السلطة التقديرية للقضاء الإداري الكويتي: تعليق على حكم صادر عن الدائرة الإدارية (رقم 1017/546 إداري/5): دراسة مقارنة

أ.د. جورج سعد*

الملخص:

يتناول هذا التعليق موضوع السلطة التقديرية أمام القضاء الإداري الكويتي انطلاقاً من قرار جريء صادر عن الدائرة الإدارية (رقم 546/1017 إداري/5)، قضى فيه القاضي بإبطال قرار الإدارة بوضع علامة 40 بالمائة على المقابلة الشخصية لاختيار مرشحين لوظيفة باحث قانوني مبتدئ. ويهدف هذا التعليق بشكل واضح وجلي إلى تسليط الضوء على موضوع جوهري يطرح مسألة كيفية التصدي لتجاوزات السلطة الإدارية عبر عمل القاضي وجهوده المستمرة في تطبيق القانون وإحقاق العدالة وإنصاف المتقاضين. كما يستنتج بعد عرض وقائع القرار بأن القاضي الإداري الكويتي يطلق في هذا القرار مفهوماً جديداً للرقابة تسمح بإبطال أي قرار إداري تعسفي، وهو ما يمكن تسميته بـ "الرقابة القصوية بامتياز"، والتي تتميز بكونها تسمح للقاضي في حالات استثنائية بتجاوز القواعد الاجتهادية المعمول بها – المتمثلة في رقابة الوقائع المادية، الوقائع القانونية، الخطأ البيّن، رقابة التكييف، رقابة انحراف السلطة، ورقابة التناسب.

وقد تم تدعيم هذا التعليق بأفكار من القانون المقارن وبخاصة من القانون والفقه الفرنسيين، كما تم إجراء مقارنة مع قرارات فرنسية وعرض للسلطة الاستنسابية في إنجلترا، وكذلك التطرق لبعض قرارات المحاكم الدستورية، مما عزز من منهج البحث القائم على الوصف والتحليل والمقارنة والنقد والاقتراح كلما كان ذلك ضرورياً.

وانتهى التعليق إلى إبراز عدة نتائج من أبرزها تزايد اتجاه القضاء الإداري الكويتي نحو اتخاذ قرارات جريئة في مواجهة الإدارة، بما يعزز دوره في تعزيز وصون الحقوق والحريات، موصياً بضرورة إعمال مبدأ الازدواجية القضائية في الكويت، والعمل على إصدار قانون ينظم إدارة المباريات الرسمية، ويقر علامة لا تتجاوز العشرة في المائة للمقابلة الشخصية.

كلمات دالة:

سلطة استنسابية، رقابة القاضي الإداري، الخطأ البيّن بالتقدير، رقابة أعمال الإدارة، إنحراف السلطة.

* أستاذ القانون العام، كلية القانون الكويتية العالمية، وعميد سابق وأستاذ القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية.

المقدمة:

يسعى هذا البحث إلى إبراز قدرة القاضي الإداري على صون حقوق الأفراد من تعسف الإدارة، ومدى قدرته على الولوج الضروري أحياناً في مساحة السلطة الاستنسابية[1] المحرّمة.

يعرض المبحث الأول لوقائع هذا القرار المهم جداً 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 بالمائة على المقابلة الشخصية، لاختيار مرشحين لوظيفة باحث قانوني مبتدئ، لما قد يتضمنه هذا السلوك من احتمال محاباة وظلم قاتلين لمستقبل إنسان كفء. كما يعرض المبحث لجملة من المفاهيم والمبادئ التي يطرحها القضاء أو المستأنف، والتي ساهمت جميعها في اتخاذ القرار القضائي الجريء وهي تتمثل في: مبدأ المساواة، واجب إيداع الوثائق الإدارية، مفهوم انحراف السلطة، حدود السلطة الاستنسابية، مبدأ الأمان القانوني، وتحصين القرارات الإدارية. وعبر طرح هذه المفاهيم، يحاول البحث معرفة أو التكهن بما استند إليه القاضي بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

ويتناول المبحث الثاني كيفية تعزيز القاضي الإداري الكويتي رقابة القضاء الإداري على هذا القرار، إذ تم عرض ما يُعد جديداً وجريئاً في هذا القرار، حيث يلج القاضي إلى قلب السلطة الاستنسابية، ويرفض قراراً للإدارة يدخل مبدئياً ضمن سلطتها الاستنسابية (العلامة 40 بالمائة للمقابلة الشخصية)، متجاوزاً العناصر العادية لرقابة القاضي ضمن السلطة الاستنسابية (الخطأ البيِّن، التكييف...وحتى التناسب) لأنه لم يجد مبرراً للاستناد إلى هذه المعايير وكأنه لم يشأ ذلك، في ما يشبه رفض الاعتذار. لقد كان لزاماً التوسع في هذا البحث لتناول مسائل ملامسة للموضوع، وأحياناً بعيدة بعض الشيء من مثل المقارنة مع قرارات فرنسية وعرض للسلطة الاستنسابية في إنجلترا، والتطرق لبعض قرارات المحاكم الدستورية فائقة الأهمية لموضوعنا بالذات.

