الجلال، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد، (ورقة عمل).

ولقد تبنت أغلب الدساتير المقارنة هذه الضمانات ونصت في دساتيرها وقوانينها العادية على جملة منها، فنجد المشرع المصري في دستور 2014⁽¹⁾ على جملة من الضمانات التي يتحقق معها المحاكمة العادلة.

وكذلك تضمن المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي والقوانين العادية العديد من الضمانات والتي تكفل تحقيق المحاكمة العادلة حيث نص في المادة (12) على أنه "... ويجب إعلامه سريعاً بلغة يفهمها بالاتهام الموجه إليه، وأن يُمكن من الاتصال بمحام، وأن يقدم للمحاكمة دون تأخير".

كما وأكد على قرينة البراءة في المادة (14) التي تعد من أهم ضمانات المحاكمة العادلة بقوله "المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، وكل متهم في جنائية يجب أن يكون له محام يدافع عنه".

ويعتبر حق الدفاع وشفوية المرافعات من أهم مقومات المحاكمة العادلة، حيث تضفي قيمة مضافة على علنية الجلسات وتجعلها أكثر شفافية، كما ويفترض حرية اختيار المحامي، وتيسير الاتصال به، مما يزرع في نفوس المتقاضين الثقة في القضاء ومنظومة العدالة بشكل عام⁽²⁾.

كما ويعتبر من قبيل الضمانات التي تحقق المحاكمة العادلة مبدأ عدم رجعية القوانين العقابية^(*)، حيث أشارت المادة (117) من القانون الأساسي على ذلك بقولها "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ويجوز عند الاقتضاء في غير المواد الجزائية النص على خلاف ذلك".

وترتيباً على ما سبق لا بد أن تتم كافة الإجراءات السابقة على وجه السرعة، لأن سرعة الفصل في الدعوى تعد من أهم مقومات المحاكمة العادلة، فالبطء في إجراءات المحاكمة والنطق بالحكم قد يشكل مساساً بحقوق المتهم ونوعاً من الظلم الذي يطاله في حال ثبوت براءته⁽³⁾.

(1) سيادة القانون، الدستور المصري، (96،97،98،99،100/2014).

(2) جمعية عدالة، الأمن القضائي وجودة الأحكام (ص22).

* يعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها القاعدة القانونية، مادام القانون ينتج أثره فوراً ومباشراً على الأفعال التي يقوم بها الأشخاص من تاريخ صدوره ونفاذه، ولا يمكن تطبيقه على الوقائع التي تمت قبل إصداره ونفاذه بأثر رجعي، إلا إذا كانت أصلح للمتهم.

(3) جمعية عدالة، المرجع السابق (ص23).

ثالثاً : مبدأ تدرج القضاء

يعتبر مبدأ تدرج القضاء من أهم الضمانات التي تعزز فاعلية الرقابة القضائية للوصول للعدالة، فإن وجود محكمة أعلى درجة تراقب أحكام المحكمة الأدنى منها، هو حق إجرائي للخصوم، حيث يضمن مراجعة للحكم القضائي قبل صيرورته نهائياً، وهو بذلك يكرس الرقابة القضائية على أكثر من درجة، ويتفق الفقه عموماً على أن "مبدأ تدرج القضاء هدف عام يتمثل في تدعيم وتأكيد حسن سير العدالة"⁽¹⁾.

ويهدف مبدأ تدرج القضاء تحقيق الجودة في الأحكام القضائية من خلال تصحيحها ومراجعتها من قبل الجهات القضائية العليا، ويهدف الحق في الطعن أيضاً في البحث في مدى سلامة ونزاهة الأحكام والقرارات القضائية⁽²⁾.

ولقد نظمت التشريعات المقارنة هذا الحق، حيث نص قانون مجلس الدولة المصري على أنه "يجوز الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم التأديبية"⁽³⁾.

إلا أن محكمة العدل العليا في فلسطين، وهي بمثابة محكمة القضاء الإداري كانت تنتظر المنازعات على درجة واحدة^(*)، وهذا ما دفع المشرع الفلسطيني إلى أن يقوم بالنص في قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن المنازعات الإدارية على حق التقاضي على درجتين بقوله "تنتظر المنازعات الإدارية في فلسطين على درجتين: 1- المحكمة الإدارية. 2- محكمة العدل العليا"⁽⁴⁾.

وختاماً وبعد استعراض هذه الضمانات يرى الباحث أن هذه الضمانات لا تقبل للمساواة فيها ولا للنقاش ولا للتراجع عنها، ولا سيما بعد تكريسها في التشريعات المقارنة الدستورية منها والعادية، حيث تعتبر هذه الضمانات الركيزة الأساسية لدولة القانون، وفي حال انتقاص هذه الضمانات أو المساواة عليها لا يكون مجال للحديث عن العدالة ولا عن دولة القانون.

(1) الجلال، دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد، (ورقة عمل).

(2) جمعية عدالة، الأمن القضائي وجودة الأحكام (ص28).

(3) اختصاص المحكمة الإدارية العليا، قانون مجلس الدولة المصري (23/ 47 لسنة 1972).

* مازالت تعتبر محكمة العدل العليا هي محكمة القضاء الإداري في الضفة الغربية ولا تزال تنتظر المنازعات على درجة واحدة نتيجة الانقسام الفلسطيني.

(4) قانون الفصل في المنازعات الإدارية، (3/1 لسنة 2016).

المبحث الثاني : دور الرقابة القضائية في إعمال مبدأ المشروعية

إن تقرير مبدأ المشروعية والوقوف عنده والاقتصار عليه لا يكفل بذاته تحقيق إعماله وإنفاذه بصورة إيجابية فاعلة مؤثرة، ما لم يكن هناك من الوسائل ما يكبح جماح السلطات العامة إذا ما انحرفت أو حاولت الالتفاف على هذا المبدأ، ولذلك فإن الأمر يحتم وجود رقابة على أعمال السلطات العامة - بالأخص السلطة التنفيذية كونها تعتبر السلطة الأخطر على حقوق الأفراد وحررياتهم- لإيجاد ضمانات حقيقية كفيلة بحماية مبدأ المشروعية⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ المشروعية.

المطلب الثاني : مصادر مبدأ المشروعية.

المطلب الثالث : نطاق مبدأ المشروعية.

المطلب الأول : مفهوم مبدأ المشروعية.

تقوم الدولة القانونية الحديثة على مبدأ المشروعية، الذي يعني في مدلوله العام سيادة حكم القانون، أي خضوع الأشخاص وسلطات الدولة كافة للقواعد القانونية النافذة، أيا كان شكلها أو مصدرها، وذلك في شتي أوجه نشاطهم، إذ أن القواعد القانونية إنما تقررت ليتم احترامها والنزول على مقتضاها، وإلا غدت لغوا لا طائل من ورائه.

وبناء على ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف مبدأ المشروعية، ومن ثم في المطلب الثاني نتناول شروط تحقيق مبدأ المشروعية وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : تعريف مبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية الخضوع التام للقانون سواء كان هذا الخضوع من جانب الأفراد أو من جانب الدولة. وهو ما يعبر عنه بخضوع الحاكمين والمحكومين للقانون، وسيادة هذا الأخير وعلو أحكامه وقواعده فوق كل إرادة سواء أكانت إرادة الحاكم أو المحكوم⁽²⁾.

(1) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص5).

(2) الحلو، القضاء الإداري (ص15)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص19)، انظر: الشويكي، القضاء الإداري "دراسة مقارنة" (ج1/17).

ولا يكفي لتحقيق سيادة القانون أن يخضع الأفراد وحدهم للقانون في علاقاتهم الخاصة، بل من الضروري أن تخضع له أيضاً الهيئات الحاكمة في الدولة على نحو تكون تصرفات هذه الهيئات وأعمالها وعلاقاتها المختلفة منققة مع أحكام القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد القانونية سواء المكتوبة منها أو غير مكتوبة وأياً كان مصدرها، وأياً كانت طبيعتها⁽¹⁾.

ومبدأ المشروعية يعد أحد أهم مبادئ القانون على الإطلاق، حيث تتجلى هذه الأهمية في أثره على صعيد علم القانون بمختلف فروع وأقسامه سواء العامة منها أم الخاصة، وكلما ظهر مبدأ المشروعية وبدأت تظهر آثاره ومعالمه ونتائج كلما اضمحلت مظاهر القوة والغلبة واختفت الدولة السلطوية والبوليسية، وبالتالي فإن مبدأ المشروعية يمثل الضابط العام للدولة في علاقاتها المختلفة سواء في علاقاتها مع الأفراد أو علاقة السلطات فيما بينها. فلا يجوز لها طبقاً لهذا المبدأ أن تأتي سلوكاً مخالفاً للقانون بإصدار قرار غير مشروع. وفي حال بادرت إلى فعله تعين على القضاء بعد رفع الأمر إليه التصريح بإلغاء هذا القرار والتعويض عن الأضرار الناجمة عنه إذا كان للتعويض مقتضى، وذلك للمحافظة على دولة القانون⁽²⁾.

غير أن خضوع الدولة للقانون لا يكون رهيناً بإرادتها فحسب، إن شاءت خضعت وإن شاءت أحجمت، إنما يتعين إلزامها بهذا الخضوع، ومن هنا نشأت فكرة الرقابة على أعمال الدولة المختلفة، وذلك تقادياً لخروج هيئات الدولة على القانون⁽³⁾.

ولقد نظمت التشريعات المقارنة وسائل الرقابة على السلطات الثلاث في الدولة- التشريعية والتنفيذية والقضائية- في ممارسة وظيفتها المناطة لها وفق أحكام الدستور، ورسمت الشكل الذي يضمن خضوع هذه السلطات للقانون، فأخضعت السلطة التشريعية لأحكام الدستور الذي هو القانون الأعلى في الدولة عند سنها للقوانين، وأخضعت السلطة التنفيذية للقوانين في ممارسة مهامها الحكومية أو الإدارية، وأخضعت أيضاً السلطة القضائية للقانون بحيث تلتزم به في تطبيق أحكامه على كافة المنازعات التي تعرض عليها، سواء كانت تلك المنازعات ناشئة عن علاقة الأفراد فيما بينهم، أو كانت الإدارة طرفاً فيها⁽⁴⁾.

(1) العتوم، القضاء الإداري (ص19)، وانظر: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص11).

(2) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص ص 20-21)، وانظر: شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج1/23).

(3) البشير، مبدأ المشروعية والمنازعات الإدارية (ص5).

(4) كنعان، القضاء الإداري (ص4).

ولقد أعتق المشرع الفلسطيني مبدأ المشروعية وعبر عنه بمبدأ سيادة القانون، حيث أورد نصاً خاصاً في الباب الأول من القانون الأساسي الفلسطيني يؤكد أن مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وبموجب هذا المبدأ تلتزم السلطات والأجهزة والمؤسسات والأفراد في كافة التصرفات التي تصدر من أي طائفة من هذه الطوائف أن تكون في إطار القانون منسجمة كل الانسجام مع أحكامه^(*).

الفرع الثاني : شروط تحقيق مبدأ المشروعية

إن مبدأ المشروعية ليس مبدأً تنزيهياً به الدساتير فحسب، بل لابد من إعماله لكي يتحقق هذا المبدأ، لذلك كان لابد من توافر شروط تضمن تحقيقه وإعماله على أرض الواقع، وهذه الشروط لابد أن تكون مجتمعة بمعنى إذا تخلف أحدها لا يمكن القول بوجود سيادة للقانون في الدولة، حيث تتمثل هذه الشروط في الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، والتحديد الدقيق والواضح لسلطات واختصاصات الإدارة، وأخيراً وجود رقابة قضائية فعالة. وسوف نستعرض هذه الشروط بشيء من التفصيل على النحو الآتي :

أولاً : الإخذ بمبدأ الفصل بين السلطات

هذا المبدأ أعلنه وبلوره المفكر الفرنسي مونتيسكيو^(**)، حيث أُعتبر هذا المبدأ بمثابة حجر الزاوية في كل نظام ديمقراطي، ويعتبر أيضاً شرطاً أساسياً لوجود مبدأ المشروعية. حيث يقصد بمبدأ الفصل بين السلطات توزيع السلطات الأساسية في الدولة على هيئات مختلفة بحيث لا تتركز هذه السلطات في هيئة واحدة حتى لا تستبد وتنتهك حقوق الأفراد وحررياتهم، وبالتالي تضيع معالم الديمقراطية التي حاربت الشعوب من أجل تطبيقها، لذلك كان لابد من تعدد السلطات فكانت تشريعية وتنفيذية وقضائية، كما قرر مونتيسكيو أن السلطة توقف السلطة، بمعنى أن هذا التعدد ووجود رقابة متبادلة بينها من شأنه أن يضمن احترام الدستور والقانون، وبالتالي يضمن حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم⁽¹⁾.

* حيث نصت المادة السادسة من القانون الأساسي الفلسطيني فيما يتعلق بأساس الحكم على أنه (مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص).
** شارل لوي دي سيكوندا المعروف باسم مونتيسكيو؛ فيلسوف فرنسي صاحب نظرية فصل السلطات الذي تعتمد عليه غالبية الأنظمة حالياً. ولد مونتيسكيو في جنوب غرب فرنسا بالقرب من مدينة بوردو عام 1689 وتوفي في عام 1755.

(1) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/17)، انظر: بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ص14).

والسلطة بلا مراقبة وبلا نقد يمكن أن تؤدي إلى الوقوع في أخطاء جسيمة، ولقد عبر عن ذلك لورد أكنون أحد كبار الساسة والمفكرين البريطانيين قائلاً: "إن السلطة مفسدة والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة"⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإن التعدد وتوزيع الاختصاصات على عدة سلطات يعتبر الكفيل بإحداث نوع من الرقابة على كل سلطة حتى لا تتفرد بالقرار دونما حسيب ورقيب، وذلك بلا شك يؤدي في النهاية إلى احترام مبدأ المشروعية⁽²⁾.

هذا وقد أكد المشرع الفلسطيني على مبدأ الفصل بين السلطات حيث نص عليه صراحة في القانون الأساسي الفلسطيني في الباب الأول في المادة الثانية عند الحديث عن مصدر السلطات بقوله "الشعب مصدر السلطات يمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات على الوجه المبين في هذا القانون الأساسي".

ثانياً : التحديد الواضح لسلطات واختصاصات الإدارة

لا يمكن لمبدأ المشروعية أن يتحقق في دينا الواقع ما لم تكن صلاحيات السلطة الإدارية واختصاصاتها تحظى بالدقة والوضوح، ويعود سر تحديد صلاحيات السلطة الإدارية "السلطة التنفيذية" دون سواها إلى أن صلاحيات السلطة التشريعية واضحة يتكفل الدستور عادة تبيان القواعد العامة لممارسة العمل التشريعي ويتولى القانون تفصيل هذه القواعد. كما وأن صلاحيات السلطة القضائية واضحة أيضاً ومحددة حيث تتولى الفصل في المنازعات والخصومات التي تعرض عليها بما يقره القانون وطبقاً للإجراءات المعمول بها⁽³⁾.

ويبقى الإشكال بالنسبة للسلطة التنفيذية أو الإدارية لأنها أشد السلطات خطراً على حريات وحقوق الأفراد، وذلك بحكم طبيعة وظيفتها وبما لديها من سلطات واسعة يمكن أن تمس حرياتهم وحقوقهم.

ومن هنا فإنه كان لازماً تحديد اختصاصات وصلاحيات السلطة التنفيذية بكافة جوانبها لتوفير المناخ المناسب والأرضية الملائمة لإعمال وتجسيد مبدأ المشروعية، وبالتالي يجب على السلطة التنفيذية أن تمارس مهامها السياسية والإدارية بشكل يتفق ومبدأ المشروعية، أي أن تكون كافة أعمالها في نطاق الدستور والقوانين التشريعية وتنقيد بأحكامها، وإلا تعرضت

(1) الشرفاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر (ص110).

(2) البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ... (ص36).

(3) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء(ص28).

تصرفاتها لعدم الدستورية أو عدم المشروعية وبالتالي إلى الإلغاء أو التعويض عما تحدثه من أضرار للأفراد⁽¹⁾.

ثالثاً : وجود رقابة قضائية فعالة

يمثل هذا الشرط الضمانة الحقيقية لاحترام مبدأ المشروعية وسيادة القانون، وعليه تعتبر الرقابة القضائية الفعالة هي المعيار في تطبيق مبدأ المشروعية من عدمه، لذلك فلا جدوى من وضع قيود وضوابط دستورية وقانونية على نشاط الإدارة إن لم تخضع السلطات في الدولة ولا سيما التنفيذية منها لجهة قضائية تراقب احترامها لهذه القيود والضوابط⁽²⁾.

إن وجود رقابة قضائية يمثل الضمانة الحقيقية لاحترام مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، لأن عدم وجود رقابة قضائية على نشاط وسلطات الهيئات الإدارية يجعل من الضوابط والقيود الدستورية والقانونية فارغة من مضمونها. لذلك كان لابد من رقابة قضائية تصحح المسار في حال انحرفت الإدارة عن هذا المبدأ، وأن تكون هذه الرقابة على قدر من الفاعلية، وتلك الفاعلية تتحقق في ظل نظام قضائي متميز يسمح للأفراد اللجوء للقضاء للطعن ضد أعمال الإدارة وقراراتها. حيث يتولى القضاء حينها بإلغاء تلك القرارات إذا ما تحقق لديه عدم مشروعيتها⁽³⁾.

وعليه حق لنا وصف القضاء بأنه الحامي لحقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف الإدارة، والقضاء بذلك يعتبر الدرع الواقي لمبدأ المشروعية وهو من يحفظ مكانته وهيئته ويبسط سلطانه ويفرض الخضوع له، وهذه كلها تمثل معالم ومظاهر الدولة القانونية⁽⁴⁾.

المطلب الثاني : مصادر مبدأ المشروعية

يتطلب لإعمال مبدأ المشروعية الخضوع لأحكام القانون بمعناه الواسع، الذي يشمل كافة القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني، بغض النظر عن مصدر هذه القواعد أو شكلها، أي سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وسواء كانت مفروضة على الإدارة من هيئات أجنبية عنها كالسلطة التأسيسية أو السلطة التشريعية أو السلطة القضائية، أو كانت الإدارة هي نفسها منبع أو مصدر هذه القواعد.

(1) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص29).

(2) أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة (ص37).

(3) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج18-19).

(4) بوضياف، المرجع السابق (ص30).

ومصادر المشروعية سواء المكتوبة أو غير المكتوبة ليست في مرتبة واحدة، بل أن قوتها الإلزامية تختلف باختلاف السلطة أو الهيئة التي قامت بوضعها. حيث تلجأ النظم القانونية المختلفة إلى التفرقة بين القوة الإلزامية للقواعد القانونية تبعاً للسلطة التي قامت بوضعها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إلى الإجراءات المتبعة لإصدارها، حيث تعلق بعض القواعد فوق بعضها، وهو ما يعبر عنه "بتدرج القواعد القانونية" فنخضع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها مرتبة، فلا تستطيع مخالفتها وإلا اعتبرت غير دستورية(*) أو غير مشروعة(1).

وبناءً على ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول المصادر المدونة "المكتوبة" وفي الفرع الثاني المصادر غير المدونة "غير المكتوبة" على النحو التالي :

الفرع الأول : المصادر المدونة أو المكتوبة لمبدأ المشروعية

تعتبر المصادر المكتوبة في العصر الحديث المصدر الأول للمشروعية في كافة الدول وذلك انطلاقاً من أن القاعدة القانونية المكتوبة تتضمن تعبيراً صريحاً عن الإرادة، وذلك خلافاً للقاعدة غير المكتوبة حيث تتضمن هذه الأخيرة تعبيراً ضمناً عن هذه الإرادة(2).

حيث تتمثل المصادر المدونة أو المكتوبة في معظم الدول في القواعد الدستورية، والقوانين العادية، التشريعات الفرعية إلا أن هناك بعض الدول تعتبر مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق من المصادر المكتوبة للمشروعية ولها قوة إلزامية. لذلك سوف نعرض على مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق عند الحديث عن القواعد الدستورية، كون مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق من ناحية تضع الإطار العام في كل ما يتعلق بأمور المجتمع. ومن ناحية أخرى أن بعض الدول اصبغت عليها قوة إلزامية وبالتالي أصبحت مصدر للمشروعية في تلك الدول.

لذلك سوف يقوم الباحث باستعراض المصادر المدونة أو المكتوبة وتحديد مرتبة كل منها في التدرج الهرمي القانوني.

* في حال خالفت التشريعات العادية أو اللوائح الفرعية أحكام الدستور تعتبر تلك التشريعات غير دستورية، أما في حال خالفت اللوائح القوانين العادية تعتبر في هذه الحال غير مشروعة.

(1) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص ص16-17)، انظر: شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج1/34)

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص88).

أولاً : الدستور

يعرف الدستور بأنه "مجموعة القواعد القانونية الرئيسية التي تحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتشكيل السلطات العامة واختصاصات كل من هذه السلطات إلى جانب تحديد العلاقات فيما بينها، وعلاقات السلطات العامة بالأفراد وبيان حقوق الأفراد وواجباتهم"⁽¹⁾.

ولقد استقر الفقه والقضاء على أن الدستور^(*) أعلى تشريعات الدولة وقمة نظامها القانوني، حيث يتضمن الدستور مبادئ وأحكام تحدد اختصاصات هيئات الدولة، وتستمد هذه الهيئات سلطاتهم بل ووجودهم في الحكم من الدستور. وبالتالي العلو والسمو^(**) الذي يتمتع به الدستور في الدولة وتربعه على قمة النظام القانوني يلزم السلطات في الدولة التقيد بأحكامه وإلا غدت أعمالها غير مشروعة أو بالأدق غير دستورية⁽²⁾.

فالدستور يعتبر مصدراً هاماً للمشروعية بصفة عامة والمشروعية الإدارية بصفة خاصة، إذ تلتزم به السلطة التنفيذية إلى جانب جميع السلطات الأخرى في الدولة، وما يتضمنه من أحكام تعتبر نافذة في مواجهة كافة سواء حكماً أو محكومين. وتليها من حيث الالتزام القواعد القانونية العادية، وبالتالي يوجب تقيد القاعدة القانونية الدنيا بالقاعدة القانونية العليا سواء في شكلها أو مضمونها⁽³⁾.

ولكي ينسجم البناء القانوني في الدولة، لا بد أن يتقيد التشريع الأدنى بالتشريع الأعلى، ومن ثم فلا يجوز أن يتعارض القانون مع القواعد الدستورية، كما لا يجوز أن يتعارض التشريع

(1) أبو السعود، وزهران، المدخل إلى القانون (ص104-105)، وانظر: البحري، القانون الدستوري "النظرية العامة" (ص102)، وانظر: طلبه، القضاء الإداري (ص15)، وانظر: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/20).
* الدستور سواء كان عرفياً أو مدوناً فهو على أية حال القانون الأسمى في الدولة، وهذا السمو يستوجب بطبيعة الحال أن تتقيد بأحكامه السلطات العامة في الدولة وأن تكون جميع القواعد القانونية غير متعارضة مع القوانين الدستورية. انظر: البحري، القانون الدستوري "النظرية العامة" (ص224).

** يستمد الدستور علو مرتبته من مصدرين أساسيين: أحدهما موضوعي والآخر شكلي، حيث يتمثل المصدر الموضوعي في أن الدستور يتكفل بضبط وتحديد أهم وأخطر علاقة ألا وهي علاقة الحكام بالمحكومين. وترتيباً على ذلك له صلاحية تنظيم عمل السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية القضائية. كما يتضمن إلى جانب ذلك الإعلان عن مجموع الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد داخل الدولة.

(2) الحلوى، القضاء الإداري (ص23)، وانظر: أبو راس، القانون الإداري (ص56)، وانظر: رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص95)، وانظر: دويكات، القانون الدستوري (ص2)، وانظر: خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري (ص452).

(3) كنعان، القضاء الإداري (ص7).

الفرعي مع التشريع العادي، ولهذا فإن ما تصدره السلطة التشريعية التي تتولى بصفة أصلية مهمة سن القوانين، يجب أن تكون متفقة مع الأحكام الدستورية دون مخالفة لها وبغير الخروج عليها، وإلا اتصفت بعدم الدستورية، أما عن دور السلطة التنفيذية في مجال التشريع فهو دور تبعي وثنائي، تلتزم من خلاله بكل ما تصدره من لوائح أو قرارات تنظيمية استناداً إلى الدستور كما وينبغي أن تكون متفقة مع أحكام الدستور وفي حدود الإطار الذي يرسمه القانون⁽¹⁾.

وإذا كانت النصوص الدستورية كأول وأهم مصدر للمشروعية ليست محل جدل، إلا إنه قد اختلف الفقه حول القيمة القانونية لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق التي تتضمن المبادئ والمثل العليا التي تسيّر نصوص الدستور على هديها وفي ضوئها، لذلك سوف نستعرض لآراء الفقهاء حول القيمة القانونية لها.

القيمة القانونية لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق والمعاهدات الدولية

إن مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق تصدر في بعض الدول نتيجة ظروف سياسية معينة، حيث تتضمن تحديد بعض الأسس أو المبادئ العامة التي تنظم المجتمع بصف عامة، وتحدد حقوق الأفراد وواجباتهم، وبالتالي فإنها تضع الإطار العام في كل ما يتعلق بأمر المجتمع⁽²⁾.

وتحتل مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق مقدمة أو ديباجة الدستور أي بدايته، حيث تأتي قبل استعراض مواد الدستور بصورة تفصيلية، وهذه المقدمات وإعلانات الحقوق تمثل الأيديولوجيات والفلسفات التي يتبناها الدستور هذا من جانب، أما من جانب آخر فإنها تحتوي على الغايات والطموحات التي يُستهدف تحقيقها، وخصوصاً عقب قيام نظام جديد بحيث يختلف هذا النظام الجديد في مبادئه وفلسفاته عن النظام السابق، ويكون الهدف منها - مقدمات الدساتير وإعلان الحقوق - تعريف المواطنين عن ملامح النظام الجديد ومبادئه، إلى جانب تعريفهم بحقوقهم التي يتمتعون بها في ظلّه، وبيان واجباتهم التي يلتزمون بها⁽³⁾.

(1) محمد، الوجيز في القضاء الإداري (صص 19-20).

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص 89).

(3) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص 21).

إلا أن مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق من ناحية القيمة القانونية وقوتها الإلزامية محل خلاف فقهي، حيث احتدم الخلاف في الفقه حول القيمة القانونية لها في فريقين، فريق أنكر كل قيمة لها⁽¹⁾، وفريق آخر أقر لها بالقيمة القانونية لكنه اختلف حول تحديد قوتها الإلزامية.

والفريق الذي أعطى قيمة قانونية لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق، لم يتفق على تحديد هذه القيمة، حيث انقسم هذا الفريق إلى آراء فصلها على الوجه التالي⁽²⁾ :

الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي بأن لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق قيمة قانونية أعلى وأسمى من الدستور نفسه، انطلاقاً من أنها تعد تعبير عن الإرادة العليا للأمة وعن القيم والمثل المستقرة في الضمير الإنساني، وبالتالي يجب احترامها والالتزام بأحكامها والتقيّد بما جاء فيها، فهي ملزمة للمشرع الدستوري والعادي واللائحي على حد سواء⁽³⁾.

الرأي الثاني : يرى أصحاب هذا الرأي بأن لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق قيمة قانونية مساوية أو موازية للدستور، انطلاقاً من أنه تعبير عن إرادة السلطة التأسيسية شأنها في ذلك شأن النصوص الدستورية ويجري عليها ما يجري عليه من أحكام، وبالتالي لها من الحجية والإلزام ما للقاعدة الدستورية. ومن ثم فإنها تعد ملزمة لكل من المشرع العادي واللائحي⁽⁴⁾.

الرأي الثالث : يرون أصحاب هذا الرأي أن لمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق قيمة قانونية تعادل وتساوي القيمة القانونية للقوانين العادية، وحجتهم في ذلك أن واضعي الدستور لو أنهم أرادوا لها العصمة من تعديل البرلمان لها لأوردوها في صلب الدستور، وبالتالي فإنه يجوز للسلطة التشريعية تعديلها، ويقتصر الالتزام بها من قبل السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح أو أنظمة كالترامها بالقوانين العادية⁽⁵⁾.

الرأي الرابع : يذهب أصحاب هذا الرأي إلى ضرورة التمييز بين ما إذا كان ما ورد في مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق يتضمن قواعد قانونية محددة قابلة للتطبيق من عدمه، فإذا ما ورد

(1) البحري، القانون الدستوري (ص73) وانظر: جمال الدين، القضاء الإداري (ج1/34-35)، وانظر: محمد،

الوجيز في القضاء الإداري (ص21)، وانظر: العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة (ص26).

(2) الشرفاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر " تحديات وتحولات " (ص373). وانظر: خليل، النظم

السياسية والدستور اللبناني (ص326). وانظر: عبد الله، القضاء الإداري (ص15).

(3) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص90)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص27).

(4) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص32)، وانظر، حافظ: القضاء الإداري (ص27-28)، وانظر:

الحلو، القضاء الإداري (ص25).

(5) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص23).

بها يتضمن قاعدة قانونية محددة يمكن تطبيقها تكون ملزمة للمشرع⁽¹⁾، أما إذا كان ما ورد بمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق لا يعدو سوى توجيهات عامة وتفتقر إلى الصياغة القانونية، ولا تأخذ شكل القاعدة القانونية المحددة فلا يكون لها أي قيمة قانونية وإنما تتمتع بقيمة أدبية يراعيها المشرع عند إصداره للتشريعات في المستقبل⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالمعاهدات فهي تعتبر مصدراً لمبدأ المشروعية، وهذا بعد أن يتم التصديق عليها من جانب السلطة المختصة داخل الدولة. وفور التصديق عليها تصبح المعاهدة جزءاً من التشريع الداخلي، بل إن بعض الدساتير كالـدستور الفرنسي بين قيمة المعاهدات ومرتبها في النظام القانوني الفرنسي حيث جاء في المادة (55) من دستور فرنسا على أنه "المعاهدات والاتفاقيات المصدقة أو الموافق عليها وفقاً للقانون يكون لها قوة أسمى من قوة القانون مع التحفظ بالنسبة لكل معاهدة أو اتفاق بأن يطبقه الطرف الآخر"، وبالتالي وبناء على هذا النص تعتبر المعاهدة في فرنسا أعلى من القانون العادي وأقل من الدستور، أي تكون في التدرج القانوني بين الدستور والقانون، وعليه يجب على المشرع العادي الالتزام بأحكامها وإلا غدا تصرفه غير مشروع، ومن ثم يكون من باب أولى على الإدارة الالتزام بها وإلا حكم بعدم مشروعية تصرفاتها وأعمالها⁽³⁾.

وفي الدستور الجزائري يعترف لها بطابع سمو على القانون حيث نصت المادة (150) من الدستور على أنه "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"⁽⁴⁾.

وطالما احتلت المعاهدة درجة عليا ضمن هرم النصوص الرسمية سواء كانت أسمى من القانون أو تعادله وتماتله في القوة، فإن بنودها وموادها ملزمة للسلطات المعنية داخل الدولة⁽⁵⁾.

أما في فلسطين نجد القانون الأساسي المعدل قد خلا من النص على المعاهدات، من حيث طريقة إبرامها أو المخول بالتصديق عليها، وكذلك لم يحدد قيمتها القانونية، إلا أن مجلس

(1) أبو عمار، القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة (ص 47).

(2) السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة (ص 31) وانظر: رسلان وسيط القضاء الإداري (ص 91-92).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص 76-77).

(4) السلطة التشريعية، الدستور الجزائري، (2016/150).

(5) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص 33). وانظر: عبد اللطيف، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري (ص 15).

الوزراء أصدر قراراً تنظيمياً رقم (51) لسنة 2004 بشأن توقيع الاتفاقيات الثنائية حيث جاء في المادة الأولى منه على أنه "يمنع توقيع أي اتفاقية دولية ثنائية من قبل أي جهة رسمية فلسطينية إلا بعد المصادقة عليها من مجلس الوزراء".

وبناء على ذلك فإن هذا النص مقصوداً على الاتفاقيات الثنائية، أما الاتفاقيات الشارعة فلم تطالها يد المشرع، لذلك فإن في شأنها فراغ قانوني⁽¹⁾.

وفي هذا السياق يتمنى الباحث على المشرع الفلسطيني تحديد طريقة إبرام المعاهدات والجهة المخولة بالتصديق عليها، وكذلك تحديد القيمة القانونية لها ومرتبها في النظام القانوني.

ثانياً : التشريعات العادية

التشريع يختلف تعريفه باختلاف الزاوية التي ينطلق منها التعريف، فيعرفه الفقهاء من الزاوية الموضوعية بأنه "مجموعة القواعد العامة المجردة والقواعد التي يسيطر عليها الطابع العمومي، وذلك على عكس القرار الإداري ذي الطابع الفردي"، أو قد يعرف بناءً على الناحية الشكلية والذي يعتمد على العضو مصدر القاعدة، فالعمل تشريع إذا توفر فيه صدوره عن سلطة خولها الدستور حق إصداره، وصدوره طبقاً للقواعد والإجراءات والأشكال التي بينها الدستور والقضاء⁽²⁾.

وتعتبر التشريعات العادية أو القوانين من أهم مصادر المشروعية كونها تأتي في المرتبة الثانية بعد الدستور في تدرج القواعد القانونية، وبالتالي يجب أن تكون تلك التشريعات أو القوانين تدور في فلك الدستور نصاً وروحاً وألا تخالفه وإلا كانت غير دستورية. وبما أن هذه التشريعات تأتي في المرتبة الثانية بعد الدستور من حيث التدرج القانوني، يجب أن تلتزم الأجهزة الإدارية في الدولة باحترام أحكامها في كافة أعمالها وتصرفاتها التي تقوم بها تحت طائلة البطلان، وعلّة ذلك أن المشرع يعبر عن إرادة الأمة التي تعتبر صاحبة السيادة الحقيقية والسلطات جميعاً^(*)، وبذلك فإن عمله يتمتع بقيمة أعلى من قيمة عمل المنفذ الذي يتمثل في السلطة التنفيذية وفروعها الإدارية⁽³⁾.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص79).

(2) شيحا، القانون الإداري (ص114).

* حيث جاء في نص المادة الثانية من القانون الأساسي الفلسطيني بأن (الشعب مصدر السلطات ويمارسها عن طريق السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية....).

(3) العتوم، القضاء الإداري (ص22).

والتشريع العادي هو القانون الذي تقرره السلطة التشريعية في الدولة، وهو بمثابة همزة الوصل بين الدستور والإدارة، فقلما يخاطب الدستور بأوامر مباشرة الإدارة العامة، ففي الغالب الأعم يخاطبها من خلال العمل التشريعي المحدد لكيفية تطبيق النص الدستوري⁽¹⁾.

لذلك يتعين على الإدارة عند مباشرة أعمالها الالتزام بمقتضى أحكام القوانين، وإلا كانت تصرفاتها المخالفة للتشريعات قابلة للإلغاء أمام القضاء الإداري، فالقاضي الإداري هو قاضي المشروعية⁽²⁾.

ومبدأ المشروعية يعتبر الأساس القانوني لخضوع الإدارة للقوانين باعتبارها السلطة المختصة بتنفيذها، والتي ألزمها الدستور بوضع القوانين موضع التنفيذ بغير تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وهذا الخضوع لا يعني خضوع السلطة التنفيذية خضوعاً عضوياً للسلطة التشريعية، بل يقتصر الخضوع على الجانب الوظيفي فحسب، بمعنى خضوع وظيفة التنفيذ لوظيفة التشريع⁽³⁾.

ويرجع خضوع الإدارة أو السلطة التنفيذية بصفة عامة لأحكام التشريع العادي إلى اعتبارين : **الاعتبار الأول** : أن الوظيفة التشريعية بطبيعتها تتمثل في وضع قواعد عامة تتولى السلطة التنفيذية بحكم وظيفتها تنفيذها عن طريق ما تصدره من قرارات تنظيمية أو فردية، وبالتالي لا يوجد أدنى شك في أن من يقوم بالتنفيذ ليس له منطقياً أن يخالف ما يقوم بتنفيذه، وليس في ذلك اعتداء على السلطة التنفيذية أو انتقاص من مبدأ الفصل بين السلطات، إذ أن الأمر لا يتعلق إلا بطبيعة اختصاص كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية.

الاعتبار الثاني : يتمثل في أن القانون يصدر عن الشعب من خلال ممثليه، وبالتالي فإن إرادة الشعب هي التي يجب أن تسود في حكم هذا الشعب، ومن هنا كان علو القانون والالتزام السلطة التنفيذية باحترامه وعدم مخالفته فيما يقع منها من أعمال، حتى ولو لم تأت هذه الأعمال تنفيذاً للقانون، لذلك فإن اللوائح غير التنفيذية أو اللوائح المستقلة ليس لها كغيرها أن تخالف القانون وإلا جاءت غير مشروعة⁽⁴⁾.

(1) كنعان، القضاء الإداري (ص9).

(2) أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة (ص65)، وانظر: شيحا، القضاء الإداري (ص47-48).

(3) جمال الدين، القضاء الإداري (ص51-52).

(4) الحلو، القضاء الإداري (ص29).

ثالثاً : التشريعات الفرعية (اللوائح أو الأنظمة)

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية^(*) التشريع الفرعي^(**)، للدلالة على طبيعة القواعد التي تتضمنها من حيث عموميتها وتجردها، وتسمى في فلسطين اللوائح أو الأنظمة^(***).

ويعرف النظام بأنه "عمل إداري صادر عن السلطة التنفيذية ويتضمن قواعد عامة ومجردة تطبق الأفراد بالقوة عند الاقتضاء". وبذلك يلتزم الأفراد بأحكام النظام دون أن يكون لهم دور في وضعه أو أن تأخذ موافقتهم مسبقاً⁽¹⁾.

ومن ثم فإن اللوائح هي بمثابة تشريعات من الناحية الموضوعية^(****) كونها تتضمن قواعد عامة ومجردة تخاطب الأفراد جميعاً أو تخاطب الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم، إلا أنها تعد من الناحية الشكلية قرارات إدارية لصدورها من السلطة التنفيذية⁽²⁾.

لذلك يجب على السلطة الإدارية أن تتقيد وهي بصددها إصدارها اللوائح بما توجبه أحكام ونصوص الدستور باعتباره المصدر الأعلى لمصادر المشروعية، فهذه الأحكام

* تستمد السلطة التنفيذية الحق في إصدار الأنظمة في فلسطين من القانون الأساسي الفلسطيني، حيث جاء في المادة (69) على أنه (يختص مجلس الوزراء بما يلي : ... 5- متابعة تنفيذ القوانين وضمان الالتزام بأحكامها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك). وما يؤكد ذلك أيضاً ما ورد في المادة (68) في الفقرة السابقة منها (يمارس رئيس الوزراء ما يلي ... 7- توقيع اللوائح أو الأنظمة التي يصادق عليها مجلس الوزراء وإصدارها).

** انطلاقاً من خصائص القانون الإداري ولا سيما أنه من سريع التطور غير مقنن، تعد اللوائح الإدارية مجالاً خصباً لقواعد القانون الإداري، فالنصوص الدستورية والتشريعية لا تمثل إلا مجالاً محدوداً من التشريعات الإدارية. انظر: غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص46).

*** نصت المادة (70) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل على أنه (لمجلس الوزراء الحق في التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين).

(1) العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة (56).

**** وفي هذا الصدد يقول الدكتور هاني عبد الرحمن غانم أن التشريع الفرعي ويطلق عليه أيضاً التشريع الثانوي أو اللوائح الإدارية أو القرارات التنظيمية أو النظم أو الأنظمة، ويقصد به مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة الإدارية في الدولة، ورغم أنه من الناحية الموضوعية يعد تشريعاً، حيث يتضمن قواعد عامة ومجردة تسري على جميع المخاطبين به إذا توافرت شروط انطباقه عليهم، فهو يخاطب الأفراد بصفاتهم وليس بذواتهم، إلا أنه من الناحية الشكلية يعد قرارات إدارية. انظر: غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص44).

(2) حافظ، القضاء الإداري (ص34)، وانظر: ابو راس، القانون الإداري (ص62).

والنصوص تتمتع بالسمو في اتجاه جميع القواعد القانونية الأخرى، فهي تعلو ولا يعلى عليها، وكذلك لا بد أن تنقيد الإدارة بالتشريع العادي عند إصدارها للوائح الإدارية، كونها تندرج في المرتبة الثالثة بعد الدستور والقانون، وإلا غدا تصرفها غير مشروع وحرى بالإلغاء⁽¹⁾.

وبالرغم من أن اللوائح هي من عمل الإدارة وتستطيع بالتالي إلغائها أو تعديلها في أي وقت شاعت إلا إنها ملزمة بالخضوع لأحكامها طالما لم تلغى بعد، فهي بذلك ملزمة بالتنقيـد بأحكام اللوائح الصادرة عنها، وبالتالي لا يجوز لها إصدار قرارات فردية مخالفة لها، وإذا صدرت مثل تلك القرارات كانت غير مشروعة لمخالفتها للقانون⁽²⁾. وبالتالي فإن القرارات التنظيمية لا يمكن تعديلها أو إلغائها من قبل الإدارة إلا بأداة من مستواها أو أعلى منها كالقانون أو الدستور⁽³⁾.

الفرع الثاني : المصادر غير المكتوبة أو غير المدونة لمبدأ المشروعية

مبدأ المشروعية لا يعتمد فقط على القواعد القانونية المكتوبة، بل يستند أيضاً إلى مصادر غير مكتوبة، وتتمثل المصادر غير المكتوبة في العرف والمبادئ العامة للقانون والسوابق القضائية، لذلك سوف نستعرض هذه المصادر على النحو التالي :

أولاً : العرف

يعتبر العرف أقدم وأول مصادر المشروعية بصفة عامة، إلا أنه لم يعد يحتل تلك المكانة التي كان في الماضي يحتلها، حيث انتشرت حالياً ظاهرة القواعد القانونية المكتوبة، وبالرغم من ذلك لا زال يؤدي دوراً مهماً وأساسياً في هذا الخصوص، هذا الدور يتمثل في مكانته بجانب القانون المكتوب كمصدر تكميلي للقانون يفسر ما غمض من نصوصه ويكمل ما نقص فيه⁽⁴⁾.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص82).

(2) حافظ، القضاء الإداري (ص34).

(3) طلبه، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة .. (ص21)، وانظر: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ص29).

(4) البحري، القانون الدستوري "النظرية العامة" (ص100). وانظر: الحلو، القضاء الإداري (ص59)، وانظر: بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته (ص18).

ويقصد بالعرف بشكل عام "مجموعة القواعد القانونية غير المدونة، التي تنشئ عن اضطراد السلوك في مسألة معينة على نحو ملزم، أو بعبارة أخرى هو تكرار إتباع الأفراد لقاعدة معينة في نشاط معين حتى يشعروا بأنها ملزمة لهم، وبالتالي لا يجوز مخالفتها"⁽¹⁾.

ويتفق الفقهاء على وجود العرف المفسر^(*)، كما ويعترف أغلبيتهم بالعرف المكمل^(**)، أما العرف المعدل للنص التشريعي فلا يقول به كثيرون، وينكر البعض وجود هذا النوع من العرف، ويستند في ذلك إلى أن التشريع يظل سارياً منذ صدوره إلى أن يعدل أو يلغى بالطريقة والإجراءات المنصوص عليها في القانون، ويرى القول بخلاف ذلك فيه إهدار لقيمة القواعد التشريعية، لأن تكوين العرف المعدل^(***) سوف يتمثل في المخالفات المتكررة لهذه القواعد⁽²⁾.

ودون الخوض في تفاصيل تلك الأنواع، إلا أن هناك خلاف بين الفقهاء حول القوة الإلزامية فمنهم من يرى أن أساس القوة الإلزامية تكمن في الرضاء الضمني للحاكم ذلك أن القانون يتركز في إرادة الحاكم ويتسمد قوته من إرادته، ومنهم من يرى أن أساس القوة الإلزامية للعرف هو قضاء المحاكم من خلال استقرار المحاكم على القضاء في مسائل معينة، إلا أن جانب آخر يرى أن للعرف قوة إلزامية ذاتية تتبع من العادات التي يسير عليها الأفراد في سلوكهم ومن الضرورة التي تفرضه وتحتم وجوده حين لا يوجد تشريع ينظم سلوك الأفراد، والرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضمير الجماعي، أي رضاء المجتمع من خلال أفراده باعتباره وليد إرادتهم⁽³⁾.

(1) محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص38).

* هو العرف الذي ينشأ نتيجة اعتياد الإدارة وأتباعها بصورة منتظمة على تفسير نص مكتوب وإجلاء غموضه وتوضيح معناه مع الاعتقاد بإلزامية هذا التفسير.

** وهو الذي يعمل على سد النقص في النصوص المكتوبة فيتولى تنظيم مسألة لم يسبق تنظيمها من قبل المشرع، وعليه فإنه لا يستند إلى نص مكتوب كالعرف المفسر.

*** بينما يرى الدكتور هاني عبد الرحمن غانم، بأن العرف المعدل هو العرف الذي يعدل نص مكتوب، فإذا عدل بالحدف أصبح مخالف للنص المكتوب، ومن ثم غير ملزم ولا وجود له، أما في حال عدل بالإضافة فإنه يأخذ حكم العرف المكمل ويصبح ملزم وواجب الاحترام. انظر: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص ص 101-102).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص60).

(3) الشاعر، وأبو كلوب، المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص122)، وانظر: السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات... (ص ص 43-44)، وانظر: عمرو، القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية" (ص37).

وللعرف باعتباره مصدراً غير مكتوب للمشروعية الإدارية نوعان عرف دستوري و عرف إداري كما يلي :

1- العرف الدستوري

حيث يمكن تعريف العرف الدستوري بأنه "عبارة عن عادة تتعلق بنظام الحكم في الدولة، هذه العادة درجت الهيئات الدستورية الحاكمة في الدولة على استعمالها بحيث تصبح قاعدة عامة ملزمة للهيئات الحاكمة التي انشأتها"⁽¹⁾.

ويتكون العرف الدستوري من عنصرين الأول معنوي مقتضاه أن يقوم في ذهن الجماعة وضميرها بما في ذلك الهيئات الدستورية الحاكمة الاعتقاد بأن هذه القاعدة ملزمة قانوناً، وعنصر مادي يتمثل في الاعتياد على تكرار القاعدة بحيث يجب أن تصدر الأعمال بصورة متكررة من الهيئات الدستورية الحاكمة في الدولة⁽²⁾.

2- العرف الإداري

يقصد بالعرف الإداري بأنه "سلوك الإدارة المطرد في مسألة معينة على نحو معين فترة من الزمن بحيث تصبح الإدارة والعاملون معها ملزمون باحترام القاعدة المتولدة عن ذلك السلوك"⁽³⁾.

ولكي يصبح سلوك الإدارة عرفاً إدارياً ومصدراً من مصادر مبدأ المشروعية الإدارية، يجب أن يتوافر فيه ركنان، يتمثل الركن الأول في الركن المادي، في حين يتمثل الركن الثاني في الركن المعنوي، وفي حال افتقد العرف أحد هذين الركنين خرج عن كونه عرفاً.

ويتمثل الركن المادي في تكرار التصرف أو السلوك على منهج واحد بشكل متكرر ومنتظم متى توافرت شروطه من قدم وعمومية واستقرار، إلى جانب عدم مخالفته أية قاعدة تشريعية⁽⁴⁾.

