

السلطة التقديرية أمام القضاء الإداري الكويتي: تعليق على حكم مميز صادر

عن الدائرة الإدارية (رقم 1017/546 إداري/5) – بحث مقارن¹

الملخص:

أتناول في هذا البحث موضوع السلطة التقديرية أمام القضاء الإداري الكويتي انطلاقاً من قرار جريء صادر عن الدائرة الإدارية الكويتية، وقد دعمت تحليلي بأفكار من القانون المقارن وبخاصة القانون والفقهاء الفرنسيين. كما حاولت تبين ما ذهب إليه من أن القاضي الكويتي كان جريئاً في هذا القرار. القاضي إنسان يعاني كما باقي الأفراد وهو بحاجة لدعم إزاء سلطة إدارية وسلطة سياسية لا تدعم دوماً استقلال القضاء.

في هذا البحث حاولت تبين أن القاضي الكويتي أحسن فعلاً عندما أبطل قرار الإدارة بوضع علامة 40 بالمئة على المقابلة الشخصية لاختيار مرشحين لوظيفة باحث مبتدئ وقانوني، لما يعتمل هذا السلوك من احتمال محاباة وظلم يلحق بمرشحين كفاء.

توسعت في هذا البحث حيث تناولت مسائل ملامسة للموضوع وأحياناً بعيدة بعض الشيء من مثل المقارنة مع قرارات فرنسية وعرض للسلطة الاستئنافية في أنكلترا والتطرق لبعض قرارات المحاكم الدستورية.

ما أضعه هو تعليق على قرار قضائي إداري كويتي ولكن انطلاقاً من تناول نظري وعملي لموضوع السلطة التقديرية أو إذا شئنا هو تحليل للسلطة التقديرية عبر قرار قضائي إداري. لا أقدم تعليقاً بالمعنى المحصور بل بحثاً حول قرار قضائي وفي موضوع جوهري يطرح مسألة كيفية التصدي لتجاوزات السلطة الإدارية (والسياسية) عبر عمل القاضي وجهوده المستمرة في تعزيز موقعه.

¹ - تعليق على حكم مميز صادر عن الدائرة الإدارية (رقم 1017/546 إداري/5). نشر هذا البحث في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 3، الجزء الثاني، تشرين الأول 2018. الحقوق محفوظة للنشر.

أقدم في هذا البحث اقتراحاً فقهيًا هو التالي: يطلق القاضي الإداري الكويتي في قرار "يوسف" مفهوماً جديداً: إلى جانب السداسية المعروفة: رقابة الوقائع المادية، الوقائع القانونية، الخطأ الساطع بالتقدير، رقابة التكيف، رقابة انحراف السلطة، ورقابة التناسب جاء القاضي الكويتي برقابة سابعة تسمح بإبطال أي قرار إداري تعسفي هي ما أقترح تسميته "الرقابة القصوية بامتياز". وتتميز هذه الرقابة بأنها تسمح للقاضي في حالات استثنائية بتجاوز القواعد الاجتهادية المعمول بها (السداسية المعروفة) وإبطال القرار الإداري دون الإفصاح عن الاستناد إلى أي من هذه القواعد.

كلمات دالة: سلطة تقديرية، سلطة استئنائية، رقابة القاضي الإداري، الخطأ الساطع بالتقدير، رقابة أعمال الإدارة.

المقدمة:

"السلطة التقديرية (أو الاستئنائية)⁽²⁾ أمام القضاء الإداري الكويتي، تعليق على حكم جريء صادر عن الدائرة الإدارية الكويتية". إن هذا العنوان فيه قسط المسؤولية، مسؤولية الكاتب في تبيان ما يذهب إليه من أن القاضي الكويتي كان جريئاً في هذا القرار. لقد أردت في هذا البحث إبراز قدرة القاضي الإداري على صون حقوق الأفراد من تعسف الإدارة ومدى قدرته على الولوع الضروري أحياناً، في مساحة السلطة الاستئنائية المحرمة.

في المبحث الأول سأعرض لوقائع هذا القرار المهم جداً بنظري لأن القاضي، قاضي الشرعية، خرج من إطار الشرعية في هذا الحكم، ودخل ساحة معركة الملاءمة قائلاً بوجه الإدارة: "إنك لا تملكين أن تضعي علامة 40 بالمئة على المقابلة الشخصية، لاختيار مرشحين لوظيفة باحث قانوني مبتدئ، لما قد يتضمنه هذا السلوك من احتمال محاباة وظلم قاتلين لمستقبل إنسان كفاء. كما سأعرض في هذا القسم لجملة من المفاهيم يطرحها القضاء أو المستأنف، والتي ساهمت جميعها في اتخاذ القرار القضائي الجريء: مبدأ المساواة، واجب إيداع الوثائق الإدارية، مفهوم انحراف السلطة، حدود السلطة الاستئنائية، مبدأ الأمان القانوني، تحصين القرارات الإدارية. وعبر طرح هذه المفاهيم، حاولت معرفة أو التكهن بما استند إليه القاضي بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

(2) تحمل لفظاً "التقديرية" و"الاستئنائية" المعنى ذاته. في الفقه الكويتي تستخدم الأولى وفي الفقه اللبناني تستخدم الثانية. في هذا البحث سوف نستخدم في المتن "الاستئنائية" لأننا نراها أقرب إلى لفظ *discretionnaire* الفرنسية. التقدير هو موضوعي، حيادي، فيما الاستنباب يشير إلى التقدير غير الموضوعي للسلطة الإدارية وإلى تجاوزها وتفرداها باتخاذ قرارات غير عادلة أحياناً.

وفي المبحث الثاني، تناولت كيف عزز القاضي الإداري الكويتي رقابة القضاء الإداري في هذا القرار، إذ عرضت لما اعتبره جديداً وجريئاً في هذا القرار، حيث يلج القاضي إلى قلب السلطة الاستئنابية، ويرفض قراراً للإدارة يدخل مبدئياً ضمن سلطتها الاستئنابية (العلامة 40 على مئة للمقابلة الشخصية)، متجاوزاً العناصر العادية لرقابة القاضي ضمن السلطة الاستئنابية (الخطأ الساطع أو البين، التكييف... وحتى التناسب) لأنه لم يجد مبرراً للاستناد إلى هذه المعايير وكأنه لم يشأ ذلك، في ما يشبه رفض الاعتذار. لقد كان لازماً أن أتوسع في هذا البحث لتناول مسائل ملامسة للموضوع، وأحياناً بعيدة بعض الشيء من مثل المقارنة مع قرارات فرنسية وعرض للسلطة الاستئنابية في إنجلترا، والتطرق لبعض قرارات المحاكم الدستورية فائقة الأهمية لموضوعنا بالذات.

إن ما أضعه هو تعليق على قرار قضائي إداري كويتي، ولكن انطلاقاً من تناول نظري وعملي لموضوع السلطة الاستئنابية، أو على العكس تناول السلطة الاستئنابية عبر قرار قضائي إداري. فما أقدمه ليس تعليقاً بالمعنى التقليدي المحصور⁽³⁾، بل هو بحث حول قرار قضائي وفي موضوع جوهري يطرح مسألة كيفية التصدي لقرارات السلطة الإدارية (والسياسية) عبر عمل القاضي وجهوده المستمرة في تعزيز موقعه.

(3) هذا ما أجده أكثر نفعاً في التعليقات على القرارات القضائية. انظر مؤلفنا: القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، الجزء الثالث "تعليقات على عشرة قرارات لمجلس الشورى اللبناني"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

المبحث الأول

الوقائع والمفاهيم التي يطرحها الحكم

في هذا المبحث سوف أ طرح في مطلب أول وقائع هذه القضية-المنطلق لكتابة هذا البحث وقرار القاضي المتميز ثم في مطلب ثان أتوسع في شرح مفاهيم مستقاة من هذا ولصيقة في القانون الإداري من مثل مبدأ المساواة، مبدأ إيداع الوثائق الإدارية، مفهوم انحراف السلطة، حدود السلطة الاستثنائية، الخ.

المطلب الأول

الوقائع

صدر حكم عن الدائرة الإدارية الخامسة في القضاء الإداري الكويتي في 11-12-2017. وقد وجدت أن هذا الحكم⁽⁴⁾ يأتي ليس وحسب بجديد في موضوع التنازع الإداري بل يكشف مدى قدرة القاضي الإداري على صون حقوق الأفراد من تعسف الإدارة ومدى قدرته على دخول "قدسية" المساحة الاستثنائية. والمقصود أنه حتى في حالة تمتع الإدارة بسلطة استثنائية نصاً، فإن القاضي بإمكانه إعمال رقابته عندما تتجاوز ممارسة الإدارة "الحد المعقول" وما يتقبله "العقل السليم"⁽⁵⁾.

تتلخص وقائع الحكم في التالي: تقدم السيد (ي) بطعنه الاستثنائي مطالباً بإبطال حكم تضمن رفض تعيينه بوظيفة باحث قانوني مبتدئ، وبالتعويض المناسب عن الأضرار المادية والأدبية التي مسته جراء ذلك. شرح المسأف للمحكمة بأنه حاصل على درجة بكالوريوس الحقوق من جامعة الكويت بتقدير عام جيد جداً بمعدل 82,68. وكانت وزارة العدل قد أعلنت عن حاجتها لشغل وظيفة باحث قانوني مبتدئ المؤهلة لشغل وظيفة وكيل نيابة. بعد اجتيازه الامتحانات صُدم بصدور القرارات بتعيين عدد من المتقدمين في الوظيفة وهو ليس بين المقبولين، على الرغم من أن بعض المقبولين، برأيه، لا يتمتعون بالمؤهل العلمي الكافي. رأى المستأنف

(4) صدر هذا القرار برئاسة الأستاذ المستشار حمود محمد المطوع وعضوية المستشارين مسعد عبد الحميد أبو النجا وجاسم محمد الراشد. استئناف مرفوع ضد وزير العدل ووكيل وزارة العدل، رقم: 2017/546 إداري/5.

(5) معيار الشخص العادي، العاقل، المنطقي ويقابله بالفرنسية: Le jugement de bon père de famille أي معيار الأب الجيد للعائلة.

أن في هذا إخلالاً بمبدأ المساواة الذي ينص عليه الدستور الكويتي⁽⁶⁾ وبمبدأ تكافؤ الفرص، فضلاً عن أن الحكم مشوب بغييب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها عن غايتها⁽⁷⁾.

إن الجراءة في نظرنا قد بدأت مع لائحة المستأنف، حيث اتهم الإدارة بالمحاباة والمحسوبية على حساب تكافؤ الفرص، وهو يتقدم باستئنافه بعد صدور حكم محكمة الدرجة الأولى التي رفضت مراجعته بالمضمون، إذ قررت أن: "الثابت من الأوراق أن لجنة الاختبار أتاحت للمدعي فرصة المقابلة الشخصية ومكنته من اجتياز الاختبارين التحريري والشفهي بيد أنه حصل في المقابلة الشخصية على (20) درجة من (40) وفي الاختبار التحريري على (22) درجة من (30) وفي الاختبار الشفهي على (20) من (30) بمجموع درجات (62) درجة من (100) درجة، وكانت اللجنة قد وضعت معياراً وضابطاً موضوعياً يقوم في جوهره على مقدار الدرجة التي يحصل عليها المرشح في الاختبارات والمقابلة الشخصية، وتطلبت للدخول في المفاضلة لشغل الوظيفة أن يجتاز المرشح الاختبارات والمقابلة الشخصية بمجموع درجات لا يقل عن (70) درجة من (100) درجة"⁽⁸⁾. رأت محكمة الدرجة الأولى أن المدعي لم يجتز الاختبارات والمقابلة الشخصية المقررة للتعين من جهة الإدارة وتالياً فإن حكمها سليم. في طلب الاستئناف طالب المستأنف بإلغاء الحكم المستأنف، معتبراً أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون وخالفت القانون بتحصينها قرارات غير محصنة، لأنه لو كانت قرارات اللجان الفاحصة محصنة لفتحت الأبواب مشرعة أمام حالات إساءة استعمال السلطة.

وفي دفعاته، السليمة، التي ساهمت في إقناع قضاة محكمة الاستئناف، فصل المستأنف معايير الدرجات التي اعتمدتها الإدارة منتقداً نسبة الـ (40) في المائة الخاصة بالمقابلة الشخصية ومن الواضح أن نسبة (40) في المائة على المقابلة الشخصية هي علامة مبالغ فيها، وهي عرضة للاستخدام السهل في إعطاء نتائج يمكن أن تكون ملتبسة. وبالفعل فقد حصل السيد (ي) في الاختبار التحريري على (22) درجة من (30) وحصل في الاختبار الشفهي على (20) درجة من (30)، فتكون النسبة المئوية لهذين الاختبارين (75) في المائة باعتبار أن إجمالي الدرجة من (60) بينما حصل في المقابلة الشخصية على (20) درجة من (40)، أي بنسبة مئوية قدرها (50) في المائة، وبالتالي فهو يعتبر أن اللجنة قد أهدرت "كل قيمة للتفوق العلمي والكفاءة" بفعل المقابلة الشخصية، التي لم يكن ينبغي أن تقدّر بهذه النسبة "(40) في المائة"، ما يجعل القرارات الصادرة بنتيجة هذه المباراة مشوبة بعدم الشرعية⁽⁹⁾، "حيث إنه لما كانت الوظيفة القضائية، تقول محكمة الاستئناف الإدارية الكويتية: لا تقوم لها قائمة إلا إذا راعت الجهة الإدارية توافر الكفاءة العلمية لإفساح المجال لتعيين المتفوقين علمياً، القادرين على النهوض برسالة العدالة"، ثم نوهت المحكمة بكفاءة المستأنف استناداً إلى التقدير الذي حصل عليه لدى حصوله على درجة البكالوريوس من كلية الحقوق بجامعة الكويت، وتالياً قررت بأنه لا ينبغي استبعاده إلا لأسباب تتعلق بالكفاءة العلمية، والمقصود مستواه الفكري القانوني لا على أساس مقابلة شخصية.

(6) تنص المادة 29 من الدستور الكويتي على أن: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين".