إن البحث هو تعليق على قرار قضائي إداري كويتي، ولكن انطلاقاً من تناول نظري وعملي لموضوع السلطة الاستنسابية، أو على العكس هو تناول للسلطة الاستنسابية

(1) تحمل لفظتا «التقديرية» و«الاستنسابية» المعنى ذاته. في الفقه الكويتي تستخدم الأولى وفي الفقه اللبناني تستخدم الثانية. في هذا البحث سوف نستخدم في المتن «الاستنسابية» لأننا نراها أقرب إلى لفظ discrétionnaire الفرنسية. التقدير هو موضوعي، حيادي، فيما الاستنساب يشير إلى التقدير غير الموضوعي للسلطة الإدارية وإلى تجاوزها وتفردها باتخاذ قرارات غير عادلة أحياناً.

عبر قرار قضائي إداري، ولكنه ليس تعليقاً بالمعنى التقليدي المحصور[2]، 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.

(2) 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

يتطرق هذا المبحث في مطلب أول لوقائع هذه القضية، ثم في مطلب ثان يتوسع في شرح مفاهيم مستقاة من هذا ولصيقة في القانون الإداري من مثل مبدأ المساواة، مبدأ إيداع الوثائق الإدارية، مفهوم انحراف السلطة، حدود السلطة الاستنسابية، الخ.

المطلب الأول
الوقائع

صدر حكم عن الدائرة الإدارية الخامسة في القضاء الإداري الكويتي في11-12-2017. وقد وجد الباحث أن هذا الحكم[3] 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 الاستنسابية، والمقصود أنه حتى في حالة تمتع الإدارة بسلطة استنسابية نصاً، فإن القاضي بإمكانه إعمال رقابته عندما تتجاوز ممارسة الإدارة "الحد المعقول" وما يتقبله "العقل السليم"[4].

تتلخص وقائع الحكم في التالي: تقدم السيد (ي) بطعنه الاستئنافي مطالباً بإبطال حكم تضمن رفض تعيينه بوظيفة باحث قانوني مبتدئ، وبالتعويض المناسب عن الأضرار المادية والأدبية التي مسته جراء ذلك. شرح المستأنف 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 صُدِم 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 أن في هذا إخلالاً بمبدأ المساواة الذي ينص عليه الدستور الكويتي[5] وبمبدأ تكافؤ الفرص، فضلاً عن أن الحكم مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها عن غايتها[6].

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

(4) معيار الشخص العادي، العاقل، المنطقي ويقابله بالفرنسية: Le jugement de bon père de f – mille أي معيار الأب الجيد للعائلة.

(5) 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».

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

إن الجرأة التي تجلت في هذه القضية 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"[7]. رأت محكمة الدرجة الأولى أن المدعي لم يجتز الاختبارات والمقابلة الشخصية المقررة للتعيين 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 دفوعاته، السليمة، التي ساهمت في إقناع قضاة محكمة الاستئناف، فصَّل 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 تقدَّر بهذه النسبة "(40) في المائة"، ما يجعل القرارات الصادرة بنتيجة هذه المباراة مشوبة بعدم الشرعية[8]، "حيث إنه لما كانت الوظيفة القضائية، تقول محكمة

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

(8) يستخدم الحكم عبارة عدم المشروعية. وفي رأيي 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 مثالاً 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، فاقتضى التنويه.

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.

وهنا نفهم من الأسلوب المستخدم أن المقابلة الشخصية بنظر قضاة الاستئناف لا يجب أن 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 خفَّضَت المعدل، ما أدى الى 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 الى 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 الاستنسابية التي تتمتع بها الإدارة هو الجديد في هذا الحكم (أو القرار)[9]. بصورة عامة، فإن القاضي الإداري لا يتدخل– والفقه الفرنسي يؤكد ذلك[10]– في مجال السلطة

(9) نستخدم في هذا البحث لفظة «حكم» ولكن تقتضي الإشارة الى 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.

(10) في جميع مؤلفات جورج فيديل نجد حيزاً لا يستهان به مخصصاً لقاعدة أن: «القاضي الإداري هو قاضي شرعية وليس قاضي ملاءمة».

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 الى مباراة المدرسة الوطنية للإدارة لأنها لم تستجب وتودعه أسباب ذلك الاستبعاد (بالوثائق).

تخلص محكمة الاستئناف الإدارية الكويتية الى 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[11].

المطلب الثاني
المفاهيم

يطرح هذا القرار جملة من المفاهيم المتأصلة في القانون الإداري والتي صقلها بغالبيتها الاجتهاد، أي جهود القاضي الإداري[12] بعد أن صار هو أيضاً حامي الحريات والحقوق إلى جانب القاضي العدلي، بل أضحى ينافسه ويتفوق عليه في موضوع صون حقوق الأفراد والتصدي لتجاوزات الإدارة.

الفرع الأول
مبدأ المساواة

يشير الحكم الاستئنافي إلى الوضع اللامساواتي الذي لحق بالسيد (ي)، لقد قررت اللجنة أن المقابلة الشخصية تحتل (40) في المائة. إن هذا الإجراء يفتح باباً واسعاً أمام

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.

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

(12) 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».

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 الفرنسي منذ عام 1951، وذلك في قرار سوسييتي دي كونسير دو كونسيرفاتوار / strecnoC sed étéicoS eriotavresnoC ud، مجلس الشورى الفرنسي بتاريخ 9 آذار / مارس 1951[13]. وفي الكويت تكرس مبدأ المساواة في المادة (29) من الدستور، وفي لبنان في المادة (7) من الدستور[14]. وقد منح المجلس الدستوري الفرنسي مبدأ المساواة قوة دستورية في قرار صادر في عام 1979[15]. كما كرسته غالبية الإعلانات وبصورة أساسية الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن للعام 1789، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان للعام 1948[16].