أما العنصر المعنوي أو النفسي فيتمثل في اعتقاد الجهات الإدارية أو أطراف العلاقة في أن هذا التصرف أو السلوك ملزم ويجب الأخذ به، بحيث يكون الخروج عنها شذوذ يستوجب الجزاء⁽⁵⁾.

(1) خليل، القضاء الإداري اللبناني "دراسة مقارنة" (ص78).

(2) علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه (ص38).

(3) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص38).

(4) عبد الوهاب، القضاء الإداري (1/69)، وانظر: بسوني، القضاء الإداري اللبناني (ص28)، وانظر: الشويكي، القانون الإداري (81).

(5) عمرو، القضاء الإداري "مبدأ المشروعية" (ص37)، وانظر: الطهراوي، القانون الإداري (ص79).

ولكي يعتبر العرف ملزماً للإدارة لابد أن يتوافر شرطان :

- **أولهما :** أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وبصورة منتظمة، ففي حال أغفل هذا الشرط حينها لا يرقى العمل الذي جرت على مقتضاه الإدارة إلى مستوى العرف وبالتالي يفقد إلزاميته.

- **ثانيهما :** ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم، بل يجب أن يدور في فلك النصوص القائمة، وعلى ذلك فإن العرف الناشئ عن خطأ في فهم القانون لا يمكن التعويل عليه⁽¹⁾.

إلا أن التزام الإدارة باحترام العرف الذي جرت الإدارة على اتباعه لا يعني بالمطلق إجبارها على تطبيقه بصورة دائمة، أي لها الحق في تعديل أو تغيير العرف^(*) بما يتوافق مع تغييرات الظروف تحقيقاً للصالح العام⁽²⁾.

ولقد اعتبر المشرع الفلسطيني في القانون المدني العرف المصدر الثالث للقواعد القانونية، بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية^(**).

ثانياً : المبادئ العامة للقانون

تعتبر المبادئ العامة للقانون^(***) مصدراً مهماً من مصادر مبدأ المشروعية، هذه الأهمية جاءت بسبب عدم تقنين قواعد القانون الإداري^(****) مما دفع القضاء الإداري إلى اللجوء إلى

(1) عثمان، دروس في قانون القضاء الإداري، في لبنان وفرنسا ومصر (ص18)، وانظر: محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص41).

* يمكن تعديل القاعدة العرفية بإتباع نفس الأسلوب الذي نشأت فيه، وهذا التعديل لا ينقص من القاعدة العرفية أو يقلل من قيمتها القانونية، إذ أن القاعدة القانونية بطبيعتها تقبل التعديل والتغيير لتساير تغيير الظروف وتحقق الهدف منها، كما يلغى العرف إذا صدر نص تشريعي مكتوب، سواء هذا النص دستوري أو عادي أو لائح، لأن العرف في مرتبة أدنى من التشريعات المكتوبة.

(2) جمال الدين، القضاء الإداري (99/1).

** جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني في الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 على أنه (1). تسري نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها. 2. إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

*** من المبادئ القانونية العامة التي كشف عنها مجلس الدولة الفرنسي : مبدأ المساواة أمام القانون- مساواة المنتفعين بخدمات المرافق العامة- المساواة أما الضرائب وأمام الأعيان، ومبدأ حرية العقيدة، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أما مجموعة المبادئ التي قررها القضاء الإداري العربي : مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب

المبادئ العامة للقانون للفصل في العديد من المنازعات الإدارية مما ترتب على ذلك إلغاء القرارات الإدارية لمخالفتها المبادئ العامة للقانون⁽¹⁾.

ويقصد بالمبادئ العامة للقانون "هي مجموعة القواعد غير المكتوبة، التي يقررها أو يكتشفها أو يستنبطها القضاء، ويعلنها في أحكامه، فتكتسب قوة إلزامية، وتصبح بذلك مصدراً من مصادر المشروعية"⁽²⁾.

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بمصر هذه المبادئ بأنها "قواعد غير مدونة مستقرة في ذهن وضمير الجماعة يعمل القاضي على كشفها بتفسير الضمير الجماعي العام، وهذه القواعد المستقرة في الضمير تملئها العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص يقررها"⁽³⁾.

فالمبادئ العامة للقانون لا يشترط ورودها في نص مكتوب، فقد تكون خارجة عنه يستخلصها القاضي من طبيعة النظام القانوني في الدولة، وبذلك تختلف المبادئ العامة للقانون عن المبادئ القانونية الواردة في التشريعات المختلفة، لأن هذه المبادئ تستمد قوتها الإلزامية من المشرع⁽⁴⁾.

وإذا كان الفقه والقضاء قد اعتبرا المبادئ العامة للقانون التي يستخلصها القضاء من الضمير العام للجماعة أو من المشرع كما أسلفنا، مصدراً من مصادر المشروعية التي تلتزم بها جهة الإدارة فيما يصدر عنها من أعمال، إلا أن الخلاف قد ثار حول القيمة القانونية لهذه المبادئ، وتحديد مرتبتها بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى، لذلك سوف نتناول آراء الفقهاء وصولاً لما استقر بهم الحال في تحديد القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون.

الأخرين بلا سبب، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، وضرورة توافر الضمانات التي تكفل للمتهم حق الدفاع في المحاكمات التأديبية، وذلك دون حاجة إلى نص صريح عليها في القانون واللوائح، ومبدأ كفالة حقوق الدفاع، ومبدأ حجية الأحكام،... إلخ. عبد الوهاب، القضاء الإداري (حاشية ص 26).

**** التقنين هو أسلوب من أساليب التشريع يتم بمقتضاه جمع النصوص التي تضم المبادئ العامة والقواعد الأساسية التي تنظم الروابط والعلاقات القانونية لفرع من فروع القانون في وثيقة رسمية واحدة يطلق عليها اصطلاح (التقنين - Code) مثال التقنين المدني والتقنين الجنائي والتقنين التجاري. راجع: غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص 39).

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج 51/1-52).

(2) حافظ، القضاء الإداري (ص 40)، وانظر: عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج 37/1)، وانظر: محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص ص 41-42).

(3) محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص 42).

(4) بسوني، القضاء الإداري اللبناني (ص 32)، انظر: الأغا، القضاء الإداري في فلسطين (ص 34).

الرأي الراجح في الفقه الفرنسي فقد ذهب إلى إعطاء المبادئ العامة للقانون مرتبة التشريع، ويرى أنه ليس من الضروري جعل المبادئ العامة للقانون في نفس مرتبة الدستور لكي تخضع لها اللوائح المستقلة وتنفيد بها، لأنه ليس في دستور 1958 ما يفيد أن اللوائح المستقلة في مستوى التشريع البرلماني^(*)، بل يظل التشريع البرلماني أعلى من اللائحة⁽¹⁾.

أما الرأي الراجح في مصر يرى المبادئ العامة للقانون التي يستخلصها القضاء الإداري تعد أقل درجة من التشريع المكتوب، شأنها في ذلك شأن العرف، فالقاعدة التشريعية أو المكتوبة تستطيع تعديل القاعدة القضائية أو العرفية، أي القاعدة غير المكتوبة، إلا أن العكس غير صحيح، فليس للقاعدة غير المكتوبة أن تعدل قاعدة مكتوبة، ويرى البعض أن ذلك راجع إلى أن التشريع يعبر عن إرادة المشرع الصريحة أما القضاء فإنه يعبر عن إرادة المشرع الضمنية، ومع وجود الإرادة الصريحة لا مجال للإرادة الضمنية⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه وبحق أنه إذا كانت للمبادئ العامة للقانون قوة إلزامية للإدارة كما هو الحال بالنسبة للقواعد المكتوبة، إلا أنها أدنى مرتبة من نصوص القوانين العادية، لأن المبادئ العامة للقانون من اكتشاف القضاء، ولما كان القاضي ملزم بتطبيق النصوص التشريعية فهو لا يستطيع الخروج عليها بما يضعه أو يقره أو يستنبطه من مبادئ قانونية عامة، بل يجب أن تكون هذه المبادئ صدى للقواعد القانونية المكتوبة، ومتفقة مع نصوصها وروحها، وبناء على ذلك لا تستطيع مخالفتها، في حين تمتلك القوانين العادية الصادرة عن البرلمان الخروج على هذه المبادئ بالتعديل أو الإلغاء، فالنتيجة الحتمية أن القوة الإلزامية لهذه المبادئ أدنى من قوة القوانين العادية وليس مساوية لها، أي أن مرتبتها في التدرج القانوني تتوسط بين اللائحة والقانون⁽³⁾.

وفي هذا السياق هناك من يقول : أن المبادئ العامة للقانون ذات قيمة أعلى من المراسيم (القرارات بقوانين)، ولكنها أدنى من التشريع، مما يستوجب على الإدارة أن تنفذ باحترامها في حال غياب أي نص تشريعي معاكس⁽⁴⁾.

* طالما أن المبادئ العامة للقانون في مرتبة متساوية مع القانون العادي، يستطيع المشرع العادي أن يعدل تلك المبادئ أو يلغيها كما يفعل بالنسبة لأي قانون من القوانين المكتوبة.

(1) محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص46).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص68).

(3) حافظ، القضاء الإداري (ص42).

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص109).

ولما كانت المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها من تقرير القضاء الإداري لها في أحكامه، فإن ذلك يعني أنه إذا قرر القضاء الإداري قاعدة أو مبدأ قانوني^(*)، وكان هذا المبدأ أو القاعدة تضمنته النصوص القانونية الأخرى في القانون المدني أو قانون البيئات أو أي قانون آخر هذا لا يعني بالمطلق أنه استمد هذا المبدأ أو القاعدة قوته الإلزامية من النص عليه في تلك القوانين، وإنما يستمد قوته الإلزامية من تقرير القضاء الإداري لهذا المبدأ واعتناقه⁽¹⁾.

وجاء في قانون تشكيل المحاكم النظامية ما يلي : "تتعد المحكمة العليا بحضور أغلبية ثلثي عدد أعضائها على الأقل بناء على طلب رئيسها أو إحدى دوائرها في الحالات التالية : 1. العدول عن مبدأ قانوني سبق ان قرره المحكمة، أو لرفع تناقض بين مبادئ سابقة. 2. إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو تنطوي على أهمية خاصة"⁽²⁾.

وفي نص مادة أخرى من نفس القانون على أنه "يختص المكتب الفني بما يلي : 1. استخلاص المبادئ القانونية التي تقرها المحكمة العليا فيما تصدره من أحكام وتبويبها ومراقبة نشرها بعد عرضها على رئيس المحكمة، 2. إعداد البحوث اللازمة، 3. أية مسائل أخرى يكلفه بها رئيس المحكمة العليا"⁽³⁾.

ثالثاً : السوابق القضائية

السوابق القضائية هي عبارة عن القرارات التي تصدر عن المحاكم في القضايا التي تطرح أمامها، فكل قرار أو حكم صادر عن محكمة عليا يصبح سابقة قضائية للقضايا اللاحقة المتشابهة، ففي إنجلترا تعتبر أحكام محاكم القضاء العالي ملزمة لها ولغيرها، وتتمثل محاكم القضاء العالي في "مجلس اللوردات، ومحكمة الاستئناف، والمحكمة العليا، ومحكمة التاج"⁽⁴⁾.

ويقوم القاضي بدور هام لا يمكن إغفاله في مجال القانون بصفة عامة، والقانون الإداري بصفة خاصة، فهو الذي يكشف غموض النص ويوافق بين النصوص المتعارضة، ويقيس عند عدم

* القضاء الإداري بهذا المعنى لا يخلق المبادئ العامة للقانون، وإنما يقتصر دوره على كشفها والتحقق من وجودها في الضمير القانوني للأمة، ولذلك فمن الواجب على الإدارة والقضاء احترامها والتقييد بها باعتبارها قواعد ملزمة شأنها في ذلك شأن القواعد المكتوبة. انظر: الأغا، القضاء الإداري في فلسطين (ص35).

(1) أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق (ص92)، وانظر: حافظ، القضاء الإداري (ص44).

(2) المحكمة العليا، قانون تشكيل المحاكم النظامية (5/25 لسنة 2001).

(3) المحكمة العليا، قانون تشكيل المحاكم النظامية (5/27 لسنة 2001).

(4) الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون (ص69).

وجود نص، وبالتالي فإن ذلك الأمر له خطره نظراً لكثرة النصوص الإدارية وتشعبها وتعدد موضوعاتها وتباين أدواتها⁽¹⁾.

فوظيفة القضاء حسب الأصل تطبيق القوانين، والفصل في المنازعات المعروضة أمامه، فالمهمة المناطة إليه هي الفصل في المنازعة الواقعة في اختصاصه وإلا اعتبر منكراً للعدالة⁽²⁾، لذلك حدد المشرع للقاضي العادي الأسلوب الذي يسلكه للفصل في المنازعات المعروضة أمامه، فالقاضي يكون دوره مقصور على تطبيق النصوص التشريعية وتفسيرها وجلاء الغموض عنها، ولا يتعدى هذا الأمر إلى حد خلق قواعد قانونية خارج نصوص التشريع⁽³⁾.

إلا أن هذا الأمر مختلف في قواعد القانون الإداري، بسبب الطبيعة الخاصة لهذه القواعد، من حيث عدم تقنين قواعد القانون الإداري وظروف نشأته إلى جانب تعدد مجالات نشاطه، وبالتالي أدت هذه الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري إلى أن يتجاوز القاضي الإداري دور القاضي العادي ليتماشى مع متطلبات المنازعات الإدارية، فيعمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري، وبالتالي يعتبر القضاء مصدر رسمي للقانون الإداري، بل يعتبر أهم مصدر من مصادره، حيث يتعدى دوره إلى التشريع في كثير من الأحيان⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق باعتبار أحكام المحاكم مصدراً من مصادر المشروعية^(*)، محل خلاف فقهي، فمنهم من يرى أن أحكام المحاكم ليست مصدراً من مصادر المشروعية، مستنديين في ذلك على أن المشروعية تتركز على وجود قواعد عامة ومجردة تلتزم الإدارة باحترامها وعدم الخروج عن أحكامها في كل أعمالها وقراراتها، وأحكام القضاء لا تعتبر كذلك إذ إنها نسبية تستند في حجيتها إلى وحدة الخصوم والسبب والموضوع، وبما أنها نسبية فينتفى عنها صفة العموم والتجريد، ومن ثم لا ترقى إلى أن تكون مصدراً من مصادر المشروعية، في حين الرأي الراجح في الفقه يعتبر أحكام المحاكم مصدراً من مصادر المشروعية، لأن القاضي وإن كان له

(1) طلبه، مبادئ القانون الإداري (ص38).

(2) الأغا، القضاء الإداري في فلسطين (ص35).

(3) الحلو، القانون الإداري (ص62)، وانظر: الحلو، القضاء الإداري (ص32-35)، وانظر: الطاهر، القانون الإداري (ص67)، وانظر: الزغبى، القانون الإداري (ص55).

(4) الدواني، مبدأ المشروعية (ص36).

* الذي يعتبر عنصراً من عناصر مبدأ المشروعية في هذا المجال هو مبدأ احترام حجية الشيء المقضي فيه، وعلى ذلك لا تخرج الأحكام القضائية عن كونها أحد تطبيقات المبادئ القانونية العامة التي تعتبر بحق من مصادر المشروعية.

الحق في مخالفة ما وضعه من قواعد ومبادئ، إلا أنه من الناحية العملية لا يحاول ذلك ولا يلجأ إليه، وذلك توفيراً للأمن القانوني(*) للأفراد، بالإضافة إلى ما للأحكام القضائية من قوة أدبية لدى الأفراد والإدارة⁽¹⁾.

وتعتبر السوابق القضائية في النظام اللاتيني مصدراً تفسيرياً، أما المصدر الرئيس فهو التشريع، حيث يعتبر عمل القاضي في التشريعات اللاتينية مقصور على تحديد مدلول الألفاظ التي تتضمنها التشريعات لتنزيل الواقعة عليها، وقد لا يجد نصاً مكتوباً في الواقعة القضائية أو عرفاً صحيحاً، ففي هذه الحال يجتهد وينشئ حلاً للمنازعة المطروحة أمامه مستنداً في ذلك إلى اجتهاده القائم على المبادئ العامة للعدالة، وما يصدر عن القاضي من أحكام ولو كانت مستندة إلى قاعدة أو مبدأ لا يلزم القاضي في القضايا المتشابهة، وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي، حيث منع القضاة من أن يضعوا للفصل في إحدى القضايا مبدأ عاماً يطبق في القضايا المتماثلة⁽²⁾.

أما السوابق القضائية في النظام القضائي الانجلوسكسوني يعتبر من أهم المصادر الرسمية خلافاً لما هو في النظام اللاتيني، حيث لا يعتبر التشريع على أهميته سوى مصدر استثنائي، ولذلك يطلق على النظام في البلاد التي تعتمد النظام الانجلوسكسوني بالنظام غير المكتوب ونظام السوابق القضائية، ويتلخص نظام السابقة القضائية في أن القاعدة التي استند إليها الحكم الصادر من المحكمة يُلزم في حدود معينة المحاكم التي في مرتبة المحكمة التي أصدرته والمحاكم التي أدني منها^(**)، والسوابق القضائية لا تلغى بمجرد مرور الزمن الطويل

* فكرة الأمن القانوني تعني التزام السلطة العامة بتحقيق قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية بهدف توفير الأمن والطمأنينة لجميع أطراف العقد القانوني.

(1) الدواني، مبدأ المشروعية (ص 36-38).

(2) الدغيتير، حجية السوابق القضائية (ص 178-200)، وانظر: الشاعر، وأبو كلوب، المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص 136).

** مثلاً الأحكام الصادرة من مجلس اللوردات في بريطانيا أو من المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر سوابق قضائية ملزمة لجميع المحاكم الإنجليزية على اختلاف درجاتها بما فيها مجلس اللوردات، ولا يمكن أن تعدل في قضية لاحقة مشابهة أو يحكم بخلافها إلا بقانون يصدر عن البرلمان- هذا من حيث المبدأ- إلا أنه في سنة 1967 اعطيت الصلاحية لمجلس اللوردات بتغيير الحكم ونسخه في القضية اللاحقة، وتصبح هي السابقة المعتمدة. والأحكام التي تصدر من محكمة الاستئناف تعتبر ملزمة لمحكمة الاستئناف في القضايا اللاحقة ولا تلزم مجلس اللوردات لأنه أعلى منها، ويستثنى من ذلك القضايا الجنائية حيث يجوز لها العدول عن حكمها السابق لحساسية هذه القضايا وتعلقها بالأمن العام.

عليها، بل يتم تجميع السوابق ونشرها على شكل مسلسلات خاصة بكل محكمة، وتكون معيماً لدارسي القانون والمحامين في الدول التي تتبع النظام الانجليزي⁽¹⁾.

أما في فلسطين فنتيجة لخضوعها إلى العديد من الأنظمة القانونية المتباينة، اتجهت في بعضها إلى النظام اللاتيني ونحو النظام الانجلوسكسوني في بعضها الآخر مما خلق نظاماً قانونياً مختلطاً، إلا أنه لا بد من الوصول إلى نتيجة واضحة تساعد في تحديد الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع الفلسطيني إذ تباينت قوة السابقة القضائية في فلسطين من فترة إلى أخرى، فبرزت قوتها فترة الانتداب البريطاني الذي اعتمد النظام الانجلوسكسوني، حيث صدرت مجموعة من السوابق القضائية التي شكلت إرثاً قانونياً هاماً لفلسطين وخاصة في قطاع غزة الذي لم يكن للإدارة المصرية دور فعال في إسباغ قوانينها عليه. إذ كان النظام القانوني مختلطاً ظهرت فيه السابقة القضائية ولكن لم يأخذ بها وذلك بسبب أن أغلبية القواعد القانونية هي قواعد مكتوبة، وقد لجأت المحاكم بغزة في بعض الأحيان إلى معارضة سابقة قضائية معنية وهذا دليل أنها اعتبرت السابقة القضائية مصدراً يستأنس به واسترشادياً⁽²⁾.

ولما كانت فلسطين تسير على النهج الانجلوسكسوني قبل صدور القانون المدني، إلا أنها لازالت تسير على هذا النهج في فروع القانون الأخرى كالقانون الإداري⁽³⁾.

وبالحديث عن مدى إلزامية السوابق القضائية في النظام القضائي الفلسطيني، نجد باستقراء قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية نص على أنه "إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض تتعقد بكامل هيئتها لإصدار حكمها، ويكون حكمها واجب الإلتباع لدى المحاكم الأخرى وفي جميع الأحوال"⁽⁴⁾.

والواقع العلمي يؤكد على إلزامية السابقة القضائية من الناحية العملية في النظام القضائي الفلسطيني، في الفترة السابقة على صدور القانون المدني رقم (4) لسنة 2012^(*)، لأن القضاء

(1) الدغيثر، المرجع السابق (صص 180-183).

(2) معهد الحقوق، أصول استنباط المبادئ القانونية.

(3) الشاعر، وأبو كلوب، المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص 135).

(4) النقض، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية (2/239 لسنة 2001).

* تتميز أحكام القضاء الإداري بعدم خضوعها للقانون المدني، فالقاضي الإداري إذا لم يجد في المبادئ القانونية القائمة نصاً ينطبق على النزاع المعروض عليه، يتولى بنفسه إنشاء القواعد اللازمة لذلك دون أن يكون مقيداً بقواعد القانون المدني.

يعتبر مصدر احتياطياً تفسيريّاً وليس مصدراً رسمياً من حيث الأصل^(*)، وهذا ما تتفق عليه كلمة الفقه في النظام اللاتيني، وانطلاقاً من هذه الحقيقة، فإن الباحث يرى بأنه في حالة انعدام المصادر الرسمية للتشريع فإن المصادر الاحتياطية^(**) تتعين التطبيق حسب تسلسلها الهرمي، ويجد القاضي الإداري نفسه مرغماً على الأخذ بها وفق هذا التسلسل، تحت طائلة البطلان، لأن المصدر الذي كان مفترضاً أن يكون احتياطياً تعين وأصبح بمثابة المصدر الرسمي، ولم تعد درجته في هذا الفرض كما كانت عليه.

وفي هذا الصدد يرى البعض أن السوابق القضائية تحتل لدينا في النظام القانوني الفلسطيني مكانة بارزة باعتبار أن الأصل التاريخي للقانون الفلسطيني هو القانون البريطاني، فإن كل ما يبتدعه القضاء الإداري لدينا يشكل سوابق لا بد للمحاكم الأخرى أن تحذو حذوها⁽¹⁾.

المطلب الثالث : نطاق مبدأ المشروعية

يقضي مبدأ المشروعية التزام الإدارة بالخضوع لحكم القانون ونزولها على مقتضياته في كل ما تقوم به من أعمال سواء أكانت أعمالاً قانونية أم مادية، فقواعد المشروعية بما تمثله من قواعد قانونية عامة مجردة تلتزم الإدارة باحترامها ومراعاتها في تصرفاتها، حمايةً لحقوق الأفراد وحرّياتهم⁽²⁾.

فمبدأ المشروعية يعني خضوع الحاكم والمحكومين لحكم القانون، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه بعض القيود، حيث تتمثل هذه القيود في ثلاث نظريات استقرت في اجتهاد القضاء وتناولها الفقه بالدراسة وهي نظرية أعمال السيادة أو أعمال الحكومة، ونظرية الظروف الاستثنائية ونظرية السلطة التقديرية، وسوف يقتصر الباحث في هذا الفصل الحديث عن السلطة التقديرية للإدارة، محيلين الحديث للنظريات الأخرى فيما بعد.

* يقصد بالقضاء كمصدر تفسيري للقاعدة القانونية مجموعة القواعد القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدر عن جهة قضائية معينة. ولأزال للقضاء دور مهم في القوانين التي تسير على النهج الانجلوسكسوني حيث تعتبر السوابق القضائية من المصادر الرسمية في هذه القوانين. راجع في هذا المعنى : الشاعر، وأبو كلوب، المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص135).

** وتسمى المصادر التفسيرية أو المصادر الإسترشادية أو المصادر الاستثنائية، ويقصد بهذه المصادر الفقه والقضاء، فالقضاء يفسر القانون، والقاضي يطبقه، فمهمة كلاً من الفقه والقضاء هو تفسير القانون وتطبيقه. انظر: الشاعر، وأبو كلوب، المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص133).

(1) الأغا، القضاء الإداري في فلسطين (ص36).

(2) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص51).

الفرع الأول : السلطة التقديرية للإدارة

يحدد المشرع عند تقرير اختصاصات الإدارة بأسلوبين، فهو إما أن يمنحها اختصاصاً أو سلطة مقيدة، أو يمنحها اختصاصاً أو سلطة تقديرية^(*)، فمتى حدد المشرع للإدارة شروط ممارسة الاختصاص ورسم لها حدوده، وأجبرها على التدخل في حالة توفر هذه الشروط كانت سلطة الإدارة في هذه الحالة سلطة مقيدة. وفي حال ترك المشرع للإدارة قدراً من الحرية سواء بالنسبة لاتخاذ الإجراء أم عدم اتخاذه، أو بالنسبة لأسباب اتخاذه، بحيث تمتلك تقدير ملائمة التصرف، واختيار الوقت المناسب لاتخاذه كانت سلطة الإدارة تقديرية⁽¹⁾.

أولاً : مدلول السلطة التقديرية

السلطة التقديرية بمعناها الواسع تعني "تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عند ممارسة اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، أو اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له، أو تحديد محله"⁽²⁾.

أما السلطة المقيدة هي "السلطة التي يقرر فيها الشارع اختصاصاً معيناً لموظف أو هيئة، ويبين من الوهلة الأولى الغرض الذي يجب على الموظف أو الهيئة التي تباشر هذا الاختصاص أن تسعى إليه، كما أن الشارع يبين الشكل الذي يجب على الموظف أن يتبعه للوصول إلى هذا الغرض"⁽³⁾.

ونكون إزاء سلطة تقديرية^(**) - تتمتع بها الإدارة - إذا كانت الإدارة في مواجهة ظروف معينة غير مقيدة بالتصرف على نحو معين، فيترك لها القانون حرية مباشرة نشاطها دون أن

* يقول الاستاذ ميشو عن السلطة التقديرية منذ أوائل القرن العشرين أنه (توجد سلطة تقديرية كلما كانت الإدارة تتصرف بحرية دون أن يكون التصرف الذي تتخذه مفروضاً عليها مقدماً بحكم القانون)، الحلوى، القانون الإداري (ص610).

(1) حافظ، القضاء الإداري (صص 48-49).

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

(3) حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها (صص 95-96).

** تتمتع الإدارة بقدر من الحرية فيما يخص قرارات الترقية بالاختيار فموقعها يؤهلها من معرفة الموظف المعني بالترقية وقدراته ومؤهلاته ومدى التزامه وأدائه الوظيفي، ولها أن تقدر إذا كان يستحق هذه الترقية من عدمها، إلا إنها ليس لها ذلك في حال كانت الترقية بالأقدمية، كما تتمتع بسلطة تقديرية في توقيع الجزاءات التأديبية وتكبيف الأخطاء الوظيفية، إلا إنها مقيدة بأنواع الجزاءات التي يمكن لها أن توقعها على الموظف المخالف.

يفرض عليها سلوكاً معيناً تلتزمه في تصرفاتها لا تحيد عنه⁽¹⁾. ونكون إزاء سلطة مقيدة^(*) إذا قيد القانون إرادة الإدارة وألزمها باتخاذ القرار بتوافر ظروف واجتماع عناصر ووقائع معينة⁽²⁾.

مثال على السلطة التقديرية للإدارة ما جاء في قانون الخدمة المدنية على أنه "1- يفقد الموظف وظيفته إذا تغيب عن عمله دون إذن مدة تزيد عن خمسة عشرة يوماً متصلة ما لم يقدم عذراً مقبولاً..."⁽³⁾. فقبول العذر من عدمه متروك للإدارة وبذلك تكون سلطتها تقديرية في هذا الشأن.

ومثال على السلطة المقيدة للإدارة ما ورد في قانون الخدمة المدنية على أنه " لا يجوز إحالة الموظف إلى التحقيق وفقاً لأحكام هذا القانون بسبب مخالفة تأديبية مضي على اكتشافها أكثر من ستة أشهر"⁽⁴⁾. وهنا الإدارة مقيدة بمدة معينة بانقضائها لا يجوز لها بإجراء التحقيق في المخالفة التأديبية لانقضاء الميعاد الذي حدده المشرع.

ثانياً : معايير التفرقة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية

هناك العديد من المعايير التي ساقها الفقهاء للتفرقة بين الاختصاص المقيد والصلاحيية التقديرية نذكر منها :

1- معيار الرقابة القضائية، حيث إذا مارس القضاء رقابته على العمل الإداري- أي بحث مشروعيته- كانت صلاحية الإدارة مقيدة، وإذا انتفت هذه الرقابة نكون بصدد صلاحية تقديرية^(**).

2- معيار مدى إلزامية القواعد القانونية، فإذا كانت القواعد حاسمة أو قاطعة نكون أمام سلطة مقيدة، وإذا كانت القواعد جوازية تترك لمن يخضع لأحكامها حرية الاختيار كنا بصدد سلطة تقديرية^(***).

(1) شبحا، القضاء الإداري (ص135).

* تكون الإدارة مقيدة في مجال الاختصاص، وفي الأشكال والإجراءات والأجال، وتحقيق المصلحة العامة.

(2) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (ص50).

(3) التغيب عن العمل، قانون الخدمة المدنية (4/90 لسنة 1998).

(4) تقادم المخالفات التأديبية، قانون الخدمة المدنية (4/73 لسنة 1998).

** هذا المعيار كان ينسجم في مرحلة من مراحل الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي استبعد بعض أعمال الإدارة من ميدان الرقابة القضائية، لكنه عدل عن ذلك الاجتهاد القضائي وأخضع جميع القرارات الإدارية لرقابته بدرجات متفاوتة.

*** إلا أن بعض الفقه يرى أن معيار التفرقة بين القواعد الوجوبية والجوزية واسعة وفضفاضة يصعب تحديدها بصورة دقيقة، لهذا استعان أنصار هذا الرأي بركن الغاية في محاولة ضبط هذا المعيار، إلا أن معيار الغاية ثابت لا يتغير في جميع أعمال الإدارة القانونية ويتمثل في تحقيق المصلحة العامة سواء أكانت صلاحية الموظف العام تقديرية أم مقيدة.

3- معيار مدى عمومية وتجريد القاعدة القانونية، يكون الاختصاص مقيد إذا اقتصر قرار رجل الإدارة على التنفيذ الحرفي والآلي للقاعدة التي استمد منها اختصاصه، دون أن يضيف عليها عناصر جديدة، وإذا كان بمقدور رجل الإدارة أن يضيف في قراره عناصر جديدة استناداً إلى القاعدة التي استمد منها اختصاصه نكون أمام سلطة تقديرية(*) .

4- معيار مدى كفاية تحديد النظام القانوني، يعتمد هذا المعيار على القاعدة القانونية التي يستمد منها السلطة، فإذا كانت جازمة بالصلاحيات المطلقة والمقيدة كانت كذلك، أما إذا تركت بدون دلالة جازمة تكون حينها السلطة تقديرية⁽¹⁾ .

وتعليقاً على هذه المعايير يرى الباحث أن أفضل معيار من هذه المعايير التي سيقى بهذا الخصوص هو معيار مدى إلزامية القواعد القانونية الذي يبنى على أساس التفرقة بين القواعد الحاسمة أو القاطعة وبين القواعد الجوازية، لأن المشرع عندما أراد أن تكون سلطة الإدارة مقيدة خاطبها بقواعد أمرية واجبة الاتباع دون أن يترك لها هامش من الحرية، وعندما أراد أن يمنحها قسطاً من الحرية خاطبها بقواعد جوازية ليعترك لها هامش من الحرية في التصرف.

ثالثاً : مبررات السلطة التقديرية

ليس من الممكن أن تظل الإدارة دائماً حبيسة في إطار السلطة المقيدة التي تنزع عنها كل قدر من التقدير ومن حرية الاختيار، حيثما إن ذلك ليس ممكناً فقط بل هو ضار بالمصلحة العامة، ومن ثم يبدو من الضروري أن تمنح الإدارة قدرًا من السلطة التقديرية بجانب السلطة المقيدة⁽²⁾ . لذلك يرى جانب من الفقه أن غياب السلطة التقديرية لن يؤدي إلى إنهاء الإدارة فحسب، بل أنه يعرض النظام السياسي برمته للخطر. لذلك كان هناك عدة مبررات تؤكد على ضرورة السلطة التقديرية للإدارة لعل من أهمها ما يلي :

1- يستحيل على المشرع أن يضع كافة القواعد القانونية التي تعالج بشكل دقيق ومحدد سلفاً المسائل الإدارية المتغيرة، الأمر الذي يتطلب من القانون أن يترك هامش من

* كلما كانت القاعدة القانونية أكثر عمومية وتجريداً اتسع مدى سلطة رجل الإدارة التقديرية ونطاقها نظراً لما يتطلب تطبيق القاعدة القانونية من تخصيص، وبذلك تتجلى السلطة التقديرية أساساً في القدرة على تخصيص القاعدة القانونية، ويكون الاختصاص مقيداً إذا كانت القاعدة أقل عمومية وأقل تجريداً. بحيث لا يمكن أن تستجيب عند تطبيقها لأي تخصيص بل لا تحتمل إلا التنفيذ المادي دون إدخال أي عنصر جديد لتخصيصها.

(1) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج1/68-72).

(2) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/204).

الحرية للإدارة لتعالج من خلالها الوقائع المتجددة والأحداث المتطورة والظروف المتباينة والملابسات المتغيرة⁽¹⁾.

2- كما وأن الإدارة تمتلك خبرة كافية في مجال العمل الإداري فهي الأقدر من غيرها على مواجهة وملاءمة تصرفاتها وفق الظروف المحيطة بالوقائع، إلى جانب هذا تمتلك الإدارة من الإمكانيات المادية والبشرية ما يجعلها الأقدر من غيرها على التعامل مع الظروف والمتغيرات.

3- إلى جانب ذلك يمكن للإدارة من خلال السلطة التقديرية لها أن تتفادى عيوب السلطة المقيدة للإدارة حيث لا يعقل أن تعمل الإدارة وكأنها آلة جامدة تدور فقط حينما يشاء المشرع، وإنما هي جهاز وإدارة في نفس الوقت تهدف إلى تحقيق الصالح العام وتسيير المرافق العامة سيراً حسناً ومستمراً في جميع الظروف والأوضاع، فالإدارة بدون السلطة التقديرية تصبح بلا شك مغلوطة منعدمة الابتكار والتجديد مما يترتب على ذلك عرقلة وشل سير المرافق العامة بل وإلحاق الضرر بفكرة النفع العام ذاتها⁽²⁾.

وفي النهاية، إن وجود السلطة التقديرية إذا كان مفيداً للمصلحة العامة كما نرى، فهو أيضاً لا يمثل اضراراً بحقوق الأفراد، لأن القضاء الإداري استقر على أن السلطة التقديرية لا تعني بحال السلطة المقيدة، وإنما هي تخضع أيضاً للمشروعية وللرقابة القضائية في نواحي هامة ومتعددة، وكل ما هنالك هو أن درجة خضوعها لرقابة المشروعية أقل من خضوع السلطة المقيدة⁽³⁾.

رابعاً : نطاق السلطة التقديرية للإدارة

استقر أغلب الفقه على تعريف القرار الإداري بأنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يحدده القانون بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"⁽⁴⁾. وقد عرفت محكمة العدل العليا برام الله القرار الإداري بقولها " أن القرار الإداري هو إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة وذلك بقصد أحداث أو تعديل مركز قانوني معين، متى كان ذلك ممكناً أو جائزاً قانوناً"⁽⁵⁾.

(1) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي (ص52).

(2) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (صص98-101).

(3) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/205).

(4) محمد، الوجيز في القضاء الإداري ... (ص100)، وانظر، جمال الدين، القضاء الإداري (ج1/220).

(5) حكم رقم 74 لسنة 98 فصل بتاريخ 11/6/2003 (موقع إلكتروني).

وبناء على يتضح جلياً أن عناصر صحة القرارات الإدارية تتمثل في الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية، وبالتالي فإن القضاء الإداري يراقب مشروعية الإدارة، فإذا اعترى أحد هذه العناصر عيب حكم بعدم مشروعية القرار الإداري⁽¹⁾.

وبهذا أستقر الفقه والقضاء الإداريان على أن جميع العناصر الخمس تعد مجالاً للتقيد والتقدير بحسب موقف المشرع منها، وأن سلطة الإدارة تختلف من عنصر لآخر من عناصر القرار الإداري⁽²⁾.

ومن المسلم به أيضاً أن عنصري الاختصاص والشكل في القرار الإداري يجري عليها السلطات المقيدة بحيث يعتبر مخالفاً لمبدأ المشروعية عدم التقيد بالاختصاص أو عدم مراعاة الشكل الذي نص عليه القانون لظهور القرار الإداري، فلا بد بناء على ذلك لكل جهة أو شخص مراعاة قواعد الاختصاص والشكل المنصوص عليه قانوناً، وكلاهما لا يشتمل على سلطة تقديرية، أما العناصر الأخرى للقرار الإداري وهي السبب والمحل والغاية فقد تكون من السلطات المقيدة أو التقديرية⁽³⁾.

وبناء على ذلك عند استعمال الإدارة سلطاتها التقديرية في هذا المجال، فإننا نجد أنه توجد حدود معينة تحد من هذه السلطة في نطاق كل عنصر من عناصر القرار الإداري، كما يتبين لنا على النحو التالي :

1- بالنسبة للاختصاص نجد أن الإدارة لا تملك سلطة تقديرية في هذا الميدان، إذ يوجب القانون أن يصدر القرار من الجهة أو الهيئة التي تملك الاختصاص بإصداره، وبالتالي إذا صدر القرار من جهة غير مختصة يكون حينها القرار مشوباً بعدم الاختصاص ومعرضاً للإلغاء عند الطعن فيه أمام القضاء الإداري⁽⁴⁾.

ويتعلق عيب عدم الاختصاص بالنظام العام وبالتالي يملك القاضي الإداري التصدي له والبحث فيه من تلقاء نفسه⁽⁵⁾.

(1) غانم، الوسيط في القضاء الإداري في فلسطين (ص154).

(2) جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (ص148)، وانظر: شبحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري (ص415).

(3) أبو عمارة، القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة (ص77).

(4) الحلو، القانون الإداري (ص612).

(5) كنعان، القضاء الإداري (ص40).

- 2- أما بالنسبة للشكل فالإدارة تكون ملزمة باحترام الأشكال والإجراءات الجوهرية التي يحددها القانون حماية لمصالح الأفراد وحقوقهم، فإذا خالف القرار الإداري الشكل أو الأجراء المحدد قانوناً يلحق القرار البطلان نتيجة لعبيب الشكل⁽¹⁾.
- إلا أن الإدارة تمتلك سلطة تقديرية في حال كانت الأشكال أو الإجراءات غير جوهرية، في حين لم يحدد القانون حينها شكل معين أو إجراء بعينه، وبالتالي يكون في مقدورها إتخاذ الشكل أو الإجراء الذي تراه مناسباً عند إصدارها القرار⁽²⁾.
- 3- أما فيما يتعلق بالسبب فلا بد لكي يكون القرار الإداري صحيحاً أن يكون مبنياً على سبب صحيح، فالسبب في مقام القرار الإداري يعبر عن الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والتي تدفع الإدارة لاتخاذها، أي الحالة القانونية أو الظروف المادية التي تبرر إصدار القرار الإداري.
- فمتى حدد القانون أسباباً معينة لإصدار القرار فإن الإدارة حينها تكون مقيدة بإتباع هذه الأسباب واتخاذ القرار مستنداً إليها. أما إذا لم يحدد القانون أسباب معينة لإصدار القرار أو حدد أسباب دون تعيين القرار الذي يصدر استناداً لتلك الأسباب، فإن الإدارة حينها تمتلك سلطة تقديرية، وعند استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية فإنه لا يكفي أن يكون السبب الذي استندت إليه لإصدار قرارها موجوداً، بل يجب أن يكون صحيحاً من الناحية القانونية ومبرراً لاتخاذ القرار الإداري.
- كما ويجب أن تكون الوقائع التي تسببت في اتخاذ الإدارة لقرارها صحيحة من ناحية، وأن يكون التكييف القانوني لهذه الوقائع صحيحاً بمعنى أن يكون الوصف القانوني الذي خلعتة الإدارة على الوقائع صحيحاً من ناحية أخرى. وأخيراً أن يكون هناك تناسب أو تلازم بين شدة القرار الإداري المتخذ والوقائع المادية التي حدثت وترتب على حدوثها إتخاذ الإدارة قرارها الإداري⁽³⁾.
- 4- أما بالنسبة للمحل فيقصد به الأثر المترتب على القرار الإداري أو مضمون الأثر القانوني⁽⁴⁾، ففي حال حدد القانون هذا الأثر تكون حينها سلطة الإدارة مقيدة، وبالتالي

(1) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي (ص 56).

(2) عبد الله، القضاء الإداري (ص ص 39-40).

(3) الحلو، القانون الإداري (ص ص 613-614).

(4) بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي (ص 62).

لا تتمتع الإدارة بأيّة خيار، أما في حال لم يحدد القانون الأثر المترتب عن القرار حينها تكون تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية شريطة أن يكون هذا الأثر ممكناً وجائزاً قانوناً⁽¹⁾.

وبهذا فالإدارة تتمتع فيما يخص ركن المحل باختصاص تقديري في ثلاث مسائل، وهي حرية الإدارة في أن تتدخل أو لا تتدخل في إصدار قرار في موضوع ما، ثم حريتها في اختيار وقت التدخل، وأخيراً حريتها في اختيار فحوى القرار، بشرط أن يكون موضوع القرار ممكناً وجائزاً قانوناً، إلى جانب ألا يكون القانون قد ألزمها مقدماً بنوع القرار وفحواه. وبناء على ذلك فإذا كانت الإدارة قد استندت في إصدارها لقرارها الإداري على وقائع مادية معينة، يستوجب ذلك أن تكون تلك الوقائع موجودة فعلاً مستوفية الشروط القانونية التي تجعلها مبرراً لاتخاذ القرار، وإلا أصبح قرارها معيباً ومعرضاً للإبطال⁽²⁾.

5- أما فيما يتعلق بالغاية فيجب مهما كانت سلطة الإدارة متسعة فلا بد أن تكون متقيدة بعنصر الغاية المتمثل في تحقيق المصلحة العامة في كل قرار إداري تتخذه، وإلا أصبح قرارها معيباً بعبء إساءة السلطة أو الانحراف بالسلطة⁽³⁾. كون القانون لما منح الإدارة سلطات وامتيازات هي في حقيقتها وسائل لتحقيق المصلحة العامة. أما في حال حدد المشرع هدفاً خاصاً للقرار الإداري، فيتعين على الإدارة الالتزام بهذا الهدف عند إصدارها لقرارها، وذلك لأن عدم توخيها الهدف المحدد يجعل القرار معيباً بعبء إساءة استعمال السلطة، حتى ولو تذرعت باستهداف تحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

وبالتالي فإن البطلان يلحق القرارات الإدارية التي تتوافر لها أركان انعقادها ولكنها صدرت مخالفة للشروط الموضوعية التي يقررها المشرع، على صورة تجعل هذه المخالفة وإن لم تؤثر في وجود التصرف فإنها تكون ذات مساس بإكتماله قانوناً، ومن ثم فإن عيوب الشكل ومخالفة القانون والسبب والتعسف في استعمال السلطة، إنما مراجع للطعن بالبطلان في القرار الإداري، فإذا مضى وقت معقول على إصداره ونفاذه، دون أن يطعن فيه أصحاب المصلحة مطالبين بإلغائه، ودون أن تلجأ الإدارة إلى سحبه، فإن القرار يعتبر سليماً مرتباً لآثاره من لحظة صدوره، فيزول ما لحق به من عيوب ويكتسب حصانة بمضي المدة، وبالتالي يتحصن من الإلغاء أو

(1) غانم، الوسيط في القضاء الإداري في فلسطين (ص 162).

(2) محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص 106 - 109).

(3) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج 1/208).

(4) عبد الله، القضاء الإداري (ص 42).

السحب⁽¹⁾. أما إذا لحق القرار عيب عدم الاختصاص يجب أن نفرق بين عيب عدم الاختصاص الجسيم الذي لا يتحصن بمرور المدة المقررة للطعن فيه، لأنه يعتبر من القرارات المنعدمة، وبين عيب عدم الاختصاص البسيط الذي يتحصن بمرور المدة المقررة للطعن بالإلغاء⁽²⁾.

الفرع الثاني : الرقابة القضائية على السلطة التقديرية

لقد استقر الأمر على أن السلطة التقديرية للإدارة ليست امتيازاً لها بقدر ما هي واجب بغرض الصالح العام، وبالتالي فإن الإدارة ملزمة دائماً في حال ممارستها السلطة التقديرية بالبحث عن عنصر الملاءمة، فهو يجعل الإدارة في مواجهة التزام قانوني داخل إطار المشروعية، وبناء على ذلك لا تعتبر السلطة التقديرية للإدارة سلطة تحكمية أو تعسفية^(*) بل هي في حقيقة الأمر سلطة قانونية تخضع مثل سائر السلطات للرقابة على مشروعيتها⁽³⁾.

ونقتضى المصلحة العامة الجمع في تحديد سلطات الإدارة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، على أن يكون معلوماً أنه لا توجد سلطة تقديرية مطلقة، كما أن إمكانية التقدير لا تكون منعدمة في كل الأحوال في حالة السلطة المقيدة، وإن الإدارة تخضع لمبدأ المشروعية ولرقابة القضاء الإداري سواء صدرت أعمالها عن سلطة تقديرية أم عن سلطة مقيدة، وإن اتسع خضوعها في الحالة الثانية عنه في الحالة الأولى⁽⁴⁾.

ويقوم القضاء الإداري بمراقبة مشروعية القرار الإداري في مختلف عناصره، غير أن رقابته في حالات اختصاص الإدارة المقيد تكون أوسع نطاقاً من رقابته في حالة السلطة التقديرية، خاصة فيما يتعلق بعنصري المحل والسبب⁽⁵⁾.

(1) جمال الدين: محمود، القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة (ص353).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص350-353).

* في هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر على أنه (...أن السلطة التقديرية لجهة الإدارة في الاعتراض أو عدم الاعتراض ليست سلطة مطلقة أو تحكمية وإنما يتعين أن يكون قرارها في هذا المجال له ما يبرره وقائماً على أسباب مقبولة ومنطقية) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام 6740 و 7305 و 11648 لسنة 54 و 5825 و 5951 لسنة 55 قضائية عليا بجلسة 2010/5/22 (مرجع إلكتروني).

(3) المسلماني، الوسيط في القضاء الإداري (ص34).

(4) عبد الباسط، القضاء الإداري (ص31-32).

(5) الحلو، القانون الإداري (ص615).

إذن فالرقابة التي تمارس على سلطة الإدارة المقيدة هي رقابة مشروعية، وغاية هذه الرقابة التأكد من مدى التزام الإدارة باحترام ما قرره المشرع من قواعد وأحكام، وبالتالي فإن رقابة المشروعية ترتبط ارتباطاً مباشراً بسلطة الإدارة المقيدة⁽¹⁾.

ويتضح للباحث أن رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات الصادرة من قبل الإدارة استناداً لصلاحياتها المقيدة تكون قوية وصارمة، فيتحقق القضاء بسهولة من مدى توافر الأسباب التي حددها القانون بصورة دقيقة، والمسلك الذي يتعين على الإدارة إتباعه، وعليه يعد القرار غير مشروع إذا لم تتبع المسلك الذي حدده القانون صراحةً والزامها بإتباعه.