(7) Détournement de pouvoir اعتمد هذا المفهوم من طرف الاجتهاد الفرنسي، ورغم وجود نص صريح في النصوص الانجليزية يماثله abuse of power إلا أن القاضي الإنجليزي يتقاضي الاستناد إلى هذا المفهوم، مفضلاً استخدام مفهوم يتقاطع معه هو تعاكس التقنيات "conversion techniques".

(8) استئناف مرفوع ضد وزير العدل ووكيل وزارة العدل، رقم: 1017/546 إداري/5.

(9) يستخدم الحكم عبارة عدم المشروعية. وفي رأبي هذا خطأ شائع جداً في الأوساط القانونية، أعني استخدام عبارة المشروعية محل الشرعية، فالشرعية هي التوافق مع القوانين (La légalité) فيما المشروعية هي التوافق مع التقاليد، الأخلاق الحميدة، إرادة الناس ورغباتهم La légitimité. نعطي مثلاً افتراضياً: كأن يقال الحكومة الحالية هي شرعية ولكن غير مشروعة، أي أنه تم تعيينها بحسب الأصول القانونية والدستورية ولكنها لا تمثل رغبة أغلبية الناس، فهي شرعية ولكن غير مشروعة، فافتضى التنويه.

وهنا نفهم من الأسلوب المستخدم أن المقابلة الشخصية بنظر قضاة الاستئناف لا يجب يكون لها سوى دور ثانوي، ثم استعادت المحكمة ما فصله المستأنف من أنه أدى الاختبار التحريري فحصل على (22) درجة من (30) والاختبار الشفهي فحصل على (20) درجة من (30)، ويكون الإجمالي (42) درجة من (60). وهنا تؤيد المحكمة أن المستأنف يكون قد حصل على (75) في المائة من المجموع، معتبرة أن الاختبارين الأساسيين هما الاختبار التحريري والامتحان الشفوي. وأردفت المحكمة قائلة: إن درجة الـ (20) في المائة التي حصل عليها بالمقابلة الشخصية هي التي خفّضت المعدل، ما أدى إلى استبعاده.

بعد التعبير عن موقفها، طلبت المحكمة للتأكد من المعطيات بأن تسلمها الإدارة "المستندات الخاصة بدرجة المقابلة الشخصية التي حصل عليها كل من تقدم لشغل وظيفة باحث قانوني مبتدئ المؤهلة لوظيفة وكيل نيابة عام 2014، للوقوف على المعايير والضوابط التي اعتمدتها اللجنة لإجراء المقابلة الشخصية مع المتقدمين لشغل تلك الوظيفة، وكيفية احتساب الدرجة لكل منهم باعتبارها السبب الرئيسي لاستبعاد المستأنف من ضمن المقبولين".

وقبل أن نتوقف ملياً لاحقاً عند الجديد التغييري الذي يأتي به هذا الحكم، نشير فقط في هذه الفقرة المخصصة للوقائع إلى أن نواة حكم المحكمة هو في هذا الموقف الجريء المتمثل في الطلب من الإدارة معرفة بناء على أي ضوابط وضعت علامة المقابلة الشخصية، وهل يحق للإدارة أن تحدد كما تشاء علامة المقابلة الشخصية؟! هذا التدخل في مساحة السلطة الاستئنافية التي تتمتع بها الإدارة هو الجديد في هذا الحكم (أو القرار)⁽¹⁰⁾. بصورة عامة وبحسب رأيي، فإن القاضي الإداري لا يتدخل - والفقه الفرنسي يؤكد ذلك⁽¹¹⁾ - في مجال السلطة التقديرية إلى هذا الحد، إذ من المعلوم وهذه قاعدة عامة أن القاضي لا يتدخل في الأمور التقنية إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ ساطعاً في التقدير. بيد أن الإدارة الكويتية وقعت في خطأ فادح آخر كان يمكن تفاديه، وهو أنها تقاعست عن الاستجابة للقاضي الذي طلب منها تزويده بالمستندات التي سمحت لها اتخاذ مثل هذا القرار (محاضر اللجنة الفاحصة، أسباب وضع علامة (40) في المائة على المقابلة الشخصية، الخ..). وهذا ما أوقع الإدارة الكويتية بخطأ، فيما كان يقتضي أن ينبهها مستشاروها وقانونيوها لعواقب ارتكاب مثل هذا الخطأ المعروف لدى المهتمين بالقانون الإداري، فمن لا يعرف قرار باريل Barel الفرنسي القديم، حيث أبطل القضاء الإداري قرار الإدارة برفض ترشيحات السيد باريل وزملائه للتقدم إلى مباراة المدرسة الوطنية للإدارة لأنها لم تستجب وتودعه أسباب ذلك الاستبعاد (بالوثائق).

تخلص محكمة الاستئناف الإدارية الكويتية إلى أن جميع هذه الأسباب تستدعي إلغاء قرارات قبول المرشحين نسبياً، أي دون المس بنتائج تلك القرارات بشرط تعديلها وإحقاق حق السيد (ي) بالتعيين في وظيفة باحث قانوني مبتدئ⁽¹²⁾.

(10) نستخدم في هذا البحث لفظة "حكم" ولكن تقتضي الإشارة إلى أن لفظة "قرار" هي مستخدمة أيضاً بل أكثر استخداماً. إن لفظة حكم تستخدم للدلالة على الأحكام الصادرة عن المحاكم البدائية (jugement) فيما القرار يستخدم للدلالة على الأحكام الصادرة عن المحاكم العليا (arrêt) سواء عن التمييز المدنية أم الشورى.

(11) في جميع مؤلفات جورج فيديل نجد حيزاً لا يستهان به مخصصاً لقاعدة أن: "القاضي الإداري هو قاضي شرعية وليس قاضي ملاءمة".
Le juge administratif est juge de légalité et non d'opportunité. Voir Georges Vedel, Le droit administratif général, PUF, Paris, 2012, p. 173 et s.

(12) بالطبع ردت المحكمة طلب التعويض لأن المستأنف لم يكن مقدراً مبلغ التعويض أمام محكمة الدرجة الأولى، إضافة إلى أنه لم يسدّد الرسم المقرر قانوناً.

المطلب الثاني

المفاهيم

يطرح هذا القرار جملة من المفاهيم المتأصلة في القانون الإداري والتي صقلها بغالبيتها الاجتهاد، أي جهود القاضي الإداري⁽¹³⁾ بعد أن صار هو أيضاً حامي الحريات والحقوق إلى جانب القاضي العدلي بل أضحي بنفسه ويتفوق عليه في موضوع صون حقوق الأفراد والتصدي لتجاوزات الإدارة.

الفرع الأول

مبدأ المساواة

يشير الحكم الاستثنائي الى الوضع اللامساواتي الذي لحق بالسيد (ي)، لقد قررت اللجنة أن المقابلة الشخصية تحتل (40) في المائة. إن هذا الاجراء يفتح باباً واسعاً أمام المحاباة وفي أقل تقدير أمام تكهنات حول شخصية المرشح. فماذا فعل هذا المرشح المتفوق في دراسته وما هي ملامح شخصيته حتى تنال من مستقبله هذه المقابلة الشخصية؟! إن في هذا لا مساواة واضحة بينه وبين زملائه الأقل نجاحاً منه في الدراسة ولكن تفوقوا عليه في المقابلة الشخصية. لقد بخست اللجنة إلى درجة كبيرة أهمية الكفاءة العلمية وضخمت أهمية المقابلة الشخصية، إن في هذا لا مساواة واضحة، خاصة وأن مبدأ المساواة هو مبدأ قانوني عام يستند إليه القاضي الإداري منذ عام 1951، وذلك في قرار سوسييتي دي كونسير دو كونسيرفاتوار/Société des Concerts du Conservatoire، مجلس الشورى الفرنسي بتاريخ 9 آذار/مارس 1951⁽¹⁴⁾. وفي الكويت تكرر مبدأ المساواة في المادة (29) من الدستور، وفي لبنان في المادة (7) من الدستور⁽¹⁵⁾. وقد منح المجلس الدستوري الفرنسي مبدأ المساواة قوة دستورية في قرار صادر في عام 1979⁽¹⁶⁾. كما كرسته غالبية الإعلانات وبصورة أساسية الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن للعام 1789، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان للعام 1948⁽¹⁷⁾.

من المؤكد أن المساواة ليست عملية حسابية، بل هي منظومة قانونية، أي أن الدولة تضع قواعد تفتقد إلى العدالة في بعض الحالات ولكنها مبررة بالامتيازات المقررة للمعوقين على سبيل المثال، أو الاختلاف في أسعار

(13) حول دور القاضي الإداري في خلق وابتكار القواعد القانونية، انظر: محمد المقاطع وأحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي - الجزء الأول، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية، 2012، ص 20، حيث جاء بأن: "دور القاضي الإداري هو أكثر أهمية لناحية ابتكار القواعد القانونية من المشرع الذي غالباً ما يقتصر عمله على ترداد ما جاء في الأحكام القضائية".

(14) في هذا القرار حظرت شركة الجوقات الموسيقية على موسيقييها المشاركة في نشاطات الإذاعة الرسمية. ردت هذه الأخيرة برفض الاستمرار في بث موسيقى هذه الجوقة، فيما استمرت ببث موسيقى الجوقات الكبرى الأخرى؛ هذا الأمر دفع الشركة إلى مطالبة إدارة الإذاعة بتعويض عن الضرر اللاحق بها جراء هذا العمل التمييزي. لم يجد مفوض الحكومة أي إمكانية لإسناد مسؤولية الإدارة إلى عقد، ولا إلى أي قانون أو نظام، ولذلك لم يجد بداً من إسنادها إلى مبدأ قانوني عام هو مبدأ مساواة المواطنين أمام المرافق العامة.

Revue de Droit Social, No:63-76, Janvier-December 1951, Dalloz, Paris.

(15) تنص المادة (7) من الدستور اللبناني على أن: "كل اللبنانيين سواء لدى القانون وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنية والسياسية ويتحملون الفرائض والواجبات العامة دون ما فرق بينهم".

(16) قرار رقم (97-107) بتاريخ 12 تموز/يوليو 1979، Ponts à péages، مجموعة قرارات المجلس الدستوري.

(17) رغم المآخذ على هذا الإعلان ذي الطابع الفردي كونه اكتفى بمنح حقوق للأفراد دون أن يلزم الدولة بتأمين هذه الحقوق: انظر محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، الكويت، 2015، ص 174.

الكهرباء المفروضة على المنتفعين⁽¹⁸⁾ بين مدينة الكويت والمناطق الأخرى، الخ. أما في حالة السيد (ي) فهي شبه قانونية بالكاد، إذ يبقى أن نعرف إلى أي مدى يحق للجنة وضع علامة مرتفعة على المقابلات الشخصية، واضحة بعدم عدالتها، عبر تكوين رأي سلبي – هو دائماً نسبي- حول شخصية المتبارين.

في بحث حديث بعنوان "عندما تحد المساواة من ممارسة السلطة الاستثنائية"⁽¹⁹⁾ يبين الباحث كيف أن مبدأ المساواة يحد من استخدام السلطة الاستثنائية⁽²⁰⁾، لقد أصبحت السلطات الإدارية تلتزم بهذا المبدأ بصورة متزايدة، وذلك تحت وقع قرارات القاضي الإداري المبطل لقرارات لا تحترم مبدأ المساواة، بإعمال مبدأ المساواة، ما يحد بالضرورة السلطة الاستثنائية بالنسبة لمختلف السلطات الإدارية على أساس "السابقة الإدارية Le précédent administratif"⁽²¹⁾. ويتساءل الباحث مشيراً إلى أن السلطة الاستثنائية ماهي سوى مسألة حرية الاختيار الممنوحة للإدارة (اختبار علامة المقابلة الشخصية على سبيل المثال). إن للسلطة الإدارية مبدئاً حرية اختيار القرار الذي تجده مناسباً⁽²²⁾، فكلما تطور الاجتهاد الإداري وعزز مواقعه كلما تقلصت مساحة السلطة الاستثنائية. ولكن يطرح الباحث سبباً السؤال التالي: "ألا يمكن أن يؤدي هذا الأمر إلى تحويل السلطة الإدارية إلى نوع من السلطة الأوتوماتية المضطرة في كل مرة إلى اتخاذ القرار ذاته وإن بناء على مبدأ المساواة؟!"⁽²³⁾.

إذا طبقنا ما يقوله الباحث هنا على قرار (ي)، فإن هذا القرار سيضطر السلطات الإدارية الكويتية إلى العدول عن اتخاذ مثل هذه القرارات التقديرية "جداً"، وهي أن تكون العلامة (40) على المقابلة الشخصية، وسوف تفعل ذلك في جميع الحالات.

وفي القضاء الإداري الفرنسي لا يكتفي القاضي بإعمال رقابته على السلطة الاستثنائية، بل يوجه الإدارة للقيام بأعمال معينة من أجل تصحيح الوضع، وهذا ما لا يستطيع القاضيان الكويتي واللبناني فعله، استناداً إلى النصوص القائمة، لأنهما لا يملكان سلطة توجيه الأوامر Le droit d'injonction⁽²⁴⁾.

إن مبدأ المساواة يتمتع بقوة دستورية في القانون الكويتي لأنه مدون في الدستور (المادة 29) وليس في الديباجة، وهو من المبادئ التي أسست لمفهوم المبادئ القانونية العامة ذات الدور المركزي في القانون الإداري، مثلما هو الحال بالنسبة لقرار "شركة الكونسرفاتوار الوطنية" الفرنسي السابق الذكر⁽²⁵⁾.

(18) قرار فرنسي شهير في موضوع بعض الأوضاع اللامساواتية بين المنتفعين من المرافق العامة هو قرار السيد "دونوايه"، 1974:

CE, Sect. 10 mai 1974, Sieur Denoyez

(19) Sébastien Hourson, Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire: le précédent administratif, RFDA (Dalloz), 2013, p. 743.

(20) A. Bockel, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration, AJDA, 1978, P. 357.

حول السلطة الاستثنائية، انظر: يوسف سعد الله الخوري، الانتظام العام في الاجتهاد الإداري- الجزء الرابع، المنشورات الحقوقية، صادر، بيروت، 2001. عصام اسماعيل، طبيعة القرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، الفصل المخصص لمراجعة الإبطال.

(21) S. Rials, Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), th., LGDJ, coll. « BDP », t. 135, 1980.

(22) R. Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé, Delagrave, 1934, rééd. Dalloz, coll. « La bibliothèque Dalloz », 2006, p. 59.