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 لذوي الاحتياجات الخاصة على سبيل المثال، أو الاختلاف في أسعار الكهرباء المفروضة على المنتفعين[17] 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.

(13) في هذا القرار حظرت شركة الجوقات الموسيقية على موسيقييها المشاركة في نشاطات الإذاعة الرسمية. ردَّت 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 بُداً من إسنادها إلى مبدأ قانوني عام هو مبدأ مساواة المواطنين أمام المرافق العامة.
Revue de Droit Social , No:6376 , – Janvier–Decembre 1951 , Dalloz , Paris.

(14) 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».

(15) قرار رقم (97–107) بتاريخ 12 تموز / يوليو 1979، مجموعة قرارات المجلس الدستوري.

(16) رغم المآخذ على هذا الإعلان ذي الطابع الفرداني 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.

(17) قرار فرنسي شهير في موضوع بعض الأوضاع اللامساواتية بين المنتفعين من المرافق العامة هو قرار السيد «دونوابيه»، Denoyez Sieur , 1974 mai 10 .Sect , CE : 1974

في بحث حديث بعنوان "عندما تحد المساواة من ممارسة السلطة الاستنسابية"[18] يبين الباحث كيف أن مبدأ المساواة يحد من استخدام السلطة الاستنسابية[19]، لقد أصبحت السلطات الإدارية تلتزم بهذا المبدأ بصورة متزايدة، وذلك تحت وَقع قرارات القاضي الإداري المبطلة لقرارات لا تحترم مبدأ المساواة، بإعمال مبدأ المساواة، ما يحد بالضرورة من السلطة الاستنسابية بالنسبة لمختلف السلطات الإدارية على أساس "السابقة الإدارية" Le précédent administratif[20]. ويتساءل الباحث مشيرًا إلى أن السلطة الاستنسابية ماهي سوى مسألة حرية الاختيار الممنوحة للإدارة (اختبار علامة المقابلة الشخصية على سبيل المثال). إن للسلطة الإدارية مبدئياً حرية اختيار القرار الذي تجده مناسباً[21]، فكلما تطور الاجتهاد الإداري وعزز مواقعه كلما تقلصت مساحة السلطة الاستنسابية. ولكن يطرح الباحث سيباستيان 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؟!»[22].

إذا طبقنا ما يقوله الباحث هنا على قرار (ي)، فإن هذا القرار سيضطر السلطات الإدارية الكويتية إلى العدول عن اتخاذ مثل هذه القرارات التقديرية، 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 الاستنسابية، 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[23].

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

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

حول السلطة الاستنسابية، انظر: يوسف سعدالله الخوري، الانتظام العام في الاجتهاد الإداري– الجزء الرابع، المنشورات الحقوقية، صادر، بيروت، 2001. عصام إسماعيل، طبيعة القرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، الفصل المخصص لمراجعة الإبطال.

(20) 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.

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

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

(23) انظر الدراسة الكلاسيكية في هذا الموضوع للفقيه جان ريفرو بعنوان «مفهوم العدالة والتمييز في =

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[24].

لا نعثر في هذا البحث المعمق للأستاذ سيباستيان هورسون عن مبدأ المساواة بما هو حد للسلطة الاستنسابية رغم دراسته لعدد كبير من القرارات والمفاهيم، كما لا نجد قراراً أبطله القاضي 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، كمرفق العدالة أو الوظيفة العامة، ولم نجد أي قرار يتصدى فيه القاضي الفرنسي لقرار إداري يدخل ضمن السلطة الاستنسابية للسلطة الإدارية دون أن نجزم بعدم وجود أي قرار فرنسي تصدى لقرار مماثل[25].

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 مجلس الشورى الفرنسي بإيداعه 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.

= القانون العام الفرنسي». انظر أيضا:
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.

(24) انظر هذه المراجع (مذكورة في سيباستيان هورسون– سبق ذكره):
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.

(25) من المهم الإشارة هنا إلى أننا اعتبرنا منهجيا 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 الاستنسابية، وهذا ما دعانا إلى القول إنه قرار جريء يذكرنا بمفهوم حكومة القضاة Gouvernement des juges.

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 الوجاهية" في أصول المحاكمات القضائية eL al ed eriotcidartnoc erètcarac erudécorp، وهي تعني حق الفريق في النزاع الإداري أو القضائي في الاطلاع على موقف ودفوع وأسباب الفريق الآخر[26]. كما تجب الإشارة أخيراً إلى أن مسألة إيداع الوثائق هي أمر مرتبط بحق الدفاع الذي هو مبدأ دستوري[27].

الفرع الثالث
انحراف السلطة

يعد انحراف السلطة أحد أسباب تقديم الطعن، وهو مرتبط بالهدف الذي رسمته السلطة الإدارية عند اتخاذها القرار[28]، وبالأسباب الكامنة وبالنية أيضاً، علماً بأن سلطة الإدارة دوماً مقيدة بما يخص هذا الركن من أركان القرار الإداري الخمسة[29]، 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 ويجيد 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،

(26) على سبيل المثال يجب نشر المناقشات القضائية: م.ش.ف. 4 تشرين الأول/أكتوبر 1974، دام دافيد /divaD emaD/، مجموعة دالوز، ص 464. نعلم أن موجب إبلاغ الوثائق تطبيقاً لمبدأ الوجاهية «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 الوجاهية»، مجلس الشورى اللبناني، «جورج زيدان ورفاقه»، تاريخ 26/10/2005، 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.