وإلى جانب الاختصاص المقيد الممنوح للإدارة فإنها تتمتع باختصاصات تقديرية، وبالتالي تمتلك وحدها ملاءمة ما تتخذه من قرارات⁽²⁾.

والأصل أن القضاء الإداري لا يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ما دام أن قرارها في حدود القانون، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها "ليس للقضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة في هذا الشأن - السلطة التقديرية - مادام قد خلا من إساءة استعمال السلطة وابتغى وجه المصلحة العامة"⁽³⁾.

لأنه من الضروري والجوهرى أن تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية كشرط أساسي لفاعلية العمل الإداري، حيث أن هناك شبه إجماع من الفقه على وجوب منح الإدارة هامشاً من الحرية تتمكن من خلال هذا الهامش من ممارسة الاختصاصات ذات الطابع الفني كونها هي الأقدر على معرفة التعامل مع المتغيرات من غيرها.

وأكدت محكمة العدل العليا بغزة على ذلك بقولها "... وتود المحكمة أن تنوه بادئ ذي بدء أنه ولئن كان من المقرر أن القضاء الإداري لا يجوز له مراقبة ملائمة القرار الإداري إلا أنه من المسلمات أن من حقه البحث في صحة الوقائع المادية التي أنبنى عليها هذا القرار بل وتقدير هذه الوقائع باعتبارها من العناصر التي يقوم عليها، ثم ينزل عليها الحكم الصحيح في

(1) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص110).

(2) محمد، المرجع السابق (ص111).

(3) إمام، القضاء الإداري "مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة" (ص57)، وانظر: محمد،

الوجيز في القضاء الإداري (ص111).

القانون، ذلك لأن وجود السلطة التقديرية لا يحول دون الرقابة القضائية بالنسبة لعناصر شرعية القرار الإداري...⁽¹⁾.

وبناء على ذلك يرى الباحث أن الإدارة لا تكون بمنأى عن رقابة القضاء عند تمتعها بالسلطة التقديرية، بل هناك ضوابط يفرضها القضاء على جهة الإدارة عند ممارسة اختصاصها التقديري وبالتالي يجب على الإدارة مراعاة واحترام تلك الضوابط وإلا غدت أعمالها غير مشروعة وهذه الضوابط كالتالي :

أ- يجب أن تهدف الإدارة عند ممارسة اختصاصها التقديري الصالح العام، وفي هذا المقام لا يراقب القضاء الاختصاص التقديري في حد ذاته ولكن يهدف إلى التأكد من استخدامه في الغرض الذي شرع من أجله.

ب- كما ويجب على الإدارة أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال لقيامها بسلطتها التقديرية، وأن تمارس اختصاصها التقديري بعيداً عن البواعث الشخصية^(*)، كما يشترط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه، وبالتالي فإن القضاء لا يراقب التقدير في حد ذاته، ولكن يراقب كيفية ممارسته والظروف المحيطة به.

ت- ويجب أن تلتزم الإدارة في ممارستها لاختصاصها التقديري بالحدود التي رسمها المشرع⁽²⁾.

ث- ولا بد أن يتناسب الإجراء المتخذ من قبل الإدارة استناداً على سلطتها التقديرية مع خطورة الوقائع التي بني عليها الإجراء خصوصاً في حالة استخدام أساليب الضبط الإداري التي يتعرض لحريات الأفراد.

ولقد قضت محكمة العدل العليا بغزة على أنه "السلطة التقديرية التي منحها القانون للإدارة لا تحول دون الرقابة القضائية على شرعية وصحة القرار الإداري، لأن هذه السلطة ليست امتيازاً

(1) الطلب رقم 1995/76 جلسة يوم 1996/3/11، نصرالله، وجرادة، العدل العليا في عشرين عاماً (ص38).

* حيث قضت محكمة العدل العليا- رام الله- في حكمها رقم 253 لسنة 2008 والذي فصل بتاريخ 2009/9/9 على أنه (... واستناداً الى أحكام القانون الأساسي لسنة 2003 وقانون الاستملاك لسنة 1953 وان استملاك قطع الأراضي كان للمنفعة العامة وذلك حسب ما هو واضح من الإعلان المنشور في الوقائع الفلسطينية بتاريخ 15 حزيران لسنة 2008 وأنتنا نجد ان سلطة الاستملاك هي سلطة تقديرية لا معقب عليها طالما كانت متفقة مع مبدأ المشروعية، وغير مشوبة بإساءة استعمال السلطة ووفقاً لمقتضيات الصالح العام ويعبده عن البواعث الشخصية أو بقصد الانتقام....)

(2) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص 111- 112).

لها وإنما هي ضرورة استلزمها حسن سير المرفق وتحقيق العدالة عند تطبيق الأنظمة واللوائح، والإدارة ليست حرة في أن تطلق العنان لنفسها ولتصوراتها حول الهدف الرئيس من القرار الذي تصدره بل عليها أن تنقيد بأحكام القانون وتسبب قرارها ويكون هدف مصدر القرار هو تحقيق المصلحة العامة، أي أن يسعى مصدر القرار الإداري إلى تحقيق المصلحة⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق يتضح أن سلطة الإدارة التقديرية ليست مطلقة من كل قيد بل تخضع لرقابة القضاء، ولكن هل يعني ذلك أن القاضي الإداري أصبح هنا قاضي ملاءمة؟

حيث يرى جانب من الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى أن القاضي الإداري وهو يراقب السلطة التقديرية للإدارة لا يتحول إلى قاضي ملاءمة، بل يبقى قاضي مشروعية، والسبب في ذلك أن الملاءمة قد تكون في بعض الأحيان شرطاً من شروط مشروعية القرار الإداري. ويتمثل ذلك عند بحث القاضي الإداري في مدى ملاءمة القرار الإداري فيجد من الضروري الذي لا غنى عنه الكشف عن مشروعية القرار محل الطعن.

وبالتالي فإن الملائمة ليست دائماً داخلية في مجال السلطة التقديرية، بل توجد بعض حالات الملاءمة التي ليست متروكة تماماً لتقدير الإدارة، ومن ثم يستطيع القاضي الإداري مراقبة عمل الإدارة في مثل هذه الحالات. وخير مثال على ذلك القرارات الإدارية المقيدة للحرية. والخلاصة من كل ما تقدم أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة تخضع لرقابة القضاء، وحدود تلك السلطة التقديرية يتمثل في وجوه المشروعية المختلفة التي يجب على الإدارة مراعاتها واحترامها، وبالتالي عدم تجاوزها، وأنه لا تعارض بين مبدأ المشروعية والسلطة التقديرية كون هذه الأخيرة ليست مطلقة من كل قيد بل تظل تلك الحرية خاضعة لرقابة القضاء الإداري الذي يرد جهة الإدارة إلى جادة المشروعية كلما انحرفت أو حاولت الخروج عليها أو الالتفاف حولها⁽²⁾.

ويرى الباحث أن السلطة التقديرية للإدارة لا بد منها حيث تعتبر الإدارة هي الجهة الكفيلة والأجدر في تقدير اختصاصاتها إلى جانب ما يلزم تلك الاختصاصات والمهام من سلطات وامتيازات تتمتع بها الإدارة- لكي تستطيع أن تسهر على إشباع حاجات الأفراد في المجتمع وتسيير المرافق العامة بانتظام وإطراد، مع مراعاة القواعد القانونية التي تفرض على الإدارة أن تكون أعمالها وتصرفاتها تدور في فلكها ولا تخرج عليها.

(1) الطلب رقم 2014/131 جلسة يوم 2015/5/12، نصر الله، وجرادة، العدل العليا في عشرين عاماً (ص524).

(2) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص113).

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على الأعمال

التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف

العادية

الفصل الثاني : الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف العادية

تحرص الدساتير والأنظمة الداخلية إلى توضيح الآليات الدستورية والتشريعية التي تمر بها عملية التشريع منذ أن كان مجرد فكرة إلى أن يصبح قانون واجب التنفيذ، إذ يمر مشروع القانون بالعديد من القنوات الدستورية والتي لكل منها متطلبات وأجال زمنية معينة، وقد عالج المشرع الفلسطيني والأنظمة المقارنة مراحل العملية التشريعية، وما يهمننا بهذا الصدد، دور السلطة التنفيذية في سن التشريعات العادية.

والتشريع بمعناه الواسع يضم التشريع الدستوري والعادي والفرعي، وإذا كان هذا الأخير من اختصاص السلطة التنفيذية، والتشريع العادي بحسب الأصل من اختصاص السلطة التشريعية، إلا أن السلطة التنفيذية لها دور في التشريع العادي.

ولكون العملية التشريعية عملية معقدة نسبياً، فإن السلطة التنفيذية لها دور بجانب السلطة التشريعية في هذه العملية، إلا أن حجم هذا الدور يختلف من دولة إلى أخرى بحسب طبيعة النظام القانوني السائد في كل منها، ففي الدول النامية يتولى المجلس التشريعي مهمة اقتراح معظم السياسات التشريعية ووضعها في قالب تشريعي باعتباره الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل بالتشريع، في حين يتولى هذا الدور في دول أخرى وخاصة المتقدمة منها مجلس الوزراء (الحكومة) باعتبارها الجهة المختصة بوضع وتنفيذ السياسات العامة في الدولة من خلال البرامج الحكومية، وبالتالي يقتصر دور المجلس التشريعي في هذه الدول على الرقابة العامة على هذه السياسات والقوانين استناداً إلى البرنامج الحكومي الذي تم على أساسه منح الثقة للحكومة⁽¹⁾.

وبناءً على ما سبق سوف نتناول الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف العادية، لبيان دور السلطة التنفيذية في مراحل سن القوانين العادية هذا من جانب، ومن جانب آخر سوف نتناول الرقابة القضائية على التشريعات الفرعية، بمعنى على اللوائح الإدارية (التنفيذية والمستقلة). وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

- المبحث الأول : الرقابة القضائية على دور السلطة التنفيذية في سن التشريعات العادية.
- المبحث الثاني : الرقابة القضائية على التشريعات الفرعية.

(1) الإطار القانوني والتنظيمي لإدارة الحكومة للعملية التشريعية : الواقع الفلسطيني (ص11).

المبحث الأول : الرقابة القضائية على دور السلطة التنفيذية في سن التشريعات العادية.

تمر العملية التشريعية - عملية سن القوانين - بعدة مراحل سوف نتناولها بالدراسة للوقوف على المراحل التي تشترك فيها السلطة التنفيذية في هذه العملية، وبعد ذلك نتناول حدود الرقابة القضائية على هذا الدور الذي تقوم به السلطة التنفيذية، وهي في مجملها مرحلة اقتراح القوانين، ومرحلة المناقشة، وأخيراً مرحلة المصادقة على مشروعات القوانين وإصدارها. وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

- المطلب الأول : مراحل وآليات سن القوانين العادية
- المطلب الثاني : الرقابة القضائية على مرحلتي الاقتراح والتصديق.

المطلب الأول : مراحل وآليات سن القوانين العادية

تمر العملية التشريعية بثلاث مراحل أساسية، تبدأ بمرحلة اقتراح القوانين، والثانية مرحلة مناقشة هذه القوانين، والأخيرة تتمثل في مرحلة التصديق أو الاعتراض على مشاريع القوانين. والمعروف أن السلطة التنفيذية تشترك مع السلطة التشريعية في عملية سن التشريعات العادية في مرحلتي الاقتراح والتصديق لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : مرحلة اقتراح القوانين

ويعرف الاقتراح بأنه "عرض مشروع القانون على السلطة المختصة بالتشريع ابتغاء استيفاء الإجراءات الواجبة دستورياً لصدور تشريع به"⁽¹⁾.

وتتفق أغلب الدساتير في الأنظمة السياسية الحديثة بأن اقتراح القوانين من الأعمال التي تشترك فيها السلطتين التشريعية والتنفيذية على السواء، إلا أنه في حقيقة الأمر تعتبر السلطة التنفيذية صاحبة الأسبقية في اقتراح القوانين بسبب ظروف واقعية مفروضة، وتختلف التسمية فيما إذا صدر اقتراح القوانين من الحكومة أم من السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي، فاقترح القوانين من قبل الحكومة يسمى مشاريع القوانين، أما اقتراح القوانين من عضو أو أكثر من أعضاء المجلس البرلماني فتسمى اقتراحات قوانين^(*).

(1) البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية (ص253).

* بعض الأنظمة تميز بين مشاريع القوانين ومقترحاتها، فمثلاً في فرنسا نعتبر مشاريع القوانين تلك التي تقدم من قبل الحكومة، بينما المقترحات من قبل المجلس التشريعي نفسه، وتكون المشاريع المقدمة من قبل السلطة التنفيذية مقدمة من حيث مناقشتها على تلك المقترحات المقدمة من المجلس التشريعي. انظر : الإطار القانوني والتنظيمي لإدارة الحكومة للعملية التشريعية : الواقع الفلسطيني.

وتعتبر مرحلة اقتراح مشروعات القوانين المرحلة الأولى من مراحل العمل التشريعي، والتي تمثل جوهر القانون وتؤسس لبنته الأولى، وذلك باعتبار أن القانون هو في الأصل عبارة عن فكرة يراد إدراجها في النظام القانوني، واقتراح الأخذ بهذه الفكرة تعد أول مرحلة في عملية سن التشريع⁽¹⁾.

وبالتالي فإن قبل عملية اقتراح القوانين لا يكون لمشروع القانون أي وجود قانوني، بل يتبلور بدايته ووضع حجر الأساس في بنائه من خلال اقتراح القانون. أما بعد الاقتراح يصبح معروضاً أمام البرلمان، ويجب على الأخير أن يفحصه ليقره كما هو أو يعدله أو يرفضه⁽²⁾.

هذا وقد يتضمن مشروع القانون المقترح الرغبة في إصدار قانون جديد ينظم موضوعاً لم يتناوله بالتنظيم قانون بعد. ولربما يتضمن تعديلاً لقانون قائم في الواقع تعديلاً جزئياً، أو تعديلاً كلياً بإحلال القانون المقترح محل القانون القائم⁽³⁾.

والراجح في الفقه يذهب إلى أن الاقتراح هو أول جزء في العملية التشريعية فهو العمل الذي يكون جوهر القانون ويؤسس لبنته الأولى وبذلك يعد أحد الأعمال التي تساهم في وجود القانون، ولا يقتصر دوره على إعداد القانون وتحضيره فحسب. كون أن اقتراح القانون ليس فقط الباعث أو الدافع وإنما هو القانون جنياً، وبالتالي فإن العمل التشريعي لا يبدأ من فراغ وإنما يستند إلى فكرة تكون جوهره وماهيته، ويطورها حتى يصل إلى درجة الاكتمال. ووفقاً لهذا الرأي يعتبر اقتراح القوانين أحد الإجراءات التشريعية اللازمة لوجود القانون فهو عمل تشريعي بالدرجة الأولى فهو الذي يجعل البرلمان قادر على فحص مشروعات القوانين وإقرارها وهو الذي يخلق القانون⁽⁴⁾.

فالاقترح هو الحركة الأولى التي تنبثق عنها جميع الحركات التالية للعملية التشريعية ولولاه لما كانت موافقة البرلمان ولا التصديق ولا الإصدار أو النشر، وبغيره لا تستطيع الحكومة ولا أعضاء البرلمان إضافة جديد إلى النظام القانوني القائم⁽⁵⁾.

(1) البياتي، مراحل العملية التشريعية في الدساتير العراقية (ص8).

(2) محسن، اقتراح القوانين بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية... (ص69).

(3) حسن، مبادئ القانون الدستوري في الكويت (ص184).

(4) عثمان، والطماوي، القانون الدستوري (ص341).

(5) الحسن، القانون الدستوري والدستور في لبنان (ص242).

إلا أن البعض يرى أن حق الاقتراح لا يعتبر من ضمن الأعمال التشريعية، وذلك لأنه لا يؤثر في القوة القانونية لمشروع القانون، وتقوم السلطة التنفيذية بتقديم اقتراحات ومشاريع القانون بمنطلق حاجياتها له، وليس من منطلق مشاركتها للسلطة التشريعية⁽¹⁾.

وسلطة المبادرة بالتشريع تمثل أساس السلطة التشريعية ومنطلق الصناعة القانونية، إذ تمثل حسب الفقيه روبيه كولار مفتاح الحكم حيث يقول: "من يملك حق الاقتراح هو الذي يحكم". ولما كانت عملية سن التشريعات (القوانين) من الأمور الرئيسية في الدولة، تكفل الدستور عادة بتنظيمها من حيث من له حق اقتراحها، والسلطة التي لها الحق في الموافقة عليها وإقرارها، وكذلك تحديد السلطة التي تتولى إصدارها وإجراءات نشرها⁽²⁾.

وعليه فاقترح القوانين كخطوة من خطوات العملية التشريعية والتي تنتهي بإصدار القانون في أغلب الأحيان، جعل المشرع الدستوري لم يتركها من دون تنظيم، فهي تمثل النواة الأساسية في عملية سن القوانين والتي تحرص الدساتير على تنظيمها بدقة، كما وأنها تتعلق بتحديد اختصاص سلطات الدولة، ومن ثم كان على المشرع الدستوري - حتماً مقضياً - أن يتناولها بالتنظيم⁽³⁾.

ويتشترط لممارسة حق اقتراح القوانين توافر عنصر موضوعي وآخر شخصي، فمن الناحية الموضوعية يستلزم أن يستهدف الاقتراح وضع أسس التشريع الأولى مما يترتب على ذلك أن يكون موضوع الاقتراح من المسالك التي يعالجها الدستور، فلا يكفي أن يكتب على رأس الفكرة عبارة "اقتراح" بل لابد أن يتقيد المقترح بالحدود الدستورية التي تبين نطاق القانون هذا من ناحية، أما من الناحية الشخصية يشترط أن يتقدم الاقتراح ممن خوله الدستور هذه المهمة، فالصحيفة التي يتقدم بها أحد المواطنين لا تعتبر اقتراحاً ما لم يتبنى أحد أعضاء البرلمان أفكارها أو أن يتم تبنيها من قبل مجلس الوزراء، فحق الاقتراح يعتبر هو الحق الذي يمارسه أحد المختصين بذلك بقصد وضع أساس التشريع، ويعتبر العمل مشروع قانون أو اقتراح بقانون متى توافرت عناصره السابقة⁽⁴⁾.

(1) أبو كميل، صلاحيات رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في سن التشريعات العادية (ص125).

(2) فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات (ج1/47).

(3) فتح الباب، المرجع السابق (ج1/61-62).

(4) حلمي، المبادئ الدستورية العامة (ص12).

وتختلف النظم المقارنة فيمن يملك حق الاقتراح حيث نظمت حق الاقتراح في ثلاثة اتجاهات مختلفة، حيث في بعض منها خولت السلطة التشريعية وحرمت التنفيذية من هذا الحق، وفي بعضها الآخر خولت الأخيرة وحرمت الأولى، إلا أن هذا الحق في الغالب مشترك بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

حيث يمنح الدستور حق اقتراح القوانين لكل من السلطتين التنفيذية والتشريعية في آن واحد، حيث أخذ بفكرة الاقتراح المشترك في فرنسا في دستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946م، وسار على نفس الاتجاه دستور الجمهورية الخامسة 1958م⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإن الاقتراح المشترك أقرته الدساتير البرلمانية التي أخذت بمبدأ الفصل المرن بين السلطات الذي يعبر عن التعاون والتعاقد بين السلطات، حيث ساد الاقتراح المشترك في النظام الدستوري الانجليزي وخول حق الاقتراح للحكومة والبرلمان⁽²⁾، كما وسارت الدساتير العربية على هذا النهج وأخذ به المشرع المصري في دستور 1971م، والدساتير المتعاقبة في الآونة الأخيرة^(*).

وحق الاقتراح المشترك أمر لا غنى عنه كونه يبسط نوع من الرقابة على العملية التشريعية بين السلطتين هذا من ناحية، ويتفادى العيوب التي يمكن أن تترتب في حال انفراد سلطة من السلطتين بهذا الحق، إلى جانب ذلك يعتبر اشتراك السلطة التنفيذية في حق الاقتراح يمثل أحد الوسائل التي تستخدمها لتحقيق السياسة العامة التي ترسمها وتنفذها في فلك القانون من ناحية أخرى⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد سار المشرع المصري على نفس الاتجاه حيث خول هذا الحق لكل من رئيس الجمهورية وأعضاء مجلس الشعب، في نص المادة (109) من الدستور المصري سنة 1971 بقوله " لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين".

(1) محسن، اقتراح القوانين بين المبادرة التشريعية البرلمانية والمبادرة الحكومية... (ص70).

(2) عثمان، والطماوي، القانون الدستوري (ص422).

* حيث جاء في دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2012 ، وكذلك دستور 2014، ليؤكد المشرع الدستوري من خلال نصوصهما على حق اشراك السلطتين التنفيذية والتشريعية في حق الاقتراح.

(3) غزوي، الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري ... (ص132).

ووفقاً لما جاء به الدستور يكون حق الاقتراح مكفولاً لكل من رئيس الجمهورية وهو رئيس السلطة التنفيذية ولأعضاء مجلس الشعب. وبذلك يكون حق الاقتراح حقاً مشتركاً بين السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الدولة وبين أعضاء السلطة التشريعية⁽¹⁾.

إلا أن المشرع الدستوري المصري في دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2012 لم يحصر سلطة اقتراح القوانين في شخص رئيس الجمهورية أو في أحد أعضاء مجلس الشعب، بل أضاف جهة أخرى مكنها من حق اقتراح القوانين وهي الحكومة حيث جاء في نص المادة (101) من الدستور المصري لسنة 2012 على أنه "الرئيس الجمهورية، وللحكومة، ولكل عضو في مجلس النواب، اقتراح القوانين....".

وكذلك جاء الدستور المصري لسنة 2014 متوافقاً مع ما جاء به دستور مصر لسنة 2012، اللهم أنه استبدل كلمة "الحكومة" بـ "مجلس الوزراء"، حيث نصت المادة (122) على أنه "الرئيس الجمهورية، ولمجلس الوزراء، ولكل عضو في مجلس النواب اقتراح القوانين".

وبناء على ذلك يتضح أن المشرع المصري سواء في دستور 2012 أو دستور 2014 قد منح حق اقتراح القوانين إلى رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية، وإلى الحكومة ممثلة في مجلس الوزراء، إلى جانب أعضاء المجلس النيابي (البرلمان).

أما فيما يتعلق بالوضع في فلسطين فإن حق الاقتراح كان في الفترة السابقة على القانون الأساسي الفلسطيني والنظام الداخلي للمجلس التشريعي ممنوح للسلطتين التشريعية والتنفيذية حيث كانتا تتقاسمان حق المبادأة واقتراح القوانين، وكان ديوان الفتوى والتشريع التابع لوزارة العدل هو الذي يتولى مهمة إعداد التشريعات من الناحية الفنية بموجب القانون رقم (4) لسنة 1995، حيث كانت الوزارة المعنية تقوم باقتراح القوانين، ومن ثم تعرض الأمر على مجلس الوزراء الذي يقوم من ناحيته بتأليف لجنة قانونية لدراسة الاقتراح والموافقة عليه. حيث كان الاقتراح يتم غالباً عبر تقديم مشروع القانون إلى ديوان الفتوى والتشريع، الذي يقوم بدراسته وإدخال عليه التعديلات اللازمة ومن ثم إرساله إلى مجلس الوزراء لإحالته إلى المجلس التشريعي لإقراره عبر التصويت عليه بالقراءة الأولى والثانية⁽²⁾.

وبعد إقرار القانون الأساسي والنظام الداخلي للمجلس التشريعي ودخولهما حيز التنفيذ أصبح لعضو أو أكثر من أعضاء المجلس أو حتى لجنة من لجانه إمكانية اقتراح القوانين على

(1) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص 89).

(2) معهد الحقوق، الحالة التشريعية في فلسطين ... (ص 119-120).

المجلس، ليتم دراستها من قبل المجلس وإقرارها، وكذلك أُعطي الحق لمجلس الوزراء في تقديم مشاريع القوانين إلى المجلس التشريعي⁽¹⁾.

وبعد الرجوع إلى نصوص القانون الأساسي والنظام الداخلي للمجلس التشريعي في هذا الشأن نجد أنه لم يتضمن نصاً يخول رئيس السلطة الوطنية حق اقتراح القوانين، بالرغم من أن رئيس السلطة الوطنية يستطيع أن يشارك في اقتراح القوانين بصورة غير مباشرة من خلال أحد أعضاء المجلس التشريعي^(*) أو من قبل مجلس الوزراء.

في حين نجد أن القانون الأساسي والنظام الداخلي للمجلس التشريعي قد كفلا هذا الحق صراحةً لكل من أعضاء المجلس التشريعي ومجلس الوزراء، حيث يستمد أعضاء المجلس التشريعي هذا الحق من المادة (56) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2005 في فقرتها الثانية القاضية بأن "لكل عضو من أعضاء المجلس الحق في : 2- اقتراح القوانين، وكل اقتراح تم رفضه لا يجوز إعادة تقديمه في نفس دور الانعقاد السنوي".

كما وأكد النظام الداخلي للمجلس التشريعي هذا الحق في المادة (67) منه والتي جاء فيها على أنه "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".

وإلى جانب ذلك منح القانون الأساسي والنظام الداخلي للمجلس التشريعي السلطة التنفيذية الحق في اقتراح القوانين، حيث نص في المادة (70) من القانون الأساسي المعدل على أنه "لمجلس الوزراء الحق في التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين".

وجاء النظام الداخلي للمجلس التشريعي ليؤكد على حق مجلس الوزراء بتقديم مشاريع القوانين للمجلس، حيث تنص المادة (65) من النظام الداخلي للمجلس على أنه : "يحيل مجلس الوزراء مشاريع القوانين أو الاقتراحات إلى الرئيس مرفقة بمذكراتها الإيضاحية وعلى الرئيس أن

(1) العملية التشريعية في الأراضي الفلسطينية وازدواجية الإشكاليات والحلول الممكنة (ص8).

* تجدر الإشارة إلى أن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية يتزأس حركة فتح التي لها تمثيل في المجلس التشريعي، حيث حظيت كتلة فتح البرلمانية على ما نسبته 45 مقعد من أصل 132 مقعد من مقاعد المجلس التشريعي.

يحيل المشروع أو الاقتراح إلى اللجنة المختصة لإبداء الرأي، على أن تقدم اللجنة تقريرها خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ إحالته إليها....".

ويتضح من خلال النصوص السابقة أنه في حال التقدم بمشروع القانون يتولى رئيس المجلس التشريعي مهمة إحالته إلى اللجنة المختصة^(*) لإبداء الرأي، على أن تقوم هذه اللجنة بإعداد تقرير يتضمن توصياتها حول المشروع خلال أسبوعين من تاريخ إحالة المشروع إليها. خلافاً لذلك لم يحدد النظام الداخلي مدة معينة في حال كان الاقتراح مقدم من عضو أو أكثر من أعضاء المجلس التشريعي فالنظام الداخلي للمجلس لم يحدد مدة قصوى لعمل اللجان⁽¹⁾.

وبناء على ذلك يرى الباحث أن المشرع الفلسطيني ميز مشروع القانون المقترح من قبل مجلس الوزراء على الاقتراح المقدم من عضو أو أكثر من أعضاء المجلس التشريعي، حيث اتضحت هذه الغلبة والتميز عندما حدد النظام الداخلي للمجلس التشريعي مدة محددة بأسبوعين لإبداء رأي اللجان في مشروع القانون المقدم من قبل مجلس الوزراء، في حين ترك باب المدة مفتوحاً دون تقييد في حال كان المقترح مقدم من عضو أو أكثر من أعضاء المجلس.

أن هذا التمييز في وجهة نظر الباحث وإن كان له أسبابه ومسوغاته من الناحية العملية، إلا أن هذه المفاضلة مجحفة نسبياً بحق الاقتراحات المقدمة من عضو أو أعضاء المجلس التشريعي، لأن المهمة الأساسية لعضو المجلس التشريعي هي سن التشريعات، فهو صاحب الاختصاص الأصلي في هذا العمل، لذلك يرى الباحث أنه يجب النص على مدة محددة لعمل اللجان في

* جاء في نص المادة (48) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي تحديد اللجان الدائمة التي تتولى عملية الرقابة ويحث مشاريع القوانين والاقتراحات....، بقولها في الفقرة الأولى منه على أنه "يشكل المجلس اللجان الدائمة التالية للرقابة ولبحث مشاريع القوانين والاقتراحات والقضايا التي يحيلها المجلس أو رئيسه إليها: أ. لجنة القدس ب. لجنة الأراضي ومقاومة الاستيطان ت. لجنة شؤون اللاجئين (اللاجئين والنازحين والمغتربين الفلسطينيين) ث. اللجنة السياسية (المفاوضات والعلاقات العربية والدولية) ج. اللجنة القانونية (القانون الأساسي والقانون والقضاء). ح. لجنة الموازنة والشؤون المالية. خ. اللجنة الاقتصادية (الصناعة والتجارة والاستثمار والإسكان والتمويل والسياحة والتخطيط). د. لجنة الداخلية (الداخلية والأمن والحكم المحلي). ذ. لجنة التربية والقضايا الاجتماعية (التربية والتعليم والثقافة والإعلام والشؤون الدينية والآثار والشؤون الاجتماعية والصحة والعمل والعمال والأسرى والشهداء والجرحى والمقاتلين القدامى والطفولة والشباب والمرأة). ر. لجنة المصادر الطبيعية والطاقة (المياه والزراعة والريف والبيئة والطاقة والثروة الحيوانية والصيد البحري). ز. لجنة الرقابة لحقوق الإنسان والحريات العامة".

(1) بكيرات، وآخرون، العلمية التشريعية في فلسطين بين النظرية والتطبيق (ص135).

حال كان المقترح مقدم من أعضاء المجلس أسوة بتلك المشروعات التي تقدم من مجلس الوزراء.

وكذلك يرى الباحث ليس هناك ما يضير بالعملية التشريعية إذا ما خول القانون الأساسي الرئيس الفلسطيني باقتراح القوانين مباشرة إلى جانب مجلس الوزراء وأعضاء المجلس التشريعي أسوة بالمشرع المصري، فالرئيس وفق النظام الفلسطيني منتخب مباشرة من قبل الشعب وبالتالي فإنه يعبر عن إرادتهم، مثله في ذلك مثل أعضاء المجلس التشريعي.

وإعطاء رئيس السلطة الفلسطينية حق الاقتراح مع من يملكون هذا الحق فإنه يعبر عن التعاون بين السلطات، كما وأن مساهمة الرئيس في اقتراح القوانين يعزز تلك القوانين بل ويقويها، ويسهل من عملية المصادقة عليها، كون من أراد تأسيس البنيان يعمل على إصداره ونشره ليشيد بذلك هذا البنيان.

الفرع الثاني : التصديق أو الاعتراض على مشاريع القوانين

إن التصديق هو عمل منفصل عن القانون ويهدف إلى الإظهار الخارجي له، فهو بمثابة شهادة تفيد أن البرلمان قد أقر القانون المراد إصداره في حدود الإجراءات المنصوص عليها في الدستور، وفي ذات الوقت يتضمن تكليفاً لأعضاء السلطة التنفيذية بتطبيق مواد القانون وتنفيذها، أما طبيعة حق التصديق فإن الفقه يجمع على تأييد الطابع الإلزامي للتصديق وإن رئيس الدولة يمارس في هذا الخصوص اختصاصاً مقيداً وليس تقديرياً مستنداً في رأيه إلى أن إقرار أعضاء البرلمان للقانون تحوي (ضمناً) أمراً فعلياً للسلطة التنفيذية بالتصديق عليه وإصداره⁽¹⁾.

1- التصديق على مشروع القانون

يراد بالتصديق حق رئيس الدولة في أن يوافق على مشروع القانون الذي أقره البرلمان قبل إصداره، والتصديق هو الذي يعطي القانون صفة القاعدة القانونية الإلزامية⁽²⁾. ويعتبر حق التصديق من الحقوق القديمة المقررة لرئيس الدولة في معظم دساتير العالم، وعليه فهي مكنة أو سيلة يتمكن الرئيس بمقتضاها من إنفاذ القانون أو وقفه^(*) رغم موافقة

(1) نعمان، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في الجمهورية اليمنية ... (ص7).

(2) الحجار، آلية التشريع في فلسطين وتأثير الانقسام عليها (ص148).

* تتبنى بعض الدساتير الوقف المطلق- أي في حال رفض رئيس الدولة التصديق على القانون يصبح القانون منعماً نهائياً، في حين أن دساتير أخرى تمهل الرئيس مدة معينة للمصادقة على القانون ويمرور هذه المدة دون اعتراض أو موافقة على القانون يصبح القانون نافذاً دون الحاجة إلى تصديق الرئيس.

السلطة التشريعية في الدولة عليه، وبالتالي فإن القوانين التي يصدرها البرلمان يجب أن يصدق عليها الرئيس أو الملك أو الأمير في الدولة لكي تصبح نافذة⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن هذه المرحلة حساسة للغاية حيث تمثل هذه المرحلة عنق الزجاجة في عملية سن القوانين، فمتى تجاوزها مشروع القانون كان ظهوره قاب قوسين أو أدنى، إذ يلي ذلك نشره في الجريدة الرسمية، وبمرور مدة معينة يصبح القانون نافذاً.

وبالتالي فإن حق التصديق الذي يُمنح لرئيس الدولة يجعله عضواً مساوياً في العملية التشريعية للبرلمان، وإرادته مساوية تماماً لإرادة ممثلي الأمة، والسبب في ذلك إلى أنه يعتبر حق الاعتراض حق فيثو مطلق في بعض الدول حيث إذا استخدمه رئيس الدولة قضى نهائياً على القانون⁽²⁾.

إلا أنه في بعض الدساتير بعد إجازة مشروع القانون بواسطة السلطة التشريعية في الدولة، يحال القانون إلى رئيس الدولة للتصديق عليه، أو الاعتراض عليه لحمل السلطة التشريعية على إعادة النظر فيه من جديد، وحينئذ إذا أجازته السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس يصبح القانون نافذاً ولا يحتاج إلى التصديق من رئيس الدولة.

وقد نص القانون الأساسي الفلسطيني على سلطة رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في المصادقة أو الاعتراض على القانون، حيث جاء في نص المادة (41) منه على أنه "1- 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 وتنتشر فوراً في الجريدة الرسمية.

2- إذا رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون إلى 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".

ويستخلص من سياق نص المادة السابقة أنه بعد أن ينتهي المجلس التشريعي من القراءة الثانية لمشروع القانون بالتصويت عليه، يرفع من قبل رئيس المجلس التشريعي إلى رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية للتصديق عليه، وبدوره يحيل رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية إلى المستشارين القانونيين، والذين بدورهم يستعينون بالشؤون القانونية للرئاسة، وذلك لإبداء الرأي

(1) صادق: حازم، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي (ص215).

(2) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص148).

في مشروع القانون أو لإجراء التعديلات التي يراها الرئيس ضرورية، حيث تكون هذه التعديلات في الغالب تستند إلى البرنامج الذي انتخب عليه الرئيس كونه ممثلاً لإرادة الشعب، فهو منتخب مباشرة من قبل الشعب، وهذا ما يعطيه القوة والشرعية، كما ويجب أن يكون مشروع القانون منسجماً انسجاماً عمودي وأخر أفقي، بمعنى أن يكون منسجماً عمودياً مع التشريعات الأعلى منه وذلك باحترام التدرج القانوني وعدم مخالفته للدستور، ومنسجماً انسجاماً أفقياً بمعنى أن يكون متوافق مع القوانين الأخرى.

2- الاعتراض على مشروع القانون

يشكل الاعتراض جزءاً من ميكانيكية التوازن لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث يعتبر الاعتراض بمثابة سلاح في يد السلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية. ويقصد بالاعتراض "هو ذلك الحق الدستوري أو السلطة المخولة إلى رئيس الدولة في إيقاف مشروع القانون الذي وافق عليه البرلمان"⁽¹⁾.

فحق الاعتراض عملاً تشريعياً بحتاً، وهو بمثابة مشاركة رئيس الدولة للبرلمان في السلطات التشريعية الممنوحة له، لأن التصديق يعطي القانون صفة القاعدة القانونية الإلزامية، ويعتبر عمل البرلمان وعمل الرئيس في صناعة التشريع عملاً مشتركاً، لأن إرادتهما اتجهت إلى صناعة وإقرار تشريع واحد⁽²⁾.

فالاعتراض هو مكنة النقض "الفيتو"^(*) ضد ما صادقت عليه السلطة التشريعية من مشاريع القوانين. حيث بموجب حق الرئيس في الاعتراض يستطيع بذلك مواجهة البرلمان، وكل ذلك يبدو طبيعياً وخاصة في حال تفرد رئيس الدولة بالتوقيع على مشاريع القوانين دونما حاجة إلى توقيع رئيس الحكومة أو الوزير المعني، وبالتالي فإن حق الاعتراض يعتبر حقاً أو امتيازاً شخصياً يترك استعماله لتقدير رئيس الدولة⁽³⁾.

وبالتالي فإن حق التصديق وحق الاعتراض وجهان لعملة واحدة، على الأقل من الناحية الموضوعية، فالنصوص الدستورية تمكن السلطة التنفيذية من الهيمنة على العمل التشريعي الذي لا يمكن أن يتأتى على وجه يناقض مبنغى السلطة التنفيذية، وتختلف صور حق

(1) أبو زيد، توازن السلطات ورقابنها (ص 261).

(2) شطناوي، وحاتمه، سلطة رئيس الدولة في الاعتراض على القوانين ... (ص 401).

* كلمة فيتو - كلمة لاتينية الأصل - وهي تعني أنا أعترض.

(3) سعودي، قراءة في حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين ... (ص 299).

الاعتراض أو سلطة المنع من دولة إلى أخرى، حيث تنتج آثارها على النص التشريعي بشكل خاص، وفي المجال التشريعي بشكل عام، وذلك حسب قوتها وشدتها أو مرونتها وبساطتها، فهي تتنوع حسب تنوع الأنظمة الدستورية⁽¹⁾.

ويجمع بعض الفقه على أن حق الاعتراض إما أن يكون مطلقاً^(*)، وإما أن يكون نسبياً^(**)، وذلك بحسب الأثر المترتب على ممارسته، الذي يمكن أن يكون بمثابة قبر لمشروع القانون بصفة نهائية، أو منعه من أن يصبح قانوناً ما لم يتم إقراره مرة ثانية بأغلبية الأصوات المطلوبة أو بإتباع الإجراءات الشكلية الأخرى أو قد يكون اعتراض توقيفي⁽²⁾.

ولقد أخذ المشرع الفلسطيني بالاعتراض النسبي، حيث جاء في نص المادة (41) من القانون الأساسي على أنه "2... إذا رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون إلى 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".

إلا إننا نلاحظ أن هناك شبهة بعدم دستورية النص الوارد في النظام الداخلي الفلسطيني حيث تضمنت المادة (71) منه على أنه "1- يصدر رئيس السلطة الوطنية القوانين بعد إقرارها من المجلس خلال شهر من تاريخ إحالتها إليه وله أن يعيدها إلى المجلس خلال ذات الأجل مرفقة بملاحظاته أو أسباب اعتراضه وإلا اعتبر مصدراً وينشر فوراً في الجريدة الرسمية. 2- إذا رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون إلى المجلس وفقاً لأحكام الفقرة السابقة تعاد مناقشته في المجلس، فإذا أقره بالأغلبية المطلقة للمجلس اعتبر نافذاً وينشر فوراً في الجريدة الرسمية".

وبناء على هذا التعارض بين النص الدستوري الوارد في القانون الأساسي الفلسطيني الذي تطلب أغلبية ثلثي أعضاء المجلس^(***)، والنص الوارد في النظام الداخلي الذي تطلب الأغلبية المطلقة للمجلس فإن الباحث يرى بعدم دستورية النص الوارد في النظام الداخلي للمجلس

(1) فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني (ص 105).

* يؤدي اعتراض رئيس الدولة إلى قبر مشروع القانون نهائياً، فلا توجد أية وسيلة دستورية تمكن البرلمان من تجاوزه في حال الاعتراض المطلق.

** يتميز هذا الاعتراض بكونه يمكن البرلمان التغلب عليه من خلال إعادة الموافقة على مشروع القانون من جديد وفقاً للشروط التي يحددها المشرع الدستوري، ويتقيد رئيس الدولة في هذه الحالة بالمدة الزمنية المحددة دستورياً، إلى جانب وجوب بيان رئيس الدولة أسباب اعتراضه.

(2) البحري، سلطة الرئيس الأمريكي في الاعتراض على القوانين (ص 79).

*** عدد أعضاء المجلس التشريعي الفلسطيني 132 عضواً.

التشريعي وحري بالطعن فيه أمام المحكمة الدستورية العليا، لأن هذا التعارض واضح ولا يحتاج إلى تأويل كون أن النسبة المقررة في القانون الأساسي هي أغلبية ثلثي أعضاء المجلس التشريعي، ولما كان عدد أعضاء المجلس التشريعي 132 عضواً فإن ثلثي أعضائه يكون 88 عضواً، أما الأغلبية المطلقة للمجلس تعني نصف عدد الحاضرين زائد واحد (50% + 1)*.

لذلك نتمنى على المشرع الفلسطيني أن يتدارك هذا النص الوارد في النظام الداخلي الفلسطيني، لأن بقاءه بهذه الصورة يعتبر مخالفاً للقانون الأساسي.

ويتضح للباحث أنه عند عرض مشروع القانون على الرئيس نكون أمام حالتين بناء على النص الوارد في القانون الأساسي الفلسطيني :

أ- إما أن لا يكون لدى الرئاسة أي ملاحظات على مشروع القانون، وبالتالي يوقع الرئيس على كل صفحة من صفحات مشروع القانون، إلى جانب توقيع رئيس ديوان الرئاسة، ومن ثم ترفق نسخة مشروع القانون برسالة إلى رئيس ديوان الفتوى والتشريع لنشره في الجريدة الرسمية خلال الأجل بعد توقيعه وإصداره،

ب- وأما إذا كان لدى الرئاسة ملاحظات على المشروع، حينها يعاد إلى المجلس التشريعي مرفقاً برسالة من رئيس السلطة الوطنية، وهنا نكون يستوجب على المجلس التشريعي إعادة قراءة المشروع من جديد، وهنا إما أن يأخذ المجلس التشريعي بهذه الملاحظات، وله أن لا يأخذ بها.

فإذا رأى المجلس التشريعي رد ملاحظات الرئيس وتمير مشروع القانون، يتوجب عليه أن يوفر أغلبية الثلثين لإقراره دونما تصديق من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، وينشر فوراً بعد إقراره في الجريدة الرسمية⁽¹⁾.

وبناء على ذلك يتضح لنا جلياً أن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لم يجعل لرئيس السلطة الوطنية في الاعتراض سلطة مطلقة- السلطة التي تنهي مشروع القانون وتعدمه نهائياً-

* تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن الأغلبية المطلقة تعني نصف عدد الحاضرين زائد واحد (50% + 1) ويجب أن توافرها عند إقرار مشاريع القوانين في القراءة الأولى والثانية والثالثة إن وجدت.

أما الأغلبية النسبية وهي أكثرية عدد المصوتين بغض النظر عن عدد الحاضرين، وينبغي توافرها في العديد من الحالات التي لا تتضمن إقرار المشاريع. أما أغلبية الثلثين فهي تعني ثلثين أعضاء المجلس التشريعي زائد واحد، ويجب توافرها عند تعديل القوانين الأساسية وفي حال تمرير مشروع القانون في حال اعتراض رئيس السلطة الوطنية عليه.

(1) حجاب، دور الرئيس التشريعي في النظام السياسي الفلسطيني (ص142-143).

بل يجب عليه أن يبين أسباب اعتراضه ومبررات هذا الاعتراض حتى تناقش السلطة التشريعية هذه الأسباب في قراءة جديدة لمشروع القانون.

وقد حددت معظم دساتير الدول فترة معينة يمارس رئيس الدولة فيها حقه في الاعتراض على القوانين، وتتراوح المدة بين خمسة عشر يوماً وثلاثين يوماً وهي ثلاثين يوماً في القانون الأساسي الفلسطيني(*) .

وبذلك إذا صمت رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ولم يعترض على مشروع القانون خلال الأجل الذي حدده القانون للاعتراض، يعتبر مشروع القانون مصدر وينشر فوراً في الجريدة الرسمية(**).

وبناء على ما سبق يتضح للباحث أن مرحلة التصديق أو الاعتراض هي مرحلة حساسة للغاية تدخل في اختصاص السلطة التنفيذية ممثلة في فلسطين برئيس السلطة الوطنية الفلسطينية. لذلك يرى الباحث لا بد أن يكون دور رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في هذا المجال معول بناء وتشديد، لا معول هدم وتعطيل، وأن يكون في موقف وسط في حال اختلاف السلطة التنفيذية مع نظيرتها التشريعية.

ويرى الباحث من الأفضل أن يخفف المشرع الفلسطيني من شرط أغلبية الثلثين لتمرير مشروع القانون في حال رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون للمجلس التشريعي مشفوع بملاحظاته، وأن يستبدلها بالأغلبية المطلقة للتصويت على مشروع القانون.

أو أن يعطي المشرع الفلسطيني حق التصديق أو الاعتراض بجانب رئيس السلطة الوطنية لمجلس الوزراء وأن تكفي مصادقة جهة منهما. حتى لا تكون العملية التشريعية مرهونة بإرادة فردية تتمثل بإرادة رئيس السلطة الوطنية، مما يترتب على هذه الإرادة تعطيل مشاريع القوانين والعملية التشريعية برمتها، وخير دليل على ذلك ما هو حاصل في الساحة الفلسطينية اليوم.

* قضت المادة (41) من القانون الأساسي على أنه (1- يصدر رئيس السلطة الوطنية القوانين بعد إقرارها من المجلس التشريعي الفلسطيني خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إحالتها إليه ..).

** حيث قضت المادة (41) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل في فقرتها الأولى على أنه (1- 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 وتنتشر فوراً في الجريدة الرسمية ...).

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على مرحلتى الاقتراح والتصديق

إن السلطة التنفيذية تشترك مع السلطة التشريعية في مراحل سن القوانين في مرحلتى الاقتراح والتصديق، ولما كان الفقه يجمع أن مرحلة اقتراح القوانين ومرحلة التصديق أو الاعتراض تعتبر من قبيل الأعمال التي تشترك فيها السلطتين التشريعية والتنفيذية تدرج ضمن أعمال السيادة.

وأعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء عموماً، سواء في ذلك القضاء العادي أم القضاء الإداري، مهما كانت درجة عدم مشروعيتها؛ لاتصالها بسيادة الدولة الداخلية أو الخارجية، فلا تكون محلاً للطعن بالإلغاء أو التعويض أو وقف التنفيذ أو فحص المشروعية، بالرغم من صدورها من جانب السلطة التنفيذية واتصافها بجميع الخصائص التي تتميز بها القرارات التي تخضع لرقابة القضاء⁽¹⁾.

وبناء على ذلك سوف نتناول في هذا المطلب نظرية أعمال السيادة ومعاييرها، ومن ثم نتعرض لموقف المشرع الفلسطيني من هذه النظرية على النحو التالي :

الفرع الأول : نظرية أعمال السيادة

لقد انتهى التطور في مجال القانون إلى مسئولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية، وذلك إعلاءً لحكم القانون وتطبيقاً حقيقياً لمبدأ المشروعية، إلا أن المبدأ القديم يأبى إلا أن تبقى بعض من آثاره، هذا المبدأ القديم الذي كان يقضي بعدم مسئولية الدولة بصفة عامة، حيث تمثلت هذه الآثار فيما يعرف باسم "أعمال السيادة" وبالرغم من كون أعمال السيادة تعد من أعمال السلطة التنفيذية إلا أنها في منأى عن رقابة القضاء وذلك لمبررات مختلفة⁽²⁾.