(23) وهو يحيلنا إلى هذا المرجع: X. Souvignet, «Le juge administratif et les discriminations indirectes», RFDA 2013. 315.

(24) انظر الدراسة الكلاسيكية في هذا الموضوع للفقيه جان ريفرو بعنوان "مفهوم العدالة والتمييز في القانون العام الفرنسي". انظر أيضاً:

Jean Rivero, «Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français», in Travaux de l'association Henri Capitant, 1961, Dalloz, 1965, t. XIV, p. 349.

(25) انظر هذه المراجع (مذكورة في سيباستيان هورسون- سبق ذكره):

لا نفع في هذا البحث المعمق للأستاذ سيباستيان هورسون عن مبدأ المساواة بما هو حد للسلطة الاستثنائية ورغم شموله لعدد كبير من القرارات والمفاهيم، لا نفع على قرار أبطل فيه القاضي قراراً لأنه لم يوافق على وضع علامة معينة أو معيار معين، بل إن غالبية القرارات التي أبطلها القاضي الفرنسي تتمحور حول ضرورة تطبيق مبدأ المساواة أمام المرافق العامة، كمرق العدالة أو الوظيفة العامة، ولم نجد أي قرار يتصدى فيه القاضي الفرنسي لقرار إداري يدخل ضمن السلطة الاستثنائية للسلطة الإدارية دون أن نجزم بعدم وجود أي قرار فرنسي تصدى لقرار مماثل⁽²⁶⁾.

الفرع الثاني

إيداع الوثائق الإدارية

لقد طلبت المحكمة من الإدارة إيداعها الوثائق التي تبين أسباب وضع هذه العلامة المرتفعة على المقابلة الشخصية والنصوص التي استندت إليها، لكن الإدارة لم تستجب وفي هذا الإحجام ارتكبت خطأ، تماماً كما حصل في قرار "باريل" الفرنسي السابق الذكر، حيث لم تستجب الإدارة لطلب الشورى الفرنسي بإيداع الوثائق التي تبرر استبعاد السيد باريل وزملائه من مباراة المعهد الوطني للإدارة ENA، ومعروف أن الإدارة كانت قد استبعدتهم بسبب انتماءاتهم السياسية اليسارية. ونتيجة لذلك، فقد قرر "الشورى" إبطال هذا القرار استناداً إلى مبدأ إلزامية إيداع الوثائق وكذلك استناداً إلى مبدأ المساواة.

إن مبدأ إيداع الوثائق يتخذ في أيامنا أهمية متزايدة، حيث تصدر قوانين تلزم الإدارة بإيداع الوثائق حتى عندما يطلب الأفراد ذلك، وهو أمر يدخل ضمن إطار مبدأ "الصفة الواجهية" في أصول المحاكمات القضائية Le caractère contradictoire de la procédure، وهي تعني حق الفريق في النزاع الإداري أو القضائي في الاطلاع على موقف ودفع وأسباب الفريق الآخر⁽²⁷⁾. كما تجب الإشارة أخيراً إلى أن مسألة إيداع الوثائق هي أمر مرتبط بحق الدفاع الذي هو مبدأ دستوري⁽²⁸⁾.

الفرع الثالث

انحراف السلطة

CE, sect., 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, n° 92004, Lebon p. 151 ; Dr. soc., 1951. 368, concl. M. Letourneur, note J. Rivero ; S. 1951, III, p. 81, note C. H. ; GAJA, 18e éd., 2011, n° 64, p. 415 ; GDJA, 15e éd., 2010, p. 443 .

⁽²⁶⁾ من المهم الإشارة هنا إلى أننا اعتبرنا منهجياً منذ البداية أن قرار القاضي الكويتي يخرج عن إطار تكييف الوقائع أو الخطأ الساطع في التقدير. في هذا المجال القرارات الفرنسية تعد بالآلاف، ولكن الملفت في القرار الكويتي أنه لم يلفظ عبارة الخطأ البين ولا تكييف الوقائع بل ذهب مباشرة ليؤكد بأنه لا يحق للإدارة أن تضع علامة (40) في المائة على المقابلة الشخصية، فيما هذا الأمر يدخل تماماً ضمن سلطتها الاستثنائية، وهذا ما دعانا إلى القول إنه قرار جريء يذكرنا بمفهوم القضاة Gouvernement des juges.

⁽²⁷⁾ على سبيل المثال يجب نشر المناقشات القضائية: م.ش.ف. 4 تشرين الأول/أكتوبر 1974، دام دافيد /Dame David/، مجموعة دالوز، ص 464. نعلم أن موجب إبلاغ الوثائق تطبيقاً لمبدأ الواجهية «يجد ما يخفف منه عند وجود عجلة، لاسيما عندما ينص المشرع على وجوب الإسراع في التحقيق والحكم واختصار الإجراءات ومهل المحاكمة، خاصة في القضايا الانتخابية فلا تكون هناك مخالفة لمبدأ الواجهية»، مجلس شوري لبناني، «جورج زيدان ورفاقه»، تاريخ 2005/10/26، مجلة القضاء الإداري، بيروت، 2006، ص 1055. ولكن هذه ليست الحالة المطروحة في قرارنا، فليس ثمة أي عجلة تستدعي عدم إيداع الإدارة الوثائق التي تفصل أسباب وضع العلامة (40%) على المقابلة الشخصية.

⁽²⁸⁾ قرر المجلس الدستوري الفرنسي في قرار بتاريخ 28 كانون الأول/ديسمبر 1990 إبطال القانون الذي لا يفرض احترام حقوق الدفاع قبل تقرير عقوبة ضريبية.

يعد انحراف السلطة أحد أسباب تقديم الطعن، وهو مرتبط بالهدف الذي رسمته السلطة الإدارية عند اتخاذها القرار⁽²⁹⁾، وبالأسباب الكامنة وبالنية أيضاً، علماً بأن سلطة الإدارة دوماً مقيدة بما يخص هذا الركن من أركان القرار الإداري الخمسة⁽³⁰⁾، فهي إذن رقابة على عناصر ذاتية. يقع انحراف السلطة عندما تتصرف الإدارة بهدف مختلف للهدف الذي رسمه لها القانون. وهنا يطرح السؤال: لماذا هذه المقابلة الشخصية؟ وإلى أي مدى يمكن أن تكون أداة لممارسة انحراف سلطة؟!، ربما لكي تُعَيِّن الإدارة من تشاء (محاباة، واسطة..) وتستبعد من تشاء!. ماذا يمكن أن نعرف عن الشخص في المقابلة الشخصية؟ وإذا كان المقصود التأكد من أنه إنسان طبيعي وجيد التكلم، فقد تم ذلك في الامتحان الشفهي الذي نال فيه السيد (ي) (20) على (30)، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المقابلة يمكن أن تكون مشروعة فقط للتأكد من سيرته الحسنة وأهداف تقدمه لهذه الوظيفة، وربما تكتسي أهمية أيضاً على المستوى السيكولوجي لمعرفة متانة شخصيته وهدوئه وغير ذلك. ولكن في هذه الحالة لا يجب أن تزيد العلامة عن (10) من مائة أو بالكاد (15). أما إذا كانت العلامة (40) فإن هذا يعني مما لا شك فيه أنه أداة، إلى حد كبير، لارتكاب انحراف سلطة، وتعيين من يتم تعيينهم سلفاً⁽³¹⁾.

إن قرار القاضي الكويتي موجز وسريع ولم يفصح بالتفصيل عن أسباب اتخاذه، إلا أنه حسم الموضوع ببعض الكلمات، مشدداً على عدم استجابة الإدارة وعدم إيداعها الوثائق المطلوبة كي يتسنى له معرفة أسباب وضع هذه العلامة المرتفعة للمقابلة الشخصية، إذ جاء في القرار أنه: "وإذ تقاعست (أي الإدارة) عن تقديمها فإن ذلك يصم القرارات المطعون عليها بعدم المشروعية بما يتعين إلغاؤها نسبياً، مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها أحقية المستأنف بالتعيين في وظيفة باحث قانوني"⁽³²⁾. وتعليقاً على ذلك، أعتقد جازماً أن خلفية القاضي الكويتي هي أيضاً فكرة انحراف السلطة، ولكن القاضي الإداري دوماً شديد الحرص على عدم الخوض في انحراف السلطة لما يحمله من اتهام "في النوايا"، حيث الإثبات الحاسم صعب المنال دوماً. إنه برأيي يعاقب انحراف السلطة عبر مفهوم الزامية الإدارة إيداع المستندات التي تطلبها المحاكم، وتالياً مخالفة مبدأ الأصول الحضرية⁽³³⁾. لهذا قلنا إن القرار جريء لأنه يراقب السلطة التقديرية التي تتمتع بها اللجان الفاحصة. نحن نعلم في التعليم الجامعي، وعندما يطلب طالب مراجعة مسابقته يتلقى دوماً التنبيه بأن: العلامة لا تعدل إلا في حالة الخطأ المادي، ولكن لا يحق لك أن تناقش الأستاذ في المضمون فهو حر التصرف وسلطته تقديرية أو استئنافية. ولذلك تعتمد اليوم طرق أخرى في التصحيح من مثل أسئلة "خطأ أو صح" كي يقل هامش السلطة الاستئنافية لدى الأستاذ. فالشيء ذاته يقال فيما يخص اللجان الفاحصة في المباراة والعلامة التي تقرر للمقابلة

(29) في القانون الفرنسي ظهر هذا المبدأ للمرة الأولى في قرار «ليبيا» // Lesbats، 25 شباط/فبراير 1864، لوبون، ص 209، إذ يقرر فيه مجلس الشورى أن المحافظ لم يهدف إلى المصلحة العامة في قرار متعلق بتنظيم المراتب (مواقف السيارات) قرب محطة القطارات، حيث إن قراره أُخذ من أجل تنفيذ عقد لا من أجل الحفاظ على المصلحة العامة.

(30) حول هذه النقطة، انظر يسري العصار، القرار الإداري - مذكرة، مكتبة كلية القانون الكويتية العالمية، 2017، صفحة 20.

(31) من يجهل في عالمنا العربي والإسلامي أن التعيينات في الوظائف العليا (قضاء، حربية، مدراء عامون، الخ...) تتم بوسائل أقل ما يقال فيها إنها غير موضوعية، حيث تقوم المحاباة والواسطة والرشى بدور كبير، والطريقة المثالية في هذا المجال هي المقابلات الشخصية أو أحياناً الامتحان الشفهي في الثقافة العامة. تناولت الصحافة اللبنانية فضيحة مباراة جرت منذ نحو السنة لاختيار ضباط للمدرسة الحربية، ما أدى إلى تحرك القضاء اللبناني واستدعاء عمداء في الجيش متقاعدين. انظر: "فضيحة الكلية الحربية إلى "اللفلة"، جريدة الأخبار اللبنانية، 20-9-2017.

(32) أنظر نص القرار الصادر عن الدائرة الإدارية الخامسة في القضاء الإداري الكويتي في 11-12-2017 في الطعن الاستئنافي ضد وزير العدل ووكيل وزارة العدل، رقم: 1017/546 إداري/5.

(33) Le principe de la procédure administrative contradictoire . The principle of the contradictory procedure.

الشخصية. إن هذا القرار الكويتي سيدفع الإدارة إلى وضع ضوابط أخرى تحظر أي احتمال لارتكاب انحراف سلطة مموه (34).

الفرع الرابع حدود السلطة الاستثنائية

نكرر هنا أن حكم (ي) الصادر عن الدائرة الإدارية الخامسة في المحكمة الكلية، هو قرار فائق الأهمية لأن القاضي الإداري مبدئياً لا يراقب السلطة التقديرية كما سبق وأشرنا، وهو في هذا الحكم راقبها أشد رقابة. فالقاضي الإداري هو قاضي شرعية وليس قاضي ملاءمة، وإقرار علامة المقابلة الشخصية يدخل مبدئياً ضمن مساحة الملاءمة. إن من حق اللجنة الفاحصة أن تقرر وضع العلامة التي تريد للمقابلة الشخصية ربما لأنها تعتقد أن المعيار الأساسي لاختيار هذا الموظف هو ما يتمتع به من شخصية فذة، "كاريزماتية"، تفرض نفسها على الآخرين، وربما أيضاً تدخل هنا معايير الأناقة والشكل الحسن..

وفي هذا السياق، نشير إلى قرار لمجلس الشورى اللبناني (35) جاء فيه أنه: "يعود تقدير الأمور المتعلقة بالفن الهندسي لدوائر البلدية ولا يقع تحت تمحيص مجلس الشورى". وهنا أيضاً إنه فن تقدير معايير تعيين الموظفين في الكويت لوظيفة باحث قانوني مبتدئ، وهذه أمور فنية كالأمر الهندسية. وأيضاً في قرار لبناني آخر، قرر "الشورى" أنه: "يعود أمر البت بعلامات الامتحان أو المباراة للجنة الفاحصة" (36).

في الواقع لن نقع في المغالاة إلى حد اعتبار أن حكم القاضي الكويتي هو استثنائي، بل نقول بأنه في هذا الحكم يحقق القاضي قفزة إضافية في مسار رقابة الأعمال الإدارية، علماً بأن هذا المسار بدأ منذ زمن بعيد. إن الرقابة ضمن السلطة التقديرية تم تشييدها أساساً من طرف الاجتهاد الفرنسي، حيث شرع القاضي الإداري برقابة أربعة عناصر ضمن السلطة الاستثنائية هي: مادية الوقائع وتكييفها (37)، الوقائع القانونية، الخطأ البين في التقدير وانحراف السلطة. وبعد ذلك دخل إلى هذا الحد أو ذاك، لاسيما في الأمور الاقتصادية، في مجال رقابة التناسب (38). لكن ثمة مجال معرض أكثر من غيره للتجاوز في استخدام السلطة أو ممارستها بصورة جد استثنائية هو مجال الحريات الإعلامية وتحديد في الأنظمة التي تركز على النظام الوقائي (39).

الفرع الخامس

(34) تأكيداً على أهمية انحراف السلطة تجدر الإشارة إلى أن انحراف السلطة يشكل إحدى الحالات الأربع لإبطال القرارات الصادرة عن سلطات الاتحاد الأوروبي. هذا ما تلحظه المادة (230) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث يمكن لمجلس الوزراء والمفوضية الأوروبية Commission européenne وكل دولة عضو وكذلك البرلمان الأوروبي منذ معاهدة نيس Nice أن تقدم مراجعات طعن بقرارات الاتحاد الأوروبي استناداً إلى مفهوم انحراف السلطة.