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

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

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

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 اذا كانت العلامة (40) فإن هذا يعني مما لا شك فيه أنها أداة، إلى حد كبير، لارتكاب انحراف سلطة، وتعيين من يتم تعيينهم سلفاً[30].

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"[31]. وتعليقاً على ذلك، يمكن القول إن 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 يعاقب انحراف السلطة عبر مفهوم إلزامية الإدارة إيداع المستندات التي تطلبها المحاكم، وتالياً مخالفة مبدأ الأصول الحضورية[32]. لهذا وصفنا القرار بأنه جريء؛ لأنه يراقب السلطة التقديرية التي تتمتع بها اللجان الفاحصة.

مثال ذلك في التعليم الجامعي، عندما يطلب طالب مراجعة مسابقته، فإنه يتلقى دوماً التنبيه بأن: «العلامة لا تُعدل إلا في حالة الخطأ المادي، ولكن لا يحق لك أن تناقش الأستاذ في المضمون فهو حر التصرف وسلطته تقديرية أو استنسابية». ولذلك تعتمد اليوم طرق أخرى في التصحيح من مثل أسئلة «خطأ أو صح» كي يقل هامش السلطة الاستنسابية لدى الأستاذ. فالشيء ذاته يقال فيما يخص اللجان الفاحصة في المباراة والعلامة التي تقرر للمقابلة الشخصية. إن هذا القرار الكويتي سيدفع الإدارة إلى وضع

(30) 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 «اللفلفة»، جريدة الأخبار اللبنانية، 20-9-2017.

(31) انظر: 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: 546/1017 إداري/5.

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

ضوابط أخرى تحظر أي احتمال لارتكاب انحراف سلطة مموه [33].

الفرع الرابع
حدود السلطة الاستنسابية

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[34] 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 كالأمور الهندسية. وأيضاً في قرار لبناني آخر، قرر «الشورى» أنه: «يعود أمر البت بعلامات الامتحان أو المباراة للجنة الفاحصة» [35].

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 الاستنسابية هي: مادية الوقائع وتكييفها[36]، الوقائع القانونية، الخطأ البيِّن في التقدير وانحراف السلطة. وبعد ذلك دخل إلى هذا الحد أو ذاك، لاسيما في

(33) 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 وكل دولة عضو وكذلك البرلمان الأوروبي منذ معاهدة نيس Nice أن تقدم مراجعات طعن بقرارات الاتحاد الأوروبي استناداً إلى مفهوم انحراف السلطة.

(34) م. ش، «توراني ورفاقه»، تاريخ 30/10/1961، مجموعة إدارية، 1961، ص 366.

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

(36) قرار «غوميل» Gomel الفرنسي، حيث أعمل القاضي رقابته على تكييف الوقائع: م.ش.ف.، 4 نيسان/ أبريل 1914، سيراي، 1917، 3، ص25. 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 قرَّر مجلس الشورى أن ساحة بوفو ليست موقعاً أثرياً.

الأمور الاقتصادية، في مجال رقابة التناسب[37]. لكن ثمة مجال معرض أكثر من غيره للتجاوز في استخدام السلطة أو ممارستها بصورة جد استنسابية هو مجال الحريات الإعلامية وتحديداً في الأنظمة التي تركز على النظام الوقائي[38].

الفرع الخامس

الأمان (أو الأمن) القانوني[39]

طرحت إشكالية الأمان القانوني في عام 1991 في التقرير العام لمجلس الشورى الفرنسي[40]، حيث جاء فيه أنه: «عندما يثرثر القانون، لا يعطيه المواطن أذنه إلا لماماً»[41]، وهي عبارة شهيرة تركز على ضرورة تطوير نوعية قرارات (وقوانين) الدولة[42] 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[43].

(37) مدينة ليل الشرقية الجديدة Est–Lille nouvelle Ville، 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 خيرالله» بمنطقة دار السلام وتضمنت عدواناً على أرض مملوكة للدولة ملكية خاصة» (يسري العصار، المرجع ذاته). وتبعت هذا القرار قرارات مصرية أخرى.

(38) محمد المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، مرجع سابق، ص 184، حيث يشير إلى إنه: يسهل التجاوز في استخدام السلطة الاستنسابية 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 إمكانية التسلط ارتكازاً إلى نصوص كهذه تحتمل ألف تفسير وقابلة لاستخدامها بتوسع مخيف.

(39) 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 الإنجليزي للفظ certainty فهو غير موفق في رأيي.

(40) 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.

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

(42) أي أن تكون مفهومة للشخص العادي.

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

يُعرِّف 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»[44].