هذه الأعمال وبهذا المفهوم تمثل خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية، بل وتجاهلاً لأحكامه لأن السلطة التنفيذية تستطيع استغلال فكرة أعمال السيادة فتمارس تصرفاتها ومن ثم تسبغ عليها هذه الصفة لتخرجها من رقابة القضاء، فلا معقب عليها ولا تقبل الطعون المقدمة ضدها ولا طلبات التعويض عن الأضرار التي تنشأ نتيجتها⁽³⁾.

(1) حسن، القضاء الإداري (ج77/1)، وانظر: طلبه، القضاء الإداري (ص206).

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص151).

(3) شيحا، القضاء الإداري (ص182).

ومن هنا تكمن خطورة أعمال السيادة إذ تعتبر سلاحاً بتاراً في يد الحكومة تهدد به حقوق الأفراد وحررياتهم، ولا يكون أمام الأفراد أية وسيلة أو سبيل يلجئون إليه لرد هذا السلاح، لأن القاضي الإداري الذي يمارس اختصاصاته بمراقبة أعمال الإدارة محظوراً عليه التعرض لمناقشة تلك الطائفة من الأعمال الموصوفة بأعمال السيادة⁽¹⁾.

وفكرة أعمال السيادة في أصلها من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي ابتدعها كنوع من السياسية القضائية لتحسين بعض أعمال الحكومة من رقابة القضاء، حيث اضطر هذا المجلس إلى خلق هذه النظرية حفاظاً على نفسه من بطش السلطة التنفيذية وضماناً لبقائه، لأنه لم يكن محل رضا الملكية التي عادت إلى فرنسا بعد سقوط نابليون، حيث استشعر مجلس الدولة أن النظام الملكي يرتاب في أمره لأنه من صنع نابليون عدو الملكية، لذا بدأ المجلس ينتهج سياسة يهدف من ورائها عدم الاصطدام مع الملكية تفادياً لخطر القيام بإلغائه، لأن النظام الملكي كان جاد في الحد من سلطات المجلس. فكانت فكرة أعمال السيادة لتحسين بعض تصرفات السلطة التنفيذية من رقابة القضاء⁽²⁾.

إلا أن الوضع تطور وانحى منحى آخر، فنظرية أعمال السيادة نشأت في فرنسا كونها نظرية قضائية، إلا أن الوضع في مصر مختلف حيث أصبغ على هذه النظرية نصوص تشريعية، وبالتالي أخرج مجلس الدولة المصري هذه الطائفة من الأعمال من دائرة اختصاصه^(*)، كما وجاء المشرع العادي المصري بنصوص صريحة تستبعد هذه الأعمال من رقابة القضاء^(**). ومن الملاحظ أن النص الوارد في قانون مجلس الدولة قد اقتصر على عدم اختصاصه في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، أما النص الوارد في قانون السلطة القضائية قد استبعد رقابة القضاء بأكمله لهذه الأعمال، وبذلك تعتبر هذه الأعمال محصنة بنصوص تشريعية ولا تترك مجالاً للقاضي للموازنة بين مصالح الأفراد والمصلحة العليا للدولة⁽³⁾.

(1) حسين، أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد (ص2).

(2) أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق (ص105-106).

* جاء في نص المادة (11) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (37) لسنة 1972 على أنه "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"

** جاء في نص المادة (17) من قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972 بقولها "ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة"

(3) صادق : علي، دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني (ص54).

والحكمة من استبعاد المشرع لأعمال السيادة من رقابة القضاء حسب ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها "إن استبعاد أعمال السيادة من ولاية القضاء مرده إلى اتصالها بسيادة الدولة في الداخل والخارج فهي لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلاً للتقاضي لما يحيط بها من اعتبارات سياسية تبرر تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وأمنه وسلامته دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه من إجراءات في هذا الصدد لأن ذلك يقتضى توافر معلومات وعناصر وموازن تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء وذلك فضلاً عن عدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء"⁽¹⁾.

وبالتالي فإن الأعمال أو القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية ليست ذات طبيعة واحدة، بل هناك نوعين منها حيث يطلق على الأعمال أو القرارات التي تمارسها السلطة التنفيذية بصفقتها سلطة حكم بأعمال الحكومة، وطائفة أخرى تمارسها بصفقتها سلطة إدارية ويطلق عليها أعمال أو قرارات إدارية. وبالتالي يتعين التمييز بين هاتين الطائفتين من القرارات بالنظر إلى أهمية النتائج القانونية التي تترتب على هذه التفرقة، فقد قيل بالعديد من المعايير للتمييز بين أعمال السلطة التنفيذية وهذه المعايير هي :

المعيار الأول : معيار الباعث السياسي

يعتبر هذا المعيار أول وأقدم معيار أخذ به مجلس الدولة الفرنسي لتحديد أعمال السيادة، ويستند هذا المعيار على أساس الباعث من إصدار السلطة التنفيذية لأعمالها، فإذا أصدرت السلطة التنفيذية عملاً من الأعمال وكان الباعث سياسياً فإن العمل يعتبر من أعمال السيادة، وبالتالي لا يخضع لرقابة القضاء، أما إذا كان الباعث غير سياسي، فإن العمل الصادر يعتبر عملاً إدارياً يخضع لرقابة القضاء⁽²⁾.

وبالرغم من أن هذا المعيار ساد فترة من الزمن^(*) إلا أنه لم يسلم من سهام الانتقاد التي أدت إلى استبعاده من مجال تحديد أعمال السلطة التنفيذية، واعتبرت من أبرز هذه الانتقادات أن معيار الباعث السياسي يؤدي لا محالة بتوسيع نطاق الأعمال التي تدخل في دائرة أعمال السيادة هذا من ناحية، وكذلك يفتح الباب على مصراعيه أمام السلطة التنفيذية تستطيع من

(1) حكم المحكمة العليا "دستورية" في القضية رقم (8) لسنة (7) قضائية المحكمة العليا بجلسة 1977/5/7. (موقع إلكتروني).

(2) الشويكي، القضاء الإداري (ج1/89)، وانظر: محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص 52-53).

* لقد هجر مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار منذ سنة 1875م.

خلاله التحلل من رقابة القضاء بالتذرع أن الباعث من وراء إصدار العمل كان سياسياً، وبالتالي فإن هذا المعيار يعتبر خطراً على حقوق الأفراد وحررياتهم إذ يعجز الأفراد عن الطعن في أعمال السلطة التنفيذية في حال انتهاكها لحقوقهم وحررياتهم إذ تذرعت بأنها أصدرت هذه الأعمال بباعث سياسي⁽¹⁾.

المعيار الثاني : معيار طبيعة العمل أو موضوعه

بعد توجيه الانتقادات إلى المعيار السابق اتجه الفقه والقضاء للبحث عن معيار موضوعي يعتمد على موضوع العمل الإداري ومادته كأساس للتمييز بين أعمال السيادة والقرارات الإدارية، وبالتالي الاعتماد على جوهر العمل الإداري نفسه، وليس على شكله الخارجي أو الباعث على إصداره⁽²⁾.

ولقد تبنى القضاء المصري^(*) هذا المعيار في بعض أحكامه، حيث فرق بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية حيث يعتبر كل عمل من شأنه أن يحافظ على الكيان العام للدولة والمصالح القومية الكبرى وروابط الدولة مع الدول الأجنبية تعتبر من قبيل أعمال السيادة ولا تخضع لرقابة القضاء. أما الأعمال الإدارية فهي تلك التي تشمل التطبيق اليومي للقوانين وتصريف شؤون الجماعة العادية، تخضع لرقابة القضاء⁽³⁾.

إلا أن هذا المعيار اتصف بالغموض وعدم الدقة، وبالتالي يصعب اعتماده للفصل بين ما يدخل في الوظيفة الإدارية وما يدخل في الوظيفة الحكومية لأن كلاً من العاملين يصدر من سلطة واحدة، كما وأن القضاء يجمع أن هذا المعيار ليس جامعاً مانعاً لأعمال السيادة لاختلاف طبيعة العمل باختلاف الظروف المحيطة به⁽⁴⁾.

(1) عبد الله، القضاء الإداري (ص53)، وانظر : الحلو، القانون الإداري (ص536).

(2) شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج1/89).

* حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 163 لسنة 39 قضائية عليا بجلسة 1994/1/16 بقولها (... المقصود بأعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر عن السلطة السياسية العليا في الدولة بوصفها سلطة حكم مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية وتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول وتأمين سلامتها في الداخل والخارج وعلاقة الحكومة بالبرلمان - أعمال السيادة التي تتأى عن رقابة القضاء الإداري تختلف عن القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارة تتولى الإشراف على المصالح والمرافق العامة...).

(موقع إلكتروني).

(3) العتوم، القضاء الإداري (صص48-49).

(4) المسلماني، الوسيط في القضاء الإداري (ص46)، وانظر: محمد، الوجيز في القضاء الإداري (ص54).

المعيار الثالث : معيار الأعمال المختلطة

بسبب الانتقادات التي وجهت للمعايير السابقة ذهب جانب من الفقه إلى أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي لا تصدر من السلطة التنفيذية وحدها، بل تصدر باشتراك السلطة التنفيذية مع سلطة أخرى سواء داخلية أو خارجية، فمثلاً على الصعيد الداخلي هناك أعمال تشترك فيها السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية، كدعوة البرلمان للانعقاد وكذلك مصادقة البرلمان على البرنامج الحكومي للحكومة، واشترك السلطة التنفيذية مع التشريعية في العملية التشريعية كاقترح القوانين ... إلخ، بمعنى علاقة الحكومة بالبرلمان، أما على الصعيد الخارجي فهي تلك الأعمال التي تدخل ضمن نطاق القانون الدولي، بمعنى تلك الأعمال التي تنظم علاقة الحكومة بالدول الأجنبية أو المنظمات الدولية⁽¹⁾.

إلا أن هذا المعيار لحق بالمعايير السابقة حيث لم يسلم من الانتقادات التي من أهمها أن العمل المختلط يحمل عناصر يتمتع على القضاء الإداري التعرض لها، إلا أن العمل التنفيذي ذاته هو الذي يعطي العمل قوة التنفيذ ونبض الحياة وبالتالي يعتبر عمل تنفيذي بحت ولا يوجد مانع من رقابة القضاء عليه⁽²⁾.

المعيار الرابع : معيار القائمة القضائية

بالرغم من المزايا التي تحظى بها بعض المعايير السابقة إلا أنه ينقصها التحديد الدقيق للتمييز بين ما يدخل ضمن أعمال السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وما يدخل ضمن إطار أعمالها بوصفها سلطة إدارية، لذلك استقر الفقه في فرنسا ومن ثم في مصر وفلسطين على أن أفضل أسلوب لتحديد نطاق أعمال السيادة ليس هو وضع المعايير المجردة التي تنقصها الدقة، وإنما بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري لكي يستقي منها الفقه الحالات التي يعتبرها القضاء من أعمال السيادة، لكي يتسنى للفقه تصنيفها في مجموعات محددة من الأعمال على سبيل الحصر، وهو ما يعرف بالقائمة القضائية لأعمال السيادة⁽³⁾.

ونحن نؤيد بعض الفقه الذي ذهب إلى أن القائمة القضائية لا تعتبر معياراً لتحديد متى يعتبر العمل من أعمال السيادة ومتى لا يعتبر كذلك، بل حددت القائمة أعمال بعينها واعتبرتها

(1) غانم، وسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص126).

(2) أبو راس، القضاء الإداري (ص126).

(3) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/235).

أعمال سيادة وبالتالي لا تخضع لرقابة القضاء، وما يخرج عن هذه القائمة يعتبر عمل أو قرار إداري يخضع بطبيعة الحال لرقابة القضاء⁽¹⁾.

حيث لم تعد قائمة أعمال السيادة مشرعة منفتحة لكل عمل، بل مقيدة محصورة في مجموعتين حيث تتمثل الأولى بالقرارات أو الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان، والثانية تلك التي ترتبط مباشرة بعلاقة الدولة مع نظيراتها من الدول أو بعلاقاتها مع المنظمات الدولية⁽²⁾.

أولاً : القرارات المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان

ولقد قسم الفقه القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية في إطار علاقتها بالبرلمان بوصفها أعمال سيادة وتكون في منأى عن رقابة القضاء في ثلاث فئات⁽³⁾:

- 1- قرارات السلطة التنفيذية في إطار مشاركتها في العملية التشريعية^(*).
- 2- قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بالعلاقة بين السلطات الدستورية وممارسة الوظيفة التشريعية.

3- قرارات الحكومة التي لا تعدو أن تكون تمهيداً لقرار من البرلمان.

ثانياً : الأعمال التي تتصل بعلاقة الحكومة بالدول والهيئات الأجنبية

وتضم هذه المجموعة مجموعة من الأعمال تباشرها السلطة التنفيذية (الحكومة) على الصعيد الخارجي أو الداخلي وهي تتمثل في ثلاث فئات :

- 1- الأعمال التي تنظم علاقة الدولة مع بقية أشخاص القانون العام.
- 2- بعض الإجراءات المتعلقة بأمن الدولة وسلامتها.
- 3- الأعمال المتعلقة بالعمليات الحربية.

وعموماً فإن القاسم المشترك بين هذه الأعمال يتمثل في تحصيلها من رقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً، ولذلك فقد اعتبرها الفقه الإداري ثغرة في بناء المشروعية، وحاول القضاء رأب هذا الصدع من خلال الاتجاه نحو تضيق نطاق أعمال السيادة وإخراج بعض الأعمال ذات الطبيعة

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص 127).

(2) لون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي (ص 44).

(3) غانم، المرجع السابق (ص ص 127 - 128).

* تشمل قرارات السلطة التنفيذية المتعلقة بالعملية التشريعية كاقترح مشروع قانون وإيداع هذا المشروع أو سحبه، وكذلك القرارات الخاصة بانتخاب المجالس النيابية والمنازعات الناشئة عنها.

الإدارية منها، كذلك اتّجه مجلس الدولة الفرنسي إلى التخفيف من أثر أعمال السيادة فقّرر إمكانية التعويض عنها.

الفرع الثاني : موقف الأنظمة المقارنة والمشرع الفلسطيني من نظرية أعمال السيادة

من كل ما تقدم يتضح أن نظرية أعمال السيادة الموضوعية من قبل القضاء الفرنسي أضحت حقيقة قانونية بالرغم من كل الانتقادات الفقهية التي تهدف إلى إنكارها، وإذا كان مبدأ المشروعية يقتضي إخضاع أعمال الإدارة للرقابة القضائية، فإن بعض تصرفات السلطة الإدارية ولاعتبارات خاصة جعلت من المصلحة العامة عدم التعرض لهذه التصرفات لما يحيط بالقضاء من علنية وتحقيق. ولكن يقع على عاتق القضاء الإداري ألا يعترف بأعمال السيادة في الظروف العادية إلا في أضيق الحدود، لأن إعفاء مثل هذه التصرفات من كل رقابة قضائية تبقى تبريراته سياسية أكثر منها قانونية⁽¹⁾.

وبالرغم من كون نظرية أعمال السيادة من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، أي ابتداع قضائي بحت إلا أن المشرع المصري والأردني^(*) وكذلك السوري^(**) أقر بنصوص تشريعية تحصين أعمال السيادة من رقابة القضاء، وبالتالي فرض قيوداً تشريعياً على اختصاص المحاكم، حيث جاء في نص المادة (11) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972 على أنه "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، كما ونص المشرع المصري في قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972 في المادة (17) منه على أنه "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة...".

(1) طلبه، القانون الإداري الرقابة على أعمال الإدارة (ص211).

* أكد المشرع الأردني في قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (28) لسنة 1962 في المادة الثالثة منه بقولها "لا تقبل الطلبات المقدمة للطعن بالقرارات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة"، كما وعاد المشرع الأردني ليؤكد على تحصين هذه الأعمال في قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (11) لسنة 1989 في فقرة (ب) منها حيث نصت على أنه "لا يقبل الطعن لدى محكمة العدل العليا في أي قرار يتعلق بعمل من أعمال السيادة"، وأكد على ذلك في قانون محكمة العدل العليا الأخير رقم (12) لسنة 1992 بقوله "لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة" انظر: شطناوي، موسوعة القضاء الإداري (ج1/85-86).

** أما المشرع السوري فقد نص في المادة (26) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم رقم (98) لعام 1961 بقولها "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة...". وكذلك نص قانون مجلس الدولة السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 55 لعام 1959 في المادة (12) منه على أنه "لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".

وبناء على تلك النصوص التشريعية يتضح جلياً للباحث أن كل من المشرع المصري والأردني والسوري قد اصبح على نظرية أعمال السيادة صبغة تشريعية. بالرغم من صراحة النصوص الدستورية الواردة في دستور سنة 1971، ففي المادة (64) منه "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة" وما صرحت به نص المادة (65) منه بقولها "خضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات"، في حين جاءت المادة (68) لتقيد النص على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء بقولها "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

ولما كانت سيادة القانون تستوجب بدهة عدم خروج القوانين واللوائح على أحكام الدستور باعتباره القانون الأساسي ضماناً للالتزام سلطات الدولة بأحكامه فيما يصدر عنها من قواعد تشريعية. وإن النصوص التي أوردها دستور مصر لسنة 1971، وعاد المشرع الدستوري المصري ليؤكد على ذلك في دستور 2012^(*)، كما وأكد على ذلك دستور مصر لسنة 2014^(**).

تلك النصوص الدستورية السابقة تؤكد بالدليل القاطع أن ما جاء به قانون السلطة القضائية رقم (46) لسنة 1972، وقانون مجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972 فيما يتعلق بأعمال السيادة وتحصين تلك الأعمال من رقابة القضاء فهي في الحقيقة الأمر نصوص مخالفة لدستور 1971، وبالتالي فإن الباحث يرى شبهة عدم دستورية هذه النصوص ويجب الطعن فيها أمام

* حيث نصت المادة (74) من دستور مصر لسنة 2012 على أنه (سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. واستقلال القضاء وحصانة القضاة ضمانتان أساسيتان لحماية الحقوق والحريات) وما جاء في نص المادة (75) من ذات الدستور على أنه (التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي؛ والمحاكم الاستثنائية محظورة)

** حيث جاء في نص المادة (94) من دستور مصر لسنة 2014 على أنه (سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء، وحصانته، وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات).

وكذلك ما نصت عليه المادة (97) من ذات الدستور على أنه (التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة).

المحكمة الدستورية لمخالفتها نصوص صريحة لا مجال للتأويل في حضورها، كما وينبغي عند تفسير نصوص الدستور النظر إليها باعتبارها وحدة واحدة، يكمل بعضها بعضاً بحيث لا يفسر أي نص منها بمعزل عن بقية النصوص. لأن النصوص الدستورية لا تتعارض أو تتهدم أو تتنافر فيما بينها بل تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تنظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة.

أما المشرع الفلسطيني وخيراً فعل لم ينص صراحة على أعمال السيادة، بل نص في القانون الأساسي في المادة (6) منه على أنه: "مبدأ سيادة القانون أساس الحكم في فلسطين، وتخضع للقانون جميع السلطات والأجهزة والهيئات والمؤسسات والأشخاص".

كما وجاء في المادة (30) عند حديثه عن حق النقاضي بقوله: "1- النقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل فلسطيني حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وينظم القانون إجراءات النقاضي بما يضمن سرعة الفصل في القضايا. .

2- يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء.
3- يترتب على الخطأ القضائي تعويض من السلطة الوطنية يحدد القانون شروطه وكيفياته".

وعليه يتضح أن القانون الأساسي الفلسطيني ضمن حق النقاضي للجميع، وأعطى حق الالتجاء للقضاء دون تمييز، وحظر على السلطة التشريعية والتنفيذية النص في القوانين أو اللوائح على تحصين أي من أعمال السلطة التنفيذية أو قراراتها من رقابة القضاء، وبالتالي فإن جميع القرارات والأعمال الإدارية الصادرة من السلطة التنفيذية يجب أن تخضع لرقابة القضاء الفلسطيني لمراقبة مدى مشروعيتها، وهذا الأمر يتلاءم مع مبدأ المشروعية الذي يضمن للأفراد الحماية لحقوقهم وحررياتهم من سيطر السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

كما وأن المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة على تحصين أعمال السيادة من رقابة القضاء بل أوجب أن تخضع كافة السلطات والأجهزة والهيئات ... إلخ للقانون، وحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء.

إلا أن جانب من الفقه يرى أن ما جاء في نص المادة (30) من القانون الأساسي المعدل بحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار أو عمل إداري إنما يقصد به الأعمال

(1) بلوشة، إجراءات النقاضي أمام القضاء الإداري الفلسطيني (صص 191-192).

أو القرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارية، حيث وصف القرار أو العمل بالإداري⁽¹⁾.

إلا أننا نخالف ذلك لأنه لا يجوز أن يفسر النص بما يبتعد به عن الغاية النهائية المقصودة منه، ولا أن ينظر إليه بوصفه هائم في الفراغ أو اعتباره قيمة منفصلة عن محيطها، بل لا بد أن يكون التفسير دائراً في فلك النصوص جميعها، وبناء عليه يعتبر التفسير الحق للنصوص الواردة في القانون الأساسي إنما يتمثل في النظرة الأشمل للنصوص التي يتضمنها والتي ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تناغمها وتكاملها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لم يأتي نص المادة (30) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل مطابقاً لنص المادة (68) من دستور مصر لسنة 1971، حيث أن الاختلاف كان بتقديم العمل على القرار الإداري، فإن في هذا التقديم ما يدل على عدم جواز تحصين أي عمل للسلطة التنفيذية سواء كانت سلطة حكم أو سلطة إدارية.

وبالرغم من أن ما استقر في ضمير محكمة العدل العليا في تبنيتها لنظرية أعمال السيادة لم يكن نابع من نصوص دستورية أو تشريعات عادية بل كان أساسه مبني على اجتهاد الفقه والقضاء فيما يتعلق بأعمال السيادة، وبالتالي لا يكون القاضي الإداري مقيداً بقيود تشريعية فله أن يقبل الطعن فيها أو لا، وبالتالي لديه المكنة من خلق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الدولة العليا^(*).

ولذلك يرى الباحث ولاعتبارات المصلحة العليا التضييق من أعمال نظرية أعمال السيادة كونها نظرية قضائية لا تستند إلى نصوص تشريعية، ليتمكن القضاء من بحث مدى ملائمة ومشروعية تصرفات السلطة التنفيذية، وإن كانت المصلحة العامة العليا تقتضي في بعض الأحيان أعمالها أن يكون أعمالها في نطاق ضيق، وأن ينظر في الطعون التي تنشأ بسبب تلك الأعمال قاصداً من وراء ذلك بسط رقابته لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، وأن يقتصر اختصاص القضاء الإداري متى رأى أن العمل يهدف إلى تحقيق المصلحة العليا على التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأفراد نتيجة هذه الأعمال.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص121).

* جاء في حكم محكمة العدل العليا الفلسطينية المنعقدة في رام الله على أنه (.. أن ما أثير من خلال تلك الدفوع من انعدام صحة الخصومة وأن الدعوى مقدمة بعد فوات المدة القانونية، وكذلك الادعاء بأن التوقيف المطعون فيه هو من أعمال السيادة كل هذا لا يسنده أي نص قانوني ولا يؤيده واقع وذلك على ضوء ما هو ثابت من ادعاءات وبيانات مقدمة). حكم رقم 20 لسنة 99 فصل بتاريخ 10/5/2000 (موقع إلكتروني).

لأنه لا يعقل أن تكبل يد القضاء بحجة أن طبيعة الأعمال لا تخضع لرقابة القضاء في حال ادعاء ممثل الدولة أنها تعتبر من أعمال السيادة، أو استبعاد هذه الأعمال على أساس أن هذه المسائل لا تخضع لرقابة القضاء لاعتبارات سياسية بررت تخويل السلطة التنفيذية سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وأمنه وسلامته، وعدم ملاءمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء، فإن ذلك لا يمنع من البحث في مدى ملائمتها في جلسات سرية(*)).

حيث جاء في حكم لمحكمة العدل العليا برام الله ما يؤكد رأي الباحث بقولها "إن أعمال السيادة هي بطبيعتها أعمال إدارية وأن الدفع بأن بعض القرارات الإدارية هي من أعمال السيادة يهدف لتحسين هذه القرارات من رقابة القضاء كونها مشوبة بعدم المشروعية الأمر الذي أدى لأن يعتبرها الفقهاء بأنها وبحق تمثل نقطة سوداء في جبين المشروعية وأصبحت لديهم رغبة شبه اجماعية بزوالها من عالم القانون في المجتمعات التي يقوم كيانها على مبدأ سيادة القانون، أنه يُسجل للمشرع الفلسطيني باعتزاز أنه وافق ما انتهى إليه الفقه بهذا الخصوص ونصّ في المادة 30 من القانون الأساسي على أنه يحظر النص في القوانين على تحسين أي قرار أو عمل إداري من رقابة القضاء وإنه بذلك واكب روح العصر. إن القضاء ساير توجه الفقه بالنسبة لأعمال السيادة وضيّق من نطاق تطبيقها وحصرها في مجالات محددة. إن القضاء في فرنسا ومصر استقر على أنه في كل الاحوال إن عمل السيادة هو كل عمل يقرر القضاء له هذه الصفة..."(1).

وبالتالي إن المبررات التي سيقّت في استبعاد أعمال السيادة يمكن تجاوزها إلى حد ما، ووضع الحلول المنطقية التي يمكن أن تخلق نوع من التوازن بين المصلحة العليا ومصالح الأفراد لتحقيق ولو بقدر يسير الحماية لحقوق الأفراد وحرّياتهم في حال شعروا بالجور.

وباستقرار نصوص القانون الأساسي فيما يتعلق بنزع الملكية مثلاً نلاحظ أن المشرع يغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة حيث جاء في نص المادة (21) من القانون الأساسي

* حيث قضت المادة (105) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه (جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة أن تكون سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب وفي جميع الأحوال يتم النطق بالحكم في جلسة علنية). وفي ذات السياق قضت المادة (931) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 على أنه (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه أو من الانتفاع به، ولا ينزع ملك من أحد إلا للمنفعة العامة، ويكون كل ذلك في الأحوال التي يقرها القانون وبالطريقة التي يرسمها، وفي مقابل تعويض عادل).

(1) حكم رقم 531 لسنة 2010 فصل بتاريخ 13/12/2010. (موقع إلكتروني).

في فقرتها الثالثة على أنه "3...- الملكية الخاصة مصونة، ولا تنتزع الملكية ولا يتم الاستيلاء على العقارات أو المنقولات إلا للمنفعة العامة وفقاً للقانون في مقابل تعويض عادل أو بموجب حكم قضائي ...".

ونلاحظ من خلال هذا النص وبإسقاط نوعاً من المقارنة أن المشرع غلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، إلا أنه لم يهملها ولم يتركها تخرج خالية اليدين، بل قرر لها تعويض عادل بالرغم من أن الهدف من وراء نزع الملكية كان ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، ولذلك يرى الباحث أنه من مقتضيات العدالة وطبائع الأمور أنه متى كانت أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء الإداري متى تعلقت بالمصالح العليا للدولة، إلا أنه من الممكن أن تخضع الإدارة للتعويض عن الأضرار التي قد تنشأ بسبب تلك الأعمال.

فعلى سبيل المثال لو عقدت الدولة تحالفاً أو صلحاً مع إحدى الدول المجاورة وترتب على هذا الصلح أو التحالف تنازل الدولة عن جزء من أراضيها المملوكة للمواطنين، لا يعقل أن تتذرع الدولة بأن هذه الأعمال سيادية ولا تخضع لرقابة القضاء ولا للتعويض عن الضرر الذي لحق أصحاب الأراضي.

واتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة السعودية التي تقضي بتنازل مصر عن السيادة على جزيرتي تيران وصنافير الواقعتين قرب الشواطئ المصرية على البحر الأحمر خير مثال على ذلك.

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على التشريعات الفرعية التي تصدر في الظروف العادية

التشريعات الفرعية أو الثانوية هي تلك التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية في الظروف العادية والتي تتمثل في اللوائح التنفيذية ولوائح الضبط الإداري واللوائح التنظيمية.

ويقصد بالتشريع الفرعي "مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التنفيذية بما لا من اختصاص تشريعي أصيل محدد بموجب القانون الأساسي الذي منح لهذه السلطة سلطة إصدار التشريع الفرعي، وتقوم السلطة التنفيذية بسن التشريعات الفرعية لتنظيم العمل في المرفق العام أو لتفصيل التشريع العادي أو لحفظ الأمن والنظام العام⁽¹⁾.

ويسمى التشريع الفرعي الذي يصدر عن السلطة التنفيذية باللوائح وذلك لتمييزها عن القرارات الفردية التي تصدر أيضاً عن السلطة التنفيذية.

وبناء على ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

- المطلب الأول : اللوائح التي تصدر في الظروف العادية.
- المطلب الثاني : جهة الاختصاص القضائي في النظر بمشروعات التشريعات الفرعية.

المطلب الأول : اللوائح التي تصدر في الظروف العادية.

الواقع العملي يحتم أن يُعهد إلى السلطة التنفيذية إصدار التشريعات الفرعية بحكم وظيفتها واحتكاكها اليومي بكل ما يتعلق بإدارة شئون الدولة. حيث مُنحت السلطة التنفيذية صلاحية وضع قواعد عامة ومجردة ملزمة وتسرى على الأفراد الذين تتوافر فيهم الشروط اللازمة لتطبيق هذه القواعد، وتسمى هذه القواعد بالتشريعات الفرعية أو اللوائح أو الأنظمة⁽²⁾.

وبناء على ذلك سوف نتناول في هذا المطلب ماهية اللوائح أو الأنظمة، ومن ثم أنواعها، وأخيراً تحديد السلطة المختصة بإصدار كل نوع منها على النحو التالي :

الفرع الأول : ماهية اللوائح أو الأنظمة

كثيراً ما تلجأ السلطة التنفيذية إلى إصدار القرارات كوسيلة من وسائل أدائها لوظائفها المنوطة بها قانوناً بالدستور أو بالقانون، فإن تضمنت هذه القرارات قواعد عامة مجردة فهي

⁽¹⁾ الشاعر، وأبو كلوب، المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص114).

(2) كنعان، القضاء الإداري (ص12).

قرارات تنظيمية أو لوائح، ومن ثم تعتبر تشريعات بحسب طبيعتها كونها تتضمن قواعد قانونية⁽¹⁾.

لذلك سوف نبين مفهوم اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في الظروف العادية ومن ثم نستعرض أنواعها التي تتمثل في اللوائح التنفيذية، ولوائح الضبط الإداري، وأخيراً اللوائح التنظيمية.

أولاً : تعريف اللائحة

ويُعبّر اصطلاح اللائحة عن عمل قانوني تشريعي صادر عن السلطة التنفيذية، وقد تعددت التسميات التي أطلقت على هذه العمل القانوني فتسمى القرارات الإدارية التنظيمية، وتارة أخرى تسمى التشريعات الحكومية، أو الأنظمة أو التشريعات الفرعية أو الثانوية أو اللوائح أو النظم أو الأنظمة⁽²⁾.

وتقسم القرارات الإدارية من زاوية المخاطبين بها إلى قرارات تخاطب فرداً معيناً أو أشخاص معينين، وتتصرف آثاره إليه أو إليهم دون غيرهم، وتسمى قرارات فردية، وقرارات أخرى الخطاب فيها عاماً مجرداً، فهي قواعد عامة مجردة تكاد تكون قانوناً وتسمى القرارات التنظيمية أو اللائحية⁽³⁾.

فالأصل كما ذكرنا أن السلطة التشريعية هي التي تصدر القانون الذي يتضمن القواعد القانونية العامة المجردة والسلطة التنفيذية هي التي تعمل على تنفيذ القانون، إلا أنه وبسبب الحاجات المتزايدة السريعة والمتلاحقة التي تقتضي تنظيم وإدارة المرافق العامة واشباع حاجات الأفراد أعطى المشرع الدستوري في مختلف النظم القانونية المقارنة الحق للسلطة التنفيذية في إصدار لوائح قانونية عامة ومجردة مماثلة للتشريعات - إلا إنها في مرتبة أدنى منها - في إطار وحدود وضوابط معينة استجابة لتلك الحاجات المتزايدة والتي تقتضى إتاحة الفرصة للمشاركة من قبل السلطة التنفيذية في إصدار تلك اللوائح الشبيهة بالقانون⁽⁴⁾.

واللوائح هي بمثابة قرارات إدارية تنظيمية، وبهذا المفهوم هي ذات عنصرين :

(1) أبو راس، القانون الإداري (ص 63)، وانظر: إدعيس، اللوائح التنفيذية للقوانين (ص 9).

(2) إدعيس، اللوائح التنفيذية للقوانين (ص 9).

(3) أبو راس، المرجع السابق (ص 306).

(4) الطوخي، مفهوم وأنواع اللوائح الإدارية (موقع الكتروني).

1- هي أولاً قرارات إدارية فنتوافر فيها جميع أركان القرار، وأهمها أنها تصرف قانوني، أي تعبير عن الإرادة يحدث أثراً قانونياً. فكل ما لا يعتبر كذلك يخرج عن نطاق القرارات الإدارية عموماً وبالتالي عن نطاق اللوائح.

2- ثم تعتبر اللائحة قاعدة أو عدة قواعد عامة، وهذا هو جوهر اللائحة وما يميزها عن القرار الإداري الفردي⁽¹⁾.

وبالرغم من أن هذه اللوائح أو الأنظمة تتشابه مع القانون من الناحية الموضوعية كونها تتضمن قواعد عامة ومجردة، إلا أنه لا يجوز لها مخالفة القانون أو التشريعات العادية الصادرة عن صاحب الاختصاص الأصيل، وذلك أخذاً بمبدأ تدرج القواعد القانونية حيث يعلو القانون أو التشريعات العادية التشريعات الفرعية. وهذا العلو نتيجة منطقية كما ذكرنا سلفاً كون التشريعات العادية تعبير عن سيادة الأمة⁽²⁾.

والقرار التنظيمي أو اللائحة لا يمكن إلغاؤه أو تعديله إلا بمقتضى قرار تنظيمي آخر، وبناء على ذلك لا يجوز أن يتم إلغاء القرار التنظيمي أو اللائحي بقرار فردي، كون أن السلطة التي أصدرته هي ذات السلطة التي تمتلك صلاحية إلغاؤه أو تعديله، كما يمكن إلغاء أو تعديله من قبل السلطة الأعلى منها كالقانون والدستور⁽³⁾.

ويرى الباحث أن القرار الإداري الفردي أقل من اللائحة، كون اللائحة باعتبارها قراراً تنظيمياً يضع قواعد عامة ومجردة تكون بالتالي قوتها أعلى من القرار الفردي الذي يرتبط وجوده وصحته بقرار تنظيمي أو قانون موجود سلفاً وسابقاً على صدوره، ويترتب على ذلك أن تحترم الإدارة هذا الترتيب عند إصدارها قرارات فردية حيث تلتزم بالقواعد التي تضمنتها القرارات التنظيمية أو اللائحية.

ثانياً : حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح أو الأنظمة

يثور التساؤل حول السند القانوني لحق السلطة الإدارية في إصدار اللوائح، وذلك بالنظر لخطورة هذه اللوائح كونها تتضمن قواعد عامة مجردة يمكن أن تمس الحقوق والحريات الفردية، والحق أن هذا السند يختلف من بلد إلى آخر، حيث يمكن إرجاعه بصفة عامة إلى أحد أمور ثلاثة وهي على النحو التالي :

(1) حسن، القضاء الإداري (ج1/334-335).

(2) الحلو، القضاء الإداري (ص ص27-28)، وانظر: أبو راس، القانون الإداري (ص64).

(3) عبد الوهاب، القضاء الإداري (ج1/28-29).

- النص الدستوري كما هو الشأن في الدستور الفرنسي الحالي^(*)، ودستور جمهورية مصر لسنة 1971، والدساتير اللاحقة 2012 و2014، وكذلك القانون الأساسي الفلسطيني المعدل الذي ينص صراحة حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح.
- العرف الدستوري كهذا الذي يفسر النصوص التي تعهد إلى السلطة التنفيذية بمهمة تنفيذ القوانين تفسيراً من شأنه أن يمنحها الحق في إصدار اللوائح.
- وأخيراً قد لا يكون للسلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح سند على الإطلاق، وبالتالي في حال إصدارها لهذا النوع كانت اللوائح مخالفة لنصوص الدستور المكتوب⁽¹⁾.

ففي مصر منح المشرع الدستوري الحق في إصدار اللوائح إلى رئيس الجمهورية حيث نص في المادة (144) من دستور 1971 على أنه "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه". وكذلك جاء في نص المادة التي تليها "يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط"⁽²⁾.

أما في دستور مصر لسنة 2012 فقد نصت المادة (162) على أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعطيل أو تعديل أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه". كما ونصت المادة (163) منه على أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء. فإذا رتب ذلك أعباء جديدة على الموازنة العامة للدولة، وجبت موافقة مجلس النواب". وكذلك المادة (164) على حق إصدار لوائح الضبط بأنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء".

* عدت المادة (34) من الدستور الفرنسي المسائل التي يقتصر عليها مجال القانون، ومن ثم نصت المادة (37) على أنه ما عدا هذه المسائل يدخل في مجال السلطة اللائحية. وسار المشرع المغربي في دستور 1962 على نفس النهج الذي سار عليه الدستور الفرنسي، راجع نص المادة (48 و49) من الدستور المغربي لسنة 1962.

(1) الحلو، القانون الإداري (ص526-527).

(2) رئيس الجمهورية، الدستور المصري (1971/145).

وجاء في دستور مصر لسنة 2014 في المادة (170) على أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل، أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذها". وكذلك نصت المادة التي تليها على أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، بعد موافقة مجلس الوزراء"⁽¹⁾.

وجاء في نص المادة (172) من ذات الدستور على أنه "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط، بعد موافقة مجلس الوزراء".

وبناء على ما جاء في نصوص الدساتير المصرية السابقة نلاحظ أن المشرع المصري في دستور سنة 1971 كان يعطي الحق في إصدار اللوائح لرئيس الجمهورية، إلا أنه عكف عن هذا التوجه في دستور 2012 و2014، حيث أعطى الحق في إصدار اللوائح إلى رئيس مجلس الوزراء. إلا أنه قيد إصدار اللوائح بموافقة مجلس الوزراء تارة، وتارة أخرى قيدها بموافقة مجلس النواب، حيث تطلب المشرع الدستوري المصري موافقة مجلس الوزراء على إصدار اللوائح التنظيمية ولوائح الضبط، في حين تطلب موافقة مجلس النواب في دستور 2012، في حال رتب إصدار اللوائح التنظيمية المتعلقة بإنشاء المرافق والمصالح العامة أعباء جديدة على الموازنة العامة للدولة.

أما في فلسطين فقد كان القانون الأساسي لعام 2002 يعطي الحق في إصدار اللوائح إلى كلاً من رئيس السلطة الوطنية ومجلس الوزراء، حيث جاء في نص المادة (58) على أنه "الرئيس السلطة الوطنية ولمجلس الوزراء التقدم إلى المجلس التشريعي بمشروعات القوانين وإصدار اللوائح واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ القوانين".

وكذلك نص في المادة (72) منه على أنه "يختص مجلس الوزراء بما يلي : ... 5- متابعة تنفيذ القوانين وضمان الالتزام بأحكامها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك".

أما المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي المعدل لسنة 2005 اعطى الحق في إصدار اللوائح لمجلس الوزراء دون رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، وبذلك يتضح لنا أن المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي المعدل لسنة 2005 أسقط حق إصدار اللوائح عن رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية ومنح هذا الحق لمجلس الوزراء فقط.

(1) الحكومة، الدستور المصري (2014/171).

الفرع الثاني : أنواع اللوائح أو الأنظمة التي تصدر في الظروف العادية

تتشارك اللوائح مع القانون من حيث أنهما يتضمنان قواعد عامة مجردة، ويختلفان في مضمون كل منهما، فالقانون يضع أو يقرر مبادئ عامة أساسية، بينما تقتصر اللوائح التنفيذية مثلاً على إيراد الأحكام التفصيلية التي يتعرض لها القانون، كما أن القانون يصدر بعد إقراره من السلطة التشريعية، أما القرارات التنظيمية أو اللوائح فتصدر عن السلطة التنفيذية بل الإدارية بوجه عام. وتتنوع اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية في الظروف العادية إلى لوائح تنفيذية، ولوائح ضبط إداري، ولوائح تنظيمية، لذلك سوف نتناول هذه الأنواع في هذا الفرع بشيء من التفصيل على النحو التالي :

1- اللوائح التنفيذية :

اللوائح التنفيذية هي تلك اللوائح التي تصدرها الإدارة بغرض وضع القانون موضع التنفيذ، وهي تخضع تماماً للقانون وتتقيد به وتدور في فلكه، فلا تملك أن تعدل فيه أو تضيف إليه أو تعطل تنفيذه⁽¹⁾.

فاللوائح التنفيذية تأتي بالقواعد التفصيلية تيسيراً لتنفيذ القانون، فعادة ما تقتصر القوانين على وضع الأحكام العامة والخطوط العريضة للموضوعات المراد تنظيمها تاركة المسائل التفصيلية التي يستدعيها تنفيذها للسلطة التنفيذية التي لديها من الدراية الفنية بحكم احتكاكها بالواقع، وسرعة البت في الأمور بسبب طبيعة تكوينها المختلف عن تكوين المجالس النيابية، مما يسمح لها أكثر من غيرها بملء هذا الفراغ⁽²⁾.

وبناءً على ذلك فإن نطاق اللائحة التنفيذية يتحدد من كونها عنصراً مكملاً للقانون الذي وضعت تنفيذاً له، وتتضمن الأحكام التفصيلية اللازمة لتنفيذ الحكم الأصلي المنصوص عليه في القانون.

وبصورة عامة يمكن إجمال الحدود الواجب الالتزام بها في وضع اللوائح التنفيذية في النقاط التالية :

- 1- أن تكون الأحكام الواردة في اللائحة التنفيذية لازمة لتنفيذ القانون.
- 2- أن لا يكون من شأن اللائحة التنفيذية تعديل القانون الذي تضعه موضع التنفيذ أو غيره من القوانين.

(1) محمد، الوجيز في القضاء الإداري .. (ص31).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص528).

3- أن لا يكون من شأن اللائحة التنفيذية الإعفاء من تنفيذ القانون الذي تضعه موضع التنفيذ أو غيره من القوانين.

4- أن لا تتجاهل اللائحة التنفيذية بعض أحكام القانون. فتضع الإجراءات اللازمة لتنفيذ بعض أحكامه وتترك البعض الآخر⁽¹⁾.

وهذه اللوائح تعتبر قرارات إدارية من حيث الشكل وتخضع للطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري إذا كانت مخالفة للتشريع أو خارجة عن نطاق التشريع الذي صدرت تنفيذاً له⁽²⁾.

وتستمد السلطة التنفيذية حقها في وضع اللوائح التنفيذية من النصوص الدستورية التي تخولها هذه الصلاحية، باعتبارها السلطة المكلفة بتنفيذ القوانين، وتتمتع بهذا الحق إن لم ينص القانون صراحة على ضرورة إصدار اللوائح التنفيذية⁽³⁾.

والمشرع الفلسطيني لم يعط رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الحق في إصدار اللوائح التنفيذية أسوة بالمشرع المصري، وإنما أعطى هذا الحق لرئيس مجلس الوزراء بعد مصادقة المجلس⁽⁴⁾.

2- لوائح الضبط :

تعرف لوائح الضبط بأنها "اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة^(*)، الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة"⁽⁵⁾.

في حين عرفها البعض بأنها "قواعد عامة موضوعية مجردة وغير شخصية تقيد بها هيئة الضبط الإداري بعض أوجه النشاط الفردي حفاظاً على النظام العام"⁽⁶⁾.

وعرفها آخرون بأنها "قواعد عامة ومجردة تهدف إلى المحافظة على النظام العام، ومن أمثلتها لوائح المرور واللوائح المتعلقة بمراقبة الأغذية والوقاية من الأمراض المعدية والأوبئة وكذلك المحال الخطرة"⁽¹⁾.

(1) جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية (ص255).

(2) أبو العينين، اختصاص مجلس الدولة (ص83).

(3) إدعيس، اللوائح التنفيذية للقوانين (ص12).

(4) أبو سميحة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ج1/109).

* وذهب بعض الفقه بأن هناك مكونات جديدة وهي احترام كرامة الإنسان والآداب العامة، انظر: غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في فلسطين (ص115).

(5) أبو العينين، اختصاص مجلس الدولة (ص84).

(6) الجرف، القانون الإداري (ص437).

أما المعنى الاصطلاحي للضبط الإداري أو البوليس الإداري، فهو تعبير يطلق على معنيين متباينين، أحدهما وظيفي والثاني عضوي، ففي الاصطلاح الوظيفي يقصد به النشاط الذي تتولاه الهيئات الإدارية مستهدفة به المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة وهي تقرير الأمن العام وتوفير السكنية العامة وصيانة الصحة العامة، أما الاصطلاح العضوي فيقصد به السلطة التنفيذية ممثلة في هيئاتها الإدارية وموظفيها الذين يقومون بمزاولة هذا النشاط⁽²⁾.

وإذا كان للسلطة التنفيذية أن تصدر في الظروف العادية قرارات تنفيذية بغرض تسهيل تنفيذ القوانين باعتبار أن هذه الأخيرة قد تتضمن المبادئ والأسس العامة، ويترك تفصيل ذلك للقرارات التنفيذية، فإن لها بذات الوقت أن تصدر من القرارات القائمة بذاتها ولا تستند إلى قانون، وتتضمن قواعد عامة لغرض إشباع الحاجات العامة أو لحماية النظام العام عن طريق لوائح الضبط⁽³⁾.

وهذه اللوائح مهمة بالغة الأهمية لتعلقها مباشرة بحياة الأفراد وتقييد حرياتهم بالضرورة من الناحية العملية، ولأنها تتضمن أوامر ونواهي وتوقع العقوبات على مخالفيها⁽⁴⁾.

حيث منح الحق في إصدار لوائح الضبط في دستور مصر لسنة 1971 لرئيس الجمهورية بناء على المادة (145) حيث جاء فيها "يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط"، ولعل الحكمة من قصر أداة إصدار لوائح الضبط على القرارات الجمهورية دون السماح بأن تصدر بأداة أدنى من ذلك لخطورة تلك اللوائح نظراً لمساسها بالحريات العامة وحقوق الأفراد⁽⁵⁾.

في حين ينعقد هذا الحق سواء في دستور مصر لسنة 2012^(*) أو دستور 2014^(**) لرئيس مجلس الوزراء، ولخطورة هذا النوع من اللوائح تطلب المشرع موافقة مجلس الوزراء عليها.

(1) الحلو، القانون الإداري (ص484).

(2) رسلان، وجيز القانون الإداري (ص283)، وانظر: محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ص398-399).

(3) الدليمي، حدود سلطة الضبط في الظروف العادية (ص27).

(4) القبيلات، القانون الإداري (1/242).