(35) م. ش، "توراني ورفاقه"، تاريخ 1961/10/30، مجموعة إدارية، 1961، ص 366.

(36) م ش، تاريخ 1957/12/3، المجموعة الإدارية، السنة الثانية، ص 15.

(37) قرار «غوميل» Gomel الفرنسي، حيث أعمل القاضي رقبته على تكييف الوقائع: م.ش.ف، 4 نيسان 1914، سيراي، 1917، 3، ص 25. وقد طرح هذا القرار السؤال: هل ساحة «بوفو» Beauvau في باريس هي موقع أثري أم لا بحسب النصوص المتعلقة بالتنظيم المدني، في حال الإيجاب يصبح شرعياً رفض إعطاء رخصة بناء، وبخلاف الإدارة قرّر مجلس الشورى أن ساحة بوفو ليست موقعاً أثرياً.

(38) مدينة ليل الشرقية الجديدة Ville nouvelle Lille-Est، 28 أيار/مايو 1971، لوبون، ص، 409. لكن رقابة التناسب بقيت محصورة حتى الآن في المسائل الاقتصادية. انظر حول القرار الفرنسي المؤسس لهذه النظرية: يسري العصار، القرار الإداري، مذكرة، كلية القانون الكويتية العالمية، 2017، ص 12. ولقد أعمل الاجتهاد المصري نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في حكم للمحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 9 مارس 1991، الذي أيدت فيه حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بوقف تنفيذ قرار محافظ القاهرة بإزالة مبان أقامها عدد كبير من المواطنين على أرض "عزبة خير الله" بمنطقة دار السلام وتضمنت عدواناً على أرض مملوكة للدولة ملكية خاصة (يسري العصار، المرجع ذاته). وتبعت هذا القرار قرارات مصرية أخرى.

(39) محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، مرجع سابق، ص 184، حيث يشير إلى إنه: يسهل التجاوز في استخدام السلطة الاستثنائية عبر النصوص غير الواضحة أو المطاطة، من مثل المادة 24 من قانون المطبوعات والنشر الكويتي للعام 1961 التي تعاقب من يساهم في تعكير العلاقات بين الكويت والدول العربية أو الصديقة. كما يرصد الباحث مدى امكانية التسلط ارتكازاً إلى نصوص كهذه تحتمل ألف تفسير وقابلة لاستخدامها بتوسع مخيف.

الأمان (أو الأمن) القانوني⁽⁴⁰⁾

طرحَت إشكالية الأمان القانوني في عام 1991 في التقرير العام لمجلس الشورى الفرنسي⁽⁴¹⁾، حيث جاء فيه أنه: "عندما يثرثر القانون، لا يعطيه المواطن أذنه إلا لمأماً"⁽⁴²⁾، وهي عبارة شهيرة تركز على ضرورة تطوير نوعية قرارات (وقوانين) الدولة⁽⁴³⁾ وعدم رجعية القرارات الإدارية وتسهيل الوصول إلى العدالة، وأيضاً ضرورة أن تكون النصوص القانونية متوقعة. إن مجلس الشورى الفرنسي يريد من وراء ذلك أن يعيش المواطن في راحة من حيث استقرار الأوضاع القانونية، وعدم إلغاء القرارات بصورة مباغتة، وعدم إصدار قوانين وقرارات لا يفقهها حتى أساتذة القانون، وعدم انتهاك الحقوق المكتسبة، وعدم وضع علامات عالية جداً على المقابلة الشخصية، وغير ذلك⁽⁴⁴⁾.

يُعرّف مجلس الشورى الفرنسي في تقريره السنوي للعام 2006 مبدأ الأمان القانوني كالتالي: "إن مبدأ الأمان القانوني يستتبع أن يكون المواطنون، دون أن يبذلوا جهداً استثنائياً، قادرين على تحديد ما هو مسموح وما هو غير مسموح في القانون المعمول به"⁽⁴⁵⁾.

لماذا نطرح موضوع الأمان القانوني في هذا التعليق، إن الجواب بسيط وهو أن المتقدمين لوظيفة باحث قانوني مبتدئ في الكويت ينبغي أن يكونوا على إطلاع مسبق على تفاصيل العلامات ومواضيع الاختبارات. لم تطرح محكمة الاستئناف الإدارية مسألة الأمان القانوني، ولكننا نخرج عليها لأننا نتناول عبر تعليقنا هذا بعض المفاهيم القانونية بإطارها المفهومي، ولو أن المحكمة لم تتطرق لها. فمن الواضح أن المستأنف (ي) لم يكن مطلعاً بشكل دقيق على عملية توزيع العلامات وعلى إمكانية الاستبعاد بسبب مادة المقابلة الشخصية. وننتقل من هذا الافتراض لنقول بأن العدل والإنصاف يفترضان إطلاع المعنيين مسبقاً على توزيع العلامات وعلى نوعية الأسئلة المطروحة وربما الإشارة إلى ما يتخلل المقابلة الشخصية، حتى إذا أدرك المرشح مسبقاً أن العلامة هي على (40) لكان ربما تفادى الدخول في هذه المباراة كي لا يصدم بالنتيجة، وذلك ربما لفرط وضوح أن المعيار ليس الكفاءة.

الفرع السادس

تحسين القرارات الإدارية

ألمح المستأنف (ي) في لائحته الاستئنافية إلى مفهوم تحسين القرارات الإدارية، عندما اعتبر أن محكمة الدرجة الأولى ذهبت في "قضائها إلى تحسين قرارات لجنة الاختبار وخروجها عن نطاق رقابة القضاء" خارج إطار أعمال السيادة، والتي في أي حال تنقلص دائرتها بفعل رقابة القضاء الإداري⁽⁴⁶⁾، إذ ثمة أعمال

⁽⁴⁰⁾ نفضل استخدام لفظ "الأمان" لتفادي طغيان المعنى الأمني الملاصق لكلمة "أمن" (ولازماتها: الشرطة، الأمن الجسدي، الحماية من الاعتداءات على الأشخاص، الخ). الأمان هو لفظ توفره لنا لغة الضاد فيما الفرنسيون مضطرون لاستخدام كلمة *sécurité* التي تعني الأمن والأمان في آن. أما الاستخدام الانجليزي للفظ *certainty* فهو غير موفق في رأبي.

⁽⁴¹⁾ يبدو أنها طرحت للمرة الأولى في ألمانيا. ونعتقد أن مبدأ الأمان القانوني، نظراً لاتساعه، قد اعتمدت قواعده أو بعض منها في كل الأزمنة القانونية ولا سيما في الفقه الإسلامي.

⁽⁴²⁾ «Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite», Conseil d'État, Rapport public 1991, La Semaine Juridique, Edition Générale, 27 Mai 1992 - n° 22.

⁽⁴³⁾ أي أن تكون مفهومة للشخص العادي.

⁽⁴⁴⁾ عبد الرحمن عدنان المشعل، الأمن القانوني، رسالة ماجستير، كلية القانون الكويتية العالمية، 2017.

⁽⁴⁵⁾ « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable.

⁽⁴⁶⁾ نشير في هذا الإطار إلى قرار محكمة التمييز الكويتية في موضوع سحب جنسيات بعض الأفراد، والذي كان عرضة للنقد. انظر: تقرير حكم «محكمة التمييز: لا ولاية للقضاء على سحب الجنسيات»، المنشور في صحيفة القيس الإلكترونية، 10 فبراير، 2017.

أو قرارات محصنة لا تقبل الطعن لتجاوز حد السلطة⁽⁴⁷⁾ لأنها محصنة بالقوانين مثل قرارات بعض لجان التأديب التي حصّنها المشرع من أي طعن. وإذا كانت بعض القرارات قابلة للتحصين، أي أن تحصينها أمر مقبول، فإنه بصورة عامة لا بد من اعتبار أن التحصين هو ضرب للسلطة القضائية ولمبدأ الفصل بين السلطات ولحق المقاضاة الذي هو حق أساسي من حقوق المواطنين والأفراد. لم يتطرق قرار (ي) صراحة لمسألة التحصين ولكن أحسن المستأنف عملاً بإثارته، ما جعل القاضي الكويتي يتنبه لمسألة مهمة هي التالية: إن رفض رقابة القضاء لقرار اللجنة الفاحصة، المفعم بقساوته وظلمه يساوي تحصين قرارات اللجنة الفاحصة، والتحصين كما نعلم لا يروق للقضاء الإداري في كل الأحوال، لأنه ينتزع منه جزءاً مهماً من سلطته ويهمشه. وفي تقديري، فإن المسألة تكاد تكون مسألة "عزة نفس وكرامة". لماذا أنا قاض، يقول لسان حال القاضي، إذا كانت الإدارة تصدر قرارات محصنة؟ أو لماذا تحصن الإدارة قراراتها إذا كانت قرارات شرعية لا غبار عليها⁽⁴⁸⁾؟

وبصورة عامة، فإن تحصين القرارات لا يروق أيضاً للفقهاء ولا للمجتمع المدني لأنه ينال من حق أساسي من حقوق الإنسان. ومثال على ذلك: منع الطعن أمام المحاكم الكويتية بشأن قرارات الإبعاد الإداري الذي "يجعلنا أمام حالة من حالات الحرمان من حق التقاضي، وهذا يضعنا في إشكالية أمام القوانين الدولية"⁽⁴⁹⁾.

(47) أو الإبطال أو الإلغاء.

(48) في قرار "الياس غصن" اللبناني، يتضح لنا بصورة واضحة أن القاضي الإداري اللبناني "انزعج" جداً من قانون يمنع الأفراد من الطعن بقرارات التأديب ويهمش القضاء، فقام بخطوة جسارة حيث رفض تطبيق هذا القانون متسلحاً ببعض الأدوات: انظر تعليقنا على هذا القرار: "السفير الياس غصن"، الصادر في 2001/10/25 عن مجلس الشورى اللبناني، مجلة العدل، بيروت، العدد الرابع، 2002، ص 566.

(49) محمد الفيلي، "التكويث قادم ولو بعد حين"، جريدة القيس، 20-9-2017.

المبحث الثاني

القاضي الإداري الكويتي يعزز رقابة القضاء الإداري

في المطلب الأول نعالج الجديد الذي أتى به قرار⁵⁰ (ي) حيث أعمل القاضي الإداري رقابته ضمن السلطة الاستثنائية للإدارة متجاوزاً أصول الرقابة التقليدية. ثم نعرض للاستنتاجات ونفارب القضاء الكويتي الإداري والدستوري الذي ساهم هو أيضاً في تضيق مفهوم السلطة التقديرية للإدارة حيث قرر عدم دستورية القانون الرقم 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الجديد في قرار (ي) وجهود المحاكم الدستورية في التصدي للسلطة الاستثنائية

في هذا الحكم يراقب القاضي الكويتي عمل الإدارة رقابة صارمة حيث يدخل في مجال هو أصلاً متروك للسلطة التقديرية الإدارية الصرف ولتعزيز موقفنا قمنا بمقارنة مع قرار فرنسي (فرع أول). كما عرضنا لجهود المحكمة الدستورية الكويتية في تقليص مساحة السلطة التقديرية وبصورة عامة لما يمكن أن يقوم به القضاء الدستوري من أجل أعمال رقابة أكثر صرامة على تجاوزات الإدارة. ما دفعنا إلى عرض المسألة الأولية الدستورية في فرنسا والتي تشكل تقدماً في مجال الرقابة الدستورية على القوانين (فرع ثان).

الفرع الأول

تعزيز الرقابة في حكم (ي) ومقارنة مع قرار فرنسي

نسلط الضوء في هذا الفرع على الرقابة المتميزة التي أعملها القاضي الكويتي في هذه القضية موضوع تعليقاتنا وانطلاقاً من موضوع هذا البحث (أولاً) لنعرض في قسم ثان (ثانياً) لقرار فرنسي متحفظ على الرقابة على أعمال الإدارة في مجال المباراة والامتحانات.

⁵⁰ - نستخدم في هذا البحث ملفوظة قرار أو حكم لا فرق بينهما بنظرنا. في لبنان نستخدم عبارة "قرار إداري" وفي الكويت حكم.

أولاً- رقابة متميزة:

إن الجديد في هذا القرار هو ما يلي: يتدخل القاضي الإداري الكويتي في قلب السلطة الاستئنابية بصورة عميقة لأنه يرفض علامة الـ (40) في المائة، وهذا أمر متروك مبدئياً للسلطة الاستئنابية. وما يدل على صحة ما نقول هو أن القاضي تجاوز العناصر العادية لرقابة القاضي ضمن السلطة الاستئنابية بدليل أنه لم يذكرها: فهو لم يقل إن الإدارة وقعت في الخطأ البين بالتقدير أو ارتكبت خطأ في تكييف الوقائع أو غير ذلك. لقد ذهب مباشرة الى بيت القصيد، وكأنه لا يريد الدخول في ما يسمح به الفقه حتى الآن، فهو ذهب مباشرة ليراقب الإدارة عندما تتجاوز حدود المنطق والمعقول و"انتهى الأمر"، دون الحاجة لإثبات الخطأ البين، وهو ما يؤكد بأن القاضي يمتلك سلطة إبطال أي قرار تتخذه السلطة الإدارية يكون متعارضاً مع العدل والإنصاف وحتى ضمن ممارستها للسلطة الاستئنابية .

إن قرار (ي) قريب من مفهوم تكييف الوقائع ولكنه يتجاوز هذا المفهوم بكثير، حيث إن رفض القاضي الكويتي لعلامة الـ (40) في المائة هو أكثر من تكييف واقع، إنه رفض لقرار يدخل في صلب الحرية الإدارية، وهو حلول محل الإدارة في حالات يعتبرها القاضي تجاوزاً لحدود المعقول، حتى أنه يمكن أن نعتبر أن القاضي الكويتي هنا يرفض قرار الإدارة لأنه قرار غير صحيح دون الدخول بأي مبرر آخر. وإذا شئنا إطلاق مفهوم جديد يمكن القول إن القاضي الإداري في بعض الحالات يمارس رقابة قصوى بامتياز، حيث يحل نفسه محل الإدارة ويقرر ما هو صحيح وما هو غير صحيح، وهي عملية أكثر مما يسميه الفقيه جورج فيديل الرقابة القصوى *Contrôle Maximum*. وفي هذا الإطار فإننا نرى بأنه في هذا القرار وفي القرارات المماثلة، فإن القاضي الكويتي يبتكر مفهوماً جديداً ضمن مفاهيم رقابة الأعمال الإدارية وهو مفهوم الرقابة على "القرارات الاستئنابية بامتياز والمعرضة لاحتمال المحاباة والانحياز".