لماذا نطرح موضوع الأمان القانوني في هذا التعليق، إن الجواب بسيط وهو أن المتقدمين لوظيفة باحث قانوني مبتدئ في الكويت ينبغي أن يكونوا على اطلاع مسبق على تفاصيل العلامات ومواضيع الاختبارات. لم تطرح محكمة الاستئناف الإدارية مسألة الأمان القانوني، ولكننا نعرج 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، وننطلق من هذا الافتراض لنقول بأن العدل والإنصاف يفترضان اطلاع 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
تحصين القرارات الإدارية

ألمح المستأنف (ي) في لائحته الاستئنافية إلى مفهوم تحصين القرارات الإدارية، عندما اعتبر أن محكمة الدرجة الأولى ذهبت في "قضائها إلى تحصين قرارات لجنة الاختبار وخروجها عن نطاق رقابة القضاء" خارج إطار أعمال السيادة، والتي في أي حال تتقلص دائرتها بفعل رقابة القضاء الإداري[45]، إذ ثمة أعمال أو قرارات محصنة لا تقبل الطعن لتجاوز حد السلطة[46] لأنها محصنة بالقوانين مثل قرارات بعض لجان التأديب التي حصَّنها 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

(44) « 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.

(45) 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 الجناسي»، المنشور في صحيفة القبس الإلكترونية، 10 فبراير، 2017.

(46) أو الإبطال أو الإلغاء.

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[47]؟

وبصورة عامة، فإن تحصين القرارات لا يروق أيضاً للفقه 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»[48].

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

(48) محمد الفيلي، «التكويت قادم ولو بعد حين»، جريدة القبس، 20-9-2017.

المبحث الثاني
القاضي الإداري الكويتي يعزز رقابة القضاء الإداري

في المطلب الأول نعالج الجديد الذي أتى به قرار[49] (ي) حيث أعمل القاضي الإداري رقابته ضمن السلطة الاستنسابية للإدارة متجاوزاً أصول الرقابة التقليدية، ثم نعرض للاستنتاجات وتقييم القضاء الكويتي الإداري والدستوري الذي ساهم هو أيضاً في تضييق مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، حيث قرر عدم دستورية القانون رقم 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية (المطلب الثاني).

المطلب الأول
الجديد في قرار (ي) وجهود المحاكم الدستورية في التصدي للسلطة الاستنسابية

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 إعمال 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) مقارنة مع قرار فرنسي

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

أولا– رقابة متميزة:

إن الجديد في هذا القرار هو ما يلي: يتدخل القاضي الإداري الكويتي في قلب السلطة الاستنسابية بصورة عميقة؛ لأنه يرفض علامة الـ (40) في المائة للمقابلة الشخصية، وهذا أمر متروك مبدئياً للسلطة الاستنسابية، وما يدلل على صحة ما نقول هو أن

(49) نستخدم في هذا البحث لفظ قرار أو حكم لا فرق بينهما بنظرنا. في لبنان نستخدم عبارة «قرار إداري» وفي الكويت حكم.

القاضي تجاوز العناصر العادية لرقابة القاضي ضمن السلطة الاستنسابية بدليل أنه لم يذكرها: فهو لم يقل إن الإدارة وقعت في الخطأ البيِّن بالتقدير أو ارتكبت خطأ في تكييف الوقائع أو غير ذلك، إنما ذهب مباشرة إلى 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 البيِّن، وهو ما يؤكد بأن القاضي يمتلك سلطة إبطال أي قرار تتخذه السلطة الإدارية يكون متعارضاً مع العدل والإنصاف وحتى ضمن ممارستها للسلطة الاستنسابية.

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 القصوية Contrôle Maximum. وفي هذا الإطار فإننا نرى بأنه في هذا القرار وفي القرارات المماثلة، يبتكر القاضي الكويتي مفهوماً جديداً ضمن مفاهيم رقابة الأعمال الإدارية وهو مفهوم الرقابة على "القرارات الاستنسابية بامتياز والمعرَّضة لاحتمال المحاباة والانحياز".

فالجديد في هذا القرار إذن هو دخول المحظور، أي دخول النواة الصلبة من السلطة الاستنسابية التي تقف خلفها الإدارة لارتكاب تجاوزات تكون أحياناً كثيرة ظالمة بنتائجها على الأفراد. ولنستعد قليلاً ما قلناه في القسم الأول من أن القضاء الإداري طوَّر رقابته ودخل ضمن حدود السلطة الاستنسابية، فالإدارة في السابق هي الملك الذي لا يخطئ[50]، 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 تغيَّب 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 الاستنسابية كما

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

سبق وأشرنا (الوقائع المادية وتكييفها، الوقائع القانونية، الخطأ البيِّن بالتقدير وانحراف السلطة). وأضيفت إليها لاحقاً رقابة التناسب في الأمور الاقتصادية وربما أيضاً في موضوع الحريات (قرار بنجامين الفرنسي)، حينما قرر مجلس الدولة بأن الإجراءات التنظيمية التي يتخذها البوليس يجب ألا تمس من حرية الاجتماع، وهي تشكل الاستثناء، فيما تمثل الحريات الأصل والقاعدة[51].

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 استنسابية، إذ تشمل الرقابة على صحة الوقائع المادية، مخالفة القانون (ومن ضمنها الخطأ القانوني)، الخطأ البيِّن 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 يشر إلى انحراف في السلطة ولا حتى عن خطأ بيِّن بالتقدير، بل ذهب مباشرة ليراقب فعلياً أعمال الإدارة، باستثناء الحالات التي يمنح فيها النص القانوني وبصورة واضحة تماماً سلطة استنسابية 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 غدا مفتوحاً أمام الأفراد، بعد أن تم تعديل المادة الرابعة (مكرراً) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية للعام 1973، والتي تنص على أنه: "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بدعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية فى أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية

(51) 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

بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة فى 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[52]. ورغم ذلك، فإن السماح للمواطنين الأفراد بالطعن بدستوية القوانين يعد تقدماً مقارنة بدول عربية كثيرة، ففي لبنان على سبيل المثال تنحصر إمكانية الطعن في دستورية القوانين بالسلطات العليا[53].