(5) أبو سميحة، موسوعة القضاء الإداري في فلسطين (ج1/107).

* حيث قضت المادة (164) من دستور مصر لسنة 2012 على أنه (يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء).

** حيث قضت المادة (172) من دستور مصر لسنة 2014 على أنه (يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط، بعد موافقة مجلس الوزراء).

وباستقراء نصوص القانون الأساسي نلاحظ أن المشرع لم ينص صراحة على هذا النوع من اللوائح إلا إننا نستطيع أن نستنبطها من نصوصه التي حدد فيها اختصاصات مجلس الوزراء، لأن هدف هذا النوع من اللوائح هو المحافظة على النظام العام، حيث جاء في نص المادة (69) في فقرتها السابعة على أنه " ... 7- مسؤولية حفظ النظام العام والأمن الداخلي".

3- اللوائح التنظيمية :

تعرف اللوائح التنظيمية بأنها "اللوائح المستقلة التي تصدر عن السلطة التنفيذية بغرض تنظيم المرافق والمصالح العامة في الدولة"⁽¹⁾.

وتبرير إناطة الاختصاص بوضع هذا النوع من اللوائح بالسلطة التنفيذية بأن هذه الأخيرة هي التي تشرف على سير المرافق العامة، وبالتالي هي الأقدر على اختيار أنسب الطرق لتنظيم سير العمل بها⁽²⁾.

حيث أسند المشرع المصري إصدار اللوائح التنظيمية إلى رئيس الجمهورية في المادة (146)^(*) من دستور 1971، دون أن يملك رئيس الجمهورية تفويض سواه في ممارسة هذا الاختصاص⁽³⁾.

في حين أناط المشرع المصري في دستور 2012^(*) ودستور 2014^(**) سلطة إصدار اللوائح التنظيمية إلى مجلس الوزراء.

(1) الشاعر، وأبو كلوب، المدخل لدراسة العلوم القانونية (ص115).

(2) الشاعر، وأبو كلوب، المرجع السابق (ص116).

* حيث قضت المادة (146) من دستور مصر لسنة 1971 على أنه (يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة).

(3) حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بمصر بأنه (... حيث إن الاختصاص بإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة معقود لرئيس الجمهورية وحده طبقاً لنص المادة 146 من الدستور، وذلك لخطورة وأهمية هذا الاختصاص، إذ أن إنشاء وتنظيم مثل هذه المرافق يتطلب استخدام وسائل القانون العام التي قد تمس حقوق الأفراد وحياتهم، مما يستتبع إحاطة هذا الإنشاء أو التنظيم بالضمانات التي تكفل التأكد من أن ما تمسه من هذه الحقوق والحريات له ما يبرره من واقع الحال، ولذلك فقد ناط دستور 1971 هذا الاختصاص برئيس الجمهورية وحده، ولم يعط له حق تفويض غيره من الوزراء في ممارسة هذا الاختصاص). حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 154 لسنة 21 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة 2003/3/16 (موقع إلكتروني).

* حيث قضت المادة (163) من دستور مصر لسنة 2012 على أنه (يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء. فإذا رتب ذلك أعباء جديدة على الموازنة العامة للدولة، وجبت موافقة مجلس النواب).

** حيث قضت المادة (171) من دستور مصر لسنة 2014 على أنه (يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، بعد موافقة مجلس الوزراء).

وأعطى المشرع الدستوري في فلسطين سلطة إصدار اللوائح التنظيمية إلى مجلس الوزراء حيث جاء في نص المادة (70) من القانون الأساسي في فقرتها التاسعة على أنه "يختص مجلس الوزراء بما يلي : أ. إنشاء أو إلغاء الهيئات والمؤسسات والسلطات أو ما في حكمها من وحدات الجهاز الإداري التي يشملها الجهاز التنفيذي التابع للحكومة، على أن ينظم كل منها بقانون ...".

حيث يقصد بعبارة "أن ينظم كل منها بقانون" الواردة في النص السابق مصادرة حق مجلس الوزراء في إنشاء الهيئات ومن في حكمها، حيث قيد مجلس الوزراء بكلمة بقانون، حيث تعني أن يصدر قانون خاص بكل مؤسسة أو هيئة أو مصلحة أو مرفق على حدة، ومن ثم فإن سلطة إنشاء الهيئات والمؤسسات معقود للمجلس التشريعي، على أن يقوم مجلس الوزراء بتنظيم هذه المرافق وتسيير عملها من خلال إصدار اللوائح المستقلة لذلك⁽¹⁾.

واستناداً إلى الفقرة العاشرة من المادة (69) من القانون الأساسي^(***). لها الحق في تعيين رؤساء الهيئات والمؤسسات بموجب الفقرة (ب) من المادة (70) من القانون الأساسي التي نصت على أنه "تعيين رؤساء الهيئات والمؤسسات المشار إليها في البند (أ) أعلاه والإشراف عليها وفقاً لأحكام القانون".

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على اللوائح التي تصدر في الظروف العادية

لما كانت الإدارة في اتصال دائم مع الأفراد من خلال ما تصدر من قرارات لائحية وقرارات فردية قد تؤدي إلى إلحاق الأضرار بهم، فكان من مقتضيات العدالة ومقوماتها أن تخضع الإدارة لحكم القانون إعمال لمبدأ المشروعية، وأن تكون كلمة القانون هي العليا ولا يعلى عليها، ولكي يتحقق ذلك في الواقع العملي كان لا بد من تنظيم رقابة قضائية على أعمال الإدارة، تضمن سيادة حكم القانون.

الفرع الأول : جهة الاختصاص القضائي بالرقابة على اللوائح أو الأنظمة

تختلف الرقابة القضائية على اللوائح باختلاف التشريعات التي تخالفها، فالمستقر فقهاً وقضاءً أن اللوائح متى كانت مخالفة للقوانين العادية يكون الاختصاص معقود للقضاء الإداري،

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص88).

*** حيث قضت الفقرة العاشرة من المادة (69) من القانون الأساسي على أنه (تحديد اختصاصات الوزارات والهيئات والسلطات والمؤسسات التابعة للجهاز التنفيذي كافة، وما في حكمها).

ومتى كانت المخالفة تخالف نص دستوري فإنه في هذه الحالة ينعقد الاختصاص للقضاء الدستوري.

أولاً : رقابة القضاء الإداري على اللوائح أو الأنظمة التي تصدر في الظروف العادية

يباشر القضاء الإداري رقابته على أعمال الإدارة من خلال دعوى الإلغاء، حيث تعرف دعوى الإلغاء بأنها "دعوى قضائية تهدف إلى إعدام قرار إداري غير مشروع، مما يترتب على ذلك إبطال كافة الآثار التي ترتبت على هذا القرار غير المشروع"⁽¹⁾.

ومن خلال دعوى الإلغاء يقوم القاضي الإداري بفحص مشروعية القرار الإداري، فإذا انتهى إلى عدم مشروعيته يحكم القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري، ولا يملك القاضي تعديل القرار المطعون فيه أو استبداله بقرار آخر⁽²⁾.

وأول شيء يتصدى له قاضي الإلغاء ويتأكد منه هو مدى توافر الشروط اللازمة لقبول دعوى الإلغاء قبل الخوض في موضوع الدعوى المقامة أمامه، وذلك لأن الدعوى الإدارية لا تختلف عن أية دعوى أخرى سواء أكانت مدنية أم جنائية، وبما أن الدعوى هي تصرف قانوني فإنه يلزم لصحتها عدة شروط يجب توافرها منها ما هو خاص بشخص المدعي من خلال البحث في مدى أحقيته في مخاصمة الإدارة وتحريك دعوى ضدها والتأكد من أن طبيعة العمل الإداري يقبل المخاصمة القضائية، وأيضاً أن تتوافر لدى المدعي مصلحة حقيقية في مخاصمة الإدارة والتأكد من مشروعية هذه المصلحة⁽³⁾.

بالإضافة إلى تلك الشروط يجب أن تتوافر في دعوى الإلغاء الشروط الخاصة بالشكل وإجراءات انعقاد الخصومة ومدى الالتزام بمواعيد إقامة الدعوى أمام القضاء، فإذا ما توافرت جميع هذه الشروط فإن على القاضي الإداري قبول الدعوى المقامة من أحد طرفي النزاع والسير بإجراءاتها على الوجه المحدد في القانون، أما إذا تخلف أحد هذه الشروط فلا يملك القاضي في هذه الحالة أن يبحث في موضوع الدعوى ويجب عليه الحكم برد الدعوى شكلاً⁽⁴⁾.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص227).

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص366).

(3) الطماوي، قضاء الإلغاء (ص336).

(4) الغويري، قضاء الإلغاء في الأردن (ص215).

ووفقاً للقضاء الإداري الفرنسي والمصري والفلسطيني، يكون القرار غير مشروع إذا شابته عيب من العيوب الآتية : عدم الاختصاص، عيب الشكل، عيب السبب، الانحراف بالسلطة، أو مخالفة القانون(*) .

ثانياً : رقابة القضاء الدستوري على اللوائح أو الأنظمة التي تصدر في الظروف العادية

تعني الرقابة القضائية وجود هيئة قضائية تتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح(**)، ولما كان موضوع الرقابة الدستورية والمسائل التي تثيرها تولف مسألة قانونية، وهي التحقق من مدى تطابق القانون أو اللوائح أو عدم مطابقتها مع أحكام الدستور، فمن المنطقي أن يعهد بهذه الرقابة إلى هيئة قضائية⁽¹⁾.

وتعتبر اللوائح وفقاً للمعيار الشكلي من قبيل الأعمال الإدارية بالنظر إلى صدورها من هيئة إدارية، ولكنها من الناحية الموضوعية تعتبر من الأعمال التشريعية لما تنطوي عليه من قواعد عامة ومجردة، وبهذا المعنى الأخير تكون شبيهة بالتشريع⁽²⁾.

حيث اتضح لنا أن السلطة التنفيذية تصدر في الظروف العادية ثلاثة طوائف من اللوائح وهي اللوائح التنفيذية واللوائح التنظيمية وأخيراً لوائح الضبط الإداري.

إلا أن هذه اللوائح تختلف عن اللوائح الفردية إذ لا تشمل هذه الأخيرة على قواعد عامة ومجردة، وبالتالي لا تخضع للرقابة الدستورية، مثل قرار تعيين موظف أو ترقيته⁽³⁾.

إن طرق الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدول إما أن تتم بطريقة الدفع الفرعي وهي رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، أو رقابة الدعوى المباشرة وتسمى أيضاً الدعوى الأصلية أو (دعوى الإلغاء)، أو بطريقة المزج بين الدعوى الأصلية

* لمزيد من الإيضاح حول دعوى الإلغاء، انظر : غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين، وانظر : صادق: على، دعوى الإلغاء...، وانظر: بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري الفلسطيني.

** لمزيد من الإيضاح حول الدعوى الدستورية، انظر: التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين، وانظر : السيفلي، حجية الأحكام الدستورية وآثارها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا... .

(1) العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (ص ص 9-10)..

(2) عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (ص113).

(3) عبد المجيد، المرجع السابق (ص 112).

المباشرة والدفع بعدم الدستورية ويتم الأسلوب الأخير بأن يتقدم الأفراد بالطعن بعدم دستورية قانون ما أمام المحاكم⁽¹⁾.

والدعوى الدستورية من حيث شروط قبولها شأنها كشأن سائر الدعاوى القضائية الأخرى، فلا بد من تحقق عدة شروط حتى تتصل الدعوى الدستورية بالمحكمة المختصة اتصالاً صحيحاً تمكنها من مباشرة اختصاصاتها حسب الأصول⁽²⁾.

وأوجه عدم الدستورية خمسة مثل أوجه عدم مشروعية القرار الإداري وهي عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب المحل، وعيب السبب، وأخيراً عيب الغاية من التشريع (غاية القانون)، أو ما يسمى بعيب الانحراف التشريعي، ويكفي تحقق عيب واحد منها أو وجهاً من عدم الدستورية هذه ليكون القانون أو اللوائح معيبة وواجبة الإبطال أو الامتناع عن تطبيقها⁽³⁾.

الفرع الثاني : المحكمة المختصة بالرقابة على اللوائح أو الأنظمة في فلسطين

بعد أن ينتهي القاضي من فحص شروط قبول الدعوى سواء دعوى سواء الدعوى الإدارية أو الدستورية، ينتقل إلى فحص الدعوى من الناحية الموضوعية والبحث في مدى مشروعية القرار الإداري المطعون فيه من خلال مطابقته بالقواعد القانونية المتصلة بأي من عناصره، حيث أن القاعدة فيما يتعلق بالقرارات الإدارية تفترض أنها صدرت صحيحة مطابقة للقانون في كافة عناصرها ما لم يثبت عكس ذلك.

ويلاحظ أن النظام القانوني الفلسطيني أتبع نظام القضاء الموحد، حيث أسند مهمة الفصل في المنازعات الإدارية إلى المحكمة العليا، والتي تتربع على قمة الهرم القضائي في فلسطين قبل إصدار قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، حيث أوكل للمحكمة العليا النظر في المنازعات الإدارية إلى جانب اختصاصها بالنظر في الطعون المدنية والجزائية بصفتها محكمة نقض، وأوكل إليها أيضاً النظر في القضايا الدستورية بصفتها محكمة دستورية مؤقتة^(*)، وبالتالي فإن المحكمة العليا لها ثلاث اختصاصات تتمثل على النحو الآتي :

(1) الزاملي، الرقابة على دستورية القوانين (موقع إلكتروني).

(2) التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين ... (ص120).

(3) عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين (ص127).

* حيث قضت المادة (37) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 على أنه (تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها بقانون ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة).

- تتعقد المحكمة العليا بصفقتها محكمة عدل عليا للنظر في كل المهام المسندة إلى المحاكم الإدارية(**).
- وتتعد بصفقتها محكمة نقض للنظر في الطعون المقامة في الأحكام النهائية التي تصدر عن القضاء المدني والجزائي(***) .
- وتتعد بصفقتها محكمة دستورية للنظر في دستورية القوانين واللوائح أو الأنظمة وتفسير النصوص المتعلقة بالقانون الأساسي والتشريعات، والفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية(*) .

وتأكيداً على ما سبق تضمنت المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 الحديث عن اختصاصات محكمة العدل العليا، جاء في الفقرة الثانية منها، على أنه "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي : 2- الطلبات التي يقدمها ذور الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية".

** حيث قضت المادة (104) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل على أنه (تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة)

*** حيث جاء في نص المادة (23) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 على أنه (تتكون المحكمة العليا: 1- محكمة النقض. 2- محكمة العدل العليا) وقضت المادة (10) من قانون السلطة القضائية رقم (15) لسنة 2005 على أنه (أولاً : تتكون المحاكم النظامية على النحو التالي :

1- المحكمة العليا وتتكون من :

أ) محكمة النقض.

ب) محكمة العدل العليا.

2- محاكم الاستئناف.

3- محاكم البداية.

4- محاكم الصلح.

ثانياً : يحدد القانون طرق تشكيل المحاكم واختصاص كل درجة من درجاتها وشروط انعقاد هيئاتها.

* حيث قضت المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني وحددت اختصاص المحكمة الدستورية العليا بقولها (1- تشكل محكمة دستورية 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 الإلتباع، والآثار المترتبة على أحكامها).

وتعتبر محكمة العدل العليا بمثابة محكمة القضاء الإداري في فلسطين فهي تقتصر على نظر دعوى الإلغاء فقط دون باقي الدعاوى الإدارية الأخرى⁽¹⁾،

وبالتالي كانت المحكمة العليا تمتلك صلاحية النظر في المنازعات الإدارية بصورة مؤقتة، واعطاء المحكمة العليا هذه المهمة يؤكد على عدم استقلالية القضاء الإداري كون أعضاء المحكمة العليا^(*) هم ذواتهم ينعقدون بالصور السابق ذكرها، ودليل على ذلك فإن محكمة العدل العليا تتعقد من رئيس المحكمة العليا والذي يترأس أيضاً محكمة النقض عندما تتعقد المحكمة العليا بصفتها محكمة نقض في الطعون المدنية والجزائية، وهذا ما أكدته المادة (37)^(**) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001.

ولما كان القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005 يجيز إنشاء محكمة إدارية بقوله "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها"⁽²⁾.

بناء على ما نصت عليه المادة السابقة صدر قانون بشأن الفصل في المنازعات الإدارية رقم (3) لسنة 2016 وأوكل مهمة الفصل في المنازعات الإدارية إلى المحكمة الإدارية حيث نصت المادة الثالثة من هذا القانون عند حديثها عن اختصاص المحكمة الإدارية في الفقرة الثانية منها "تختص المحكمة الإدارية بالنظر فيما يلي : ... 2- الاستدعاءات 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".

وبالعودة إلى قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 وفي المادة (33) منه جاءت لتحديد اختصاصات محكمة العدل العليا على سبيل الحصر بقولها :
تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي :

(1) أبو سمهدانة، الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين (ص57).

* حيث قضت المادة (32) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001 على أنه (تتعقد محكمة العدل العليا من رئيس المحكمة العليا وقاضيين على الأقل، وعند غياب الرئيس يرأس المحكمة أقدم نوابه، فالقاضي الأقدم في هيئة المحكمة).

** حيث قضت المادة (37) من قانون تشكيل المحاكم النظامية على أنه (تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا لحين تشكيلها بقانون ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة).

(2) السلطة القضائية، القانون الأساسي الفلسطيني المعدل (2005/102).

- 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⁽¹⁾.
- واشترط القانون لقبول أي طلب أو طعن مقدم إلى محكمة العدل العليا سواء أكان مقدم من الأفراد أو الهيئات أن يكون سبب الطعن متعلقاً بأمر معينة أوردتها المشروع في المادة (34) من قانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة 2001 بقولها : 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.

(1) المحكمة العليا، قانون تشكيل المحاكم النظامية (5/33 لسنة 2001).

وبناء على ما ورد في نص المواد السابقة فإن الباحث يرى وبحق أن اختصاص محكمة العدل العليا يقتصر فقط على الإلغاء دون التعويض، سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية على حد سواء.

وهذه الشواهد التي استعرضناها تؤكد أن النظام الفلسطيني يتبنى النظام الموحد بالرغم من بعض السمات التي تبناها من نظام القضاء المزدوج.

إلا أن هناك جانب من الفقه الفلسطيني⁽¹⁾ والمصري يرى غير ذلك حيث يرى أن اختصاص محكمة العدل العليا تحمل بين ثناياها الإلغاء والتعويض معولين في رأيهم على الفقرة السادسة من المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة 2001 والتي جاء فيها "سائر المنازعات الإدارية"⁽²⁾ إلا أنهم في حقيقة الأمر أخذوا ظاهر العبارة وتركوا مضمونها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تجاهلوا ما ورد في نص المادة (34) التي تلي المادة السابق ذكرها مباشرة حيث حددت شروط الواجب توافرها في الطلبات والطعون المقدمة لمحكمة العدل العليا، حيث اقتصرت الشروط على عيوب القرار الإداري، وبالتالي فإن المقصود بسائر المنازعات الإدارية كافة المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

كما وأغفل أصحاب الرأي القائل بأن محكمة العدل العليا محكمة إلغاء وتعويض ما جاء في نص المادة (284) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في الباب الرابع عشر حول أصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا، والتي جاء فيها على تحديد مدة معينة للطعن في القرار الإداري حيث قضت على أنه :

1- يكون ميعاد تقديم الاستدعاء إلى محكمة العدل العليا ستين يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه أو تبليغه إلى صاحب الشأن، وفي حالة رفض الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار يبدأ الميعاد من تاريخ انقضاء ثلاثين يوماً على تقديم الطلب إليها....".

وبالتالي فإنه يتضح جلياً أن الباب الرابع عشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 والمتعلق بأصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا لم يتناول في مواده أي نص صريح أو ضمني يفيد بأن اختصاص محكمة العدل العليا إلغاء وتعويض⁽³⁾.

(1) بعلوشة، إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري الفلسطيني (ص ص 103-105).

(2) أبو سمهدانة، الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين (ص ص 59-62).

(3) غانم، الوسيط في القضاء الإداري في فلسطين (ص 222).

كما وأن المشرع نص صراحة في قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية بأن اختصاص المحكمة الإدارية يتمثل في الإلغاء والتعويض مما يدل ذلك أنه لو أراد أن يكون القضاء الإداري في فلسطين قضاء وإلغاء قبل صدور هذا القانون لنص صراحة على ذلك.

ويرى الباحث وبحق أن ما اتجه به الفقه والقضاء الفلسطيني على أن اختصاص محكمة العدل العليا يقتصر على الإلغاء فقط، وإحالة منازعات التعويض سواء التي تنشئ عن إلغاء القرارات الإدارية أو تلك التي تنشئ عن العقود الإدارية إلى المحاكم العادية لهو القول الصحيح إعمالاً لما ورد في نصوص القانون على الوجه الصحيح.

إلا أن المشرع الفلسطيني اخذ منحى آخر بعد إصدار قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، حيث اسند المشرع من خلال هذا القانون الفصل في المنازعات الإدارية(*) إلى محاكم مختصة منفصلة عن القضاء العادي، خلافاً لما كان معمول به قبل صدور هذا القانون، بالرغم من اسناد مهمة الفصل في هذه المنازعات إلى قضاة منتدبين من قبل المجلس الأعلى للقضاء من محاكم الاستئناف في القضاء النظامي(**).

وبناء على ذلك يتضح أن المشرع الفلسطيني يخطو نحو تبني نظام القضاء المزدوج إلى حد كبير نسبياً، حيث جاء في نص المادة (3) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية لتحديد اختصاص المحكمة الإدارية على أنه "تختص المحكمة الإدارية فيما يلي :

1- الطعون الانتخابية التي تجرى وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها ما لم يرد نص في قانون آخر على إعطاء هذا الاختصاص لمحكمة أخرى.

2- الاستدعاءات 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.

* حيث قضت المادة الأولى من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية على أنه (تتظر المنازعات الإدارية في فلسطين على درجتين : 1. المحكمة الإدارية 2. محكمة العدل العليا).

** حيث قضت المادة (2) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية في فقرتها الثانية على أنه (2- تؤول المحكمة الإدارية من عدد من القضاة ينتدبهم المجلس الأعلى للقضاء من قضاة محاكم الاستئناف في القضاء النظامي).

- 3- الاستدعاءات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها اصدار 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 قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
- 6- المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
- 7- منازعات العقود الإدارية.
- 8- منازعات الجنسية.
- 9- طلبات التعويض عن الأضرار المتعلقة بالمنازعات الإدارية سواء رفعت بصورة تبعية أو أصلية.
- 10- أية منازعات إدارية لم يتم النص عليها في هذه المادة ما لم يرد نص خاص خلاف ذلك.
- 11- أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

وبناء على ما ورد في نص المادة السابقة يتضح جلياً للباحث أن المشرع الفلسطيني بصدور هذا القانون وضع حجر الأساس لتبني نظام القضاء المزدوج، حيث أصبحت المحكمة الإدارية اليوم محكمة إلغاء وتعويض وذلك بنص صريح لا يدع مجالاً للاجتهاد والتأويل.

وكذلك جاءت المادة (4)^(*) من ذات القانون السابق لتحدد شروط تقديم الاستدعاءات الخاصة بدعوى الإلغاء. بمعنى أنه حدد هذه الشروط على سبيل الحصر إذا ما تعلقت المنازعة بقرار إداري، وبالتالي فإن ذلك يؤكد بلا شك على أن المشرع الفلسطيني أخذ ببناء جسوره للوصول إلى نظام القضاء المزدوج بكامل هيئاته وقضاءه.

* حيث قضت المادة (4) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية بقولها بخصوص شروط تقديم الاستدعاءات الخاصة بدعوى الإلغاء على أنه (يشترط في تقديم الاستدعاءات الخاصة بدعوى الإلغاء أن يكون سببها متعلقاً بواحد أو أكثر مما يلي : 1- عدم الاختصاص 2- وجود عيب في الشكل والإجراءات 3- مخالفة القانون الأساسي والقوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها 4- الانحراف وإساءة استعمال السلطة 5- عيب السبب).

كما جاءت نص المادة (5) من ذات القانون⁽¹⁾ لتحدد مواعيد تقديم الاستدعاءات الخاصة بدعوى الإلغاء. وكذلك ما نص في المادة (29)⁽²⁾ على إلغاء الباب الرابع عشر من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001 وتعديلاته المتعلقة بأصول المحاكمات المتبعة أمام محكمة العدل العليا وكذلك إلغاء كل ما يتعارض مع أحكام هذا القانون، وبالتالي يتضح أن هذه الخصوصية التي أوردها المشرع تبين أن اختصاصات المحكمة الإدارية إلغاء وتعويض.

وخلاصة القول أنه أوكل إلى المحكمة العليا الاختصاص بنظر المنازعات الإدارية بصفتها محكمة العدل العليا، واقتصر دورها في إلغاء القرارات الإدارية المعيبة دون أن يكون لها الاختصاص بالنظر في قضايا التعويض حتى وإن كانت تلك القضايا على ارتباط وثيق بدعوى الإلغاء، ولقد كانت تنظر الدعاوى الإدارية على درجة واحدة، إلا أنه وبعد تطور القضاء الإداري في فلسطين الذي أدى إلى إصدار قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن المنازعات الإدارية والذي بموجبه تم استحداث المحكمة الإدارية التي ينعقد الاختصاص لها بالنظر في الدعاوى التي تنشأ بين الأفراد والإدارة إلغاءً وتعويضاً، ومن ثم أصبح نظر الدعاوى الإدارية على درجتين حيث تتولى محكمة العدل العليا النظر في الاستئناف المرفوع إليها ضد الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية.

وبناء على ما سبق يتضح أنه في حال إصدار الإدارة قراراً فردياً مثلاً معيب بأحد العيوب الخمسة الوارد ذكرها فإن المحكمة الإدارية هي صاحبة الاختصاص بنظرها كما أسلفنا، وكذلك الحال لو صدر قرار لائحي مخالفاً للقانون ينعقد الاختصاص للمحكمة الإدارية.

أما إذا صدر قرار لائحي مخالفاً لنص دستوري فإن المحكمة الإدارية لا تختص بالنظر في دستورية القوانين أو اللوائح، وإنما ينعقد الاختصاص إلى المحكمة الدستورية العليا⁽³⁾، وهذا ما أكدته نص المادة (103) من القانون الأساسي بقولها "1- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في :

أ. دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها.

ب. تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

(1) تقديم الاستدعاء والمواعيد الخاصة بدعوى الإلغاء، قانون المنازعات الإدارية (3/5 لسنة 2016).

(2) الإلغاء، قانون المنازعات الإدارية (3/29 لسنة 2016).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص44).

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.

وكذلك ما جاء في نص المادة (24)⁽¹⁾ من قانون المحكمة الدستورية المتعلقة باختصاصاتها على أنه "تخص المحكمة دون غيرها بما يلي :

1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة...."

وبناء على ما سبق فإن الاختصاص القضائي بنظر الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية تختلف باختلاف النصوص التي يخالفها، والمستقر فقهاً وقضاءً إذا خالف القرار الإداري قانون -تسريع عادي- ينعقد الاختصاص للمحكمة الإدارية، وإن خالف القرار القانون الأساسي "الدستور" حينها ينعقد الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا.

(1) الاختصاصات، قانون المحكمة الدستورية (3/24 لسنة 2006).

الفصل الثالث

الرقابة القضائية على الأعمال

التشريعية للسلطة التنفيذية في الظروف

الاستثنائية

الفصل الثالث : الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في

الظروف الاستثنائية

حياة الدولة لا تسير على وتيرة واحدة بل تتخللها من حين إلى آخر صور مختلفة من الظروف الاستثنائية تهدد كيانها ووجودها تهديداً خطيراً إلى حد قد يتمثل التهديد إلى خلق نوع من عدم الاستقرار وتعرض الدولة برمتها للانهايار .

فالنظام القانوني الذي يحكم الدولة في ظروفها العادية قد يعجز في أثناء الأزمات عن ضبط أمور الدولة وتقديم الحماية اللازمة لاستمرار كيان الدولة واستقرارها، لذلك وجدت نظرية الظروف الاستثنائية لتواجه تلك الظروف الشاذة في حياة الدولة والتي تهدد الدولة في كيانها وأمنها. ويترتب على هذه النظرية تخويل السلطة التنفيذية اتخاذ كل التدابير اللازمة للإبقاء على الدولة وإعلاء سلامتها مهما تضمنت هذه الاجراءات من اعتداء على الحقوق والحريات العامة.

وعبر استطلاع التطور الدستوري وما استقر عليه الفقه الدستوري نجد أن للسلطة التنفيذية حالات تقوم بإصدار قواعد عامة ومجردة في نفس مرتبة التشريع العادي من حيث القوة الإلزامية وتسمى بالقرار بقانون، الحالة الأولى هي "تشريع السلطة الفعلية" وهو التشريع الذي يصدر عن السلطة التنفيذية في أحوال غير منصوص عليها دستورياً، أو غير ممنوحة لها بمقتضى الدستور، وهذا ما تقوم به عادة بعدة الاستقلال وأعقاب الثورات والتي يطلق عليها مصطلح دمج السلطات. أما الحالة الثانية هي "تشريع التفويض" وهو التشريع الذي يصدره رئيس الدولة في موضوعات معينة يفوضه فيها البرلمان في إصدار قرارات بشأنها، وهذه القرارات لها قوة القوانين، وهذا النوع من التشريعات يسمى "قوانين التفويض". والحالة الثالثة هي "تشريع الضرورة" وهو ما يصدره رئيس الدولة بوصفه الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية في غيبة البرلمان، وذلك لمواجهة حالة من حالات الضرورة. إذا أنه من الأمور الطبيعية أن الحياة البرلمانية لا تكون منعقدة بصفة دائمة، بل هناك فترات يكون فيها البرلمان معطلاً سواء بسبب حله أو وقف جلساته أو إجازته السنوية، وهذا النوع من التشريعات يسمى "لوائح الضرورة".

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

- المبحث الأول : الرقابة القضائية في حالات دمج السلطات وحالة اللوائح التفويضية.
- المبحث الثاني : الرقابة القضائية على القرارات بقوانين التي تصدر في حالة الضرورة.

المبحث الأول : الرقابة القضائية في حالات دمج السلطات وحالة اللوائح التفويضية

مبدأ الفصل بين السلطات يقضي أن تتولى كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث مهمة معينة وأن لا تتعدى أي سلطة على اختصاصات السلطة الأخرى، إلا أنه بسبب ظروف معينة كالاستقلال تكون الدولة بحاجة إلى مرحلة مؤقتة لرسم السياسات العامة وتحديد السلطات في الدولة واختصاصاتها^(*)، أو حتى بعد الثورات^(**) الشعبية الراضية للنظام الدستوري والسياسي القائم في الدولة^(***) حيث تنهار مؤسسات الدولة بأكملها مما ينتج عن ذلك حالة من الفراغ السياسي والدستوري في الدولة مما يستوجب حينها إلى دمج السلطات لفترة معينة تسمى عادة هذه الفترة باسم الفترة الانتقالية التي لا يكون فيها برلمان نهائياً.

أما الحالة الثانية فالبرلمان موجود وقائم إلا أن هناك ظروف استثنائية أو ضرورة تستدعي من السلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الدولة - أو من يخوله الدستور - بممارسة اختصاصاتها ضمن حدود معينة، فتصدر بموجب هذا التفويض اللوائح التفويضية.

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

- المطلب الأول : الرقابة القضائية في حالة دمج السلطات
- المطلب الثاني : الرقابة القضائية في حالة اللوائح التفويضية

* تتضمن فترة المرحلة الانتقالية تشكيل حكومة مؤقتة أو انتقالية أو الاثنان معاً لإدارة البلاد (بموجب إعلان دستوري) وانتخاب جمعية وطنية مهمتها وضع دستور دائم يتم التصويت عليه باستفتاء شعبي.

** تعرف الثورة في المعجم الوجيز بأنها تغيير أساسي مفاجئ في الأوضاع السياسية والاجتماعية، يقوم به الشعب أو فريق منه في دولة ما، في حين تعرف فقهيًا بأنها انتفاضة أو تعديل جذري مفاجئ للبنيان الاجتماعي والاقتصادي والسياسي في الدولة، يقوم به الشعب أو طائفة من أبنائه تؤيدها الأغلبية كي تعيد بناء المجتمع على أسس جديدة. انظر : جودة، الشرعية الثورية وآثارها على النظام الدستوري المصري (ص56).

*** مرت مصر بثورات سبع في العصر الحديث أثرت على الحياة السياسية في مصر وتأثرت بها الأنظمة العربية، حيث كان أولها ثورة القاهرة الأولى في 21 أكتوبر 1798، وأخرها ثورة 25 يناير 2011، انظر: جودة، الشرعية الثورية وآثارها على النظام الدستوري المصري (صص 9-10).

والشعب الفلسطيني مثله كمثل معظم الدول العربية الأخرى، خاض منذ فجر التاريخ العديد من الحركات السياسية لمقاومة الطغيان، حيث بدأت الثورات في فترات متعددة بدأت خلال الأعوام الممتدة من 1517 وحتى 1917، حيث كانت فلسطين تخضع آنذاك للحكم العثماني، والفترة التالية هي تلك الممتدة من 1917 وحتى 1948، حيث كانت فلسطين تخضع للانتداب البريطاني، والفترة الثالثة تلك التي امتدت من 1967 وحتى عام 2000 حيث كانت فلسطين ومازال جزء كبير منها يخضع للاحتلال الفلسطيني. انظر: التركماني، طرق انتهاء ولاية رئيس الدولة (صص 601-602).

المطلب الأول : الرقابة القضائية في حالة دمج السلطات

غياب السلطة التشريعية في بنية النظام السياسي يترتب على ذلك دمج السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد هذه الأخيرة، وتتمثل حالات الدمج هذه في عدة صور، الأولى في حال الاستقلال الجديد للدولة أو اندحار الاحتلال، حيث تكون الدولة بأمس الحاجة إلى مرحلة انتقالية تصدر فيها التشريعات اللازمة لرسم السياسات العامة في الدولة، أما الثانية تتمثل في ما تقوم به الحكومات الثورية في أعقاب الثورات، حيث تسقط البرلمانات والدساتير فتباشر السلطة الفعلية التشريع الدستوري والعادي واللائحي.

وبناء على ما سبق سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم حالات دمج السلطات، ومن ثم ما يصدر بموجبها من تشريعات، وأخيراً مدى رقابة القضاء على هذه التشريعات.

الفرع الأول : مدلول حالات دمج السلطات

إن حالات دمج السلطات تختلف باختلاف الظروف التي أدت إلى حدوثها، سواء تلك التي تصدر في الفترة الانتقالية^(*) والتي تكون فيها الدولة في أعقاب الاستقلال، أو في الفترة التي تلي نجاح الثورات وانهيار الأنظمة والدساتير التي تكون قائمة قبل حدوثها. لذلك سوف نبين مفهوم حالات دمج السلطات ومن ثم نبين طبيعة التشريعات التي تصدر بموجبها على النحو التالي :

يقصد بدمج السلطات "أن تجمع الحكومة في يدها السلطة التشريعية بجوار سلطتها التنفيذية"⁽¹⁾.

ويقول بعض الفقه نعي بما نسميه "التشريع الحكومي" ما تصدره السلطة التنفيذية من قوانين في حالة تعطيل الحياة البرلمانية لإلغاء الدستور أو وقف العمل به أو بالأحكام المتعلقة بالسلطة التشريعية فيه، أو عندما لا يعرف الدستور القائم الفصل بين السلطات⁽²⁾.

* المرحلة الانتقالية مصطلح يطلق عادةً على الفترة التي تلي التغيير السياسي في بعض الدول نتيجة الثورات أو الانقلابات العسكرية ويتم خلالها الانتقال من نظام دكتاتوري إلى نظام ديمقراطي، وتقع بين اختيار مجلس أو هيئة حكم مؤقتة لإدارة مؤسسات الدولة خلال تلك الفترة، وبين قيام الحكومة ومؤسسات الدولة الأخرى وفق دستور دائم، وعادة ما تمتد هذه الفترة ما بين سنة إلى سنتين.

(1) عبد الله، القضاء الإداري (ص131).

(2) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص285).

وتقوم السلطة التنفيذية بإصدار القوانين ليس بصفتها نائبة عن السلطة التشريعية ولكن بصفتها صاحبة لهذه السلطة ومالكة لها، وذلك بجوار ما تصدره من قرارات إدارية⁽¹⁾.

ويكون الدمج في حال عدم وجود برلمان أو توقف الحياة النيابية الناتج عن الاستقلال في الأولى، والثورات أو حل البرلمان في الثانية، حيث تتركز الوظيفتان التنفيذية والتشريعية في يد السلطة التنفيذية، فتختلط القرارات الإدارية بالأعمال التشريعية⁽²⁾.

وبناءً على ذلك يختلف هذا الدمج عن نظام الاندماج الذي يكون فيه سلطات الأمة جميعها تتركز في يد واحدة فقط، كما كان الحال في الملكيات المطلقة التي كان يمتلك فيها الملك التشريع والتنفيذ والقضاء.

وأول ظهور للدمج حدث في فرنسا في الفترة ما بين 1792 و 1795، حيث تولت الجمعية الوطنية شؤون الدولة ووعدت بوضع دستور جديد عقب انهيار الملكية بإعدام لويس السادس عشر، ولما لم يكن هناك نظام قانوني للسلطات فقد تولت الجمعية الوطنية المهام التشريعية والتنفيذية لحين الانتهاء من وضع الدستور⁽³⁾.

إلى جانب ذلك ولاستحالة قيام المجلس بالتنفيذ، فقد عهد به إلى لجان مكونة من عدد قليل من الأفراد، دون أن تكون لهذه اللجان سلطة مميزة، فكانت تمارس الوظيفة التنفيذية كمندوبة من قبله، ومن هذه اللجان آنذاك لجنة الأمن العام ولجنة السلام العام، ولم تكن هذه اللجان تعد حينها سلطة مستقلة بل كانت تابعة لمجلس الجمعية الوطنية⁽⁴⁾.

وبما أن نظام اندماج السلطات لم يظهر في فرنسا إلا عقب الثورات، لذلك لم يستمر في أي وقت من الأوقات، لأنه يتعارض والديمقراطية المشعب بها الشعب الفرنسي، وذلك لأن فرنسا عاشت عدم الاستقرار الجمهوري في الجمهورية الثالثة التي استمرت ما بين عامي 1875-1940، ولم يظهر النظام الفرنسي المختلط إلا في عام 1958 في عهد الجمهورية الخامسة^(*).

(1) عبد الله، المرجع السابق (ص144).

(2) الحلو، القضاء الإداري (ص282).

(3) ليلة، النظم السياسية (ص1967).

(4) شطناوي، النظم السياسية والقانون الدستوري (ص247).

* يطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الأنظمة السياسية "النظام شبه الرئاسي".

ولقد حدث الدمج في مصر عدة مرات سواء في العهد الملكي أو العهد الجمهوري في الفترات التي تم فيها إلغاء الدستور أو وقفه وتعطيل الحياة البرلمانية⁽¹⁾.

وفي أعقاب اتفاقية أسلو التي كانت بين الجانب الفلسطيني والاسرائيلي، والتي نتج عنها تولى السلطة الفلسطينية زمام الأمور في غزة وأريحا إلى حين انتخاب المجلس التشريعي حيث امتدت هذه الفترة من 1994/5/5 وحتى 1996/1/20، وقد صدر عن السلطة الفلسطينية في هذه المرحلة العديد من التشريعات، بعضها صدر على شكل قوانين، والبعض الآخر كالأنظمة واللوائح التنفيذية⁽²⁾.

وتختلف هذه القرارات التشريعية عن لوائح الضرورة أو غيرها من اللوائح، إذ لا يلزم عرضها على البرلمان عند عودة الحياة النيابية، فهي قوانين بالمعنى الصحيح، وتظل قائمة إلى أن تلغى بقوانين أخرى، لأنها تصدر في حالة عدم وجود دستور نهائياً أو في حال إلغاء الدستور أو وقف العمل بأحكام السلطة التشريعية فيه أو عدم أخذ الدستور القائم بمبدأ الفصل بين السلطات⁽³⁾.

الفرع الثاني : التشريعات التي تصدر في حالات دمج السلطات

تمارس السلطة الفعلية الوظيفة التشريعية إلى جانب اختصاصها بالوظيفة التنفيذية وتصدر بموجب هذه الوظائف إعلانات دستورية وتشريعات عادية لتسيير الأمور في البلاد إلى حين عودة الاستقرار وتكوين السلطات في الدولة.

ففي مصر تملك الحكومة السلطة التشريعية عدة مرات في العهد الملكي^(*). واصطاح على تسمية تلك الفترات بالانقلابات الدستورية في مقابل الانقلابات العسكرية، أما بعد سنة 1952 فقد وضعت الحكومة يدها على السلطة التشريعية واضطلعت بوظيفتها في إصدار

(1) عبد الله، القضاء الإداري (ص144).

(2) أبو هنود، تقرير حول التشريعات وآلية سننها في السلطة الوطنية الفلسطينية (د. ص).

(3) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص286).

* المرة الأولى كانت في مارس سنة 1925 بعد حل مجلس النواب المنتخب ليلة افتتاحه في عهد وزارة أحمد زيور حتى يونيو 1926، وكانت الثانية في يونيو سنة 1928 بعد تشكيل وزارة محمد محمود وامتدت حتى أكتوبر 1929، أما المرة الثالثة فوُجعت في يونيو سنة 1930 بعد تقديم مصطفى النحاس لاستقالته وتأليف اسماعيل صدقي لوزارته وقيامه بإعداد دستور سنة 1930 الرجعي، وانتهت المرة الأخيرة بإلغاء دستور سنة 1930 في نوفمبر سنة 1934 وعودة دستور 1923 في ديسمبر سنة 1935.

القوانين(*) في عدد من الفترات، كان أولها في ديسمبر سنة 1952 بعد إلغاء دستور سنة 1923 حتى نفاذ دستور سنة 1956(**)، ثم في فبراير سنة 1958 بعد إعلان الوحدة بين مصر وسوريا وقيام الجمهورية العربية المتحدة سنة 1960، وكانت الفترة الأخيرة بين سبتمبر سنة 1962 حتى مارس 1964، حين تولى مجلس الرئاسة السلطة التشريعية مستنداً إلى الإعلان الدستوري الصادر في سنة 1964⁽¹⁾.

ولقد قامت السلطة التنفيذية آنذاك بممارسة الوظيفة التشريعية بصورة كاملة في تلك الفترات عن طرق إصدار قوانين حقيقية تتمتع بالصفة التشريعية، ولا يمكن إلغاؤها إلا بقوانين مثلها(***) .

وأشرنا فيما سبق أنه لا يلزم عرض هذه القوانين على البرلمان بعد عودة الحياة النيابية وانتهاء الفترة الاستثنائية التي حدث فيها دمج السلطتين التشريعية والتنفيذية، لأنها قوانين حقيقية، وليست قرارات بقوانين كالتى تصدرها الحكومة بتفويض من البرلمان⁽²⁾.

أما في الآونة الأخير في ثورات الربيع العربي خصوصاً في أعقاب ثورة 25 يناير 2011، وتحى الرئيس محمد حسنى مبارك وتكليفه المجلس العسكري للقوات المسلحة المصرية تولى شئون البلاد بصفة مؤقتة لمدة ستة أشهر أو إلى حين الإنتهاء من انتخابات مجلسي الشعب والشورى ورئيس الجمهورية، وبعد توليه أصدر المجلس العسكري الإعلان الدستوري الأول في 13 فبراير 2011، ثم الإعلان الدستوري الثاني في 30 مارس 2011**** وما تلاها من

* وضع الدستور المؤقت الصادر في العاشر من فبراير سنة 1953 السلطة التشريعية في يد مجلس الوزراء.
** نصت المادة (191) من دستور 1956 على اعتبار القرارات الصادرة عن مجلس الثورة صحيحة ولا يجوز الطعن فيها

⁽¹⁾ إمام، تشريعات الضرورة في غياب البرلمان (ص ص 23-24).

*** يطلق جانب من الفقه على القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في هذه الفترات تسمية "التشريع الحكومي"، أنظر حاشية : عبد الله، القضاء الإداري (ص 145)، وانظر: البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص 285).

(2) عبد الله، القضاء الإداري (ص ص 145-146).

**** قد أدخل المجلس العسكري تعديلين على إعلان 30 مارس، مرة في 25 سبتمبر 2011 لتعديل نسبة الفردي والقوائم في انتخابات مجلسي الشعب والشورى، ومرة في 19 نوفمبر 2011 للسماح للمصريين بالخارج بالتصويت في الانتخابات تحت إشراف السفراء والقناصل بدلاً من القضاة.

إعلانات دستورية مكملة، وهكذا تؤثر الثورات في الحياة السياسية تأثيراً مباشراً، إلى جانب تأثيرها على الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية... إلخ⁽¹⁾.

وقد أكد الإعلان الدستوري سابق الذكر حق المجلس الأعلى للقوات المسلحة في إصدار مراسيم بقوانين خلال الفترة الانتقالية^(*)، والتعهد بتشكيل لجنة لتعديل بعض مواد الدستور وتحديد قواعد الاستفتاء عليها من الشعب⁽²⁾.

حيث قام المجلس الأعلى للقوات المسلحة بما له من سلطة تشريع اكتسبها بموجب الإعلان الدستوري بإصدار المرسوم بقانون 108 لسنة 2011 لتعديل بعض نصوص قانون مجلس الشعب رقم 38 لسنة 1972، وفي 26 سبتمبر 2011 وقبل إجراء الانتخابات قام المجلس الأعلى للقوات المسلحة بتعديل قانون مجلس الشعب مرة أخرى بموجب القانون 120 لسنة 2011⁽³⁾.

وبعد إجراء الانتخابات وتولي الرئيس محمد مرسي شؤون البلاد أصدر إعلان دستوري في نوفمبر 2012، إلى جانب إصدار العديد من القوانين، وعقب الإطاحة بالرئيس محمد

(1) جودة، الشرعية الثورية وآثارها على النظام الدستوري المصري (ص 29).
* جاء في نص المادة (56) من الإعلان الدستوري في 30 مارس 2011 على أنه (يتولى المجلس الأعلى للقوات المسلحة إدارة شؤون البلاد وله في سبيل ذلك مباشرة السلطات الآتية :

1. التشريع.
2. إقرار السياسة العامة للدولة والموازنة العامة ومراقبة تنفيذها.
3. تعيين الأعضاء المعيّنين في مجلس الشعب.
4. دعوة مجلسي الشعب والشورى لانعقاد دورته العادية وفضها والدعوة لاجتماع غير عادي وفضه.
5. حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها.
6. تمثيل الدولة في الداخل والخارج، وإبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وتعتبر جزءاً من النظام القانوني في الدولة.
7. تعيين رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم وإعفاؤهم من مناصبهم.
8. تعيين الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين وعزلهم على الوجه المبين في القانون، واعتماد ممثلي الدول الأجنبية السياسيين.
9. العفو عن العقوبة أو تخفيفها أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون.
10. السلطات والاختصاصات الأخرى المقررة لرئيس الجمهورية بمقتضى القوانين واللوائح. وللمجلس أن يفيض رئيسه أو أحد أعضائه في أي من اختصاصاته.

(2) بكري، الجيش والإخوان (ص 70).

(3) نصر الله، مولود في خطر .. (ص 6).