فالجديد في هذا القرار إذن هو دخول المحذور، أي دخول النواة الصلبة من السلطة الاستئنابية التي تقف خلفها الإدارة لارتكاب تجاوزات تكون أحياناً كثيرة ظالمة بنتائجها على الأفراد. ولنستعد قليلاً ما قلناه في القسم الأول من أن القضاء الإداري طوّر رقابته ودخل ضمن حدود السلطة الاستئنابية، فالإدارة في السابق هي الملك الذي لا يخطئ⁽⁵¹⁾، لذا فقد كان القاضي لا يتجرأ على انتقاد أي قرار تتخذه حتى عندما كانت تدفع بوقائع غير صحيحة، كي لا نقول ملفقة: فمثلاً إذا قالت بأن الموظف تغيب عشرة أيام ولذا فصل من الخدمة، كان القضاء لا يحرك ساكناً لأن "الإدارة لا تكذب" كونها الخصم الشريف.

لقد تبدلت الأمور نهائياً منذ بداية القرن العشرين وراح القاضي الإداري يفصح عن شكوكه بسلوك الإدارة، وبدأ يراقب أربعة عناصر حتى ضمن السلطة الاستئنابية كما سبق وأشرنا (الوقائع المادية وتكييفها، الوقائع القانونية، الخطأ البين بالتقدير وانحراف السلطة). وأضيفت إليها لاحقاً رقابة التناسب في الأمور الاقتصادية وربما أيضاً في موضوع الحريات (قرار بنجامين الفرنسي)، حينما قرر مجلس الدولة بأن الاجراءات التنظيمية

(51) Le Roi ne peut mal faire / The king can do no wrong.

التي يتخذها البوليس لا يجب أن تمس من حرية الاجتماع، وهي تشكل الاستثناء فيما تمثل الحريات الأصل والقاعدة⁽⁵²⁾.

ومن جهته، فقد قسم الفقيه جورج فيديل الرقابة القضائية للقرارات الإدارية إلى ثلاثة أنواع: رقابة الحد الأدنى، الرقابة العادية ورقابة الحد الأقصى. فأما رقابة الحد الأدنى فإن القاضي يمارسها بشكل دائم، أي حتى عندما تتمتع الإدارة بسلطة استئنائية، إذ تشمل الرقابة على صحة الوقائع المادية، مخالفة القانون (ومن ضمنها الخطأ القانوني)، الخطأ البين في التقدير وانحراف السلطة. في حين تشمل الرقابة العادية بالإضافة إلى ما تضمنته رقابة الحد الأدنى الرقابة على تكييف الوقائع. وأما رقابة الحد الأقصى فهي تشتمل على كل ما سبق بالإضافة إلى رقابة التناسب بين القرار أي الإجراء المتخذ la mesure prise وواقع الحال، أي مبررات هذا القرار.

إن ما سبقت الإشارة إليه يسمح لنا بأن نقف بصورة أكثر عمقاً أمام تموضع رقابة القاضي الكويتي في هذا القرار، فهو لم يذكر أياً من هذه العناصر أو الأسانيد، إذ لم يشير إلى انحراف في السلطة ولا حتى عن خطأ بين بالتقدير، بل ذهب مباشرة ليراقب فعلياً أعمال الإدارة، باستثناء الحالات التي يمنح فيها النص القانوني وبصورة واضحة تماماً سلطة استئنائية للإدارة، كأن يقول النص حرفياً بأنه: "يحق للجنة الفاحصة وضع علامة بين (20) و(40) بالمائة على المقابلة الشخصية". ففي هذه الحالة، فإن القاضي لا يقوى على التصدي، بل سيكون من المفروض أن يتحرك مجلس الأمة الكويتي أو أفراد للطعن بالقانون أمام المحكمة الدستورية لاسيما وأن الطعن غداً مفتوحاً أمام الأفراد، بعد أن تم تعديل المادة الرابعة (مكرراً) من قانون انشاء المحكمة الدستورية للعام 1973، والتي تنص على أنه: "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن تكون صحيفة الطعن موقعة من ثلاثة محامين مقبولين أمام المحكمة الدستورية"، وفي تقديرنا فإن الشروط المتطلبة في هذا الطعن تعد صعبة للغاية⁽⁵³⁾. ورغم ذلك، فإن السماح للمواطنين الأفراد بالطعن بدستورية القوانين يعد تقدماً مقارنة بدول عربية كثيرة، ففي لبنان على سبيل المثال تنحصر امكانية الطعن في دستورية القوانين بالسلطات العليا⁽⁵⁴⁾.

(52) l'arrêt Benjamin (19 mai 1933), le Conseil d'État donne toute sa portée à la liberté de réunion, consacrée par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907 en exerçant un contrôle rigoureux des atteintes qui peuvent légalement lui être portées par des mesures de police, notamment pour le maintien de l'ordre public. Comme l'indiquait le commissaire du gouvernement, suivant une formule souvent reprise : "la liberté est la règle, la restriction de police l'exception".

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/19-mai-1933-Benjamin>

(53) تنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة (مكرراً) على أنه: "يجب على الطاعن أن يودع عند تقديم صحيفة الطعن على سبيل الكفالة خمسة آلاف دينار. ولا تقبل إدارة الكتاب صحيفة الطعن إذا لم تصحب بما يثبت إيداع الكفالة. ويكفي إيداع كفالة واحدة في حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة فإذا رأت أنه يخرج عن اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلاً أو أنه غير جدي قررت عدم قبوله ومصادرة الكفالة بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر الجلسة. وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن".

(54) تنص المادة 19 من الدستور اللبناني، المعدلة وفقاً للقانون الدستوري بتاريخ 1927/10/17، والقانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21 على أنه: "ينشأ مجلس دستوري لمراقبة دستورية القوانين والبيت في النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات الرئاسية والنيابية. يعود حق مراجعة هذا المجلس في ما يتعلق بمراقبة دستورية القوانين إلى كل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء أو إلى عشرة أعضاء من مجلس النواب، وإلى رؤساء الطوائف المعترف بها قانوناً في ما يتعلق حصراً بالأحوال الشخصية وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية وحرية التعليم الديني".

قلنا إذن إنه أمام النص الواضح لا يملك القاضي أي حرية في التصرف فهو "فم القانون Il est la bouche de la loi". ولكن ما إن يرصد ثغرة معينة في القانون، فإنه يمكنه الولوج عبرها لاتخاذ القرار الذي يراه سليماً.

ثانياً- مقارنة مع قرار فرنسي:

في قرار حديث صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية الفرنسية⁽⁵⁵⁾، اتخذ القاضي قراراً متعلقاً بالامتحان الشفهي ومدى امكانية رقابته من القضاء، حيث أشار إلى أنه يصعب على من رسب في الامتحان الشفهي أن يثبت أن العلامة تتم عن لا مساواة. ويستند رفض القضاء الإداري إلى تقليد راسخ في شأن أعمال رقابة تقدير على أعمال اللجان الفاحصة وتحديد حول أداء المرشح، وإن كل ما يمكن للقاضي فعله هو الطلب من الإدارة أن تزوده بكل ما يعتبره ضرورياً لاستكمال التحقيق⁽⁵⁶⁾. لقد قررت محكمة الاستئناف الفرنسية في هذا القرار بأن القاضي الإداري لا يستطيع التدخل في عمل اللجنة الفاحصة لجهة العلامة التي وضعتها على الامتحان الشفهي، ما عدا في حالة أن العلامة وضعت لاعتبارات غير الأداء بحد ذاته⁽⁵⁵⁾.

في هذه القضية نالت المرشحة درجة (14) على (20) في الامتحان الكتابي وشعرت بعد رسوبها أنها كانت ضحية تمييز في الامتحان الشفهي، فلجأت إلى رفع دعوى أمام المحكمة، لكن هذه الأخيرة رفضت ذلك انطلاقاً من المستندات التي قدمت إليها وقضت بأن المرشحة لم تكن ضحية غبن معين أو أنها نالت العلامة على الامتحان الشفهي لأسباب غير المتعلقة بالامتحان بحد ذاته وما قدمته⁽⁵⁷⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أن قضية هذه السيدة المرشحة (س.) هي مختلفة تماماً عن قضية السيد (ي.)، موضوع بحثنا. لقد حصلت السيدة (س.) على علامة لاغية في الامتحان الشفهي، ولذلك فإنها اعتبرت أن علامة اللجنة الفاحصة مشكوك بأمرها وأن اللجنة ارتكزت على معايير تمييزية مثل العمر، كما أنها تشكك في الفارق الكبير بين العلامة التي حصلت عليها في الامتحان الكتابي (14 من 20) وتلك التي حصلت عليها في الامتحان الشفهي (7.5 من 20)⁽⁵⁸⁾، إلا أن المحكمة لم تأخذ بدفع المستأنفة وأيدت ما ذهبت إليه محكمة البداية من أن اللجنة لها الحرية في التقدير، ولا شيء يمنع أن يكون الفارق كبيراً بين ما نالته المدعية على الامتحان الكتابي وما نالته على الشفهي، رغم إصرارها على أنها أجابت على الأسئلة الشفهية بصورة صحيحة. فالقاضي الإداري لا يتدخل في المساحة الاستثنائية عندما يتعلق الأمر بأمور تقنية محض. وفي قرار فرنسي آخر حول قبول وتجديد شهادة القيادة لقائدي الطائرات، قرر القاضي الإداري أن رقابته لا تتجاوز الرقابة العادية، وتالياً أذن لقرار اللجنة التي اعتبرت السيد "ديوب" غير قادر طبياً على مزاوله المهنة⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁵⁾ CAA 10ème ch, 28 mars 2017.

⁽⁵⁶⁾ وفقاً للمادة 623-1 من قانون العدل الإداري الفرنسي Code de Justice administrative

⁽⁵⁷⁾ Il ne ressort pas des pièces du dossier que, pour fixer la note attribuée à Mme C... à l'épreuve orale d'admission, le jury aurait fondé son appréciation sur des motifs autres que ceux tirés de l'examen des mérites de l'intéressée tels qu'ils ressortaient de l'épreuve d'admission., المرجع ذاته.

⁽⁵⁸⁾ Considérant que Mme C..., qui a obtenu une note éliminatoire de 7,5/20 à l'épreuve orale d'admission, affectée du coefficient 5, soutient que le jury du concours a procédé à une sélection des candidats sur des critères discriminatoires... que, toutefois, les griefs tenant au déroulement passé de la carrière de l'intéressée sont sans incidence sur la légalité de la décision litigieuse, comme l'ont noté à bon droit les premiers juges ...

من نص القرار الفرنسي.

⁽⁵⁹⁾ قرار "باتريك ديوب"، شوري فرنسي، 2 آذار 1993، على أننا نلاحظ أن الشوري في هذا القرار يستند إلى تقارير اللجنة العلمية الطبية المثبتة بوثائق ونتائج فحوصات، فيما في قرار (ي.) الاستثنائية يسود في وضع العلامة (40) بالمائة.

"Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le conseil médical de l'aéronautique civile, sans adopter une position de principe, a procédé à un examen de la situation particulière de M DIOP avant de prendre la décision le

إن هذه المساحة المكرسة لتقدير الإدارة تطرح إشكاليات كثيرة، من بينها: ما الذي يمنع اللجان الفاحصة، سواء في فرنسا أو الكويت أو لبنان، أن تمارس تمييزاً بسبب العمر أو الانتماء السياسي أو الديني أو الجنسي؟ وكيف يمكن التصدي لهذا الاحتمال الذي يعاني الأفراد منه يومياً؟ لقد طرح البعض فكرة التصوير بالفيديو للامتحان الشفهي كي يتسنى للمحكمة في حالة النزاع القضائي أن تطلع على أداء المرشح، فيما قد يتم التفكير مستقبلاً بابتكار إجراءات معينة كتسجيل الامتحان أو تحضير مجموعة الأسئلة مسبقاً⁽⁶⁰⁾.

لكن قضية (ي) الكويتية تبقى مختلفة، فهي تطرح أحقية وضع علامة (40) في المائة على المقابلة الشخصية ولا تتعلق بتقدير نتيجة مسابقة أو امتحان شفهي لأن المرشح (ي) اجتاز الامتحان بنجاح، والمقابلة الشخصية ليست امتحاناً، وهي ليست واضحة المعالم. ومن هنا تتبع خطورة الأمر وسهولة الوقوع بالخطأ البين بالتقدير، وخاصة بانحراف السلطة، حيث تعد الأبواب مشرعة للانزلاق فيها. وهذا الأمر قد يتسبب بظلم، وهو ما حدا بالقاضي الكويتي ليتدخل ويقرر إذا ما كانت العلامة مشروعة أم لا. وهنا يثار التساؤل: لماذا لم يدخل القاضي في أي من عناصر الرقابة؟ وردا على ذلك، أعتقد أنه أراد تفادي الوقوع في ضرورة الشرح والتفسير لأن وضع هذه العلامة للمقابلة الشخصية ليس بحاجة لتفسير، فلو اعتبر أن اللجنة الفاحصة ارتكبت خطأ في التكيف⁽⁶¹⁾ لاضطره الأمر إلى شروحات لا نهاية لها حول تكيف المقابلة الشخصية ومعاييرها وإذا ما كان السيد (ي) يستجيب لهذه المعايير أم لا (صلابة الشخصية، الشكل الحسن، الخ..)، ولذلك اتجه القاضي مباشرة إلى الهدف، وقرر بأنه لا يجوز وضع تقدير (40) بالمائة على المقابلة الشخصية.