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 أن يرصد ثغرة معينة في القانون، فإنه يمكنه الولوج عبرها لاتخاذ القرار الذي يراه سليماً.

ثانيا– مقارنة مع قرار فرنسي:

في قرار حديث صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية الفرنسية[54]، اتخذ القاضي قراراً متعلقاً بالامتحان الشفهي ومدى إمكانية رقابته من القضاء، حيث أشار إلى أنه يصعب على من رسب في الامتحان الشفهي أن يثبت أن العلامة تنم عن لا مساواة. ويستند رفض القضاء الإداري إلى تقليد راسخ في شأن إعمال رقابة تقدير على أعمال اللجان الفاحصة وتحديداً حول أداء المرشح، وإن كل ما يمكن للقاضي فعله هو الطلب من الإدارة أن تزوده بكل ما يعتبره ضرورياً لاستكمال التحقيق[55]. 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).

(52) 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. ويكفى إيداع كفالة واحدة فى حالة تعدد الطاعنين إذا أقاموا طعنهم بصحيفة واحدة ولو اختلفت أسباب الطعن، ويعرض الطعن على المحكمة المنعقدة فى 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 فى محضر الجلسة. وإذا رأت المحكمة غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن».

(53) تنص المادة 19 من الدستور اللبناني، المعدلة وفقاً للقانون الدستوري بتاريخ 17/10/1927، والقانون الدستوري رقم 18 تاريخ 21/9/1990 على أنه: «ينشأ مجلس دستوري لمراقبة دستورية القوانين والبت 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».

(54) CAA 10 ème ch , 28 mars 2017.

(55) وفقاً للمادة 623–1 من قانون العدل الإداري الفرنسي Code de Justice administrative

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 متعلقة بالامتحان بحد ذاته وما قدمته[56].

وما تجدر الإشارة إليه أن قضية هذه السيدة المرشحة (س.) 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)[57]، إلا أن المحكمة لم تأخذ بدفوع 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 الاستنسابية 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 أذعن لقرار اللجنة التي اعتبرت السيد "ديوب" غير قادر طبياً على مزاولة المهنة[58].

(56) 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

(57) Considérant que Mme C..., qui a obtenu une note éliminatoire de 7,520 / 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.

(58) قرار «باتريك ديوب»، شورى فرنسي، 2 آذار/مارس 1993، على أننا نلاحظ أن الشورى في هذا القرار يستند إلى تقارير اللجنة العلمية الطبية المثبتة بوثائق ونتائج فحوصات، فيما في قرار (ي) الاستنساب 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 concernant» =

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[59].

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 الامتحانين بنجاح، والمقابلة الشخصية ليست امتحاناً، وهي ليست واضحة المعالم، ومن هنا تنبع خطورة الأمر وسهولة الوقوع بالخطأ البيِّن 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 يتدخل القاضي في أي من عناصر الرقابة؟ ورداً 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 التكييف[60] لاضطره الأمر إلى شروحات لا نهاية لها حول تكييف 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.

= 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».

(59) من المهم الالتفات أحياناً إلى ما يقوله المرشحون الخاسرون رغم مبالغاتهم أحياناً كثيرةً، 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.

(60) 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 Tourangelle Société، لوبون ص 40). وفي موضوع تقدير ضرورة تقسيم لجنة امتحانات إلى مجموعات (27 آذار/ مارس 1987، الآنسة أسبيو Espieu Mlle، لوبون 109).

لقد كان بإمكان القاضي الارتكاز على رقابة التناسب وهي الرقابة القصوى التي يعملها القاضي الإداري، ولكن التناسب[61] 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 البيِّن أو التكييف أو التناسب، لأن هذه المفاهيم بدورها متحركة جداً بسبب ارتباطها بطبيعة النص المعني (واضح، غير واضح، يمنح أم لا سلطة استنسابية 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، إنجلترا...).

الفرع الثاني

جهود المحاكم الدستورية في تقليص السلطة الاستنسابية

في هذا الفرع نعرض لما قام به المجلس الدستوري الفرنسي من رقابة على قوانين كانت تحمل تعزيزاً للسلطة التقديرية للإدارة، كما نفسر 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 كبحاً لسلطة تقديرية واسعة لو قدر الصدور لهذا القانون (ثانياً).

أولاً– المجلس الدستوري الفرنسي:

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

(61) 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.

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 الأولوية الدستورية، وهو ما حدا ببعض الفقهاء لتسميته بالدفع بعدم الدستورية[62] . 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[63]؟ إنها جميع الحقوق والحريات القائمة في كتلة الدستورية[64]، 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

(62) 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.

(63) لقد حققت مسألة الأولوية الدستورية تقدماً كبيراً في فرنسا، حيث إن المجلس الدستوري أعلن عن عدم التوافق بين الدستور والقوانين في 102 حالة من بين 255 أثيرت أمامه، وهذا رقم ضخم. انظر:

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

(64) كتلة الدستورية وتعني القواعد الدستورية التي ينبغي على القانون احترامها، وهي بالإضافة إلى الدستور, الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن للعام 1789, وديباجة الدستور الفرنسي, وميثاق البيئة.