مرسي من رئاسة الجمهورية وتولي عدلي منصور رئاسة الجمهورية مؤقتاً أصدر إعلاناً دستورياً^(*) تضمن 33 مادة كإطار زمني للمرحلة الانتقالية. وفي 330 يوماً قضاها المستشار عدلي منصور في قصر الاتحادية، أصدر (28) قراراً بقانون بموجب هذا الإعلان الدستوري، والدستور الجديد، واللذين منحاه سلطة التشريع حتى انتخاب البرلمان، وطبقاً للدستور فإن هذه القوانين ستعرض على مجلس النواب خلال 15 يوماً من بدء انعقاده، وهو ما أكده المستشار على عوض، المستشار الدستوري لرئيس الجمهورية⁽¹⁾.

أما فلسطين فقد عرفت دمج السلطات في أعقاب اتفاقية أسلوا^(**) التي نتج عنها نقل الصلاحيات التشريعية والتنفيذية والقضائية للسلطة الوطنية الجديدة، حيث تشكلت هذه السلطة بموجب الاتفاق من هيئة واحدة قوامها 24 عضواً، تولت الصلاحيات والمسؤوليات المنقولة إليها وفقاً للاتفاق ومن هذه الصلاحيات إصدار التشريعات التي تتضمن قوانين أساسية وقوانين عادية وأنظمة وغيرها من التشريعات، الأمر الذي يعني أنه لم يكن في تلك المرحلة فصل بين السلطين التشريعية والتنفيذية، وإنما كانت كل الصلاحيات مجموعة في يد هيئة واحدة تمارس الوظيفة التنفيذية والتشريعية معاً⁽²⁾.

وتناولت الاتفاقية مواضيع مختلفة مثل بنية السلطة التنفيذية وإجراء الانتخابات ونقل الصلاحيات وإعادة القوات الإسرائيلية بالإضافة إلى الاتفاقيات الاقتصادية والأمنية، وتنظيم موضوع العلاقة بين الجسم التشريعي والجسم التنفيذي في السلطة الفلسطينية في كل من اتفاقية غزة - أريحا الموقعة في 1994/5/4، واتفاقية النقل الأولى للصلاحيات والمسؤوليات الموقعة في 1994/8/29، إلى جانب بروتوكول النقل الإضافي للصلاحيات والمسؤوليات الموقعة في القاهرة في 1995/8/27، ومن ثم الاتفاقية الإسرائيلية الفلسطينية المرحلية حول الضفة الغربية وقطاع غزة الموقعة والتي وقعت في واشنطن في 1995/9/28، حيث تعتبر هذه الاتفاقية أكثر الاتفاقيات المتعلقة بموضوع دمج السلطات الذي نحن بصدد بحثها، لأن المادة (3) من هذه الاتفاقية حددت سلطة الحكومة الذاتية الانتقالية للشعب الفلسطيني حيث تتكون هذه السلطة

* كان هذا الإعلان في 9 يوليو 2013.

(1) مقال منشور (منصور يشترط التعيين لرئاسة البرلمان... والقانون في مصلحته) (موقع الكتروني).

** اتفاقية أسلوا كانت بين الجانب الفلسطيني والجانب الإسرائيلي في 13 أيلول - سبتمبر 1993م.

(2) الوحيدي، القانون الدستوري والنظم السياسية... (ج2/504).

الحكومية من المجلس الفلسطيني ورئيس السلطة التنفيذية يتم انتخابهم مباشرة في آن واحد من قبل الشعب الفلسطيني، ولمدة لا تتجاوز خمس سنوات⁽¹⁾.

وبناء على هذه الاتفاقية تمتع المجلس المنتخب صلاحيات تشريعية وتنفيذية، وبالتالي اعتبر هو المسؤول عن جميع الصلاحيات التشريعية والتنفيذية⁽²⁾، حيث أصدر رئيس السلطة الفلسطينية الراحل ياسر عرفات قبل انتخاب المجلس التشريعي عام 1996 في المرحلة الانتقالية العديد من القوانين دون مصادقة من مجلس السلطة الفلسطينية آنذاك حيث اصدر قرابة 23 قانون من أهمها⁽³⁾ :

1- قانون رقم (1) لسنة 1994 بشأن نقل صلاحيات الشؤون البلدية والقروية بقطاع غزة إلى وزارة الحكم المحلي.

2- قانون رقم (2) لسنة 1994 بشأن مد ولاية المحكمة العليا بغزة.

3- قانون رقم (2) لسنة 1995 بإلغاء بعض القرارات والأوامر العسكرية التي تتعارض مع اتفاقيات السلام.

4- قانون رقم (5) لسنة 1994 بشأن نقل السلطات والصلاحيات

5- قانون رقم (4) لسنة 1995 بشأن إجراءات إعداد التشريعات وكان هذا القانون السادس الذي يصدر عن رئيس السلطة الوطنية، دون إتباع إجراءات معينة، ومع صدور هذا القانون أخذت القوانين تصدر وفق آلية معينة.

6- قانون رقم (13) لسنة 1995 بشأن الانتخابات.

وقد صدرت سبعة قوانين أخرى من الرئيس الراحل بعد موافقة مجلس السلطة الفلسطينية، حيث كان أولها القانون رقم (6) لسنة 1995 بشأن تشجيع الاستثمار، وآخرها القانون رقم (3) بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية لسنة 1996، وبالرغم من صدور القانون رقم (4) لسنة 1995 بشأن إجراءات إعداد التشريعات الذي بموجبه أعطي الرئيس حق إصدار القوانين بعد موافقة مجلس الوزراء، إلا أننا نلاحظ أن الرئيس أصدر قوانين دون موافقة مجلس السلطة بل صدرت منه مباشرة، وبالتالي في هذه الحالة تجلت صورة دمج السلطات في عهد الرئيس الراحل ياسر عرفات حيث كان منصباً نفسه رئيساً للسلطة الفلسطينية ومشروعاً لقوانينها⁽⁴⁾.

(1) كايد، إشكاليات العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في السلطة الوطنية الفلسطينية (ص7).

(2) أبو هنود، تقرير حول التشريعات وآلية سنها في السلطة الوطنية الفلسطينية (ص23).

(3) حجاب، دور الرئيس التشريعي في النظام السياسي الفلسطيني (ص140).

(4) حجاب، المرجع السابق (ص140-141).

الفرع الثالث : الرقابة القضائية على التشريعات التي تصدر في حال دمج السلطات

قبل الخوض في الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية في حالة دمج السلطات لابد من البحث في كيفية التمييز بين القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة دمج السلطات، وما تتخذه من قرارات إدارية، إذ أنه توجد استحالة للأخذ بالمعيار الشكلي لأن جميع هذه الأعمال التشريعية منها والإدارية صادرة من ذات السلطة.

أولاً : التمييز بين القوانين والقرارات الإدارية التي تصدر في حالة دمج السلطات

بشكل عام يميز الفقه بين القوانين والقرارات الإدارية من خلال معيارين أحدهما موضوعي والآخر شكلي، حيث يرى فريق من الفقهاء وفي مقدمتهم العميد الفرنسي "ديجي" المعيار الموضوعي أو المادي^(*)، ويرى أن التفرقة بين الأعمال الإدارية وغيرها من الأعمال العامة يجب أن يرجع فيها إلى موضوع العمل ذاته، فإذا تمثل العمل في قاعدة عامة ومجردة فأنشأ مركزاً قانونياً عاماً اعتبر عملاً تشريعياً، وإذا تجسد في قرار فردي يخص فرداً أو أفراداً بذواتهم أو يتعلق بحالة أو حالات بعينها فأنشأ مركزاً قانونياً خاصاً اعتبر عملاً إدارياً. بصرف النظر عن الجهة التي صدر عنها العمل.

أما المعيار الشكلي^(**) يرجع في تحديد طبيعة العمل طبقاً للمعيار العضوي أي إلى الهيئة التي أصدرته والإجراءات أو الشكليات التي تم فيها، فالعمل الصادر من السلطة التشريعية يعتبر عملاً تشريعياً وإن تعلق بحالة فردية أو فرد بذاته، والعمل الذي يصدر عن السلطة الإدارية يعد عملاً إدارياً وأن تضمن قاعدة عامة مجردة بأن صدر في صورة لائحة، حتى وإن صدر بناء

* يأخذ القانون الفرنسي بالمعيار الموضوعي استثناءً في بعض الحالات. انظر: الحلو، القانون الإداري (ص399).

** يسود الاعتداد بالمعيار الشكلي في التفرقة بين العمل الإداري وغيره من الأعمال العامة في كل من فرنسا والبلاد التي أخذت عنها بنظام القانون الإداري المستقل. بل في فلسطين اعتمدت محكمة العدل العليا برام الله على هذا المعيار حيث جاء في حكم لها بأنه (لما كان اجتهاد محكمة العدل العليا قد استقر في تعريف الأعمال القضائية هي الأعمال الصادرة عن الهيئات القضائية سواء كانت هي القرارات في طبيعتها أعمال قضائية أو أعمال ولائية أو أعمالاً متعلقة بسير الدعوى وإجرائها وإجراءات تنفيذ الأحكام القضائية كما استقر اجتهاد محكمة العدل العليا بأن المعيار الذي تم الرجوع إليه لتحديد ماهية القرارات القضائية هو المعيار الشكلي الذي يأخذ بعين الاعتبار الهيئة التي يصدر عنها القرار هل هي سلطة قضائية ام لا...). حكم رقم 102 لسنة 2008 فصل بتاريخ 11/5/2009 (موقع إلكتروني).

على تفويض من البرلمان وكان له القوة ما يستطيع به تعديل القوانين كما هو الحال في المراسيم بقوانين⁽¹⁾.

واختلف الفقه في كيفية التمييز بين القوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة دمج السلطات^(*) وبين القرارات التي تصدرها بصفتها سلطة إدارية لأنه كما أشرنا فيما سبق استحالة أعمال المعيار الشكلي للتمييز بين تلك الأعمال لصدورها من ذات السلطة.

ويقول بعض الفقه في هذا الصدد أنه قد تواجه الدولة المعاصرة ظروفاً معينة تؤدي إلى دمج السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد واحدة أو مجلس واحد، مثل حالة الثورة أو الانقلاب^(**)، وحالة الاضطرابات التي تؤدي إلى وقف أو تعطيل الحياة النيابية أو وقف العمل بالدستور أو إلغائه، ففي مثل هذه الحالات تقوم سلطة واحدة أو مجلس واحد بإصدار القوانين فضلاً عن القرارات الإدارية، الأمر الذي يستحيل معه التمييز بينهما وفقاً للمعيار الشكلي⁽²⁾.

ولقد وجدت ثلاث اتجاهات بين الفقهاء، أحدهما يرى أن معيار التمييز بالوصف أو الاسم الذي تخلعه الحكومة على العمل، وآخرون يأخذون بالمعيار الموضوعي للعمل، وفريق ثالث أخذ بالأشكال والإجراءات كمعيار للفرقة بين تلك الأعمال لذا سوف نستعرض لهذه الآراء وهي:

أتجه رأي أول إلى أن العبرة تكون بالوصف أو الاسم الذي تطلقه السلطة التنفيذية على العمل الصادر عنها، فيعتبر عملاً تشريعياً كل ما يصدر تحت اسم القانون أو يوصف بأنه قانون، في حين تعد الأعمال الأخرى أعمالاً إدارية طالما وصفت بأنها قرارات إدارية. ولقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي حيث قضى بعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد كل عمل من السلطة التنفيذية يأخذ تسمية القانون⁽³⁾.

(1) الحلو، القانون الإداري (ص399-400).

* يجب تمييز التشريعات التي لا يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري، إما بالنظر إلى موضوعها ودخوله أو عدم دخوله في اختصاص البرلمان طبقاً لآخر دساتير الدولة أو العرف الدستوري السائد فيها، وإما عن طريق إجراءات إعدادها إذا وجد إجراءات خاصة لذلك، وإما بالتسمية التي تطلقها عليها الحكومة. انظر: الحلو، القضاء الإداري (ص282).

** الانقلاب بالإنجليزية (Coup): بالفرنسية (Coup d'état) وهو تغيير نظام الحكم عبر وسائل سلمية (الانقلاب الأبيض) أو غير سلمية ويكون في العادة من داخل مؤسسة الحكم نفسها سواء كانت سياسية أو مدنية التي تحكم الدول.

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص397-398).

(3) عبد الله، القضاء الإداري (ص146).

إلا أن هذا المعيار غير كاف فالقضاء يبحث عن معايير شكلية أو موضوعية ليتحقق من أن العمل قد توافرت له الشروط اللازمة لإضفاء الصفة التشريعية عليه دون أن يقف عند حد الوصف الذي تخلعه الحكومة عليه⁽¹⁾.

ويتجه الرأي الثاني إلى التمييز بين القوانين والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية في حال دمج السلطات بالاستناد إلى الأشكال والإجراءات التي اتخذتها الحكومة عند إصدار العمل القانوني للتمييز بين ما يعتبر عملاً تشريعياً وما يعد قراراً إدارياً.

وعندما تجتمع الوظيفتان التنفيذية والتشريعية معاً في يد هيئة واحدة تقوم التفرقة طبقاً لهذا المعيار على أساس الشكل الخارجي للتصرف أو الإجراءات التي اتبعت في اتخاذه⁽²⁾.

إلا أن المعيار الشكلي الذي يستند إلى الأشكال والإجراءات يصعب اعتباره معياراً للتمييز لأن الأعمال التشريعية في كثير من فترات اندماج السلطات لا تتميز بإجراءات خاصة لاتخاذها أو أشكال تصاغ فيها، على أنه قد يجري العمل أو يتقرر رسمياً إتباع إجراءات أو أشكال معينة لاتخاذ الأعمال التشريعية في حال دمج السلطات، وحينئذ فإنه يمكن الإعتماد على الشكل والإجراءات في التمييز⁽³⁾.

ويرى فريق ثالث الأخذ بالمعيار الموضوعي، على أساس أن هذا المعيار لا يمكن أن يرتد إلى كون التشريع الحكومي يتضمن قواعد عامة، إذ أن اللوائح الإدارية تتضمن هي الأخرى قاعد تنظيمية عامة، وإنما يرتد هذا المعيار إلى تحديد مجال كل من القانون والعمل الإداري، فما تصدره السلطة الحاكمة في موضوع معين من الموضوعات التي ينظمها القانون عادة يعد عملاً تشريعياً، وما تصدره في أحد الموضوعات التي يجوز أن تتدخل بتنظيمها اللائحة يعتبر عملاً إدارياً، ولقد أخذ القضاء الإداري المصري بهذا المعيار الموضوعي⁽⁴⁾.

وبناء على ذلك والرغم من أن التمييز بين القوانين والقرارات الفردية سهل ويسير لاختلاف مضمون كل منهما عن الآخر، إلا أن الصعوبة تظهر عند التفرقة بين القوانين واللوائح لأن كليهما يتضمن قواعد عامة مجردة، ويعتقدون أن التغلب على هذه الصعوبة يكون بالرجوع إلى

(1) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص286).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص401).

(3) البناء، المرجع السابق (صص286-287).

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص48)، وانظر: البناء، المرجع السابق (ص287).

الحدود التي يرسمها الدستور في كل من القانون واللائحة في الظروف العادية رغم ما قد يثيره رسم هذه الحدود من مشاكلات في التطبيق⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه لتحقيق الهدف وهو التمييز بين القوانين والقرارات التي تصدر في حالة دمج السلطات لأبد من أعمال المعيارين الأول والأخير معاً، أي التعويل على إرادة أو نية الحكومة بواسطة الاسم أو الوصف الذي تطلقه على العمل من ناحية، والمعيار الموضوعي الذي يستند إلى مضمون العمل أو محتواه من ناحية أخرى.

فإذا أصدرت السلطة التنفيذية عملاً أطلقت عليه اسم قانون فهو عمل تشريعي طالما أنه يعالج موضوعاً من الموضوعات التي تدخل حسب نص الدستور أو العرف الدستوري في مجال القانون، كتنظيم سلطة القضاء أو الحريات العامة أو فرض أو تعديل الضرائب، وإذا كان العمل الذي وصفته السلطة التنفيذية بأنه قانون لا ينظم موضوعاً من الموضوعات التي تدخل في مجال القانون على النحو السابق بيانه، فإنه لا يعتبر قانوناً في جوهره طبقاً للمعيار الموضوعي⁽²⁾.

ثانياً : الرقابة القضائية على التشريعات التي تصدر بموجب حالات الدمج

بعد أن استعرضنا كيفية التمييز بين القوانين والقرارات الإدارية التي تصدرها الحكومة في حالات دمج السلطات، وتبين لنا ماهية التشريعات التي تصدر في تلك الفترة ولاحظنا أنها تصدر إعلانات دستورية، وقوانين عادية إلى جانب اللوائح الإدارية، فما هي المحكمة المختصة بالنظر في التشريعات الصادرة بموجب حالات الدمج؟

ولما كان المستقر عليه فقهاً وقضاءً عدم جواز الطعن بأحكام الدستور، كونه يعلو ولا يعلى عليه، فإن الإعلانات الدستورية تأخذ نفس حكم الدستور ولا تخضع لرقابة القضاء. ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذلك بقولها " ... عدم اختصاص المحكمة بالنظر فيما أثاره المدعى بشأن عدم شرعية الاعلان الدستوري الصادر في 10 من ديسمبر 1952 والاعلان الدستوري الصادر في 10 من فبراير سنة 1953، وفيما أثاره بشأن عدم شرعية دستور سنة 1958 وإجراءات إصداره، ذلك أن ولاية المحكمة رهينة بالطعون المتعلقة بدستورية القوانين دون شرعية الدساتير ذاتها"⁽³⁾.

(1) عبد الله، القضاء الإداري (ص146).

(2) عبد الله، المرجع السابق (ص148).

(3) حكم المحكمة العليا في القضية رقم 11 لسنة 7 قضائية المحكمة العليا بجلسة 1978/4/1 (موقع إلكتروني).

وبالرغم من ذلك جاء في نص المادة (2) من الإعلان الدستوري^(*) لتؤكد بنصوص دستورية عدم جواز الطعن بها بأي طريقة وأمام أي جهة حيث نصت على أنه "الإعلانات الدستورية والقوانين والقرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية منذ توليه السلطة في 30 يونيو 2012 وحتى نفاذ الدستور وانتخاب مجلس شعب جديد تكون نهائية ونافذة بذاتها غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أية جهة، كما لا يجوز التعرض بقراراته بوقف التنفيذ أو الإلغاء، وتتقضي جميع الدعاوى المتعلقة بها والمنظورة أمام أية جهة قضائية"^(**).

أما فيما يتعلق بالقوانين التي تصدر في حالات دمج السلطات، فإن المعيار الذي تبناه المشرع الفرنسي هو المعيار الشكلي فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد كل عمل من السلطة التنفيذية يأخذ تسمية قانون⁽¹⁾.

ولقد تبني المشرع المصري المعيار الموضوعي وقضى مجلس الدولة المصري بخروج القوانين الصادرة من السلطة التنفيذية في فترات دمج السلطتين التشريعية والتنفيذية عن رقابته، إذ قررت محكمة القضاء الإداري في حكم لها "إن المرسوم بقانون 180 لسنة 1952 الخاص بإلغاء نظام الوقف على الخيرات هو قانون صدر عن السلطة التشريعية التي تركزت- بعد سقوط ستور 1923- في مجلس الوزراء، فيخرج عن اختصاص المحكمة النظر في طلب إلغائه"⁽²⁾.

أما في الحالة الفلسطينية وتحديداً في أعقاب اتفاقية أوسلو يرى البعض بأن القوانين التي صدرت في تلك الفترة تعتبر قوانين بمعنى الكلمة، كونها تستمد مشروعيتها من اتفاقية المرحلة الانتقالية التي خولت السلطة التنفيذية ممارسة صلاحيات تشريعية نيابة عن المجلس لحين انتخابه⁽³⁾. إلا إننا نرى أن هذا الرأي يجانبه الصواب، كون أن الاتفاقية لا تعتبر أساساً للتمييز بين القوانين والقرارات هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أن هذه الاتفاقية لم تدرج في النظام القانوني الفلسطيني حتى تعتبر معياراً للتمييز، أو أساساً يستند عليه للتشريع.

* الإعلان الدستوري الذي أصدره الرئيس المصري محمد مرسي في الثاني والعشرين من نوفمبر/ تشرين الأول 2012

** يجدر الإشارة في هذا المقام أن هذا النص ينطوي على أمر معيب لأنه خلط بين الإعلان الدستوري والقوانين واللوائح والقرارات.

(1) عبد الله، القضاء الإداري (ص146).

(2) الحلو، القضاء الإداري (ص282).

(3) حجاب، دور الرئيس التشريعي في النظام السياسي الفلسطيني (ص141).

في حين يرى البعض أن هذه الأعمال التشريعية الصادرة في هذه الفترة تستمد أساسها القانوني من أمرين وهما :

1- تطبيقات نظرية الضرورة المنصوص عليها في كل من الدستور الأردني لعام 1952، والنظام الدستوري لقطاع غزة لعام 1962، وهي القوانين المؤقتة كما سميت في الدستور الأردني، والقرارات بقوانين كما سميت في النظام الدستوري لقطاع غزة، حيث تصدر هذه الأعمال في ظل غياب السلطة التشريعية، وتهدف إلى تصريف شؤون الحكم في المناطق التي تسلمتها السلطة الوطنية الفلسطينية.

2- الأساس الثاني هو نظرية التشريع عن طريق السلطة التنفيذية، فهذه القوانين صدرت والمجلس التشريعي ليس في حالة غياب فحسب، وإنما لم ينشأ بعدد⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن الرئيس الراحل ياسر عرفات تبنى معيار الوصف أو الاسم الذي تبناه المشرع الفرنسي، لأنه باستقراء التشريعات التي صدرت في فترة الدمج قبل انتخاب المجلس التشريعي لعام 1996، تارة أطلق عليها الراحل قانون، وتارة أخرى أطلق عليها قراراً، وبالتالي فحق لنا أن نقول أن المعيار الذي كان سائد في تلك الفترة هو معيار الوصف أو الاسم، وبالتالي يخرج عن رقابة القضاء كل ما خلع عليه الراحل ياسر عرفات اسم قانون من رقابة القضاء الإداري.

المطلب الثاني : الرقابة القضائية في حالة اللوائح التفويضية

من المعلوم إن السلطة التشريعية تعد صاحبة الاختصاص الأصيل في سن التشريعات ومع ذلك ولاعتبارات عملية فقد أعطيت السلطة التنفيذية حق التشريع في بعض المسائل استثناءً بواسطة الأنظمة التي تسمى في بعض الدول ومنها مصر باللوائح التفويضية، لذلك سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم اللوائح التفويضية وشروطها، ومن ثم طبيعتها والرقابة القضائية عليها على النحو التالي :

الفرع الأول : مفهوم وتنظيم اللوائح التفويضية

يقصد باللوائح التفويضية تلك الإجراءات والتدابير التي تتخذها السلطة التنفيذية بتفويض من البرلمان في وجود ظروف استثنائية، بحيث يكون للحكومة أن تمارس الوظيفة التشريعية في حدود مسائل معينة، خلال مدة محددة يتضمنها القانون الصادر من البرلمان بتفويض الحكومة

(1) معهد الحقوق، العملية التشريعية في الأراضي الفلسطينية وازدواجية السلطات... (ص5).

في هذا الشأن، وتمتلك السلطة التنفيذية بواسطة هذه المراسيم أو القرارات التي تصدرها تعديل أو إلغاء قاعدة قانونية قائمة تعالج موضوعات منصوص عليها في قانون التفويض⁽¹⁾.

هذه اللوائح التفويضية لها قوة القانون، حيث تقوى هذه اللوائح على تعديل أو إلغاء القانون القائم، إلا أنه يشترط لإصدارها تحقق ظروف استثنائية من ناحية، ومن ناحية أخرى أن تحدث هذه الظروف والمجلس التشريعي في حالة انعقاد حتى يمكن الحصول على التفويض التشريعي، وبالتالي لا يجوز التفويض في الظروف العادية⁽²⁾.

وقد اتجهت الدساتير التي تبنت فكرة التفويض التشريعي صراحة إلى تنظيمها في ثناياها ومن بين تلك الدساتير نجد الدستور الفرنسي لعام 1958 قد نص في المادة (38) بأن "للحكومة في سبيل تنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان تفويضها بأن تتخذ عن طريق الأوامر خلال مدة محدودة تدابير تدخل عادة في القانون، ويتم إقرار الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة وهي تسري بمجرد نشرها ولكنها تصبح لاغية إذا لم يقدم مشروع قانون التصديق عليها إلى البرلمان قبل انتهاء التاريخ المحدد في قانون التفويض، ولا يمكن إقرارها إلا بشكل صريح وبانتهاء المدة المذكورة في الفقرة الأولى لهذه المادة لا يمكن تعديل الأوامر في المواد الداخلة في مجال التشريع إلا بقانون وذلك في المواد التي تدخل في النطاق التشريعي".

وتجدر الإشارة إلى أنه وعلى الرغم من أن المادة (38) المشار إليها أشرت صراحة إلى أن الحكومة هي التي تتقدم بالطلب إلى البرلمان لمنحها التفويض إلا أن عملاً بالمادة (13)^(*) من ذات الدستور توجب أن توقع المراسيم والأوامر التي يقرها مجلس الوزراء من رئيس الجمهورية⁽³⁾.

وباستقراء دستور مصر لسنة 1971 يلاحظ أن رئيس الدولة يستمد الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون بموجب التفويض من الدستور حيث نصت المادة (108) منه على أنه "الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على

(1) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص222).

(2) عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (121).

* نصت المادة (13) من الدستور الفرنسي على أنه (وقع رئيس الجمهورية الأوامر والمراسيم التي تتم المداولة فيها في مجلس الوزراء....).

(3) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص93).

مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان له من قوة القانون".

إلا أن الدساتير المتعاقبة على مصر لم تتضمن نص مماثل لهذا النص، فقد جاء دستور مصر 2012 وكذلك دستور مصر 2014 خالياً من تفويض السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية بإصدار قرارات لها قوة القانون.

ويرى الباحث أن ما قام به المشرع المصري في دستور 2012 و 2014 بعدم تفويض رئيس الجمهورية لهو عين الصواب، لمدى خطورة هذا التفويض الذي يترتب عليه استحواذ رئيس الجمهورية على العملية التشريعية بمفرده، كونه يستطيع أن يلغي قانوناً قائم أو يعدل نصوص ما كان له التعرض لها في الظروف العادية.

وتباينت الآراء الفقهية حول مسائلة التفويض، حيث يرى فريق من الفقهاء بأنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض اختصاصها الأصيل إلى رئيس الجمهورية لأن حقها في التشريع ليس حقاً شخصياً يمكن التنازل عنه، وفي وجهة نظرهم أن أي تنازل في هذا الصدد يعتبر باطلاً، كما أنه يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات.

أما الرأي الثاني فيرى جواز تقرير هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية وذلك مراعاة للاعتبارات العملية التي تحتاج إلى حلول سريعة يصعب أن يقوم بها البرلمان بما يعرف عنه من علنية وبطء في اتخاذ مثل هذه القرارات العاجلة⁽¹⁾.

إلا أن الباحث ينكر رأي المعارضين طالما أن رئيس الجمهورية استمد هذا الحق من الدستور، بالرغم من مدى خطورة هذا التفويض على الحقوق والحريات للأفراد، لذا إذا كان هناك اعتراض فالأصل أن يرد إلى الدستور نفسه والمطالبة بتعديل ما نص عليه في هذا الصدد، حيث لم تتضمن الدساتير المتعاقبة على مصر في الآونة الأخيرة سواء دستور 2012 و 2014 أي نصوص تتعلق بالتفويض التشريعي.

وفي فلسطين وباستقراء القانون الأساسي الفلسطيني المعدل نجد أن المشرع لم يتضمن نصاً يخول رئيس السلطة الوطنية إصدار قرارات لها قوة القانون بناء على تفويض من المجلس

(1) صادق : حازم، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي (ص 749)

التشريعي^(*) وخيراً فعل، وإنما يجوز له إصدار مثل هذه القرارات بقوانين في حالة الضرورة والتي سوف نتناول الحديث عنها في المبحث الثاني من هذا الفصل.

الفرع الثاني : شروط صحة التفويض التشريعي

أشرنا إلى أن بعض الدساتير تتبنى فكرة التفويض التشريعي صراحة، لذلك سوف نستعرض أهم الشروط التي تعتبر في حقيقة الأمر قيوداً لممارسة رئيس الدولة اختصاصاته في إصدار اللوائح التفويضية وهي كالتالي :

أولاً : الشروط المتعلقة بممارسة التفويض التشريعي

حيث يشترط لممارسة التفويض التشريعي أن توجد ظروف غير اعتيادية تسوغ ممارسة هذا الاختصاص⁽¹⁾.

فالوضع الدستوري يقضي بأن يكون التفويض لمدة محددة، وعليه فإن التأقيت لا يكون في الظروف العادية بل يرتبط بالظروف الاستثنائية، لذلك فإن تطبيق التفويض التشريعي لا بد أن يكون في ظل ظروف غير عادية (استثنائية)⁽²⁾.

ثانياً : شروط تتعلق بالمفوض والمفوض إليه

لا بد من شروط يجب تحقيقها في المفوض ألا وهو "البرلمان"، فلا بد أن يكون البرلمان منعقداً، وحالة الانعقاد ما تميز اللوائح التفويضية عن غيرها من اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية لممارسة الوظيفة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية، غير أن هذا لا يعني ضرورة استمرار انعقاد البرلمان طول مدة التفويض⁽³⁾.

* وفي ذات السياق يقول الدكتور هاني عبد الرحمن غانم : أما في فلسطين فلم يتم تبني نظرية اللوائح التفويضية في القانون الأساسي، وعليه لا يجوز للمجلس التشريعي أن يتنازل عن اختصاصاته التشريعية إلى السلطة التنفيذية، فلا تفويض إلا بنص من نفس درجة النص الذي منح الأصيل اختصاصاته، وعليه حتى نقر بوجود اللوائح التفويضية في فلسطين فإن الأمر يتطلب أن يكون لدينا نص دستوري يسمح بمقتضاه للمجلس التشريعي تفويض السلطة التنفيذية إصدار مثل هذه اللوائح، لأن من منح الاختصاص الأصيل للمجلس التشريعي في سن القوانين هو المشرع الدستوري. انظر: غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري في فلسطين (ص54).

(1) الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي (ص87).

(2) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص326).

(3) جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية (ص237).

وفضلاً عن انعقاد البرلمان فلا بد أيضاً من صدور الإذن من البرلمان بالتفويض التشريعي حيث يصدر التفويض بشكل قانون يسمى قانون التفويض ويتبع البرلمان الإجراءات المعمول بها لإصدار أي قانون، فالبرلمان لا يفوض السلطة التنفيذية من تلقاء نفسه لتنظيم المسائل المختصة بها، بل يجب أن يتم بناء على طلب من السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

ثالثاً : الشروط المتعلقة بمدة وموضوع التفويض

لابد تحديد المدة الزمنية للوائح التفويضية تحديداً دقيقاً والعلّة في ذلك هي حرص المشرع الدستوري على عدم استمرار التفويض لأجل غير معلوم كون التفويض أمراً استثنائياً عارضاً فهو يعد خروجاً على مبدأ الفصل بين السلطات، ولذلك فإن عدم تحديد القانون مدة التفويض يجعله باطلاً، وبالتالي لا يترك أمر تحديد مدة التفويض إلى تقدير السلطة التنفيذية⁽²⁾.

كما ويجب أن يكون التفويض محدد الموضوعات ويتضمن تلك الموضوعات التي سوف تتناولها السلطة التنفيذية بالتنظيم بموجب قانون التفويض لذلك يجب أن يكون قانون التفويض ينص بدقة على الأمور التي سوف تنظمها الحكومة في لوائحها التفويضية. فإذا خلا قانون التفويض أو لم يتم تحديد الموضوعات التي سوف تنظمها السلطة التنفيذية فإن ذلك يعد إطلاق العنان لها بإصدار ما تشاء من لوائح.

حيث أيد ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في العديد من أحكامه فقد قضى في 11/1/1977 بأن "عندما تطلب الحكومة من المجلس النيابي الإذن بالتشريع عن طريق أوامر تشريعية يجب عليها أن تبين بدقة ماهية التدابير التي تنوي اتخاذها ويجب أن تتخذ هذه التدابير من أجل تنفيذ برنامجها" وكذلك قضى في عام 1986 بأن "على الحكومة أن تبين مجال تدخلها غير إنها ليست ملزمة ببيان فحوى الأوامر الاشتراعية".

وبناء على ذلك يتضح أنه لا بد من تحديد الموضوعات التي تصدر فيها اللوائح التفويضية، فالتفويض يجب أن يكون جزئياً ينصب على موضوعات محددة أما التفويض الكلي فإنه غير جائز لأنه يعد بمثابة تنازل من البرلمان عن اختصاصاته التشريعية وهذا ما لا يملكه، ولا بد أيضاً من توضيح الأسس التي تقوم عليها اللوائح التفويضية وتوضح هذه الأسس في ضوء الأسباب الدافعة إلى صدور التفويض التشريعي ذاته⁽³⁾، وعدم تحديد الموضوعات الداخلة في

(1) أبو زيد، مدى سلطة الحاكم إزاء التشريعات ... (ص 117).

(2) جمال الدين، المرجع السابق (ص 253).

(3) الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري (ص 665 - 666).

قانون التفويض يعني التفويض المطلق لرئيس السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح التفويضية في أي موضوع، وهذا يعني تخلي البرلمان عن اختصاصه في التشريع، وهو أمر غير جائز دستورياً⁽¹⁾، وكما لا بد أن تتصل هذه الموضوعات المحددة في قانون التفويض وعلى سبيل الحصر اتصالاً وثيقاً بالضرورة والأحوال الاستثنائية⁽²⁾.

رابعاً : الشروط المتعلقة بعرض اللوائح على البرلمان

لقد تطلبت الدساتير المذكورة وجوب عرض القرارات بقوانين الصادرة بناء على تفويض تشريعي على البرلمان قبل نهاية مدة التفويض ويترتب على عدم عرضها زوال ما كان لها من قوة القانون ومن ثم إنهاء آثارها واعتبارها لاغية. فإذا تم عرض هذه القرارات على البرلمان فإن هذا العرض في ذاته لا يغير من طبيعتها القانونية - كقرارات إدارية - مما يجعل باب الطعن مفتوحاً تجاهها بالإلغاء⁽³⁾.

وبالتالي لا بد لصاحب الاختصاص الأصيل في التشريع في نهاية مدة التفويض أن يقول كلمته في هذه اللوائح التفويضية⁽⁴⁾، ومن البديهي أن يكون البرلمان موجوداً، أما إذا انتهت مدة التفويض ولم يكن البرلمان قائماً يجب عرض هذه اللوائح (القرارات بقوانين) على المجلس الجديد في أول اجتماع له⁽⁵⁾. فإذا عرضت هذه اللوائح على البرلمان فقد يرى الموافقة عليها وبالتالي يصادق عليها ويسبغ عليها قوة القانون، وقد يرفض صراحة الموافقة عليها وفي هذه الحالة يزول ما كان لها من قوة القانون⁽⁶⁾.

ولقد أجملت تلك الشروط السابقة المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكم لها بقولها "يجب أن يكون التفويض لمدة محدودة. وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون. وبذلك يكون الدستور قد أجاز التفويض التشريعي وخوله لرئيس الجمهورية في إطار عام هو ألا ينطوي التفويض على نقل الولاية التشريعية بأكملها أو في جوانبها الأكثر أهمية من الهيئة

(1) عبد الوهاب، النظم السياسية والقانون الدستوري (ص786).

(2) جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية (ص311).

(3) هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية (ج2/419).

(4) عصفور، النظام الدستوري المصري (ص139).

(5) الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري (ص480-481).

(6) العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي... (ص53).

النيابية إلى السلطة التنفيذية أو التنازل عنها بإنابة جهة أخرى في ممارستها. وفي إطار هذا الضابط العام حدد الدستور : مناسبة التفويض فحصرها في قيام الضرورة والأوضاع الاستثنائية التي تدور معها على إقراره وحرصه إمعاناً في الحيطة على أن تكون موافقة السلطة التشريعية على قانون التفويض بالأغلبية الخاصة التي تطلبها ممثلة في ثلثي أعضائها لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تفريط فيها، وأن يكون إقراره مرتبطاً بدواعيه الضاغطة مبرراً بها مستنداً إليها، وعهد إلى السلطة التشريعية بأن تعين بنفسها "محل التفويض" في قانونه وذلك من خلال تحديدها القاطع للمسائل التي يتناولها وأسس تنظيمها لتتقيد السلطة التنفيذية بنطاق التفويض ولا تجاوزه إلى غير المسائل التي يشملها في موضوعه، وجعل التفويض "موقوتاً" بميعاد معلوم "محدد سلفاً أو قابلاً للتعين" كي يمثل هذا الميعاد حداً زمنياً لا يجوز أن تتخطاه السلطة التنفيذية في ممارستها لاختصاصها الاستثنائي وإلا انطوى عملها على اقتحام للولاية التشريعية التي اختص الدستور بها الهيئة النيابية الأصلية، وهو ما عززه الدستور حين أقام من السلطة التشريعية - التي جعل الدستور زمام إقرار القوانين وتعديلها وإلغائها بيدها - رقيباً على "مجازرة السلطة التنفيذية لحدود التفويض أو التزامها بأبعاده". وذلك بما أوجبه المادة 108 من الدستور من أن تعرض على السلطة التشريعية التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لقانون التفويض وذلك في أول جلسة تدعى إليها بعد انتهاء مدته، فإذا لم تعرض على السلطة التشريعية أو عرضت ولم تقرها، زال ما كان لها من قوة القانون. وكان ذلك ضماناً لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي في حدود القيود التي عينها الدستور حصراً لنطاقه وضبطاً لقواعده"⁽¹⁾.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للوائح التفويضية والرقابة عليها

للوائح التفويضية ظروف خاصة من حيث إصدارها، وأخرى نظراً لكونها تمثل نوع من التشريع الذي يصدر في ظل ظروف معينة عن السلطة التنفيذية ثم يتم الإقرار بالتشريع أو التصديق عليه من قبل السلطة التشريعية مخالفة بذلك القواعد العامة لإصدار التشريعات العادية. إلى جانب ذلك فإن اللوائح التفويضية لها طبيعة قانونية خاصة تختلف عن غيرها من القوانين أو اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية. لذلك سوف نتناول الطبيعة القانونية ومن ثم الرقابة القضائية على هذا النوع من اللوائح.

(1) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 8 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" بجلسة 1992/5/16م. (موقع إلكتروني).

أولاً : الطبيعة القانونية للوائح التفويضية

لقد اختلف الفقه في الطبيعة القانونية للوائح التفويضية حيث يرى جانب من الفقه أن اللوائح التفويضية تعتبر من قبيل الأعمال التشريعية وتتمتع بقوة القانون، وبالتالي تخرج هذه اللوائح بمجرد تصديق البرلمان عليها عن رقابة القضاء الإداري، لأنها تصبح قوانين عادية من حيث الشكل والموضوع، وبذلك تستطيع الحكومة ممارسة الوظيفة التشريعية نيابة عن البرلمان، وبالتالي يمكنها التعرض للقوانين السارية سواء بالتعديل أو الإلغاء استناداً لقانون التفويض الذي منحها حق إصدار اللوائح بالنسبة لموضوعات معينة وخلال مدة التفويض⁽¹⁾.

ويرى جانب آخر أن اللوائح التفويضية ووفقاً للمعيار الشكلي هي بمثابة قرارات إدارية إلى أن يصدق عليها البرلمان، فعندئذ فقط تكتسب طابع تشريعي ليخرجها من نطاق الرقابة القضائية⁽²⁾.

ويرى آخرون وبحق أن اللوائح التفويضية تمر بمرحلتين، حيث في المرحلة الأولى قبل التصديق عليها، فقد اعتبرها غالبية الفقهاء في هذه الحالة كلوائح الضرورة أخذاً بالمعيار الشكلي وهي مجرد قرارات إدارية لصدورها عن السلطة التنفيذية، ومع ذلك فإنه يكون لها قوة القانون وتستطيع أن تعدل أو تلغي القوانين المعمول بها.

المرحلة الثانية : بعد تصديق البرلمان عليها فتقلب هذه القرارات وتتحول إلى قوانين وتكتسب جانباً تشريعياً وبالتالي تتمتع بالحصانة القضائية المقررة لهذه القوانين⁽³⁾.

في ذات السياق يرى البعض أنه استقر الفقه والقضاء سواء في فرنسا أم مصر جواز الطعن فيها بالإلغاء في الفترة الواقعة ما بين إصدارها وحتى اعتمادها من البرلمان، أما بعد الاعتماد من البرلمان فتأخذ حكم القانون ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، حيث استقر المجلس الدستوري الفرنسي وكذلك مجلس الدولة بأن القرارات بقوانين التي تصدر عن الحكومة بناءً على تفويض من البرلمان سواء صراحة أو ضمناً فإنها تأخذ حكم القانون ومن ثم لا تخضع لطن تجاوز السلطة⁽⁴⁾.

(1) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص ص 347-348).

(2) علي، الظروف الاستثنائية (ص ص 41-43)

(3) صادق : حازم، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي ... (ص ص 760-761).

(4) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص 44).

ثانياً : رقابة القضاء الإداري على اللوائح التفويضية

لقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن اللوائح (الأوامر) التفويضية هي قرارات إدارية لها قوة القانون قبل تصديق البرلمان عليها، وعلى ذلك اخضعها لاختصاصه للتحقق من مدى مشروعيتها⁽¹⁾، وعلى ذلك قضى مجلس الدولة في 8 ديسمبر عام 2000 في الدعوى المقامة من السيد (هوفر وآخرين) بشأن طلب الغاء الأمر رقم 525 لسنة 1998 الصادر في 24 يونيو عام 1998، والمتعلق بالرقابة على ترحيل الأموال إلى الخارج بالنسبة للأراضي فيما وراء البحار^(*) مع إيقاف تنفيذ هذا الأمر، فجاء في الحكم بأن "الأمر المطعون فيه صدر إعمالاً للمادة (38)، وإن اللوائح الصادرة إعمالاً لهذه المادة تعتبر أعمالاً إدارية تخضع لرقابة المشروعية من جانب مجلس الدولة، وذلك قبل تصديق البرلمان عليها بينما تصبح هذه اللوائح ذات قيمة تشريعية من وقت توقيع البرلمان عليها ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء الإداري"⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإن اللوائح التفويضية كما ذكرنا تعتبر في بدايتها أعمال إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية في الدولة، إلا أنها تمر بمرحلة أخرى لا تمر بها القرارات الإدارية العادية، حيث تمر بمرحلة العرض على السلطة التشريعية لإقرارها أو رفضها.

وبالتالي فهذا النوع من اللوائح يعتبر نافذاً في أحكامه من تاريخ صدوره وتعتبر بذلك أعمال إدارية طبقاً للمعيار الشكلي⁽³⁾. يجوز الطعن عليها بالإلغاء أمام القضاء الإداري في حال عدم مشروعيتها.

أما في حالة ما إذا أقرتها السلطة التشريعية ووافق عليها فإنها تصبح في حكم القانون أو بمعنى أصح تصبح قانوناً لا يجوز الطعن عليها أمام القضاء الإداري بالإلغاء لعدم المشروعية وإنما تخضع للرقابة القضائية من المحكمة الدستورية في مصر وللمجلس الدستوري في فرنسا،

(1) الحلو، القضاء الإداري (ص284)

* مجموعة من الأقاليم المختلفة تحت الإدارة الفرنسية خارج القارة الأوروبية وتختلف هذه الأقاليم أو التجمعات السكانية من حيث النظام القضائي ودرجة الحكم الذاتي فيها، بينما جميعها تشترك بوجود ممثلين لها في البرلمان الفرنسي (ما عدا المناطق التي لا يوجد بها سكان دائمون) ولها الحق في اختيار مرشحي البرلمان الأوروبي. تشمل الإدارات والأقاليم ما وراء البحار الفرنسية على جزر في المحيط الأطلسي والهادي والهندي، وإقليم في شاطئ أمريكا الجنوبية، كما تشمل على جزء من أنتاركتيكا وبعض الجزر المحيطة بها. يبلغ سكان هذه المناطق حوالي 2,624,505 في يناير 2009.

(2) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص364).

(3) عصفور، القضاء الإداري (ص221).

شأنها في ذلك شأن القوانين العادية التي تخضع للدستورية أو عدم الدستورية. أما في حالة عدم عرض هذه اللوائح التفويضية على السلطة التشريعية أو عرضت ولم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة قانونية، وتعد بذلك أعمال إدارية يجوز الطعن عليها بالإلغاء⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم يرى الباحث بعد السرد السابق إن اللوائح التفويضية وفي حالة خروجها صحيحة ومرت بجميع المراحل التي حددتها المادة (108) من دستور 1971^(*) بما في ذلك اعتمادها من البرلمان، فإنها تخرج في نهاية المطاف في صورة قوانين عادية تخضع في رقابتها للمحكمة الدستورية العليا^(**). أما في حالة عدم عرضها على المجلس أو عرضت ولم يقرها بالموافقة، فتعد بهذه الكيفية أعمالاً إدارية يجوز الطعن عليها أمام مجلس الدولة.

(1) صادق : حازم، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي (صص 763-764)

* حيث قضت المادة المشار إليها على أنه (الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان له من قوة القانون).

** حيث قضت نص المادة المشار إليها على أنه (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها).

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على القرارات بقوانين التي تصدر في حالة الضرورة.

يسود مبدأ المشروعية الأنظمة القانونية المعاصرة على اختلاف أنواعها، وبالتالي توجب تلك الأنظمة على أن يستند كل عمل قانوني إلى قاعدة سابقة على وقوع التصرف، فيخضع جميع الأفراد في علاقاتهم للقانون، وإلى جانب هذا المبدأ يجب أن تخضع الدولة إلى مبدأ آخر وهو مبدأ الفصل بين السلطات، حيث تستقل كل سلطة بممارسة وظيفتها مع وجود قدر من التعاون بين هذه السلطات^(*).

والنظام القانوني الذي يحكم الدولة في ظروفها العادية قد يعجز في أثناء الأزمات عن ضبط أمور الدولة وتقديم الحماية اللازمة لاستمرار كيان الدولة واستقرارها، لذلك وجدت نظرية الضرورة لتواجه تلك الظروف الشاذة في حياة الدولة التي من شأنها أن تهدد الدولة في كيانها وأمنها. ويترتب على هذه النظرية تحويل السلطة التنفيذية اتخاذ كل التدابير اللازمة للإبقاء على الدولة وإعلاء سلامتها مهما تضمنت هذه الاجراءات أو التدابير من اعتداء على الحقوق والحريات العامة.

وهذه النظرية بالرغم من أنها نظرية قضائية في أصولها، إلا أن الأنظمة المقارنة تضمنتها بنصوص تشريعية في دساتيرها، فتناولها بالتنظيم كلاً من المشرع المصري والفلسطيني.

حيث نص المشرع الفلسطيني على هذه النظرية في القانون الأساسي الفلسطيني ونظمها بقوله في المادة (43) "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون....".

وبناء على ذلك وبسبب تلك الظروف الاستثنائية التي تعصف بالدولة وتهدد كيانها واستمرارها، تجد الدولة نفسها مضطرة للخروج على القواعد الدستورية وذلك حفاظاً على أمنها واستقرارها.