لقد كان بإمكان القاضي الارتكاز على رقابة التناسب وهي الرقابة القصوى التي يعملها القاضي الإداري، ولكن التناسب⁽⁶²⁾ بين ماذا وماذا في قضية (ي) طالما أنه ليس ثمة معايير، فالمقابلة الشخصية هي تلك المساحة المجهولة التي تجعل من اللجنة الفاحصة سلطة غير خاضعة لضوابط واضحة، وهذا ما لم يقبل به القاضي الإداري الكويتي.

وإنطلاقاً من صعوبة وضع قواعد واضحة لرقابة القاضي على أعمال الإدارة، فإن القاضي الكويتي لم يشأ الاستناد إلى الخطأ البين أو التكيف أو التناسب، لأن هذه المفاهيم بدورها متحركة جداً بسبب ارتباطها بطبيعة النص المعني (واضح، غير واضح، يمنح أم لا سلطة استثنائية للإدارة..)، وطبيعة النشاط موضوع العمل الإداري (عفو خاص، إلقاء محاضرة، مقابلة شخصية..) والسلطة الإدارية صاحبة القرار (وزير، وكيل وزارة، موظف عادي..)، والمستوى التقني الذي يتطلبه القرار (طب، هندسة، تحليل قرار قضائي..)، وبلد القاضي والمفاهيم الاجتماعية السائدة (الكويت، لبنان، فرنسا، أنكلترا...).

concernant; que, par ailleurs, en estimant que, compte tenu notamment des résultats des analyses sérologiques et biologiques, il était inapte à l'exercice des fonctions de pilote de ligne, le conseil médical de l'aéronautique civile n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation; que, par suite, les moyens tirés de l'erreur de droit et de l'erreur manifeste d'appréciation doivent être écartés".

(60) من المهم الالتفات أحياناً إلى ما يقوله المرشحون الخاسرون رغم مبالغاتهم أحياناً كثيرة، فقد أكد لي أحد المرشحين لمباراة في لبنان أنه سئل عن بعض المغنيات وأسماء الملحنين في مادة الثقافة العامة، أو أن ثمة أسئلة جاهزة لترسيب الطلاب عندما تريد الإدارة استبعادهم مثل أسئلة عن طول نهر أو اسم عائلة أحد المفوضين الساميين. بالتأكيد لا نطرح هذه الواقعة كحقيقة "علمية"، بل لاستثارة النقاش وصولاً إلى تثبيت وتحديد طبيعة الأسئلة في مواد الثقافة العامة لاسيما في الامتحانات الشفهية.

(61) مثل فحص ميزات صحيفة لرؤية إذا ما هي تستجيب للشروط الشرعية المفروضة للسماح لها بنشر إعلانات رسمية (م.ش.ف، 22 كانون الثاني/يناير 1954، شركة تورانجيل Société Tourangelle، لوبون ص 40). وفي موضوع تقدير ضرورة تقسيم لجنة امتحانات إلى مجموعات (27 آذار/مارس 1987، الأنسة أسبيو Mlle Espieu، لوبون 109).

(62) مثال: رقابة التناسب بين خطورة انتهاك الحياة العائلية والدفاع عن المصالح العامة في موضوع طرد الأجانب: م.ش.ف، 19 نيسان 1991، بلقاسم Belgacem، لوبون، ص 152.

الفرع الثاني جهود المحاكم الدستورية في تقليص السلطة الاستثنائية

في هذا الفرع نعرض لما قام به المجلس الدستوري الفرنسي من رقابة على قوانين كانت تحمل تعزيزاً للسلطة التقديرية للإدارة كما نفسير أسباب وأهمية المسألة الأولية الدستورية Question prioritaire de constitutionnalité والتي سمحت في فرنسا منذ 2008 للأفراد الدفع بعدم دستورية القوانين (أولاً) ثم نعرض للقرار الدستوري الكويتي الذي أبطل قانون البصمة الوراثية والذي اعتبرناه كبجاً لسلطة تقديرية واسعة لو قدر صدور لهذا القانون (ثانياً).

أولاً- المجلس الدستوري الفرنسي:

عديدة هي القوانين التي أبطلها المجلس الدستوري الفرنسي لتضمنها سلطة استثنائية متجاوزة للحدود المعقولة ولا سيما عندما تمنع هذه القوانين التقدم بمراجعات طعن. ولكن منذ العام 2008 في فرنسا، أصبح يحق للأفراد الدفع بعدم الدستورية خاصة في المجال الذي يهمننا في دراستنا ألا وهو مجال حقوق وحريات المواطنين. وفي ضوء ذلك، فإننا سنعرض بإيجاز لهذا المفهوم وكيف يستند القاضي الدستوري إليه لتقليص السلطة الاستثنائية للإدارة.

تعريف بالمسألة الأولية الدستورية:

منذ التعديل الدستوري الفرنسي في تموز/يوليو 2008، نصت المادة 1/61 من الدستور على أنه: "بمناسبة النظر في دعوى معينة أمام محكمة قضائية، إذا ادعى أحد الخصوم أن ثمة عملاً تشريعياً ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور يمكن أن ترفع المسألة لدى المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس شورى الدولة أو محكمة التمييز وعلى المجلس أن يعطي قراره في مهلة معينة". ثم في 10 كانون الأول/ديسمبر 2009 صدر قانون أساسي في فرنسا حدد شروط تطبيق هذه المادة وأنشأ ما يمكن تسميته بالمسألة الأولية الدستورية، وهو ما حدا ببعض الفقهاء لتسميته بالدفع بعدم الدستورية⁽⁶³⁾. وتسمح هذه المسألة لكل خصم أن يعترض على السلطة التقديرية للإدارة أثناء النظر في دعوى إدارية أو عدلية، إذا رأى بأن هذا النص ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، مع العلم بأن مسألة دستورية القانون يمكن رفعها في أي وقت بعد نشر القانون. ولكن ما هي الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور⁽⁶⁴⁾؟ إنها جميع

(63) يُنظر هذه المراجع المتخصصة:

Bernard Stirn, Premières réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité, "Bien public, bien commun", Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme, pp. 429-434.

Jérôme Roux, La QPC menace-t-elle l'indépendance du Conseil d'État et de la Cour de cassation vis-à-vis du Conseil constitutionnel ? Études offertes au Professeur Jean-Louis Autin, Volume 2, Université de Montpellier 1, 2011, p. 1253-1292.

(64) لقد حققت المسألة الأولية الدستورية تقدماً كبيراً في فرنسا، حيث أن المجلس الدستوري أعلن عن عدم التوافق بين الدستور والقوانين في 102 حالة من بين 255 أثبت أمامه، وهذا رقم ضخم. انظر:

الحقوق والحريات القائمة في كتلة الدستورية⁶⁵، التي تشتمل على ديباجة الدستور الفرنسي للعام 1958 والنصوص التي تحيل إليها وهي: الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن للعام 1789 وديباجة دستور الجمهورية الرابعة، بالإضافة إلى ميثاق البيئة. وقد سبقت مصر فرنسا في إقرار حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين، كما سارت الكويت أيضاً في هذا المسار.

ونكتفي في هذا الإطار بالإشارة إلى قرار دستوري حديث تصدى فيه القاضي الدستوري لسلطة الإدارة الاستثنائية وحجّمها، ويتعلق الأمر بالقرار⁽⁶⁶⁾ الصادر في 16 آذار/مارس 2017، الذي أثيرت فيه مسألة أولوية دستورية Question prioritaire de constitutionnalité بشأن قانون أصدره المشرع الفرنسي يتضمن إمكانية السماح بإطالة أمد فرض الإقامة الجبرية حتى بعد الإثني عشر شهراً، حيث اعتبر المجلس الدستوري أن هذا الأمر يعدّ مقيداً جداً للحريات ولحقوق الإنسان وأبطل القانون. لقد قلّص المجلس الدستوري الفرنسي أيضاً السلطة الاستثنائية للإدارة استناداً إلى المادة الثامنة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن للعام 1789، التي تنص على أن القوانين لا يمكن أن تأتي إلا بعقوبات جزائية ضرورية ولا يمكن معاقبة أحد الأشخاص إلا وفقاً لقانون صادر قبل ارتكاب الجريمة ومطبق بصورة شرعية⁽⁶⁷⁾، وكان المجلس الدستوري قد اعتبر أن المادة الثامنة لا تتعلق فقط بالعقوبات التي تطبقها المحاكم الجزائية بل تنسحب إلى كل نص يحمل صفة عقابية⁽⁶⁸⁾.

ثانياً- قرار دستوري كويتي بالغ الأهمية:

اتجه القضاء الدستوري الكويتي بدوره للتضييق من مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، وقد تجلّى ذلك في قرار صادر في 5 تشرين الأول/أكتوبر 2015 عن المحكمة الدستورية، حيث قررت عدم دستورية القانون الرقم 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية. ويعد هذا القرار رسالة موجهة للسلطة التشريعية والإدارية في أن، إذ رأى أن تنظيم الحرية الشخصية إذا كان يقع في نطاق السلطة التقديرية للمشرع (ومن ثم للإدارة)، إلا أنه من غير الجائز أن يفرض المشرع تحت ستار هذا التنظيم قيوداً يصل مداها إلى حد نقض هذا الحق أو الانتقاص منه أو إفراغه من مضمونه⁽⁶⁹⁾. وكان القانون قد قرر في مادته الثانية بأنه: "تنشأ بوزارة الداخلية قاعدة بيانات للبصمة الوراثية، وتخصص لحفظ البصمات الوراثية الناتجة عن العينات الحيوية التي تؤخذ من الأشخاص الخاضعين لهذا القانون"، كما نصت مادته (11) على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على جميع المواطنين

Jean-Louis Debre, Colloque organisé par LexisNexis à l'initiative du président de l'Assemblée Nationale Claude Bartolone, 5 avril 2013.

⁶⁵ - كتلة الدستورية وتعني القواعد الدستورية التي ينبغي على القانون احترامها وهي بالإضافة إلى الدستور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن للعام 1789 وديباجة الدستور الفرنسي وميثاق البيئة.

⁽⁶⁶⁾ Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, M. Sofiyan I. Durée maximale de l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence.

⁽⁶⁷⁾ « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

⁽⁶⁸⁾ Loi de finances rectificative pour 30 décembre 1982.

انظر أيضاً:

Cons. const., déc. n° 2011-210 QPC; Cons. const., déc. n° 2011-211 QPC, Cons. const., déc. n° 2011-103 QPC (Majoration..., civiques; Cons. const., déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, Cons. const., déc. n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011.

⁽⁶⁹⁾ طعن مباشر بعدم دستورية القانون 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية، مقدم من: مرزوق خليفة مفرج الخليفة، (طعن 6 لسنة 2016) وعادل سفر محمد عبد الهادي (طعن 9 لسنة 2016). المواد المطعون فيها: 2، 4، 8، 11. أساس الطعن: مخالفة مواد الدستور 30، 31. موضوع المخالفة: الاعتداء على الحرية الشخصية، انتهاك الخصوصية، المساس بحق الإنسان في حماية جسده من الاعتداء.

والمقيمين والزائرين وكل من دخل الأراضي الكويتية"، وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات جزائية كما حددت ذلك المواد (8) و(9) و(10).

وفي ضوء ذلك، فقد طرحت عدة تساؤلات من بينها: "هل الهدف من هذا القانون أمني لتحديد قاعدة معلومات للمجرمين، أو لتحديد الأنساب وحسم ملف مزوري الجنسية وتجنيس البدون المستحقين على سبيل المثال، أو لأي هدف محدد لم يوضحه" (70).

وأما الرسالة الثانية التي وجهها هذا القرار فهي تكمن في تفادي الوقوع في استنساب إداري لا مثيل له، لاسيما وأن العبارات المستخدمة غامضة ومطاطة يمكن تفسيرها بتوسع، ويمكن الإشارة على سبيل المثال إلى اكتفاء القانون بتقرير السرية للمعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة دون إسباغ الحماية القانونية الواجبة، ما يصم القانون بعدم الدستورية. وقد انتهت المحكمة إلى اعتبار هذا القانون غير دستوري (عدم دستورية المواد المطعون فيها 2، 4، 8، 11 وسقوط باقي مواد القانون للارتباط بالملازم).

إن المحكمة الدستورية الكويتية تملك امكانات هائلة لو أراد قضاتها أعمال رقابتهم على السلطة الاستنسابية (71) عبر اختصاصاتها الثلاثة: تفسير نصوص الدستور والمواد القانونية المرتبطة بها وحققها في الرقابة اللاحقة والفصل في مدى دستورية قانون أو مرسوم (72) قائم، وأخيراً حققها في الرقابة المسبقة للفصل في مدى دستورية مشروع بقانون قبل الإقرار.

المطلب الثاني

مزيد من قضم السلطة التقديرية وموقف من القضاء الكويتي

إن مسار أعمال رقابة صارمة على أعمال الإدارة مستمر وبخاصة في فرنسا حيث القضاء الإداري ومنذ زمن مديد لا يبخل عن الإفادة من أي ساحة لإحراز مزيد من التقدم في مجال ممارسة الرقابة على تجاوزات الإداري. نعرض لهذه النقطة انطلاقاً من قرار قضائي حديث كما نضع مقارنة مع مقاربة للقضاء الإداري الأنكليزي (الفرع الأول) ثم ننهي بحثنا بخلاصة حول قرار (ي) ونبدي موقفاً من القضاء الكويتي.

الفرع الأول

قضم السلطة الاستنسابية مستمر في فرنسا ومقارنة بالقضاء الإنكليزي

(70) انظر: بدر الخليفة، جريدة النهار، عدد 23 أبريل 2017. وقد عرض د. الخليفة أيضاً لموضوع البصمة الوراثية وللاستنساب الإداري الكامن في مشروع القانون في محاضرة أقيمت في كلية القانون الكويتية العالمية، بعنوان: "عدم دستورية قانون البصمة الوراثية وأسبابها الفنية"، في 13-11-2017. (71) رغم النقد الذي تتعرض له هذه المحكمة، حيث يرى بعض الكتاب أن سلطتها وهنت بفعل إنشاء لجنة فحص الطعون المقدمة، التي تضمنتها التعديلات الأخيرة بموجب قانون رقم 109 لسنة 2014، مؤكدين أن: "هذه اللجنة ومن واقع الأحكام التي أصدرها القضاء الدستوري الكويتي قد استأثرت بما يقارب 50 بالمائة من مجمل تلك الأحكام". محمد المقاطع، مرجع سابق، ص 489.