الفرنسي لسلطة الإدارة الاستنسابية وحجَّمَها، ويتعلق الأمر بالقرار[65] 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 الإقامات الجبرية حتى بعد الاثني عشر شهراً، حيث اعتبر المجلس الدستوري أن هذا الأمر يعد مقيداً جداً للحريات ولحقوق الإنسان، وأبطل القانون. لقد قلَّص المجلس الدستوري الفرنسي أيضاً السلطة الاستنسابية 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 الجنحة ومطبق بصورة شرعية"[66]، وكان المجلس الدستوري قد اعتبر أن المادة الثامنة لا تتعلق فقط بالعقوبات التي تطبقها المحاكم الجزائية بل تنسحب إلى كل نص يحمل صفة عقابية [67].

ثانياً– القضاء الدستوري الكويتي ومفهوم السلطة التقديرية للإدارة

اتجه القضاء الدستوري الكويتي بدوره للتضييق من مفهوم السلطة التقديرية للإدارة، وقد تجلى ذلك في قرار صادر في 5 تشرين الأول / أكتوبر 2015 عن المحكمة الدستورية، حيث قررت عدم دستورية القانون رقم 78 لسنة 2015 في شأن البصمة الوراثية، ويعد هذا القرار رسالة موجهة للسلطة التشريعية والإدارية في أنه، 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[68]. وكان القانون قد قرر في مادته الثانية بأنه: «تنشأ بوزارة الداخلية قاعدة بيانات للبصمة الوراثية، وتخصص لحفظ البصمات

(65) Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017624– QPC, M. Sofiyan I. Durée maximale de l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence.

(66) « 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 ».

(67) Loi de finances rectificative pour30 décembre 1982.

انظر أيضاً:

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

(68) 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.

الوراثية الناتجة عن العينات الحيوية التي تؤخذ من الأشخاص الخاضعين لهذا القانون»، كما نصت المادة (11) على أنه: «تسري أحكام هذا القانون على جميع المواطنين 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» [69].

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 الملازم.

إن المحكمة الدستورية الكويتية تملك إمكانات هائلة لو أراد قضاتها إعمال رقابتهم على السلطة الاستنسابية[70] عبر اختصاصاتها الثلاثة: تفسير نصوص الدستور والمواد القانونية المرتبطة بها، وحقها في الرقابة اللاحقة والفصل في مدى دستورية قانون أو مرسوم [71] قائم، وأخيراً حقها في الرقابة المسبقة للفصل في مدى دستورية مشروع بقانون قبل الإقرار.

(69) 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 ألقيت في كلية القانون الكويتية العالمية، بعنوان: «عدم دستورية قانون البصمة الوراثية وأسبابها الفنية»، في 13-11-2017.

(70) 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.

(71) 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.

المطلب الثاني
مزيد من قضم السلطة التقديرية
وموقف من القضاء الكويتي

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

الفرع الأول
قضم السلطة الاستنسابية مستمر في فرنسا
ومقارنة بالقضاء الإنجليزي

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

أولاً– اتجاه قضائي فرنسي لتوسيع نطاق الرقابة :

بالإضافة إلى ما أشرنا إليه سابقاً، يشهد الاجتهاد القضائي الفرنسي اتجاهاً متزايداً لتوسيع نطاق الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية، ويؤكد ذلك قرار فرنسي حديث نسبياً[72] شرع القاضي بموجبه بإعمال رقابة عادية على العقوبات الإدارية، فيما كان ذلك في السابق يقتصر على رقابة ضيقة محددة restreint contrôle، إذ لم تكن رقابة القضاء الإداري تشمل التناسب بين العقوبة والأفعال المنسوبة، فبالكاد كان يقبل برقابة على مادية الوقائع[73]، لكنه منذ عام 1978 بدأ بإعمال رقابة ضيقة[74] .

وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي هذا الاتجاه عندما قرر بأن مبدأ التناسب يطبق على كل العقوبات سواء أكانت قضائية أم إدارية[75]. كما سار قضاة المحكمة الأوروبية لحقوق

(72) Conseil d'État, Assemblée, 13 novembre 2013.
(73) CE 14 , janvier , 1916 C , .n 59619 °et , 59679 au Rec . p. 15 .
(74) L'arrêt de Section Lebon, du 9 juin 1978 (n° 05911, Rec. p. 245.
(75) قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:
CC , n 215–86 °DC du 3 septembre ؛ 1986 CC , n 237–87°DC du 30 décembre؛ 1987
CC , n 248–88 °DC du 17 janvier. 1989

الإنسان في نفس الاتجاه عندما أدخلوا مسألة المحاكمة العادلة في مجال رقابة العقوبات التي تنص عليها المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[76]، ما يعني أننا غدونا أمام رقابة قضاء تشمل كل المسائل الواقعية، بالإضافة إلى التناسب بين العقوبات والخطأ المرتكب[77].

لقد أردنا من هذه المقارنة التأكيد على أن القاضي الفرنسي الذي يستند القاضي الكويتي على 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[78]، ذلك أن هذه المساحة لا تزال متروكة للسلطة الاستنسابية والقاضي لا يراقب هذه المساحة إلا مستعيناً بأحد المفاهيم التي صقلها وخاصة رقابة التكييف والخطأ البيِّن. وبعكس ذلك فإن القاضي الإداري الكويتي لم يتطرق أو يستند إلى هذه المفاهيم.