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

- المطلب الأول : ماهية نظرية الضرورة وشروطها
- المطلب الثاني : رقابة القضاء على القرارات بقوانين الصادرة بموجب حالة الضرورة

* تباشر الدولة اختصاصاتها من خلال السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، حيث تتمثل الوظيفة التشريعية بسن القوانين، بينما تخص السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الصادرة عن السلطة التشريعية وتنفيذ برنامجها، بينما تختص السلطة القضائية بالفصل في المنازعات التي تعرض عليها طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، هذا المبدأ الذي نادى به الفقيه مونتسكيو "السلطة توقف السلطة" الذي يعتبر من أهم ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية.

المطلب الأول : ماهية نظرية الضرورة وشروطها

لقد أناطت الدساتير مهمة التشريع إلى السلطة التشريعية، ويطلق على ما يصدر عنها من تشريعات اسم قوانين، وتستند مهمة تنفيذ القوانين إلى السلطة التنفيذية فتصدر عنها في هذا المجال ما يسمى اللوائح التنفيذية للقوانين، إلا أنه وبسبب أمور مستعجلة وأزمات تستدعي التدخل السريع لمواجهتها من قبل السلطة التنفيذية في الدولة، اتجه الفقه والتشريع إلى توسيع سلطات الإدارة في هذه الظروف بإتخاذ إجراءات تشريعية لإعادة الاستقرار إلى الدولة، ومن أبرز الصلاحيات التي يمكن للسلطة التنفيذية أن تمارسها في حالة الأزمات هي الوظيفة التشريعية، وهو ما يعد استثناءً على مبدأ الفصل بين السلطات، فيحل رئيس الدولة محل المشرع بإصدار تشريعات لها قوة القانون⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين تناول في الفرع الأول مفهوم نظرية الضرورة ومبرراتها، وفي الفرع الثاني تناول شروط نظرية الضرورة على النحو التالي :

الفرع الأول : مفهوم نظرية الضرورة ومبرراتها

تعتبر نظرية الضرورة نظرية قضائية ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بمقتضاها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف، لأن ضرورة حماية النظام العام واستمرار سير المرافق العامة تستدعي أن تكون السلطة الإدارية تتمتع باختصاص واسعة لا تملكها في بموجب القوانين العادية⁽²⁾.

وإن كان الحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات بمثابة إلتزام في الظروف العادية، إلا أن الحفاظ عليه بأسسه وخصائصه في الظروف الاستثنائية قد يعطي السلطة التنفيذية المتمثلة في رئيس الدولة سلطات تشريعية على النحو الذي يؤدي إلى التضحية بالمبادئ الدستورية - إن كانت موجودة- طالما كان ذلك من مقتضيات مصلحة الدولة⁽³⁾.

أو بمعنى آخر فإن ما يصلح للحكم بمقتضاه في الظروف العادية، لا يكون مناسباً بالضرورة أو قابلاً للتطبيق إذا تغيرت هذه الظروف بظهور ظروف جديدة لا يصلح لمواجهتها تطبيق القواعد القانونية التي وضعت أساساً لمواجهة الظروف العادية.

(1) حساني، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي (ص123).

(2) الشويكي، القضاء الإداري (ج1/74)، وانظر: غانم، الوسيط في أصول القضاء في فلسطين (ص133).

(3) صادق : حازم، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي (ص740).

ولما كانت السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في سن التشريعات، فإنه يستند إلى السلطة التنفيذية هذه المهمة استثناءً لمواجهة الظروف الاستعجالية والتي لا تحتمل التأخير⁽¹⁾، حيث خولت معظم الدساتير ومنها الدستور المصري والقانون الأساسي الفلسطيني السلطة التنفيذية إصدار تشريعات لها قوة القانون مستتدة في ذلك إلى نظرية الضرورة التي تعتبر من النظريات العامة في الفقه القانوني، هذه النظرية تعود جذورها إلى القاعدة الرومانية الشهيرة التي تقول "سلامة الشعب فوق القانون"⁽²⁾.

وبالتالي فإن نظرية الضرورة في الوقت الحالي أصبحت جزءاً لا يتجزأ من غالبية الأنظمة القانونية والدستورية، إذ يصعب على أي نظام ديمقراطي أن يواجه أعباء ومصادر السلطة دون الاستعانة بهذه النظرية، وذلك باعتبارها آلية قانونية استثنائية تتيح للسلطة التنفيذية التصدي لما يطرأ على الساحة من حوادث وظروف غير عادية تعجز بالوسائل التقليدية مواجهتها⁽³⁾.

وهكذا يمكن القول أن النظرية إنما وضعت لتخفيف العبء عن الإدارة بما تفرضه التشريعات من قيود تحد من قدرتها على التصرف إذا ما استجدت ظروف استثنائية لم توضع مثل هذه التشريعات لمواجهتها، إذ تستطيع طبقاً لتلك النظرية أن تتخذ مثلاً إجراءات وتدابير مما يدخل بحسب الأصل في سلطة البرلمان، كأن تعدل القوانين القائمة أو تلغيها أو تعطل نفاذها، ولا يعد هذا خروجاً على مبدأ المشروعية. وإنما فقط توسيع لنطاقه أو تعديل لحدوده يجريه القاضي بحكم قوامته على تفسير القانون بما يلائم ظروف تطبيقه، مما يرخص للإدارة في ممارسة السلطات اللازمة للوفاء بالتزاماتها الجوهرية حيال نظام الدولة العام ومرافقتها الأساسية⁽⁴⁾.

ولما كانت نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية تستمد وجودها من القضاء، غير أن المشرع جعل منها نظرية تشريعية فقد تدخل مباشرة في بعض الحالات لتحديد ما إذا كان الظرف استثنائياً أم لا. وهو يمارس ذلك بإتباع أسلوبين :

(1) عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (ص 118-119).

(2) السيد، الرقابة على دستورية اللوائح (ص 43).

(3) عبد المنعم، شروط الضرورة أمام القضاء الدستوري (ص 11).

(4) بطيخ، الرقابة القضائية على أداء الجهاز الإداري (ص 120).

- **الأسلوب الأول** : أن يستصدر قوانين تنظم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها، ويتسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحياتهم لأنه يحرم السلطة التنفيذية من اللجوء إلى سلطات الظروف الاستثنائية إلا بعد موافقة السلطة التشريعية^(*)، إلا أن هذا الأسلوب يعاب عليه أن هناك من الظروف ما يقع بشكل مفاجئ لا يحتمل استصدار تلك التشريعات بالإجراءات الطويلة المعتادة.

- **الأسلوب الثاني** : يتمثل في إعداد تشريعات تكون معدة سلفاً لمواجهة الظروف الاستثنائية^(**). ولا يخفى ما لهذا الأسلوب من عيوب تتمثل في احتمال إساءة الإدارة سلطتها في إعلان حالة الظروف الاستثنائية في غير وقتها والاستفادة مما يمنح لها المشرع من صلاحيات في تقييد حريات الأفراد وحقوقهم⁽¹⁾.

أولاً : تعريف حالة الضرورة

تعتبر تشريعات الضرورة أو لوائح الضرورة من التعبيرات الأكثر شيوعاً، حيث لم يتفق الفقه والقضاء أو حتى المشرع الدستوري على تعريف موحد يشمل ما تصدره السلطة التنفيذية من تشريعات هي في الأصل من اختصاص البرلمان، كما وأنهم لم يتفقوا على تسمية واحدة موحدة، فبعض الدساتير اسمتها قرارات تكون لها قوة القانون أو لوائح الضرورة كما هو الحال في الدستور المصري⁽²⁾، والدستور الأردني أطلق عليها القوانين المؤقتة⁽³⁾، في حين أطلق عليها الدستور الكويتي مراسيم تكون لها قوة القانون⁽⁴⁾، والمشرع الفلسطيني أطلق عليها قرارات لها قوة القانون.

* في بريطانيا يقوم نظامها على عدم تنظيم حالة الطوارئ بقانون موضوع سلفاً ينظم الأحكام العرفية، وإنما يقتضي النظام الانجليزي الترخيص كلما ألحت الحاجة، وألزمت الظروف السلطة التنفيذية الرجوع إلى البرلمان لاستصدار قانون الأحكام العرفية، وبموجبه تنظم شروط حالة الطوارئ وحدودها، والمناطق التي يطبق فيها، إلى جانب الحيز الزمني اللازم لسريانه.

** أخذ المشرع الفرنسي بهذا الأسلوب إذ منحت المادة السادسة عشر من دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام 1958 رئيس الجمهورية الفرنسية سلطات واسعة من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية.

(1) مسكوني، القضاء الإداري (ص71).

(2) رئيس الجمهورية، الدستور المصري (1971/147).

(3) حكام شاملة للمجلسين، الدستور الأردني (1952/94).

(4) رئيس الدولة، الدستور الكويتي (1962/71).

إلا أن التسمية التي تبناها المشرع الأردني- قوانين مؤقتة- منتقدة لأن مصطلح قانون رهين بشكالية معينة من وجهتين: الأولى وجهة الاختصاص وهي السلطة التشريعية، والثاني الإجراءات التي يجب أن يمر بها مشروع القانون من الاقتراح إلى مرحلة التصديق. وما تصدره السلطة التنفيذية من قواعد عامة وملزمة لا يسمى قانوناً مهما بلغت قوة هذه القواعد، ولو كانت تستطيع أن تلغي أو تعدل القوانين العادية السارية المفعول، بل يطلق عليها قرارات أو أنظمة أو لوائح تشريعية أو مراسيم بقوانين⁽¹⁾.

وعرف بعض الفقهاء تشريعات الضرورة بأنها "تلك اللوائح التي تصدر من السلطة التنفيذية نتيجة غياب البرلمان في وقت تحتاج فيه الدولة إلى تشريعات معينة لمواجهة ظروف استثنائية"⁽²⁾.

وعرفها آخرون بقولهم "بأنها عبارة عن مراسيم أو لوائح تصدرها السلطة التنفيذية، فيما بين أدوار انعقاد البرلمان أو أثناء عطلة أو فترة حله، ويكون لهذه المراسيم أو اللوائح قوة القانون على أن تعرض على البرلمان عند اجتماعه لإقرارها"⁽³⁾.

ويرى بعض الفقه إن حالة الضرورة توجد كلما وجدت الدولة في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطار معينة سواء أكان مصدرها داخلياً أو خارجياً إلا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية التي لا يمكن تجاوزها في الأوضاع العادية"⁽⁴⁾.

ويمكن تعريف تشريعات الضرورة بأنها تلك القرارات التي يصدرها رئيس السلطة الوطنية في حال الخطر الجسيم الذي يتعذر تداركه بالوسائل العادية لمواجهة ذلك الخطر، وتكون لها قوة القانون، على أن يتم عرضها على المجلس التشريعي"⁽⁵⁾.

كما ولم يتخذ الفقه موقفاً موحداً من نظرية الضرورة، فمنهم من قبل بالنظرية ومنهم من رفضها، فقد يوشك الفقه الانجلوسكسوني أن يكون من الراضين لها، لأنها تجمع المزيد من السلطات في يد السلطة التنفيذية، ومن ثم يعتبرها عدواناً على الديمقراطية، حيث أن القاعدة العامة في الفقه الانجلوسكسوني تقتضي "سيادة القانون هي قاعدة مطلقة لا استثناء لها سواء

(1) بوعركي، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة (ص ص 27-28).

(2) جمال الدين، لوائح الضرورة (ص 66).

(3) خليل، القضاء الإداري اللبناني (ص 77).

(4) الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري (ص 17).

(5) أبو كميل، صلاحيات رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية في سن التشريعات العادية (ص 61).

في الأوقات العادية أو أوقات الأزمات"، وكذلك يرفض القضاء الإنجليزي هذه النظرية شأنه في ذلك شأن الفقه⁽¹⁾.

بينما الفقه الألماني قد تبني هذه النظرية، وتقوم نظرية الضرورة في الفقه الألماني على أساس أنه يوجد إلى جوار القانون المكتوب قانون آخر غير مكتوب يعطي الدولة الحق في إتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على سلامتها، ولو أدى ذلك إلى مخالفة القواعد القانونية المكتوبة، وبناء عليه تعتبر النظرية الألمانية كافة الإجراءات التي تقوم بها الدولة بناءً على حالة الضرورة مشروعة، فالضرورة عندهم مصدرًا مشروعًا للقواعد القانون، ولذلك يطلق عليها الفقه "النظرية القانونية الضرورية"⁽²⁾.

بينما ذهب الفقهاء المصريين إلى الأخذ بنظرية الضرورة، حيث يرى جانب من الفقه في هذا الصدد "إن نظرية الضرورة لا تؤدي إلى هدم المشروعية وتجاوزها كلياً أو جزئياً"⁽³⁾، ففي تلك الظروف يتم توسيع المشروعية وتعديل حدودها، وهو إجراء يقوم به القاضي بحكم قوامه على تفسير القانون بما يتلاءم وظروف تطبيقه، ويتضح أن الفقه المصري أخذ بنظرية الضرورة واعتبرها تُحدث توسيعاً في نطاق مبدأ المشروعية على نحو يشمل الإجراءات الاستثنائية التي تقوم بها الإدارة لتكسبها شرعية استثنائية، وبذلك تعتبر النظرية استثناءً وقيداً على مبدأ المشروعية⁽⁴⁾.

كما وأخذ المشرع الفلسطيني بنظرية الضرورة في القانون الأساسي، حيث نصت المادة (43) منه على أنه "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".

(1) تونصير، تشريعات الضرورة "دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري" (ص 32-33).

(2) الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري (ص 38).

(3) الجمل، المرجع السابق (ص 15).

(4) غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية (ص 77).

ثانياً : مبررات إصدار تشريعات الضرورة

أن مضمون فكرة الضرورة يتمثل في تركيز كافة السلطات والاختصاصات في الدولة لسلطة واحدة هي السلطة التنفيذية أو في يد شخص هو رئيس الدولة، حيث يقوم بتلك السلطات في ظل الظروف الاستثنائية العصبية لإتخاذ ما يراه مناسباً دفاعاً عن المصالح الحيوية التي تهددها الأخطار في تلك الظروف، إلا أن منح هذه الصلاحيات لها ما يبررها، حتى وإن ترتب على ذلك خروج السلطة المخولة بإصدار تشريعات الضرورة على مقتضى الشرعية الدستورية والقانونية في أوقات الأزمات، ولذلك حاول الفقه والقضاء تبرير الاعتراف للحكومة بسلطات استثنائية في حالة الضرورة، حيث استندوا إلى أسس وأفكار متعددة، إلا أنها في حقيقة الأمر أفكار متقاربة أو مكملة لبعضها البعض، حيث يمكن اعتبارها جميعاً أساساً للنظرية، وهذه الأفكار تتلخص فيما يلي :

1- الدفاع الشرعي عن سلامة الدولة

إذا كان مبدأ المشروعية يعني خضوع الدولة للقانون، فإنه لا محل للحديث عن هذا الخضوع للقانون إذا كان من شأنه تهديد وجود الدولة ذاتها وقويض بنيانها، فأساس النظرية يتمثل في حق الدولة في الدفاع عن وجودها باعتبار أن بقاء الدولة هو القانون الأسمى الذي يعلو كل قانون، وإن سلامة الدولة فوق كل اعتبار، لأنها بدون ذلك لا يتسنى لها القيام بوظائفها لصالح المجتمع، بما فيها حماية القانون ذاته⁽¹⁾.

2- عدم صلاحية التشريعات التي وضعت لتحكم الظروف العادية

من المعروف أن القواعد القانونية قد وضعت لتنظيم الظروف العادية، ففي حال طرأت ظروف غير عادية كالحروب والأزمات والكوارث الطارئة يكون ضرورياً اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة هذه الظروف. وهذه الإجراءات لا تتسع لها القواعد القانونية التي تحكم الظروف العادية، وبالتالي يستوجب الأمر أن تمنح الإدارة السلطات اللازمة لمواجهة هذه الظروف الطارئة تحقيقاً للمصلحة العامة⁽²⁾.

(1) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص42)، انظر: غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص139).

(2) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص183)، وانظر: أبو راس، القضاء الإداري (ص76).

3- واجبات السلطة الإدارية

لقد قيل أن أساس النظرية هو واجبات السلطة الإدارية التي تتمثل في الحفاظ على النظام العام وتأمين سير المرافق العامة، ولقد تبنى هذا الأساس مجلس الدولة الفرنسي حيث أشار إليه في أحكامه التي أستاذت فيها لإقرار تصرف الإدارة، إلى أن الظروف الاستثنائية تبرر إتخاذ الإجراءات اللازمة لحسن سير المرافق العامة ولو اقتضى الأمر تعطيل قانون بقرار إداري، فإذا تبين للإدارة أن تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا الواجب فلها أن تتحرر مؤقتاً من تلك القواعد بالقدر اللازم لتمكين من أداء واجباتها.

4- الضرورة

يعتبر هذا الأساس المتمثل في الضرورة هو الأكثر قبولاً وشيوعاً^(*)، حيث تمثل فكرة الضرورة مبدأ من مبادئ الأصول، سواء أصول القانون أو أصول الشريعة، فالضرورات تبيح المحظورات، ولكن يرتبط به ويكمله مبدأ آخر يتمثل في أن الضرورة تقدر بقدرها، ففي الحقيقة أن فكرة الضرورة لتأسيس النظرية، تستوعب الأسس الأخرى التي قيل بها في هذا الصدد، فضرورة الحفاظ على بقاء الدولة وسلامتها، وضرورة تمكين الإدارة من أداء واجباتها، قد تحتم منح الحكومة سلطات استثنائية بالقدر اللازم لمواجهة الظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

وثار خلاف بين الفقهاء مع بداية ظهور نظرية الضرورة حيث اعتبرها بعضهم بأنها نظرية سياسية واقعية تخرج عن نطاق المشروعية، في حين وصفها آخرون بأنها نظرية قانونية يمكن أن تكون جزءاً من المشروعية داخل النظام القانوني للدولة، وتمثل في ذاتها الأساس القانوني لسلطات الإدارة الاستثنائية، وهذا الخلاف بدأ في كل من الفقه الألماني والفقه الفرنسي، حيث أعتبرها الفقه الألماني نظرية قانونية، في حين اعتبرها الفقه الفرنسي نظرية سياسية وليست قانونية⁽²⁾.

في حين يرى بعض الفقه أن مبدأ المشروعية ليس مستبعداً في ظل نظرية الضرورة، وإن شرعية الاستبدال وشرعية الأزمنة تحل محل الشرعية العادية، ويعود للقاضي أن يتحقق في كل حالة على حدة ما إذا كانت الظروف الاستثنائية حقاً وما إذا كانت حسن سير المرافق العامة يقتضي الخروج على المشروعية العادية.

* استقر الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر على الأخذ بنظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية، بحيث تتسع بمقتضاها دائرة مبدأ المشروعية. رسلان، وسيط القضاء الإداري (184).

(1) البنا، الوسيط في القضاء الإداري (صص 43-44).

(2) تونصير، تشريعات الضرورة "دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري" (ص 28).

إن نظرية الظروف الاستثنائية لا تشكل إذاً ثغرة على حكم القانون وإنما تصحيح مبسط للمشروعية، فالقواعد التي تفرض نفسها على الإدارة في الأوقات العادية ليست هي التي تفرض نفسها في حقبة الظروف الاستثنائية، والرأي عنده بوجود العودة للأصل الشرعي القائل بأن الضرورات تبيح المحظورات، وهذه الإباحة ليست حقاً وإنما وسيلة للتغلب على الظرف الاستثنائي وعلى الخطر الداهم، وعليه فهي ليست سبباً من أسباب الإباحة وإنما مانع من موانع المسؤولية، فالنظرية لا تهدم نهائياً مبدأ المشروعية، فنحن أمام نوع من المشروعية الاستثنائية والتي لا تؤدي إلى انهيار البنيان القانوني كله، فالضرورة تقدر بقدرها وما وجد لضرورة زال بزوالها⁽¹⁾.

الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الضرورة

نظراً لخطورة السلطات التي تتمتع بها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، إذ يترتب عليها المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، فإن الاجتهاد القضائي قد رتب على الظروف الاستثنائية تحرر الإدارة من قواعد المشروعية العادية بالقدر الذي يسمح بمواجهة الظروف الاستثنائية لتحل محلها مشروعية استثنائية تبرر سلامة الإجراءات المتخذة خلافاً للقانون، فإن ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة لا تخولها سلطات مطلقة من أي قيد بل يضع القضاء مجموعة من الشروط والضوابط والتي بدونها تعتبر قرارات الإدارة غير مشروعة وتستوجب الإلغاء والتعويض لمن لحقه ضرر من جرائها⁽²⁾ :

- 1- يجب أن تتوافر الظروف الاستثنائية أي غير العادية نتيجة تعرض البلاد لخطر جسيم وحال^(*) أو اضطرابات داخلية تخل بالأمن اخلاً شديداً أو بسبب كوارث طبيعية.
- 2- يجب أن تثبت استحالة مواجهة هذه الظروف الاستثنائية بإتباع أحكام وإجراءات القواعد القانونية القائمة والمقررة للظروف العادية.
- 3- أن يكون هدف الإدارة من تصرفها ابتغاء مصلحة عامة جدية ومحقة^(**).

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص142).

(2) عمرو، القضاء الإداري "مبدأ المشروعية" (ص73).

* يقصد بالخطر الجسيم هو الخطر غير المعتاد أو غير المؤلف، أما كون الخطر حال فيقصد به أن يكون قد وقع بالفعل ولم ينته بعد أو على وشك الوقوع.

** المقصود بالمصلحة الجدية هنا أن الإدارة تعتمد على أسباب جوهرية في تبرير تصرفها، بحيث لو لم تتصرف على هذا النحو الذي اتخذته لاختل النظام العام أو توقف سير المرافق العامة.

4- يجب أن تكون ممارسة السلطات الاستثنائية بقدر ما تتطلبه الظروف وفي حدود ما تقتضيه فحسب⁽¹⁾.

5- لا يجوز للوائح الضرورية أن تتدخل في المجال المحتجز للقانون، وهو مجال يحدده الدستور بنفسه، وقد ينوب عنه أو يكمله القضاء بالاستعانة بالفقه مثل موضوع تنظيم القضاء وتسييره، وبالتالي فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال في ظل الظروف الاستثنائية أن تقوم سلطة الضرورية بتعديل الدستور كلياً أو جزئياً ما لم ينص الدستور على ذلك، وإلا خرجنا تماماً من دائرة نظرية الضرورية ومبدأ المشروعية والدولة القانونية إلى دائرة الانقلابات والثورات واندماج السلطات⁽²⁾.

وبناء على ذلك فإذا ما توفرت هذه الشروط فإنه يمكن إصدار لوائح الضرورية تطبيقاً لنظرية الضرورية، وهي شروط من شأنها أن توضح لسلطة الضرورية حدود استخدامها لسلطات الضرورية، كما أنها تبين للأجهزة المكلفة بالرقابة على هذه السلطات العناصر الضرورية التي تكفل لتلك الرقابة فعاليتها⁽³⁾.

وترجع هذه الشروط إلى أصليين معروفين يقضيان بأن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرورة تقدر بقدرها. فإذا توافرت هذه الشروط فإنه يوجد مسوغ شرعي للتصرف الصادر مخالفاً للقانون وأن للقضاء حق الرقابة على قيام هذا المسوغ وعدم قيامه.

ولقد تضمنت النظم المقارنة نصوص صريحة لإعمال هذه النظرية وحددت شروطها، حيث أخذ المشرع الفرنسي بهذه النظرية في دستور فرنسا لسنة 1958^(*). وكذلك أخذ المشرع المصري

(1) حافظ، القضاء الإداري (ص46)، وانظر: بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري (صص124-126).

(2) شيحا، القضاء الإداري (ص238).

(3) جمال الدين، لوائح الضرورية وضمانة الرقابة القضائية (صص25-26)، انظر: شيحا، القضاء الإداري (صص237-239).

* حيث نصت المادة (16) من الدستور الفرنسي على أنه "1- إذا تعرضت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الوطن أو وحدة أراضيه أو تنفيذ التزاماته الدولية لخطر جسيم وفي حال توقفت السلطة العمومية الدستورية عن سيرها المنتظم يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيسي المجلس وكذا المجلس الدستوري ويخبر الأمة بذلك في خطاب يوجهه إليها.

2- ويجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الرغبة في منح السلطة العمومية الدستورية الوسائل التي تمكنها من أداء مهامها في أقرب وقت ممكن ويستشار المجلس الدستوري بشأن هذه التدابير، ويعقد البرلمان اجتماعه قانونياً ورسمياً.

3- لا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلط الاستثنائية.

بنظرية الضرورة حيث جاء في نص المادة (156) من دستور 2014 على أنه "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار".

ولقد حدد دستور مصر لسنة 2014 شروط وضوابط معينة لإصدار قرارات لها قوة القانون بموجب المادة (156) حيث تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- 1- توافر حالة ضرورة توجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير.
- 2- غيبة مجلس الشعب، ودعوة رئيس الجمهورية المجلس للانعقاد لعرض الأمر عليه.
- 3- اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير.
- 4- العرض على مجلس النواب الجديد خلال 15 يوماً في حال كان مجلس النواب غير قائم⁽¹⁾.

ولم تختلف كثيراً تلك الشروط عن الشروط التي نصت عليها المادة (43) من القانون الأساسي فيما يتعلق بحالة الضرورة فهي كالآتي :

- 1- توفر حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير.
- 2- أن يكون المجلس التشريعي في غير أدوار الانعقاد.
- 3- أن يعرض هذا القرار بقانون على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور القرار بقانون.

4- بعد مرور ثلاثين يوماً من العمل بالسلط الاستثنائية يجوز لرئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين نائباً أو ستين عضواً في مجلس الشيوخ إشعار المجلس الدستوري بعرض النظر فيما إذا كانت الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى مازالت قائمة. ويفصل المجلس الدستوري في ذلك علناً وبسرعة ويجب أن يقوم النظر والفصل بذات الشروط في ختام مدة ستين يوماً من العمل بالسلط الاستثنائية وفي أي وقت بعد انقضاء هذه المدة.

(1) نصار، الوسيط في القانون الدستوري (ص365).

وبناء على تلك الشروط يتضح أن هناك شروط سابقة على صدور القرار بقانون، وآخر لاحق على صدوره، فهذين الشرطين الأولين يلزم وجودهما قبل صدور القرار بقانون، أما الشرط اللاحق على صدور القرار بقانون فإنه يتحقق في أول جلسة يعقدها المجلس التشريعي بعد صدور القرار بقانون.

إن تقدير الحالة التي تستدعي إصدار قرارات لها قوة القانون تعود إلى رئيس السلطة الفلسطينية، حيث أعطى هذا الشرط للرئيس صلاحية مفتوحة لتقدير الموقف، كما وأن القانون الأساسي لم ينص على أي ضوابط لهذه الصلاحية التقديرية، بل وصف فقط الحالة بأنها حالة ضرورة لا تحتل التأخير، مع وجوب توافر الشرط الثاني المتمثل في عدم انعقاد المجلس التشريعي - في غير أحوال انعقاده - وأن يتم عرض القرار بقانون على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور القرار بقانون.

ويذهب غالبية الفقه على تعريف حالة الضرورة التي لا تحتل التأخير بقولهم "إنها الحالة التي تنتج عن توافر ظروف فجائية أو حالات شاذة أو خطر داهم يحرق بالوطن، بحيث يتعذر دفع هذه المخاطر بالوسائل القانونية العادية مما يضطر الإدارة إلى اللجوء إلى السلطات الاستثنائية، باعتبار أنها الإجراء الوحيد الذي لا بد منه للتغلب على هذه الظروف الشاذة ومواجهة الأزمات الطارئة"⁽¹⁾.

ولما اقترن إعمال نظرية الضرورة في الساحة الفلسطينية في أعقاب الانقسام الفلسطيني بإعلان حالة الطوارئ، سوف نتناولها بشيء من التفصيل على النحو التالي :

الفرع الثالث : إعلان حالة الطوارئ

سوف نتناول في هذا الفرع الأساس الدستوري لحالة الطوارئ ومن ثم نستعرض للطبيعة القانونية لقرار الإعلان على النحو التالي :

أولاً : الأساس الدستوري لإعلان حالة الطوارئ

سوف نستعرض للأساس الدستوري لحالة الطوارئ في بعض الدول حيث اعترفت لرؤساء الدول بإتخاذ إجراءات لحماية الأرواح والممتلكات عند المساس مثلاً بالجانب الأمني، فمن حق

(1) طوقان، القرارات بقوانين الصادرة عن الرئيس وفقاً لحالات الضرورة (دراسة قانونية).

الرئيس تقرير الوضع غير العادي بإعلان حالة الطوارئ أو الحصار، وتتخذ السلطة التنفيذية من التدابير ما يكفل استتباب الأمن داخل الدولة⁽¹⁾.

ولقد نص المشرع المصري في دستور 2014 في المادة (154) منه فيما يتعلق بإعلان حالة الطوارئ بقولها " يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ رأى مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه.

وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ".

وقد نظم المشرع الفلسطيني حالة الطوارئ في الباب السابع من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل في المواد (110-114) حيث نصت المادة 110 من القانون الأساسي على أحكام حالة الطوارئ بقولها : أحكام حالة الطوارئ

"1- عند وجود تهديد للأمن القومي بسبب حرب أو غزو أو عصيان مسلح أو حدوث كارثة طبيعية يجوز إعلان حالة الطوارئ بمرسوم من رئيس السلطة الوطنية لمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً.

2- يجوز تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي الفلسطيني بأغلبية ثلثي أعضائه.

3- يجب أن ينص مرسوم إعلان حالة الطوارئ بوضوح على الهدف والمنطقة التي يشملها والفترة الزمنية.

4- يحق للمجلس التشريعي أن يراجع الإجراءات والتدابير كلها أو بعضها التي اتخذت أثناء حالة الطوارئ وذلك لدى أول اجتماع عند المجلس عقب إعلان حالة الطوارئ أو في جلسة التمديد أيهما أسبق وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن".

(1) بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء (صص 46-47).

كما ولم يطلق المشرع الفلسطيني للرئيس السلطة الوطنية العنان بل قيده بعدة شروط لإعلان حالة الطوارئ حيث تنضح الشروط فيما يلي :

- 1- أن يكون هناك تهديد للأمن القومي نتيجة حرب أو غزو أو عصيان مسلح، أو حدوث كارثة طبيعية.
- 2- ألا تزيد مدة حالة الطوارئ عن 30 يوماً، تمديد لثلاثين يوماً أخرى بعد موافقة المجلس التشريعي بأغلبية الثلثين.
- 3- أن يتم تحديد المنطقة التي يشملها الإعلان والمدة الزمنية.
- 4- لا يجوز تقييد الحريات والحقوق الأساسية إلا بالقدر الضروري لتحقيق الهدف المعين (*).
- 5- أن يخضع أي اعتقال ناتج عن حالة الطوارئ إلى المتطلبات الدنيا (**).
- 6- عدم جواز حل المجلس التشريعي أو حتى تعطيله خلال فترة الطوارئ أو تعليق أحكام هذا الباب (***) .

وبناء عليه نلاحظ أن المشرع وضع قيود على رئيس السلطة الوطنية عند إعلان حالة الطوارئ وذلك حماية للأفراد من ويلات القرارات التي تتخذها السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، بل وشدد على أن تعرض كافة القرارات التي تصدر على المجلس التشريعي للموافقة عليها، فالقرارات التي اتخذت خلال تلك الفترة تخضع كلها أو بعض منها لمراجعة المجلس التشريعي وإجراء الاستجواب اللازم بهذا الشأن، ليتسنى للمجلس التشريعي من بسط رقابته على أعمال السلطة التنفيذية في تلك الفترة ومراقبة مدى التزام السلطة التنفيذية بالحدود المرسومة لها في القانون.

* حيث قضت المادة (111) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه (لا يجوز فرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية إلا بالقدر الضروري لتحقيق الهدف المعين في مرسوم إعلان حالة الطوارئ).

** حيث قضت المادة (112) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه (يجب أن يخضع أي اعتقال ينتج عن إعلان حالة الطوارئ للمتطلبات الدنيا التالية :

1- أي توقيف يتم بمقتضى مرسوم إعلان حالة الطوارئ يراجع من قبل النائب العام أو المحكمة المختصة خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ التوقيف.

2- يحق للموقوف أن يوكل محامياً يختاره).

*** حيث قضت المادة (113) من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه (لا يجوز حل المجلس التشريعي الفلسطيني أو تعطيله خلال فترة حالة الطوارئ أو تعليق أحكام هذا الباب).

وفي الواقع العملي تم إعلان حالة الطوارئ في الأراضي الفلسطينية عدة مرات، حيث أصدر الرئيس الراحل ياسر عرفات مرسوم رئاسي رقم (18) لسنة 2003^(*).

كما وأصدر الرئيس محمود عباس أعقاب الانقسام الفلسطيني مرسوم رئاسي بإعلان حالة الطوارئ رقم (9) لسنة 2007^(**).

* رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناءً على الصلاحيات المخولة لنا، ونظراً للظروف الراهنة الصعبة التي يمر بها الوطن ولغايات الضرورة القصوى، وبناءً على مقتضيات المصلحة الوطنية العليا، وبعد الاطلاع على القانون الأساسي الباب السابع "أحكام حالة الطوارئ" قررنا ما يلي :

مادة (1) إعلان حالة الطوارئ وفقاً لأحكام الباب السابع من القانون الأساسي على كامل أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية.

مادة (2) أ) تشكل حكومة طوارئ من الأخوة التالية أسماؤهم: 1. الأخ أحمد قريع "أبو العلاء" : رئيساً لمجلس الوزراء. 2. الأخ نصر يوسف: وزيراً للداخلية 3. الأخ د. سلام فياض: وزيراً للمالية 4. الأخ د. نبيل شعث وزيراً للخارجية 5. الأخ د. نعيم أبو الحمص 6. الأخ د. صائب عريقات 7. الأخ د. جواد الطيبي 8. الأخ جمال الشويكي 9. الأخ عبد الرحمن حمد.

ب) ويكون من مهام الحكومة الرئيسية العمل على تكريس الوحدة الوطنية وترسيخها بالإضافة إلى مهامها الأساسية الأخرى.

مادة (3) بعد مرور الفترة القانونية المنصوص عليها من المادة (110) من الباب السابع للقانون الأساسي، يتم عرض الإجراءات والتدابير التي اتخذت على المجلس التشريعي.

مادة (4) على جميع الجهات المختصة كل فيما يخصه تنفيذ هذا المرسوم ويعمل به من تاريخه.

صدر في مدينة رام الله بتاريخ 2003/10/5م، ياسر عرفات رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية. (موقع إلكتروني).

** رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية استناداً لأحكام الباب السابع من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م وتعديلاته، وبناءً على الصلاحيات المخولة لنا، وتحقيقاً للمصلحة العامة، رسمنا بما هو آت :

مادة (1) إعلان حالة الطوارئ في جميع أراضي السلطة الوطنية الفلسطينية بسبب الحرب الإجماعية في قطاع غزة، والاستيلاء على مقار أجهزة السلطة الوطنية الفلسطينية، والانتقال العسكري والعصيان المسلح من الميليشيات الخارجة عن القانون على الشرعية الفلسطينية بهدف تحقيق الأمن والاستقرار للمواطنين وحماية المؤسسات الشرعية الفلسطينية ولمدة ثلاثين يوماً.

مادة (2) على الجهات المختصة كافة- كل فيما يخصه- تنفيذ أحكام هذا المرسوم، ويعمل به من تاريخ صدوره، وينشر في الجريدة الرسمية.

صدر في مدينة رام الله بتاريخ: 2007/6/14 ميلادية. الموافق: 28/جمادى الأولى/ 1428 هجرية. محمود عباس رئيس اللجنة التنفيذية لمنظمة التحرير الفلسطينية رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية. (موقع إلكتروني).

ثانياً : الطبيعة القانونية لقرار إعلان حالة الطوارئ

اختلف الفقه الفرنسي والمصري حول تحديد الطبيعة القانونية لقرار إعلان حالة الطوارئ، حيث اعتبر الفقه الفرنسي أن قرار إعلان حالة الطوارئ قراراً إدارياً يخضع لرقابة القضاء، وقد أيدت محكمة التنازع الفرنسية في قضية PELLETIER هذا الرأي واعتبرت إعلان حالة الطوارئ عمل إداري وقد حاز هذا الرأي الرضا لدى مجلس الدولة وكذلك القضاء العادي، وخلافاً لما أخذ به الفقه الفرنسي وقضائه، اعتبر الفقه المصري أن قرار إعلان حالة الطوارئ يعتبر عملاً من أعمال السيادة وبالتالي هو بمنأى عن رقابة القضاء، استناداً إلى كون قرار الإعلان من الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم وفي نطاق وظيفتها السياسية، أي تباشرها بما لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها وتأمين سلامتها وأمنها من الداخل والخارج⁽¹⁾.

ولقد أيد القضاء المصري هذا الرأي حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بأنه "إن نظام الأحكام العرفية في مصر أو نظام الطوارئ ليس نظاماً مطلقاً بل يخضع للقانون - أرسى الدستور أساس هذا النظام وبين القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه - يجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الضوابط- ما يتخذ من التدابير خارج هذه الحدود والضوابط يعتبر مخالفاً للقانون تنبسط رقابة القضاء على هذه التدابير والإجراءات إلغاء وتعويض- أساس ذلك: أن كل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده يخضع لمبدأ سيادة القانون مهما كان نظاماً استثنائياً وتنبسط عليه رقابة القضاء حتى لا يتحول إلى نظام مطلق لا عاصم له- قرار إعلان حالة الطوارئ يعتبر من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة- أساس ذلك: تعلقه بالإجراءات العليا التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي سواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية يجب اتخاذها في حدود القانون- لا تتأى هذه التدابير عن رقابة القضاء- أساس ذلك: أنها لا تجاوز دائرة القرارات الإدارية التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة⁽²⁾.

أما القرارات والإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية تطبيقاً لحالة الطوارئ فالرأي المستقر عليه إن توافر شروط تطبيق حالة الطوارئ لا يخرج تصرفات الإدارة وأعمالها عن رقابة القضاء، بل تظل رقابة القضاء الإداري على الإدارة قائمة ومستمرة سواء في ظل الظروف

(1) صادق : حازم، سلطة رئيس الجمهورية بين النظامين البرلماني والرئاسي (ص793-794).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1438 لسنة 31 قضائية عليا بجلسة 1988/3/6 (موقع إلكتروني)

العادية أو الاستثنائية، وهذه الأخيرة لا تعد خروجاً على مبدأ المشروعية بل في ظلها يتسع نطاق المبدأ لكي يسمح بإعطاء سلطة أوسع للإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية بنصوص قانونية وضعت لحكم هذه الظروف⁽¹⁾.

وخلاصة القول فإن الباحث لا يتفق مع المشرع الفلسطيني في إعطاء حق إعلان حالة الطوارئ لشخص رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية دون مشاورة البرلمان أو الحكومة، لأن طبيعة الإعلان وما يترتب عليه من إجراءات وقرارات بالغة الخطورة، من شأنها أن تمس حقوق الأفراد وحررياتهم دون أن يكون معقب على قرار الإعلان، وفرض رئيس السلطة الوطنية لحالة الطوارئ في الأراضي الفلسطينية بعد الانقسام الفلسطيني وانقضاء السنوات على هذا الإعلان دون إلغائه أو تمديده حسب الأصول التي يستوجبها القانون الأساسي الفلسطيني، وما نتج عن هذا الإعلان لهو خير دليل على أن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة. لذلك نتمنى على المشرع الفلسطيني أن يتدارك ذلك في الوقت المناسب^(*).

المطلب الثاني : رقابة القضاء على القرارات التي تصدر بموجب حالة الضرورة

الدستور هو التشريع الأسمى في الدول المعاصرة، وهو بمثابة وثيقة عهد بين القائمين على السلطة العامة وبين الشعب، لضمان أن السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية لن تتحرف عن المبادئ والقيم والقواعد السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يرى الشعب أنها تجسيد للشرعية التي يعتقد ويؤمن بها في زمان ومكان معينين.

وبالتالي يعتبر الدستور ابتداءً قيد على إرادة السلطة التشريعية، حيث يمنعها من سن تشريعات تتعارض مع المبادئ والقواعد التي يتضمنها، كما وهو قيد على إرادة الحاكم وأعوانه يمنعه من تجاوز سلطاته أو التعسف في استعمال تلك السلطات، ويحترم القضاء الدستور ويتولى الرقابة

(1) رسلان، وسيط القضاء الإداري (ص178-188).

* تجدر الإشارة في هذا المقام أن المشرع الفلسطيني قد أخذ بعين الاعتبار ذلك في مشروع دستور فلسطين حيث نصت المادة (128) من المشروع على أنه (لرئيس الدولة بالاتفاق مع رئيس مجلس الوزراء، وبالتشاور مع رئيس المجلس النيابي، في حال تعرض أمن البلاد لخطر الحرب أو الكوارث الطبيعية أو الحصار، بما يهدد سلامة المجتمع واستمرار عمل مؤسساته الدستورية، إعلان حالة الطوارئ. ولا تُعلن حالة الطوارئ إلا متى كانت إجراءاتها لازمة لإعادة النظام العام، أو السير المنتظم لسلطات الدولة، أو لمواجهة الكوارث أو حالة الحصار. يجب ألا تزيد مدة العمل بحالة الطوارئ على ثلاثين يوماً، يمكن تجديدها مرة واحدة فقط وبموافقة ثلثي مجموع أعضاء المجلس النيابي، باستثناء حالة الحرب. وفي جميع الأحوال يجب أن يحدد في إعلان حالة الطوارئ الهدف والمنطقة والفترة الزمنية التي تشملها).

على السلطات الأخرى ويبطل كل التصرفات التي تخالف الدستور. وهكذا قيل أن الدستور يتمتع بسمو على إرادة الحكام وعلى جميع قوانين الدولة، إلا أن هذا السمو الذي يتمتع به الدستور يرد عليه استثناء، وبالتالي هذا الاستثناء يعطل تطبيقه جزئياً لحماية الدولة والمجتمع في الأوقات العصيبة التي تمر بها، ويعرف هذا الاستثناء في فقه القانون بنظرية الضرورة وتكتسب هذه النظرية أهمية خاصة في الأوقات العصيبة التي تمر بها الدولة.

لذلك سوف نبحث في الطبيعة القانونية لتشريعات الضرورة ونسلط الضوء على آراء الفقهاء في هذا الصدد، ومن ثم الرقابة القضائية على القرارات بقوانين الصادرة بموجب حالة الضرورة.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لتشريعات الضرورة

في البداية لابد من تحديد الطبيعة القانونية لقرار اللجوء إلى حالة الضرورة، ومن ثم نستعرض الطبيعة القانونية للقرارات بقوانين التي تصدر بناء على حالة الضرورة.

أولاً : الطبيعة القانونية لقرار رئيس الدولة بإعلان حالة الضرورة

يتفق الفقهاء الفرنسيون على أن قرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة (16) من الدستور الفرنسي^(*)، وقراره بإنهاء العمل بها يتميز كلاهما بطبيعة خاصة هي ذات طبيعة أعمال السيادة وهي على هذا الأساس تنجو من رقابة القضاء ولا يجوز للقاضي أن يتصدى لنظرها أو فحص مشروعيتها، كون أن هذان القراران يصدران عن رئيس الدولة بصفته جهازاً سياسياً مستقلاً

* حيث نصت المادة (16) من الدستور الفرنسي على أنه (متى تعرضت مؤسسات الدولة أو استقلال الأمة أو وحدة أراضيها أو تنفيذ التزاماتها الدولية للتهديد الجسيم والحال، ومتى أعيقت المؤسسات العامة عن أداء وظيفتها، يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات اللازمة بعد أخذ رأي رئيس الوزراء (الوزير الأول) ورؤساء المجالس والمجلس الدستوري رسمياً. ويوجه بياناً للأمة معلناً عن تلك الإجراءات.

تهدف هذه الإجراءات إلى تقديم الوسائل إلى السلطات العامة لأداء مهامها في أقصر وقت ممكن. ويؤخذ رأي المجلس الدستوري فيما يتعلق بتلك الإجراءات. وينعقد البرلمان بقوة القانون. ولا يجوز حل البرلمان أثناء ممارسته تلك السلطات الاستثنائية. بعد مضي ثلاثون يوماً على ممارسة تلك السلطة الاستثنائية، يجوز لرئيس مجلس الشعب (الجمعية الوطنية) أو رئيس مجلس الشيوخ أو سنتين عضواً من أعضاء الجمعية الوطنية أو سنتين عضواً من أعضاء مجلس الشيوخ رفع الأمر إلى المجلس الدستوري، لفحص مدى توافر الشروط الواردة في الفقرة الأولى. ويعلن المجلس الدستوري عن رأيه في أقصر مدة ممكنة. يقوم المجلس الدستوري، بقوة القانون، بذلك الفحص ويعلن رأيه بالكيفية ذاتها بعد مضي ستون يوماً من ممارسة السلطة الاستثنائية أو في أي لحظة تالية على تلك المدة (يعطي المجلس لنفسه سلطة مراقبة مدى توافر هذه الشروط بعد مضي ستون يوماً من تاريخ ممارسة هذه السلطات، دون حاجة إلى طلب [يجتمع المجلس بقوة الدستور]، وتمتد هذه السلطة إلى كل لحظة تالية لمدة السنتين يوماً).

وقائماً بذاته وليس جهازاً تنفيذياً، حيث الهدف من اللجوء إلى هذا القرار هو إعادة السير المنتظم للسلطات العامة، فضلاً عن مساس هذا القرار بعلاقة البرلمان بالحكومة⁽¹⁾.

ويؤيد هذا الرأي جانب من الفقه الفلسطيني حيث يرى أن قرار إعلان حالة الضرورة هو عمل من أعمال السيادة ومن ثم لا تخضع بطبيعة الحال لرقابة القضاء بمفهومه الواسع سواء تمثلت في رقابة المحكمة الدستورية أم القضاء العادي ومن باب أولى القضاء الإداري⁽²⁾.

وهناك جانب من الفقه الفرنسي يرى أن كان هناك رقابة على قرار اللجوء إلى أعمال المادة (16) فإن هذه الرقابة تنصب على البحث عن توافر شروط إعمالها، بمعنى أن القاضي الإداري عندما ينظر طعناً في قرار رئيس الجمهورية صادر في ظل المادة (16) من الدستور عليه أن يتحرى ما إذا كانت شروط تلك النظرية قائمة أم لا، ويسير على ما سار عليه القضاء في هذا الصدد⁽³⁾.

والفقه المصري عند تناوله لطبيعة قرارات اللجوء إلى المادة (74) من دستور 1971 اختلفوا في اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى أصحاب هذا الاتجاه أن قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى المادة (74)^(*) من أعمال السيادة باعتبار أن هذا القرار يصدره الرئيس باعتباره سلطة حكم لا سلطة إدارية، لأن طبيعة العمل تتعلق بالعلاقة بين السلطات العامة، ومن ثم لا يجوز للقاضي فحص مشروعية القرار باعتباره أمراً سيادياً⁽⁴⁾.

ويؤيد جانب من الفقه هذا الرأي حيث يقول "إن قرار اللجوء للمادة 74 من غير شبهة يدخل في صميم أعمال السيادة ذلك أنه قرار سيادي من ناحية، ومن ناحية أخرى يتعلق بالتنظيم الدستوري القائم وبالعلاقة بين السلطات ببعضها ولا شبهة من أنه أخطر من قرار تعيين وزير

(1) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص550)، انظر: الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري (ص194).

(2) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص45).

(3) الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري (ص196).

* حيث نصت المادة (74) من الدستور المصري لسنة 1971 على أنه (رئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها).

(4) مهنا، مبادئ أحكام القانون الإداري (ص766).