(72) مثال ذلك قرار المحكمة الدستورية الكويتية الصادر بتاريخ 30 من شهر رجب 1433 هـ الموافق 20 من يونيو 2012م ببطلان مرسوم حل مجلس الأمة 2009، وكذلك مرسوم الدعوة إلى انتخابات مجلس الأمة 2012.

نعرض أولاً لتطور فرنسي حديث يعزز الرقابة على أعمال الإدارة عبر أعمال الرقابة على التناسب ونعرض ثانياً لنظرة القانون والاجتهاد الأنكليزيين لمسألة الاستنساب التي لا تعني إطلاقاً ما تعنيه في فرنسا رغم مؤشرات تنذر بالتقارب والالتقاء.

أولاً- تطور فرنسي حديث :

بالإضافة إلى ما أشرنا إليه سابقاً، يشهد الاجتهاد القضائي الفرنسي اتجاهها متزايدة لتوسيع نطاق الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية، ويؤكد ذلك قرار فرنسي حديث نسبياً⁽⁷³⁾ شرع القاضي بموجبه بإعمال رقابة عادية على العقوبات الإدارية، فيما كان ذلك في السابق يقتصر على رقابة ضيقة محددة *contrôle restreint* ، إذ لم تكن رقابة القضاء الإداري تشمل التناسب بين العقوبة والأفعال المنسوبة، فبالكاد كان يقبل برقابة على مادية الوقائع⁽⁷⁴⁾، لكنه منذ العام 1978 ثم بدأ بإعمال رقابة ضيقة⁽⁷⁵⁾.

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الاتجاه عندما قرر بأن مبدأ التناسب يطبق على كل العقوبات سواء كانت قضائية أو إدارية⁽⁷⁶⁾. كما سار قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في نفس الاتجاه عندما أدخلوا مسألة المحاكمة العادلة في مجال رقابة العقوبات التي تنص عليها المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽⁷⁷⁾، ما يعني أننا غدونا أمام رقابة قضاء تشمل كل المسائل الواقعية، بالإضافة إلى التناسب بين العقوبات والخطأ المرتكب⁽⁷⁸⁾.

لقد أردنا من هذه المقارنة التأكيد على أن القاضي الفرنسي الذي يستند القاضي الكويتي إلى اجتهاده كثيراً لا يزال مستمراً في "قضم" مساحات من السلطة الاستنسابية الممنوحة للإدارة، لكنه لم يسبق له أن أصدر حكماً أبطل فيه قرار لجنة فاحصة⁽⁷⁹⁾، ذلك أن هذه المساحة لا تزال متروكة للسلطة الاستنسابية والقاضي لا يراقب

⁽⁷³⁾ Conseil d'État, Assemblée, 13 novembre 2013 .

⁽⁷⁴⁾ CE, 14 janvier 1916, C. , n° 59619 et 59679, au Rec. p. 15.

⁽⁷⁵⁾ L'arrêt de Section Lebon, du 9 juin 1978 (n° 05911, Rec. p. 245.

⁽⁷⁶⁾ قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

CC, n° 86-215 DC du 3 septembre 1986 ; CC, n°87-237 DC du 30 décembre 1987 ; CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989.

⁽⁷⁷⁾ لأهمية هذه المادة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نضع هنا البندين الأولين منها:
- لكل شخص، عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه، الحق في مراعاة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون. ويصدر الحكم علنياً. ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي. أو عندما يتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطراف. وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة.
- كل شخص يتهم في جريمة يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون.

⁽⁷⁸⁾ CEDH, 31 août 1995, Diennet c. France ; CEDH, 27 juillet 2006, Gubler c. France, n° 69742/01 ; CEDH, 24 septembre 2009, Mérigaud c. France, n° 32976/04.

⁽⁷⁹⁾ رغم جرائه المشهود لها في جميع الميادين: فالقضاء الإداري الفرنسي هو من علم كيف يمكن تعزيز الرقابة على أعمال الإدارة وذلك في مجالات يصعب حصرها: نذكر على سبيل المثال تقليص مساحة أعمال السيادة، توسيع رقعة المصلحة في الادعاء، توسيع رقعة القرارات النافذة القابلة للطعن... الخ.. كما نشهد له موضوع عبته: على سبيل المثال ملفت القرار الذي اتخذته في موضوع ارتداء اللباس الإسلامي (البوركيني) على الشاطئ: لم يخضع القاضي للضغط الاجتماعي بعد الاعتداءات في باريس والتي عززت العنصرية، لا سيما ضد العرب والمسلمين وبقي محافظاً على احترامه لقواعد القانون الإداري وأبطل قرار رئيس البلدية الذي منع السباحة باللباس الإسلامي معتبراً أن العلمنة تقتضي احترام جميع السلوكات والقناعات. قرار صادر في 26 آب 2016. انظر أيضاً مقال جريدة اللوموند الفرنسية في اليوم نفسه: 26 آب 2016.

هذه المساحة إلا مستعينا بأحد المفاهيم التي صقلها وخاصة رقابة التكيف والخطأ البين. وبعبكس ذلك فإن القاضي الإداري الكويتي لم يتطرق أو يستند إلى هذه المفاهيم .

ثانيا- مقارنة مع القانون الانجليزي:

إن مفهوم السلطة الاستئنابية أساسي في فرنسا لأنه مرتبط بجبروت الدولة وقوتها، بخلاف الأمر في القانون الانجليزي حيث أن "الاستئساب" discretion يعد وسيلة تأطير قانوني ذاتي auto-encadrement تقوم به الإدارة ذاتها. من ناحية ثانية يلاحظ الباحث إيمانويل بريين أن: مفهوم "الاستئساب" يحتل في القانون الانجليزي مساحة هائلة، لكنه لا تحتل إلا حيزاً متواضعاً في الفقه الفرنسي⁽⁸⁰⁾. ويذهب الباحث إلى أن الفقهاء الإنكليز يعتبرون أن الموظف الإداري يتمتع بسلطة استئنابية عندما تسمح له الحدود الفعلية لسلطته بحرية الاختيار بين عدة أعمال ونشاطات أو عدم القيام بها⁽⁸¹⁾، ما يعني أن السلطة الاستئنابية بالنسبة إليهم يُنظر إليها بالتعارض مع مفهوم الواجب (duty). ففي القانون الانجليزي، الاستئنابية أو الاستئساب يعني كل سلطة الدولة وليس فقط الممارسة الاستئنابية. فالاستئساب ليس قراراً من نمط معين بل القرارات الادارية بحد ذاتها، فهو إذن مفهوم أكثر اتساعاً بكثير من المفهوم الفرنسي وشديد المرونة⁽⁸²⁾.

وفي الوقت الذي يشدد فيه الأستاذ أيمانويل بريين على الفارق الكبير في مفهوم السلطة الاستئنابية بين النمطين الفرنسي والانجليزي، فإنه يشير إلى تقارب بينهما بدليل أنه يفصح عن هذه الفكرة في نهاية بحثه حيث يقول: إن استخدام مفهوم "المعقول" reasonable في الاجتهاد الانجليزي هو نفسه مفهوم "الخطأ البين بالتقدير". إن السلطة الاستئنابية في القانون الانجليزي هي نوع من التأطير الذاتي لسلطات الإدارة، أي أن الإدارة تحاول هي نفسها أن تكون وسطية، ولهذا السبب فإن النمط الإنجليزي يعتبر قريباً وبعيداً في آن من النمط الفرنسي⁽⁸³⁾.

الفرع الثاني:

قرار متميز لن يخلو من تأثير على قرارات لاحقة وقضاء اداري كويتي واعد

أولاً- التأثير على قرارات أخرى

⁸⁰ - Emmanuel Breen, Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais, RFDA. 2003. p.1159 .

مستندا إلى دراسة:

P. Cane, An Introduction to Administrative Law, Oxford, Clarendon Press, 3e éd., 1996, p. 34.

⁽⁸¹⁾ P. P. Craig, op. cit. p. 507. Et J.-C. Vénézia, op. cit. p. 7.

⁽⁸²⁾ بعض المراجع العامة عن الموضوع في القانون الانجليزي:

D. J. Galligan, Discretionary Powers : A Legal Study of Official Discretion, Clarendon Press, Oxford, 1986.

K. Hawkins (dir.), The Uses of Discretion, Clarendon Press, Oxford, 1992.

J. L. Jowell, Law and Bureaucracy, Administrative Discretion and the Limits of Legal Action, New York, Dunellen, 1975.

⁽⁸³⁾ Emmanuël Beer, La bureaucratisation néolibérale, La Découverte, Paris. p. 134. Certaines techniques de cette rationalisation, enfin, méritent une attention particulière : usage de la catégorie du «raisonnable», intéressante contrepartie de l'«erreur manifeste d'appréciation» française, ou cristallisation du pouvoir discrétionnaire par auto-encadrement des pouvoirs de l'administration. Proches et lointaines à la fois de nos techniques, elles constituent à ce titre d'utiles points de comparaison.

نستخلص من هذا القرار رغبة دفينية لدى القضاء الكويتي في 3 إثبات وجوده وإعمال رقابة صارمة على قرارات الإدارة وخاصة فيما يتعلق بصون حقوق المواطنين في العدل والمساواة⁽⁸⁴⁾. وتجدر الملاحظة أن إتاحة الفرصة للأفراد بالطعن بعدم دستورية القوانين وإن بشروط صارمة (خمس آلاف دينار مع احتمال كبير في أن تذهب أدراج الرياح) دليل قاطع على أن هذه الرغبة قائمة أيضاً لدى السلطة السياسية ولو في مجالات معينة مثل حق المقاضاة في حالتنا .

ونعتقد بأن قرار (ي) سينسحب على قرارات أخرى وسلوكات إدارية أخرى يدور حولها سجل محتدم في الكويت، مثال ذلك: قرار السيدة هند الصبيح، وزيرة الشؤون الاجتماعية والعمل، برفض إشهار جمعية نفع عام تحت مسمى «الحركة الليبرالية الكويتية»⁽⁸⁵⁾، مستندة إلى أن النظام الأساسي لهذه الجمعية يجيز لها التدخل في السياسة، وهو الأمر المحظور بالنسبة لجمعيات النفع العام في الكويت بحسب القوانين واللوائح المنظمة لها. ففي حالة تقدم المؤسسين لهذه الجمعية بطعن لدى القضاء الإداري، فإن هذا الأخير سيبيدي رأيه في ما إذا كان قرار الوزير يتموضع ضمن السلطة الاستئنافية، وحتى في هذه الحالة فإنه سوف يراقب الوقائع المادية والوقائع القانونية والخطأ البين في التقدير وانحراف السلطة⁽⁸⁶⁾. وقد أثار موقف الوزارة سجلاً وانتقاداً، حيث اعتبر البعض أنها تمارس تمييزاً ضد جمعية "الحركة الليبرالية الكويتية"، لأنها منحت تراخيص لجمعيات أخرى تتعاطى السياسة⁽⁸⁷⁾ .

ثانياً- القضاء الكويتي، قضاء واعد:

أرى أن القضاء الكويتي يمكن أن يقدم الكثير للمنظومة القانونية والقضائية الكويتية والعربية، بفعل مؤشرات تنبئ بذلك. فثمة أرضية قائمة يمكن الاستناد إليها: أولاً إمكانية مراجعة المحكمة الدستورية، ثم إن هناك كمّاً من الحقوق والحريات التي يقرها الدستور والقوانين الكويتية، ما يشكل سنداً مهماً لذلك. وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى قرار الدائرة الإدارية برفض دعوى إلغاء زيادة الرسوم الصحية على الوافدين⁽⁸⁸⁾، حيث طالب المدعي بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الطعين، وإحالة ملف الدعوى للمحكمة الدستورية. إن هذا الحكم القضائي - ورغم عدم ابطاله القرار لأسباب ربما تتعلق باقتصاد الكويت وهو ما تفهمه القاضي الإداري- يحقق خطوات مهمة تؤسس لتغيير جذري، ونرتكز في ما نقول على مسألتين :

- هناك مواد دستورية كثيرة، ما يعني أن الدستور الكويتي يزخر بمواد "لوجستية" يمكن استخدامها للتقدم في موضوع احقاق حقوق المواطنين والأفراد مثل المواد: 2- 7- 8- 15- 20- 21- 22- 28- 134.
- توافر شرط المصلحة، حيث يحرز القاضي الكويتي تقدماً ملفتاً في هذا الحكم الذي يستوجب أن تكون المصلحة في الادعاء شخصية، مشروعة ومباشرة⁽⁸⁹⁾. ففي أصل هذا الشرط نجد القاعدة القديمة التي تنص بأن لا دعوى دون مصلحة، فالقضاة لديهم الكثير من الأعمال ولا ينبغي إزعاجهم بأي أمر غير

(84) انطلاقاً من التأثير متبادل بين القاضي الدستوري والقاضي الإداري، فإننا نعتقد بأن قرار (ي) يمكن أن يؤثر على القاضي الدستوري الكويتي الذي يمكن أن يبطل القوانين التي تمنح اللجان الفاحصة سلطات استئنافية.

(85) علي البغلي، جريدة القبس، عدد 12 مارس 2017.

(86) المرجع ذاته.

(87) المرجع ذاته.

(88) حكم الدائرة الإدارية، 2017 إداري/ 2، جلسة 25 أكتوبر، سنة 2017، الدعوى 5957.

(89) نصت المادة 106 من نظام مجلس الشورى اللبناني على أنه: «لا يُقبل طلب الإبطال لتجاوز حد السلطة إلا ممن يثبت أن له مصلحة شخصية، مباشرة ومشروعة في إبطال القرار المطعون به».