وقرار يحل البرلمان، وعلى هذا الأساس فإن هذا القرار يعتبر من أعمال السيادة ولا يخضع إلى أية رقابة⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني : حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن قرار اللجوء إلى المادة (74) من الدستور لا يعتبر من قبيل أعمال السيادة على أساس أن رئيس الجمهورية عند ممارسته للمادة (74) إنما يخضع للقضاء بوصفه سلطة إدارية⁽²⁾، ولا شك أن دراسة المادة (74) تقطع بأن اختصاص رئيس الجمهورية المحدد فيها له الطبيعة الإدارية إذ هو يتعلق بالنظام العام عموماً والمحافظة عليه، ومن المسلم به أن عبء المحافظة على النظام العام يقع على عاتق السلطة الإدارية، وبالتالي ينبغي استبعاد قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى المادة (74) من أعمال السيادة التي ترفض وجودها في ظل دستور 1971⁽³⁾.

ويتفق جانب من الفقه مع أصحاب هذا الرأي الذي يقول أن قرار إعلان العمل بالمادة (74) عمل إداري ذلك أن قرار اللجوء ذاك يقصد منه رئيس الجمهورية مواجهة لأزمة لتهدد البلاد والوحدة الوطنية وسلامة الوطن ومؤسسات الدولة⁽⁴⁾.

وسار بعض الفقه على ذات النهج حيث يرى وجوب إخضاع شروط توافر حالة الضرورة التي في الواقع هي شروط صحة هذا القرار لرقابة القضاء، والذي بدوره يتأكد من قيام الخطر الجسيم الحال المبرر إلى إعلان حالة الضرورة⁽⁵⁾.

في حين يرى آخرون إلى أن قرار اللجوء للمادة المذكورة لا يعدو أن يكون قراراً تمهيدياً للتطبيق الفعلي لها، وبالتالي لا يمكن أن يرقى القرار التمهيدي إلى مرتبة تعلو الموضوع، كما وأن ما يتخذه رئيس الجمهورية من قرارات يقوم على أساس قراره باللجوء للمادة (74) فكلاهما أشبه بمبنى لا يمكن فصل أساسه عن بقية طوابقه⁽⁶⁾.

ويرى الباحث بعد استعراض الآراء الفقهية في كل من فرنسا ومصر حول قرار اللجوء إلى حالة الضرورة فهو قرار إداري يخضع لرقابة القضاء الإداري، كونه صادر من جهة السلطة التنفيذية

(1) صادق: حازم، سلطات رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي (ص820)، انظر: الجمل، نظرية الضرورة (ص220).

(2) صادق : حازم، المرجع السابق (ص821).

(3) جمال الدين، لوائح الضرورة (ص149).

(4) صادق : حازم، المرجع السابق (ص821).

(5) حافظ، القضاء الإداري (ص277).

(6) غبريال، سلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية (ص 429- 430).

ممثلة برئيس الدولة من الناحية الشكلية، ومن الناحية الموضوعية فإن قرار اللجوء إلى حالة الضرورة يهدف إلى معالج ظروف داخلية استثنائية، وننكر القول الذي يرى أن قرار اللجوء إلى حالة الضرورة يتعلق بالعلاقة بين السلطات.

ثانياً : الطبيعة القانونية للقرارات التي تصدر بموجب حالة الضرورة.

اختلف الفقه الفرنسي في تحديد الطبيعة القانونية للقرارات التي تتخذ طبقاً للمادة (16) من الدستور الفرنسي، حيث ذهب البعض إلى القول أن هذه القرارات تتمتع بنفس طبيعة قرار اللجوء لإعمال المادة (16) وبالتالي تعد من أعمال السيادة ولا تخضع لرقابة القضاء، واستندوا في ذلك إلى الاسانيد الآتية :

1- وحدة الهدف الذي تسعى إليه القرارات سواء التي تتعلق باللجوء إلى المادة (16) وما يتبعها من قرارات، فتهدف القرارات جميعها إلى تمكين مؤسسات الدولة من القيام بوظائفها المحددة في الدستور، ومن ثم فإنه من التناقض إعطاء هذه القرارات طبائع مختلفة.

2- كما وإن صعوبة التمييز بين هذه القرارات يوجب منحها طبيعة قانونية واحدة، وفي حال كانت التمييز ضرورياً لا بد أن يكون دقيقاً.

في حين يرى فريق آخر أن القرارات والإجراءات التي يتخذها رئيس الدولة في ظل الظروف الاستثنائية المنصوص عليها في المادة (16) تعتبر ذات طبيعة إدارية كونها تصدر من رئيس الجمهورية بوصفه سلطة إدارية وليس باعتباره سلطة تشريعية⁽¹⁾.

أما في الحالات التي يتدخل فيها رئيس الجمهورية في المجال التشريعي فإن القرارات التي تصدر عنه مع احتفاظها بالطابع الإداري يكون لها قوة القانون، إلا أن هذه القوة لا تمنع القضاء من بسط رقابته عليها.

ويرى فريق ثالث أنه لمعرفة الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة بموجب المادة (16) يجب التمييز بين نوعين من القرارات بحسب مضمونها :

النوع الأول : قرارات صادرة في الموضوعات التشريعية التي تدخل في نطاق المادة (34)^(*) من الدستور الفرنسي، وبالتالي تعتبر قرارات تشريعية لا تخضع لرقابة القضاء، وتكتسب قوة القانون بمجرد صدورها دون الحاجة إلى التصديق عليها.

(1) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص552).

النوع الثاني : قرارات تصدر من رئيس الجمهورية بوصفه سلطة إدارية وتتضمن موضوعات تخرج من نطاق الموضوعات المنصوص عليها في المادة (34)، حيث تعتبر ذات طبيعة لائحية وبالتالي تخضع لرقابة القضاء الإداري⁽¹⁾.

كما وأن الفقه المصري اختلف حول القرارات التي تتخذ عقب اللجوء إلى حالة الضرورة المستندة إلى نص المادة (74) من الدستور المصري لسنة 1971.

حيث يرى جانب من الفقه المصري إلى أن القرارات التي تتخذ بموجب المادة (74) قرارات تدخل في نطاق أعمال السيادة، حيث يقرر في هذا الصدد بعضهم بأن ما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات في هذا الشأن تعد نموذجاً لا شبهة فيه لأعمال السيادة العليا، ومن ثم

* نصت المادة (34) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 وتعديلاته على أنه (حدد القانون القواعد التي تخص بالمسائل الآتية :

- الحقوق الوطنية والضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين لممارسة الحريات العامة والواجبات المفروضة على المواطنين في أشخاصهم وفي أموالهم للدفاع الوطني.
 - الجنسية وحالة الأشخاص وأهليتهم والنظم المالية للزواج والتركات والتبرعات.
 - تحديد الجنايات والجرح والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعمو وإنشاء قواعد جديدة للتقاضي ونظام القضاء.
 - وعاء الضرائب المختلفة الأنواع ومقدارها وطرق تحصيلها ونظام إصدار النقد.
 - كما يحدد القانون القواعد التي تخص:
 - نظام الانتخاب للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية.
 - إنشاء فئات من المؤسسات العامة .
 - الضمانات الأساسية الممنوحة لموظفي الدولة المدنيين والعسكريين.
 - تأميم المشروعات ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص.
 - يحدد القانون المبادئ الأساسية التي تخص:
 - التنظيم العام للدفاع الوطني.
 - الاستقلال الإداري للهيئات المحلية واختصاصاتها ومواردها.
 - التعليم.
 - نظام الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية.
 - حق العمل والحق النقابي والضمان الاجتماعي.
 - تحدد القوانين المالية موارد وأعباء الدولة بالشروط وفي الحدود التي يبينها قانون أساسي.
 - تحدد قوانين تخطيطية أهداف النشاط الاقتصادي والاجتماعي للدولة.
 - يجوز أن تحدد وتستكمل أحكام هذه المادة بقانون أساسي.
- (1) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص 551-554).

لا يخضع في ممارسته لرقابة القضاء أو مجلس الشعب ذاته، وإنما يخضع للرقابة الشعبية التي تتمثل في الاستفتاء الذي نصت عليه المادة (74) خلال سنتين يوماً من اتخاذ تلك الإجراءات⁽¹⁾. ولقد أيد بعض الفقه هذا الرأي على أساس أن عرض القرارات الرئاسية التي أصدرها رئيس الجمهورية بمقتضى المادة (74) على الشعب للاستفتاء عليها يحصنها من أي رقابة⁽²⁾.

ويرى الدكتور محمد كامل ليلة في كلمة ألقاها في مجلس الشعب في مصر أن إجراءات المادة (74) أعمال سيادة لا يصح أن تكون محلاً للطعن سواء بالإلغاء أو بوقف التنفيذ أو بالتعويض أو حتى لفحص مشروعيتها فهي أعمال خارجة - وفقاً لما قدره - خروجاً كلياً عن رقابة القضاء بنوعيه العادي والإداري⁽³⁾.

أما الدكتور يحيى الجمل فإنه قام بتصنيف هذه القرارات وفقاً لما يمكن أن يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات مقررماً ما يلي : "إذا اتخذ رئيس الجمهورية قراراً ينطوي على وقف مؤقت للنصوص الدستورية ووافق عليها الشعب في الاستفتاء بوصفه صاحب السلطة التأسيسية فإن هذا القرار يخرج عن نطاق كل رقابة باعتباره قراراً وافق عليه الشعب، أما القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية ويكون لها طبيعة التشريع، فهذه يجوز الطعن عليها بعدم الدستورية إذا كان الدستور قائماً ولم يوقف العمل به لكنها لا تخضع لرقابة القضاء الإداري لأنها لا تعتبر أعمالاً إدارية بل أعمالاً تشريعية، أما قرارات رئيس الجمهورية التي هي في حكم اللوائح فإنه يجري عليها ما يجري على قرارات السلطة التنفيذية من جواز الطعن فيها أمام القضاء الإداري"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : رقابة القضاء على القرارات بقوانين الصادرة بموجب حالة الضرورة

بعد أن استعرضنا الطبيعة القانونية للقرارات التي تصدر بموجب حالة الضرورة، وبيننا موقف الفقه الفرنسي والمصري في هذا الصدد. نبين الرقابة القضائية على تلك القرارات.

ففي فرنسا اتيح لمجلس الدولة أن يفصل في مسألة خضوع قرار رئيس الجمهورية باللجوء (16) لرقابة القضاء حيث اعتبر هذا القرار من طبيعة عمل الحكومة الذي لا يحق لمجلس الدولة تقدير مشروعيته ومراقبة مدى تطبيقه لذلك، وبناء عليه قررت رفض الطعن

(1) الجرف، مبدأ المشروعية (ص173).

(2) فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني (ص414).

(3) غبريال، سلطات الرئيس الاستثنائية (ص434).

(4) الجمل، نظرية الضرورة (ص221)، انظر: صادق: حازم، سلطات رئيس الدولة .. (ص824).

المقدم ضد القرار الجمهوري الصادر 3 أيار سنة 1962 في حكم شهير لها في 12 آذار 1962، القاضي بتشكيل محكمة عسكرية لمحاكمة متمردي الجزائر⁽¹⁾.

ونتفق والرأي القائل بأن القرارات سواء قرارات اللجوء أو القرارات التي تتبعها تعتبر قرارات ذات طبيعة إدارية، ومن ثم فإنها لا ترقى لمرتبة القوانين التي تتحصن من رقابة القضاء الإداري، والسبب في ذلك أن المادة (74) لم تتناول الحديث عن الجهة التي تتولى الرقابة على ما يتخذ من إجراءات استناداً إليها، وبالتالي فإن ذلك يدعو إلى الرجوع إلى القواعد العامة بالنسبة لرقابة القضاء التي ترتبط بطبيعة القرارات الصادرة كما إنها رقابة واجبة بحكم الدستور حيث تضمنت المادة (65) على أنه "تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات"، وكذلك ما تضمنته المادة (68) من ذات الدستور بقولها (التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء"⁽²⁾.

حيث أخذ مجلس الدولة المصري بالرأي القائل أنها عبارة عن قرارات إدارية ومن ثم تخضع لرقابة القضاء الإداري عليها، وبناء على ذلك الرأي أصبح مجلس الدولة يمثل الرقابة القضائية على قرارات رئيس الجمهورية^(*).

وبالتالي فإن الرقابة القضائية على القرارات المتعلقة بالمادة (74) في مصر كانت أكثر شمولاً وقوة وفاعلية من الرقابة في فرنسا، فقد امتدت رقابة مجلس الدولة المصري إلى كافة القرارات التي تصدر بموجب المادة سابقة الذكر، حيث قام مجلس الدولة بالنظر في كل الطعون المقدمة

(1) بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني (ص563).

(2) بدر، المرجع السابق (ص504).

* حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1774 لسنة 29 قضائية عليا جلسة 1993/6/27 بقولها (... في شأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة وصدوره من رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة 74 من الدستور لا يغير من طبيعته كقرار إداري حتى لو كان الباعث عليه سياسياً، لأن نظرية الباعث السياسي كمعيار للتمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة نظرية مهجورة عدل عنها الفقه والقضاء نهائياً وأخذ بمعيار آخر هو طبيعته العمل في ذاته، وموافقة الشعب على القرار المطعون فيه في الاستفتاء الذي جرى عليه لا يغير من طبيعته القانونية أو من مشروعيته لأن الاستفتاء مؤداه موافقة الشعب أو عدم موافقته على القرار من حيث ملاءمته سياسياً وليس من شأنه تطهير القرار من العيوب التي يكون مشوباً بها أو تغيير طبيعته القانونية بحيث يقلب العمل الإداري إلى عمل تشريعي لأن الشعب في مصر يمارس حقه في التشريع بطريق غير مباشر عن طريق نواب في مجلس الشعب وليس بطريق مباشر).

من قبل المتضررين من القرارات التي اتخذت في حالات الضرورة التي اقتضتها الظروف الاستثنائية في مصر، حيث أوقف مجلس الدولة المصري هذه القرارات ومن ثم قام بإلغائها.

بناء على ما سبق فإن ما اتجه إليه مجلس الدولة المصري يتسم بالجرأة والتميز وهو بذلك اتجاه محمود حيث جسد المجلس الرقابة الحقيقية على أعمال الإدارة ولا سيما قرارات رئيس الجمهورية.

ويرى جانب من الفقه إذا كان مقتضى نظرية الضرورة الاعتراف للحكومة بسلطة إصدار قرارات تخالف القوانين القائمة بسبب الظروف التي استدعت إلى ذلك، وإن تلك القرارات التي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية وتصبح مشروعة في الظروف الاستثنائية، إلا أن ذلك لا يعني الخروج على مبدأ المشروعية، إذ لا تزال أعمال الضرورة خاضعة لمبدأ المشروعية وإن اتسع نطاقه وتغير مضمونه، ويراقب القضاء مشروعية هذه الأعمال وخاصة رقابة السبب والغاية⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه أنه إذا كانت الضرورة تقدرها السلطة التنفيذية تحت رقابة السلطة التشريعية، فإن هذه الرقابة البرلمانية- وهي رقابة سياسية لا تمنع من الرقابة القضائية، وكل من هاتين الرقابتين طبيعتهما ومجالها وأثرها. فالرقابة البرلمانية تتبسط على ملأمة التشريع من حيث موضوعه، في حين الرقابة القضائية تتبسط على مشروعية القرار بقانون من حيث استيفائه لشروطه الدستورية⁽²⁾.

بل وأكثر من ذلك يرون أن اللوائح حتى ولو تم التصديق عليها من المجلس التشريعي، تظل مجرد لوائح متمتعة بقوة القانون دون أن يغير ذلك من طبيعتها، ذلك أنها تعتبر بحسب مصدرها قرارات إدارية وفقاً للمعيار الشكلي وتخضع بالتالي لرقابة المشروعية⁽³⁾.

إلا أن جانب من الفقه الفلسطيني يرى خلافاً لذلك حيث يقول في هذا الصدد : بعد إعلان حالة الضرورة نكون أمام دمج للسلطات التشريعية والتنفيذية في يد الأخيرة، ولمعرفة جهة الاختصاص بنظر المنازعات التي تثار بصدد الأعمال الصادرة عن هذه السلطة نفرق بين القرارات بقوانين التي تدخل في النطاق المحجوز للتشريع العادي، بمعنى تلك التي تستطيع أن تعدل أو تلغي القانون العادي وما دونها من القرارات الأخرى، فالقرارات الإدارية الفردية وكذلك

(1) البناء، الوسيط في القضاء الإداري (ص46).

(2) عبد المجيد، أصول الرقابة القضائية على دستورية اللوائح والقوانين (ص119).

(3) عبد المجيد، المرجع السابق (ص120).

اللوائح أو القرارات التنظيمية التي في مرتبة التشريع الفرعي تخضع لرقابة قاضي المشروعية، بمعنى أنها تخضع لرقابة القضاء الإداري في فرنسا ومصر وكذلك في فلسطين، باستثناء تلك اللوائح التي تخالف الدستور فهذه تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا.

أما القرارات بقوانين التي تكون في النطاق المحجوز للمشرع العادي^(*) فهذه القرارات تتمتع بالإعفاء القضائي المعترف للقانون، أي أنها معفية مثل القوانين العادية من رقابة القضاء الإداري، إلا أنها تخضع لمبدأ المشروعية بمعناه الواسع على غرار القوانين الصادرة من البرلمان، بمعنى أنها تخضع لرقابة المحكمة الدستورية في فلسطين⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يرى الباحث أن القرارات الصادرة من رئيس السلطة الفلسطينية بموجب حالة الضرورة تعتبر قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري طالما لم تعرض على المجلس التشريعي وتحظى بالمصادقة من قبله، ففي حال عرضت وصادق عليها المجلس التشريعي تصبح من قبل الأعمال التشريعية التي تخرج من رقابة القضاء الإداري، وتخضع للرقابة الدستورية في حال خالفت نصوص القانون الأساسي الفلسطيني. والباحث عند تبنيه لهذا الرأي استند إلى ما أستند عليه الفقهاء في كل من فرنسا ومصر عندما اعتبروها قرارات إدارية إلى جانب الأسباب التالية :

1- أن السلطة التي منحها القانون الأساسي لرئيس السلطة الفلسطينية بموجب المادة (43)

سلطة مقيدة بظرف زمني محدد وهو في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي.

2- كما وقيد هذه السلطة بقيد موضوعي يجد أساسه ومبرره في ظرف الضرورة، وهي أمور

تستوجب العلاج واتخاذ تدابير لا تحتل التأخير.

3- وهناك قيد ثالث إجرائي حيث أوجب على السلطة التنفيذية عرض القرارات بقوانين التي

اصدرها في حالة الضرورة على المجلس التشريعي ليقول كلمته في شأنها.

ونعياً على ما سبق فإن السلطة الممنوحة لرئيس السلطة الفلسطينية لا يمارسها باعتباره مشرعاً بل باعتباره حاكماً إدارياً منحه القانون الأساسي سلطة مؤقتة كونه العضو الدستوري في النظام السياسي الفلسطيني، والرئيس بهذه السلطة لا يملك اصدار اللوائح أو الأنظمة إنما هذا الحق ممنوح لمجلس الوزراء فكيف لنا أن نتصور أنه لا يستطيع أن يصدر لوائح وهي أدنى من القانون، أن نساوي القرارات التي يصدرها بحالة الضرورة بالقانون وإن كانت لها قوة القانون،

* أي تتضمن قواعد عامة ومجرة من مرتبة التشريع العادي، والتي تستطيع أن تعدل أو تلغي القانون العادي.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين (ص 45-48).

إلى جانب هذا كله فإن القرارات ليست قوانين وليست صادرة من سلطة التشريع، فإذا كان لها قوة القانون فذلك لأن ظروف طرأت تهدد أمن البلاد وتحتاج علاج سريع في عدم انعقاد المجلس التشريعي، لذلك كان من البديهي في هذه الحالة أن يقوم الرئيس بتلافي هذه الظروف ولو اضطرته الضرورة إلى تعديل قانون أو إلغائه.

وختاماً وبمتابعة الوضع في الساحة الفلسطينية يرى الباحث أن رئيس السلطة الوطنية خرج عن القيود التي أوردها المشرع الفلسطيني حيث أصدر عشرات القرارات بقوانين لا يمكن أن ندرجها ضمن القرارات بقوانين التي أُعطي الحق له بإصدارها لمجابهة الظروف الاستثنائية، وبذلك يكون اغتصب سلطة التشريع لأغراض سياسية، وعطل الحياة البرلمانية ليمارس اختصاصها.

النتائج

بعد أن قام الباحث بدراسة موضوع الرقابة القضائية على الأعمال التشريعية للسلطة التنفيذية في فلسطين، وتعرض للنظم القانونية المقارنة، والنظام الفلسطيني في هذا الشأن توصل الباحث إلى عدد من النتائج حول هذا الموضوع وهي كما يلي :

- للرقابة القضائية العديد من الضمانات التي تكفل صيانة مبدأ المشروعية والحفاظ على سيادة القانون، وبدون هذه الضمانات تفقد الرقابة القضائية فاعليتها وجدوها.
- إن القضاء الإداري الفلسطيني، وقرارات محكمة العدل العليا الفلسطينية تؤكد أن القضاء الإداري في فلسطين هو قضاء إلغاء دون تعويض قبل صدور قانون المنازعات الإدارية.
- يعد نظام القضاء المزوج أكثر فاعلية من نظام القضاء الموحد في رقابته على أعمال الإدارة، وذلك لما يتمتع به هذا النظام من تخصص وخبرة كافية في هذا المجال، إلى جانب تطبيق القواعد القانونية الإدارية على المنازعات الإدارية المعروضة عليه.
- لم يتناول المشرع الفلسطيني في القانون الأساسي مصادر مبدأ المشروعية بشكل واضح، إذ نجد النقص في النص على بعض القواعد المكتوبة، كمقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق والمعاهدات، وكذلك على بعض المصادر غير المكتوبة كالمبادئ العامة للقانون والأحكام القضائية، ولم يحدد موقفه على اعتبارها من مصادر مبدأ المشروعية والقانون أم لا.
- هناك رقابة قضائية على أعمال السلطة التقديرية، وهذه الرقابة هي رقابة مشروعية العمل الإداري، وتمتد إلى رقابة ملائمة العمل الإداري، فالملائمة أصبحت شرط لمشروعية القرار وإلا كانت الإدارة متعسفة في تقديرها.
- لم يعطي المشرع الفلسطيني رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية الحق في اقتراح القوانين، حيث اقتصر هذا الحق على عضو أو أكثر من أعضاء المجلس التشريعي ومجلس الوزراء.
- تعتبر مرحلتي الاقتراح والتصديق من قبيل أعمال السيادة وبالتالي تكون في منأى عن رقابة القضاء.
- لم يحدد المشرع الفلسطيني موقفه صراحةً من نظرية أعمال السيادة، مما يفتح الباب أمام القضاء على الاستناد إلى الفقه في أعمالها.
- المستقر أن أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء وغير مستقر التعويض عن تلك الأعمال.

- اللوائح تأتي في المرتبة الثالثة في النظام القانوني الفلسطيني وبالتالي إذا خالفت هذه اللوائح القوانين يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري وفق معايير وشروط معينة، أما إذا خالفت نصوص الدستور - القانون الأساسي - فحينها ينعقد الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا.
- في الظروف الاستثنائية تمنح السلطة التنفيذية سلطات أوسع من تلك التي تتمتع بها في الظروف العادية.
- يتسع نطاق مبدأ المشروعية لكي يعطي للإدارة سلطات أوسع لمواجهة الظروف الاستثنائية.
- يصدر في حالات دمج السلطات التي تكون ناجمة عن طبيعة النظام السياسي والدستوري في الدولة إعلانات دستورية وتشريعات عادية وفرعية.
- الرئيس الفلسطيني الراحل ياسر عرفات تبنى المعيار الذي تبناه المشرع الفرنسي للتمييز بين القرارات والقوانين الصادرة بموجب حالات دمج السلطات.
- تصدر في حالات دمج السلطات إعلانات دستورية وهي لا تخضع لرقابة القضاء حكمها في ذلك حكم الدساتير.
- اللوائح التفويضية في الدول التي تأخذ بها تخضع لرقابة القضاء الإداري طالما لم تعرض على البرلمان للمصادقة عليها، أما في حال عرضت وحظيت بالمصادقة فإنها تعامل معاملة القانون وتخضع للرقابة الدستورية في حال مخالفتها لأحكام الدستور.
- نظم المشرع الفلسطيني حالة الضرورة وبين شروطها، وقيدتها بإطار زمني وآخر موضوعي وثالث إجرائي. ولا تعتبر خروجاً عن مبدأ المشروعية وسيادة القانون، لأن القانون الأساسي قد نظم وعالج هذه التشريعات، بل تعتبر من النظريات العامة التي نصت عليها الشريعة الإسلامية قبل القوانين الوضعية.
- نظم المشرع الفلسطيني حالة الطوارئ، وأفرد لها نصوص تقيدها وتبين شروط أعمالها، حيث تم إعلان حالة الطوارئ في عهد الرئيس الراحل ياسر عرفات 2003، والثانية في 2007 في أعقاب الانقسام الفلسطيني حيث أعلن رئيس السلطة الوطنية محمود عباس حالة الطوارئ.

التوصيات

بعد التوصل إلى النتائج السابق بيانها، ومن خلال هذه الدراسة والوقوف على أهم البنود فيها فإن الباحث يوصي بما يلي :

- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني تبني فكرة استقلال السلطة القضائية مالياً وإدارياً عن السلطة التنفيذية حتى تكون في منأى عن أي ضغوطات من قبلها، وذلك من خلال إقرار موازنة مستقلة بها، وانتخاب المجلس الأعلى للقضاء وفق لشروط معينة من الشعب مباشرة حتى يكون النص الوارد في القانون الأساسي أن الشعب مصدر السلطات حقيقة واقعية.
- يوصي الباحث المشرع تحديد الجهة المخولة بالتصديق على المعاهدات، ومرتبها القانونية في النظام القانوني الفلسطيني.
- يوصي الباحث اسناد مهمة الفصل في المنازعات الإدارية إلى هيئة قضائية متخصصة في هذا المجال تتميز سواء من الناحية العلمية أو الفنية عن القضاء العادي لاختلاف مجال كل منهما عن الآخر.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني تبني نظام القضاء المزدوج وإصدار قانون مجلس الدولة الفلسطيني لما يحظى به هذا النظام من مزايا يفترق لها نظام القضاء الموحد، وللحاجة الملحة لتطبيق هذا النظام في الواقع الفلسطيني.
- يوصي الباحث المشرع تضمين النظام الداخلي للمجلس التشريعي على مدة محددة بأسبوعين لعمل اللجان لمراجعة مشاريع القوانين المقدمة من عضو أو أكثر من أعضاء المجلس التشريعي أسوة باقتراحات القوانين المقدمة من مجلس الوزراء.
- يوصي الباحث المشرع بإصدار دستور فلسطين وتضمينه بشكل أكثر وضوحاً اختصاصات السلطات الثلاث في الدولة، ولا سيما التنفيذية منها.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني تعديل نص المادة (41) من القانون الأساسي، على أن تكون النسبة المطلوبة لتمرير القانون في حال اعتراض رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية هي النسبة المطلقة.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني تبني فكرة إعطاء حق مجلس الوزراء في التصديق على القوانين إلى جانب رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية، وتصديق أحدهما يعتبر كافٍ لإصدار القانون، حتى لا تتعطل العملية التشريعية برمتها.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بتدارك التعارض الوارد في نص المادة (71) من النظام الداخلي للمجلس التشريعي لما هو مقرر في نص المادة (41) من القانون الأساسي

الفلسطيني المعدل فيما يتعلق بالأغلبية المطلوبة في حال رد رئيس السلطة الوطنية مشروع القانون، فإن في هذا التعارض شبهة عدم دستورية النص الوارد في النظام الداخلي للمجلس التشريعي.

- يوصي الباحث القضاء بالعمل على التضييق من أعمال السيادة التي تقوم بها الحكومة وتتذرع بعدم خضوعها لرقابة القضاء، والعمل على التلطيف من هذه الأعمال عن طريق وضع استثناءات ضيقة، وإخضاع بقية أعمال الحكومة لرقابة القضاء.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بتبني فكرة التعويض عن أعمال السيادة التي تباشرها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم.
- يوصي الباحث تضمين القانون الأساسي أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء ورئيس المجلس التشريعي في حال إعلان حالة الطوارئ وحالة الضرورة أسوة بالأنظمة المقارنة، حتى لا تتوقف هذه المسألة على إرادة شخص رئيس السلطة الوطنية.
- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني تحديد مدة زمنية لحالة الضرورة، وأن يتم خلال هذه المدة عرض الإجراءات والقرارات التي اتخذت بموجب حالة الضرورة على المجلس التشريعي، حتى لا يبقى الباب مفتوح على مصراعيه وخير دليل على ذلك حالة الضرورة في فلسطين التي تقارب على عشرة سنوات.
- يوصي الباحث إلغاء عبارة وغيرها الواردة في المادة (103) من القانون الأساسي والتي قد تعطي الانطباع بأن القرارات الفردية أو العقود الإدارية تدخل ضمن اختصاصات المحكمة الدستورية.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

- المراجع العربية:

البناء، محمود عاطف. (1999م). *الوسيط في القضاء الإداري*. ط2. (د. م): شركة مطابع الطوبجي التجارية.

إبراهيم، السعيد مبروك. (2012م). *إدارة المكتبات الجامعية في ضوء اتجاهات الإدارة المعاصرة*. ط2. القاهرة: المجموعة العربية للتدريب والنشر.

أبو السعود، وزهران. رمضان، همام محمد محمود. (1997م). *المدخل إلى القانون النظرية العامة للقاعدة القانونية*. (د. ط). الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

أبو العثم، فهد عبد الكريم. (2011م). *القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق*. ط1. عمان: دار الثقافة.

أبو العنين، محمد ماهر. (د. ت). *اختصاص مجلس الدولة*. (د. ط). القاهرة: دار الطباعة الحديثة.

أبو راس، محمد الشافي. (د. ت). *القضاء الإداري*. (د. ط). (د. م). (د. ن).

أبو سمهدانة، عبد الناصر عبد الله. (2010م) *الخصومة الإدارية ومستقبل القضاء الإداري في فلسطين*. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية.

أبو سمهدانة، عبد الناصر عبد الله. (2011م). *مجلس الدولة حامي الحقوق والحريات* "دراسة تحليلية وعلمية في ضوء أحدث التعديلات". (د. ط). القاهرة: دار الفكر العربي.

أبو عمارة، محمد علي. (1998م). *القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة*. ط2. ج3. غزة: جامعة الأزهر.

إدعيس، معن. (2002م). *تقرير حول اللوائح التنفيذية للقوانين*. (د. ط). رام الله: الهيئة المستقلة لحقوق المواطن.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

الأغا، أمجد نعيم. (2011م). *القضاء الإداري في فلسطين "علماء وعملاً"*. (د. ط). (د. ن).

إمام، شفيق. (1995م). *تشريعات الضرورة في غياب البرلمان* "دراسة مقارنة" (د. ط). (د. م). (د. ن).

- إمام، محمد محمد عبده. (د. ت) القضاء الإداري "مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة". ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- البحري، حسن محمد. (2006م). الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية "دراسة مقارنة". رسالة دكتوراه. كلية الحقوق، جامعة عين شمس . القاهرة.
- البحري، حسن مصطفى. (2009م). القانون الدستوري "النظرية العامة" ط1. (د. ن).
- بدر، أحمد سلامة. (2003م). الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني. (د. ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- بدوي، ثروت. (1970م). النظم السياسية. الجزء الأول. (د. ط) القاهرة: دار النهضة العربية.
- بسيوني، حسن السيد. (1998م). دور القضاء في المنازعات الإدارية. (د. ط). القاهرة : دار الكتب.
- البشير، يوسف حسين. (د. ت) مبدأ المشروعية والمنازعات الإدارية
- بطيخ، رمضان محمد. (1996م). الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. (د. ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- بطيخ، رمضان محمد. (1996م). الرقابة على أداء الجهاز الإداري "دراسة عملية وعلمية في النظم الوضعية والإسلامية". (د. ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- بطيخ، رمضان محمد. (2005م). مبدأ المشروعية وعناصر موازنته. (د. ط). الرباط : جامعة عين شمس.
- بعلوشة، شريف أحمد يوسف. (2010م). دعوى إلغاء القرار الإداري "دراسة تحليلية مقارنة". (رسالة ماجستير). جامعة الأزهر - غزة.
- بعلوشة، شريف أحمد يوسف. (2015م). إجراءات التقاضي الإداري الفلسطيني "دراسة مقارنة". (رسالة دكتوراه). جامعة الإسكندرية.
- بعلي، محمد الصغير. (2009م). الوسيط في المنازعات الإدارية. (د. ط). الجزائر: دار العلوم للنشر والتوزيع.
- بكيرات، فايز. وآخرون. (2006م). العملية التشريعية في فلسطين بين النظرية والتطبيق. بيزيت : معهد الحقوق، جامعة بيزيت.
- بن عمرو، عبد الرحمن. (2004م). استقلال القضاء. مجلة الحوار المتمدن العدد 987.
- بوضياف، عمار. (2009م). دعوى الإلغاء في الإجراءات المدنية والإدارية - دراسة تشريعية وقضائية وفقهية. ط1. الجزائر: دار الجسور للنشر والتوزيع.

- بوضياف، عمار. (2011م). الوسيط في قضاء الإلغاء. ط1. عمان: دار الثقافة.
- البياتي، عبد الله. (1991م) *مراحل العملية التشريعية في الدساتير العرفية*. رسالة ماجستير. جامعة بغداد.
- التركمانى، عمر حمزة عمر. (2010م). القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م "دراسة تحليلية مقارنة".
- التركمانى، عمر حمزة عمر. (2016م). *طرق انتهاء ولاية رئيس الدولة "دراسة تحليلية مقارنة"*. ط1. جمهورية مصر العربية: مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.
- تونصير، إبراهيم (2014). *تشريعات الضرورة "دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري"* رسالة ماجستير. مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيذر بسكرة. الجزائر.
- الجبوري، محمود خلف. (1998م). القضاء الإداري "دراسة مقارنة". ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الجرف، طعيمة. (1964م). *القانون الدستوري ومبادئ النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة*. (د. ط) (د. ن).
- الجرف، طعيمة. (1973م). *القانون الإداري*. (د. ط). القاهرة : مكتبة القاهرة الحديثة.
- الجرف، طعيمة. (1976م). *مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون*. ط3. القاهرة : دار النهضة العربية.
- الجلاد، فريد. (2013م). *دور السلطة القضائية في الوصول للعدالة والحكم الرشيد*. ورقة عمل.
- جمال الدين، سامي (د. ت). *الرقابة على أعمال الإدارة*. (د. ط). الإسكندرية: منشأة المعارف.
- جمال الدين، سامي. (1982م). *اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية*. (د. ط). الإسكندرية: منشأة المعارف.
- جمال الدين، سامي. (2002م). *القضاء الإداري الكتاب الأول الرقابة على أعمال الإدارة*. ط3. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- الجمال، يحيى. (2002م). *نظرية الضرورة في القانون الدستوري "وبعض تطبيقاتها المعاصرة"*. ط3. القاهرة: دار النهضة العربية.
- حافظ، محمود. (1993م). *القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن*. (د. ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- الحجار، عدنان إبراهيم. (2011م). *آلية التشريع في فلسطين وتأثير الانقسام علي،ها*. مجلة جامعة الأزهر بغزة. سلسلة العلوم الإنسانية. المجلد 13 العدد1.

- حسن، عبد الفتاح. (1978م). *القضاء الإداري "قضاء الإلغاء"*. الجزء الأول (د. ط). المنصورة: مكتبة الجلال الجديدة.
- حسن، عبد الفتاح. (1986م). *مبادئ القانون الدستوري في الكويت*. (د. ط). بيروت: دار النهضة العربية.
- حلمي، محمود (1964م). *المبادئ الدستورية العامة*. (د. ط). القاهرة: مطبعة دار الفكر العربي.
- الحو، ماجد راغب. (1995م). *القضاء الإداري*. (د. ط). الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- الحو، ماجد راغب. (2000م). *القانون الإداري*. (د. ط). الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- الحو، ماجد راغب. (2010م). *القضاء الإداري*. (د. ط). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- حمد، حمد عمر. (2003م) *السلطة التقديرية ومدى رقابة القضاء عليها*. ط1. الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية.
- الخلايلة، محمد علي. (2012). *القانون الإداري*. الكتاب الثاني. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2008م). *القرار الإداري في مجلس الدولة*. الجزء الأول. ط1. المركز القومي للإصدارات.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2009م). *الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري*. (د. ط). الإسكندرية: منشأة المعارف.
- خليل، محسن. (1971م). *القضاء الإداري اللبناني "دراسة مقارنة"*. ط1. القاهرة: دار النهضة العربية.
- خليل، محسن. (1979م). *النظم السياسية والدستور اللبناني*. (د. ط). بيروت: دار النهضة العربية.
- الدستور الجزائري لسنة 2016م.
- الدستور الفرنسي لسنة 1958م وتعديلاته.
- الدستور المصري لسنة 1971م.
- الدستور المصري لسنة 2012م.
- الدستور المصري لسنة 2014م.
- الدغيثر، عبد العزيز بن سعد. (1428هـ) *حجية السوابق القضائية*. مجلة العدل. العدد (34).
- الدليمي، حبيب إبراهيم حمادة. (2007). *حدود سلطة الضبط الإداري في الظروف العادية "دراسة مقارنة"* رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون. جامعة بابل. العراق.

- دويكات، غازي. (د. ت). *القانون الدستوري*. (د. ط). نابلس : مكتبة الشروق.
- رسلان، أنور أحمد. (1999م). *وسيط القضاء الإداري*. (د. ط). (د. م): دار النهضة العربية.
- رسلان، أنور أحمد. (2004م). *وجيز القانون الإداري*. ط3. (د. ن).
- الزغبي، خالد سمارة. (د. ت). *القانون الإداري*. ط3. عمان : دار الثقافة.
- الزغبي، خالد سمارة. (1993م). *القانون الإداري وتطبيقاته في المملكة الأردنية الهاشمية*. ط2. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- السناري، محمد عبد العال. (2000م). *مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة*. (د. ط). مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة.
- السيد، محمد المتولي. (1997م). *مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر*. رسالة دكتوراه. جامعة عين شمس، القاهرة.
- السيقلي، نسرین إبراهيم. (2015م). *حجية الأحكام الدستورية وآثارها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني رقم (3) لسنة 206م "دراسة مقارنة"*. رسالة ماجستير، مقدمة لكلية الحقوق، قسم القانون العام. جامعة الأزهر. غزة.
- الشاعر، أنور حمدان. (2016م). *الوجيز في القانون الإداري*. ط1. غزة: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
- الشاعر، أنور حمدان. وأبو كلوب، عفيف محمد. (2015م). *المدخل لدراسة العلوم القانونية*. ط1. غزة: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
- الشرقاوي، سعاد. (2002م). *النظم السياسية في العالم المعاصر "تحديات وتحولات"* (د. ط). القاهرة : دار النهضة العربية.
- شطناوي، علي خطار. (2011م). *موسوعة القضاء الإداري*. الجزء الأول. ط3. عمان: دار الثقافة.
- شطناوي، فيصل، وحنامله، سليم سلامة. (2015م). *سلطة رئيس الدولة في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الأردني "دراسة مقارنة"*. دراسات. علوم الشريعة والقانون. المجلد 42. العدد 2.
- الشويكي، عمر محمد (1996م). *القضاء الإداري "دراسة مقارنة" الجزء الأول*. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- شيحا، إبراهيم عبد العزيز. (1994م). *القانون الإداري*. (د. ط). عمان : دار الثقافة.

- شيحا، إبراهيم. (2006م) القضاء الإداري مبدأ المشروعية تنظيم القضاء الإداري. (د. ط) الإسكندرية : منشأة المعارف.
- شيهوب، مسعود. (2005م). المبادئ العامة للمنازعات الإدارية. الجزء الأول. ط3. الجزائر: دار المطبوعات الجامعية.
- صادق، حازم. (2009). سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي "دراسة مقارنة" (د. ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- صادق، علي سالم علي. (2008م). دعوى الإلغاء في القضاء الإداري الفلسطيني. (رسالة دكتوراه) جامعة الدول العربية.
- الصغير، عبد العزيز بن محمد. (2015م). الضمانات الدستورية للمواطنين بين الشريعة والقانون. ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.
- الطاهر، غريب. (2014م). ضمانات المحاكمة العادلة في قانون الإجراءات الجزائية. رسالة ماجستير. جامعة قاصدي مرباح ورقلة.
- طلبه، عبد الله. (د. ت). القانون الإداري الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. ط2. سوريا : منشورات جامعة حلب.
- طلبه، عبد الله. (د. ت). مبادئ القانون الإداري. ط7. دمشق: منشورات جامعة دمشق.
- الطماوي، سليمان محمد. (1991م). النظرية العامة للقرارات الإدارية. ط6. القاهرة : مطبعة جامعة عين شمس.
- الطماوي، سليمان. (1996م). قضاء الإلغاء. الكتاب الأول. ط7. القاهرة : دار الفكر العربي.
- طوقان، طارق زاهي. (2008م) القرارات الصادرة عن الرئيس وفقاً لحالات الضرورة. (دراسة قانونية مقدمة إلى مؤسسة مفتاح).
- الظاهر، خالد خليل. (1998م). القانون الإداري. الكتاب الأول. ط1. عمان : دار الميسرة للنشر.
- العبادي، محمد وليد. (2008م). القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة. ط1. ج1. عمان : مؤسسة الوراق.
- العبادي، محمد. (1995م). قضاء الإلغاء "دراسة مقارنة". ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- عبد الباسط، محمود فؤاد. (2005م) القضاء الإداري (د. ط). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- عبد الحميد، خليل حميد. (2010م). مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق. مجلة كلية المأمون الجامعية. العدد 16.

- عبد الله، عبد الغني بسوني. (2008). القضاء الإداري. ط4. (د. م). (د. ن).
- عبد الله، عبد الغني بسوني. (1983م). مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي. (د. ط) الإسكندرية : منشأة المعارف.
- عبد الله، عبد الغني بسوني. (1993م). القضاء الإداري. (د. ط). بيروت: الدار الجامعية.
- عبد المجيد، منير. (2001م). أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. (د. ط) الإسكندرية: منشأة المعارف.
- عبد الوهاب، محمد رفعت. (2005م). القضاء الإداري. الكتاب الأول. ط1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- العتوم، منصور إبراهيم. (2013م) القضاء الإداري. ط3. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.
- عثمان، حسين عثمان محمد. (1989م). دروس في قانون القضاء الإداري، في لبنان وفرنسا ومصر. (د. ط). بيروت : الدار الجامعية.
- عثمان، حسين عثمان محمد. (2010م). أصول القانون الإداري. (د. ط). لبنان : منشورات الحلبي الحقوقية.
- عثمان، خليل عثمان. (1958م). القانون الإداري. ط2. القاهرة: دار النهضة العربية.
- عثمان، عثمان خليل، والطماوي، سليمان. (1950م). القانون الدستوري. ط2. القاهرة: دار الفكر العربي.
- عطية، طارق. (2010م). عملية نشر التشريعات في الجريدة الرسمية وفقاً للنظام القانوني الفلسطيني : الإشكاليات والحلول. بيرزيت: معهد الحقوق، جامعة بيرزيت.
- عمار، عوابدي. (1998م). النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الأول. الجزائر: دار المطبوعات الجامعية.
- عمرو، عدنان. (2004م). القضاء الإداري "مبدأ المشروعية". ط2. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016م) الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين. ط1. غزة: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016م). الوسيط في القانون الإداري "في ضوء اجتهاد محكمة العدل العليا في فلسطين". ط1. غزة : مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
- غزوي، محمد سليم. (1994م). الوجيز في التنظيم السياسي والدستوري للمملكة الأردنية الهاشمية. ط2. عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع.

- الغوييري، أحمد عودة. (1989م). *قضاء الإلغاء في الأردن*. ط1. عمان : مطبعة الدستور التجارية.
- فتح الباب، عليوة مصطفى. (2012م). *الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات*. الجزء الأول. (د. ط). مصر: دار شتات للنشر والبرمجيات.
- الفرجاني، صالح أحمد. (2015م)
- فكري، فتحى. (2004م). *وجيز القانون البرلماني في مصر "دراسة نقدية تحليلية"*. (د. ط). (د. م). (د. ن).
- فودة، رأفت. (1994م). *المشروعية الإدارية ومنحنياتها "دراسة مقارنة"*. (د. ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- الفوزان، محمد. (2010م). *التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"*. (د. ط) منشور على الشبكة العنكبوتية.
- فوزي، صلاح الدين. (1998م). *المبسوط في القانون الإداري*. (د. ط). القاهرة : دار النهضة العربية.
- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001م.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2005م.
- القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2002م.
- قانون السلطة القضائية السوري الصادر بالمرسوم رقم (98) لعام 1961م.
- قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972م.
- القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م.
- قانون مجلس الدولة السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 55 لسنة 1959م.
- قانون مجلس الدولة المصري رقم (37) لسنة 1972م.
- القبيلات، حمدي. (2008م). *القانون الإداري*. الجزء الأول. ط1. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.
- كايد، عزيز. (2000م) تقرير حول إشكاليات العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في السلطة الوطنية الفلسطينية. الهيئة المستقلة لحقوق المواطن.
- الكيلاي، زيد أحمد توفيق زيد. (2012م). *الطعن في دستورية القوانين "دراسة مقارنة"*. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. فلسطين.
- لون، مارسو. وآخرون. (1995م). *أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي*. ترجمة أحمد يسرى. ط10. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

ليلو، مازن راضي. (د. ت). *القضاء الإداري*. (د. ط). (د. م). (د. ن).

محمد، علي عبد الفتاح. (2009م). *الوجيز في القضاء الإداري مبدأ المشروعية "دعوى الإلغاء"*. (د. ط) الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.

محيو، أحمد. (1986م). *محاضرات في المؤسسات الإدارية*. ترجمة د. محمد عرب صاصيلا. ط4. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

مدانات، نفيس صالح (2005م). *هل تحققت لدينا في الأردن ازدواجية القضاء*. مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 21. العدد الأول.

المسلماني، محمد أحمد إبراهيم. (2016م). *الوسيط في القضاء الإداري*. ط1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

المسيري، فضل آدم فضل. (2011م). *قانون المرافعات اللبني، التنظيم القضائي والخصومة القضائية*. ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.

المصدق، رقية. (1986م). *القانون الدستوري والمؤسسات السياسية*. الجزء الأول. ط1. المغرب: دار توبقال للنشر.

معهد الحقوق - جامعة بيرزيت. (2007م). *أصول استنباط المبادئ القانونية "وحدة الأحكام القضائية"*.

الموسوي، سالم روضان. (2008م). *مبدأ استقلال القضاء في التشريع العراقي*. مجلة الحوار المتمدن العدد 2266.

نصار، جابر جاد. (2007م). *الوسيط في القانون الدستوري*. (د. ط). (د. م). (د. ن).

نصر الله، أشرف. وجرادة، نضال جمال. (2016م). *العدل العليا في عشرين عاماً "المبادئ التي ارسنها محكمة العدل العليا الفلسطينية في الفترة 1995-2015"*. ط1. (د. م). (د. ن).

الوحيدى، فتحي. (2004م). *القانون الدستوري والنظم السياسية مع شرح السلطات الثلاث وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل*. الجزء الثاني. ط4. غزة: مطابع مقداد.