مفيد⁽⁹⁰⁾. لقد بدأ الاتجاه الليبرالي في موضوع المصلحة مع قرار "كازانوفاف" الفرنسي⁽⁹¹⁾، حيث قبل القضاء مراجعة المكلف البلدي ضد كل عمل إداري له مفاعيل على موازنة البلدية، وعلى العكس من ذلك لم تُقبل مراجعة المكلف العادي (مكلف الدولة) ضد قرار وزاري ولو حمل أعباء على الموازنة. وفي الكويت، فإن المحكمة في قرارها المتعلق برفض دعوى إلغاء زيادة الرسوم الصحية على الوافدين⁽⁹²⁾ رأت أن شرط المصلحة متوفر رغم أن المدعي يحمل الجنسية الكويتية وغير معني بأحكام القرار المطعون به، وذلك عندما نصت على أنه من: "الثابت أن لديه مكتب للمحاماة ويعمل فيه طائفة من العاملين غير الكويتيين وما قد يصاحب ذلك من مطالبتهم له بزيادة رواتبهم نتيجة زيادة الرسوم على الخدمات الصحية المقدمة لهم بما تتوافر معه الصفة والمصلحة". فمن حيث المبدأ، فإن مصلحة المحامي في الادعاء في هذه الدعوى هي لا مباشرة ولا شخصية ولا مشروعة. نقول هذا من حيث المبدأ، أي انطلاقاً مما درج عليه الاجتهاد ولكن القضاء الكويتي شاء أن يقدم الأمور ويُعمل الحق في المقاضاة، ولذلك رأى في هذا الادعاء أقله "مشروعيته" لأن الموظفين لدى المدعي هم من الوافدين. لقد قام القاضي بعملية "لي" للنص والمفاهيم كي يطبق مشروعية في مجال ليس للمشروعية مكان فيه. ولكن بنظرنا فإن هذا الموقف محمود لأنه يؤشر إلى قناعة لدى القاضي وموقف ملتزم بحقوق الأفراد، أقله لناحية قبول الدعاوى. وهذا الموقف ينسحب بالضرورة على مفهوم القرارات النافذة ويعطي آمالاً كثيرة بمستقبل قضائي يصون حقوق الناس⁽⁹³⁾.

ثالثاً- مواقف قضائية جديرة بالدراسة: موقف القضاء الكويتي من الإضراب

في إطار الإطالة على قرارات إيجابية وواعدة للقضاء الكويتي، نشير إلى موقف القضاء الكويتي من الإضراب حيث لم يسمح بأي مجال للاستنساق الإداري، فإذا كان المشرع لم يجز الإضراب ولا الدستور الكويتي، فإنه يسجل للفقه بصورة عامة والقضاء اتخاذ موقف إيجابي يرتكز على قاعدة أن "غير الممنوع مسموح"، فيما في بلدان أخرى يتبعون قاعدة لو أراد المشرع السماح لكان أفصح. وعلى سبيل المثال، فقد قررت محكمة التمييز الكويتية في حكم صادر في 21-1-2014 بعدم حظر الإضراب على العمال وبعدهم أحقية الشركات بالخصم من مستحقات العمال المضربين. وأوضحت المحكمة بأن هذا الإضراب كان: "إضراباً جماعياً من سائقي الحافلات للمطالبة بحقوقهم المهنية وهو ما لم يُجرمه القانون وبالتالي فإن مشاركته (المتهم بالتحريض والذي تم فصله من الخدمة) فيه أو الحث عليه لا يُجيز فصله من العمل، وبالتالي لا يرتب أثراً في استحقاق المدعى ضده لمكافأة نهاية الخدمة وبطل الإضراب والبنوص السنوي..".

(90) انظر: ف. غارو، V. Garaud، المصلحة للإدعاء، أطروحة، جامعة بواتييه في فرنسا.

(91) م.ش.ف، 29 آذار 1901، كازانوفاف، لوبون، ص 333.

(92) سبق ذكره.

(93) انظر في موضوع القرارات النافذة تعليقنا على قرار "الياس غصن"، سبق ذكره، حيث أصدر القاضي الإداري اللبناني قراراً جريئاً تصدى فيه للسلطة التشريعية مستبعداً تطبيق نص "صريح" من أجل انفاذ حق المقاضاة للأفراد. تراجع أيضاً تعليقنا على قرار "محمد عبيد"، حيث أبطل القاضي الإداري اللبناني قرار وضع بالتصرف معتبراً أن الإدارة ارتكبت انحرفاً للسلطة لأن الوضع بالتصرف هو عقوبة مخفية وهذا خرق للسلطة الاستثنائية للإدارة. ولكن رغم هذا القرار لم تنفذ الدولة اللبنانية ما يلزم لإعمال هذا القرار بدليل أن السيد عبيد لا يزال في حكم الموضوع بالتصرف حتى يومنا هذا (أكثر من عشرين سنة) ولم تقدم الإدارة على إعادته إلى مركزه، وهذا موضوع آخر يطرح إشكالية تنفيذ القرارات القضائية، إذ لا يكفي صدور القرار القضائي، بل يجب تنفيذه من قبل الإدارة، وهذا موضوع صراع آخر بين القضاء والإدارة: تعليقنا على قرار "محمد عبيد"، الصادر في 2002/5/7 عن مجلس الشورى اللبناني، مجلة الحياة النيابية، بيروت، أيلول/سبتمبر 2002، ص 83.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن الدستور الفرنسي لعام 1946 قد أقر الحق في الإضراب، عندما نص على أنه: "يمارس حق الإضراب في إطار النصوص التي تنظمه"⁽⁹⁴⁾. ومنذ قرار "حرية الجمعيات Liberté d'association" الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي في 16 تموز/يوليو 1971 اكتسب الحق في الإضراب قيمة دستورية.

الخاتمة:

نستنتج من هذا البحث أن دور القاضي الإداري الكويتي في صون حقوق وحريات الأفراد والمواطنين يتعزز. لقد أطلقت صفة "جريء" على هذا الحكم موضوع تعليقنا⁹⁵. المهم هو الجديد في القرارات القضائية بصرف النظر عن أي مسألة أخرى: الجديد في قرار (ي) الصادر عن القضاء الإداري الكويتي هو أنه يؤسس لموقف جديد، لنمط جديد من التعامل القضائي مع الإدارة (أي مع الدولة ويزيد)، هو مسافة إضافية في طريق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. هنا تكمن النتيجة الأساسية من العمل: القضاء يقضم جزءاً من مساحة "التسلط" الإداري. من لا يعرف كم من الخبايا والأسرار والتدخلات والمحابة المرتكبة في مباريات الوظائف الأساسية في كل العالم العربي وحتى في الغرب "الديمقراطي"؟ حتى المدرسة الوطنية للإدارة في فرنسا ENA ليست في منأى عن الاتهامات. ووظيفة باحث مبتدئ قانوني في الكويت هي من الوظائف المرغوبة لأنها تؤهل لشغل وظيفة "وكيل نيابة ج". ولقد علمنا بأن هذه المسألة شغلت وتشغل مجلس الأمة الكويتي بدليل تقدم رئيس لجنة العرائض والشكاوى حمدان العازمي باقتراح قانون لتحديد معايير وشروط تعيينات الباحثين القانونيين ووكلاء النيابة. يهدف هذا الاقتراح لإرساء قواعد قانونية ثابتة لا تتغير "بتغير المتقدمين"، من أجل منع الغبن في التعيينات وهضم الحقوق. وبيت القصيد أن المجلس الأعلى للقضاء وفقاً للمادة 17 من قانون تنظيم القضاء الكويتي، الصادر بالمرسوم بالقانون رقم 23 لسنة 1990، يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار من يراه مناسباً لشغل هذه الوظيفة. لذلك فإن هذا القرار القضائي، موضوع تعليقنا وبحثنا ساهم ويساهم في بلورة نصوص جديدة تتفادى الوقوع في الغبن الذي لحق بالسيد (ي) وبالفعل فإن المقترح الجديد يشترط أن لا يزيد معدل المقابلة الشخصية للمتقدمين على 10 في المئة من المجموع العام لدرجات المسابقة⁹⁶.

(94) ديباجة الدستور الفرنسي للعام 1946.

⁹⁵ عن تعليقاتي على قرارات الشورى اللبناني قال لي أحدهم ذات مرة: "أنت تضخم الأمور بعض الشيء لأن القاضي ليس ذلك الثوري الذي تعتقد، فهو يعمل ضمن حدود مرسومة لا يمكنه تخطيها". وهذا صحيح. ولكن أضيف بأن القاضي وضمن هذا الهامش الذي يتحرك بين حدوده يملك أن يقدم الأمور شيئاً فشيئاً والدليل على ذلك أن ازدياد مساحة الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة حقق قفزات منذ مائة عام لم يكن أحد يتصورها.

⁹⁶ جريدة الرأي، 24-4-2017.

إن موضوع الاقتراح الجديد بتفاصيله ومصيره يخرج عن إطار بحثنا. إطار بحثنا هو التالي: الحكم القضائي يتمتع "بكاريزما" قوية مستمدة من قوة القضية المقضية. هو أكثر أهمية بمكان من كل العرائض والشكاوى التي يتقدم بها "مظلومو" هذه المباريات لأنه يقول للإدارة : القضاء الإداري يراقب تجاوزات الإدارة ولديه إواليات شديدا على مر العصور: لا يقبل القضاء بوقائع غير رصينة وغير صحيحة، ولا بتطبيق غير صحيح للقانون، ولا بخطأ ساطع ولا بعدم تناسب مخيف ولا بانحراف سلطة. أضاف قرار ي. : أن القضاء لن يقبل أيضاً بقرارات تفتح الأبواب على مصراعيها للمحاباة والذاتية .

هذا المفهوم الجديد رفع رايته القاضي الإداري الكويتي في هذا الحكم وفي أحكام مماثلة: الى جانب السداسية المعروفة : رقابة الوقائع المادية، الوقائع القانونية، الخطأ الساطع بالتقدير، رقابة التكيف، رقابة انحراف السلطة، ورقابة التناسب جاء القاضي الكويتي برقابة سابعة تسمح بإبطال أي قرار إداري تعسفي بامتياز هي "الرقابة القصوية بامتياز"⁹⁷ . وتتميز هذه الرقابة بأنها تسمح للقاضي في حالات استثنائية بتجاوز القواعد الاجتهادية المعمول بها (السداسية المعروفة) وابطال القرار الإداري دون الافصاح عن الاستناد الى أي من هذه القواعد .

■ التوصيات:

- 1- يبرز هذا القرار ضرورة إعمال مبدأ الازدواجية القضائية في الكويت Le principe de la dualité des juridictions. يتحقق صون حقوق وحرية الأفراد والمواطنين بصورة أكثر ضماناً في ظل قضاء اداري مستقل.
- 2- العمل على إصدار قانون ينظم ادارة المباريات الرسمية ويقر علامة لا تتجاوز العشرة في المئة للمقابلة الشخصية.
- 3- العمل على إنشاء موقع الكتروني قانوني رسمي موجه لأساتذة وطلاب الحقوق في الكويت، مجاني وشامل (جميع القوانين واللوائح وجميع الأحكام في كافة المحاكم).
- 4- زيادة أواصر العلاقة والتنسيق بين القضاء والإدارة والمؤسسات التعليمية وبخاصة كليات الحقوق .

جورج سعد

أستاذ في كلية القانون الكويتية العالمية

⁹⁷ هذا مجرد اقتراح.

- المراجع باللغة العربية

- محمد المقاطع وأحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، الجزء الأول، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية، 2012.
- يوسف سعد الله الخوري، "الانتظام العام في الاجتهاد الإداري"، الجزء الرابع، المنشورات الحقوقية، صادر، 2001.
- عصام اسماعيل، "طبيعة القرار الإداري"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، الفصل المخصص لمراجعة الإبطال.
- جورج سعد، القانون الإداري والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.
- الخبير الدستوري محمد الفيلي، جريدة القبس الكويتية، 20-9-2017، مقال بعنوان: "التكويت قادم ولو بعد حين".
- يسري العصار، القرار الإداري، مقرر، كلية القانون الكويتية العالمية، 2017، ص 12.
- مجلس شورى لبناني، "توراني ورفاقه"، تاريخ 1961/10/30، مجموعة إدارية، 1961.
- مجلس شورى لبناني، تاريخ 1957/12/3، المجموعة الإدارية، السنة الثانية.
- قرار «غوميل» Gomel الفرنسي، م.ش.ف.، 4 نيسان 1914، سيراي، 1917، 3.
- مجلس شورى لبناني، "السفير الياس غصن"، 2001/10/25، مجلة العدل، بيروت، العدد الرابع، 2002.
- م.ش.ف.، 22 كانون الثاني 1954، شركة تورانجيل Société Tourangelles، لوبون.
- م.ش.ف.، 19 نيسان 1991، بلقاسم Belgacem، لوبون.
- بدر الخليفة، جريدة النهار، مقابلة، 23 أبريل 2017.

■ Ouvrages et arrêts en français

- Georges Vedel, Le droit administratif général, PUF, Paris, 2012.
- Sébastien Hourson, Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire: le précédent administratif, RFDA (Dalloz), 2013.
- A. Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », AJDA. 1978. 357

- S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, th., LGDJ, coll. « BDP », t. 135, 1980 .
- R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, Delagrave, 1934, rééd. Dalloz, coll. « La bibliothèque Dalloz », 2006, p. 59.
- X. Souvignet, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », RFDA 2013. 315 .

- Jean-Louis Debre - 5 avril 2013 -Colloque organisé par LexisNexis à l'initiative du président de l'Assemblée Nationale Claude Bartolone.

- Jean Rivero, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1961, Dalloz, 1965, t. XIV, p. 349.
- Emmanuel Breen, *Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais*, RFDA. 2003. p.1159 .

- P. Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 3e éd., 1996, p. 34.

- P. P. Craig, op. cit. p. 507. Et J.-C. Vénézia, op. cit. p. 7.

- D. J. Galligan, *Discretionary Powers (A Legal Study of Official Discretion)*, Oxford, Clarendon Press, 1986
- K. Hawkins (dir.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- J. L. Jowell, *Law and Bureaucracy (Administrative Discretion and the Limits of Legal Action)*, New York, Dunellen, 1975.

- Décision du Conseil constitutionnel français, *Ponts à péage*, 97-107, juillet, 1979, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel,

- CE, Sect. 10 mai 1974, Sieur Denoyez.
- CEDH, 31 août 1995, Diennet c. France ; CEDH, 27 juillet 2006, Gubler c. France, n° 69742/01 ; CEDH, 24 septembre 2009, Mérigaud c. France, n° 32976/04
- CE, sect., 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire, n° 92004, Lebon p. 151 ; Dr. soc., 1951. 368, concl. M. Letourneur, note J. Rivero ; S. 1951, III, p. 81, note C. H. ; GAJA, 18e éd., 2011, n° 64, p. 415 ; GDJA, 15e éd., 2010, p. 443 .