ثانياً– مقارنة بين السلطة الاستنسابية في فرنسا وإنجلترا:

إن مفهوم السلطة الاستنسابية أساسي في فرنسا لأنه مرتبط بجبروت الدولة وقوتها، بخلاف الأمر في القانون الإنجليزي حيث إن "الاستنساب discretion» يعد وسيلة تأطير قانوني ذاتي auto–encadrement تقوم به الإدارة ذاتها. من ناحية ثانية يلاحظ الباحث إيمانويل بريين أن: مفهوم "الاستنساب" يحتل في القانون الإنجليزي مساحة هائلة،

(76) 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 مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون، ويصدر الحكم علنياً، ويجوز منع الصحافيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو عندما تتطلب ذلك مصلحة الصغار أو حماية الحياة الخاصة للأطرا، 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.

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

(78) رغم جرأته المشهود لها في جميع الميادين: فالقضاء الإداري الفرنسي هو من علّم 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 تُشهدُ له موضوعيته: على سبيل المثال القرار الذي اتخذه 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 السلوكيات والقناعات. قرار صادر في 26 آب/أغسطس 2016. انظر أيضاً: مقال جريدة اللوموند الفرنسية في اليوم نفسه: 26 أب/أغسطس 2016.

لكنه لا يحتل إلا حيزاً متواضعاً في الفقه الفرنسي[79]. ويذهب الباحث إلى أن الفقهاء الإنجليز يعتبرون أن الموظف الإداري يتمتع بسلطة استنسابية عندما تسمح له الحدود الفعلية لسلطته بحرية الاختيار بين عدة أعمال ونشاطات أو عدم القيام بها، ما يعني أن السلطة الاستنسابية بالنسبة إليهم يُنظر إليها بالتعارض مع مفهوم الواجب (duty) . ففي القانون الإنجليزي، الاستنسابية أو الاستنساب يعني كل سلطة الدولة وليس فقط الممارسة الاستنسابية، فالاستنساب ليس قراراً من نمط معين بل القرارات الإدارية بحد ذاتها، فهو إذن مفهوم أكثر اتساعاً بكثير من المفهوم الفرنسي وشديد المرونة[80] .

وفي الوقت الذي يشدد فيه الأستاذ أيمانويل بريين على الفارق الكبير في مفهوم السلطة الاستنسابية بين النمطين الفرنسي والإنجليزي، فإنه يشير إلى تقارب بينهما بدليل أنه يفصح عن هذه الفكرة في نهاية بحثه حيث يقول: إن استخدام مفهوم "المعقول»reasonable في الاجتهاد الإنجليزي هو نفسه مفهوم "الخطأ البيِّن بالتقدير" .

إن السلطة الاستنسابية في القانون الإنجليزي 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[81].

(79) Emmanuel Breen, Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais, RFDA. 2003. p.1159.

مستنداً إلى دراسة:

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

(80) بعض المراجع العامة عن الموضوع في القانون الإنجليزي:

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.

(81) Emmanuell 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.

الفرع الثاني
قرار متميز لن يخلو من تأثير على قرارات لاحقة وقضاء إداري كويتي واعد

نبين في هذا الفرع التأثيرات المستقبلية المتوقعة للقرار الإداري محل التعليق (أولاً) ومن ثم لاتجاه القضاء الكويتي فيما يتعلق ببعض القضايا ومن بينها الحق في الإضراب (ثانياً).

أولاً– التأثير على قرارات أخرى:

نستخلص من هذا القرار رغبة دفينة لدى القضاء الكويتي في إثبات وجوده وإعمال رقابة صارمة على قرارات الإدارة وخاصة فيما يتعلق بصون حقوق المواطنين في العدل والمساواة[82]. وتجدر الملاحظة أن إتاحة الفرصة للأفراد بالطعن بعدم دستورية القوانين وإن بشروط صارمة (خمسة 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 وسلوكيات إدارية أخرى يدور حولها سجال محتدم في الكويت، مثال ذلك: قرار السيدة هند الصبيح، وزيرة الشؤون الاجتماعية والعمل، برفض إشهار جمعية نفع عام تحت مسمى «الحركة الليبرالية الكويتية»[83]، 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 سيبدي رأيه في ما إذا كان قرار الوزيرة يتموضع ضمن السلطة الاستنسابية، وحتى في هذه الحالة فإنه سوف يراقب الوقائع المادية والوقائع القانونية والخطأ البيِّن في التقدير وانحراف السلطة[84]. وقد أثار موقف الوزيرة سجالاً وانتقاداً، حيث اعتبر البعض أنها تمارس تمييزاً ضد جمعية «الحركة الليبرالية الكويتية»، لأنها منحت تراخيص لجمعيات أخرى تتعاطى السياسة[85].

(82) انطلاقاً من التأثير المتبادل 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 استنسابية.

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

(84) المرجع ذاته.

(85) المرجع ذاته.

ثانياً– القضاء الكويتي، قضاء واعد:

إن القضاء الكويتي يمكنه 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 كماً 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[86]، حيث طالب المدعي بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الطعين، وإحالة ملف الدعوى للمحكمة الدستورية. إن هذا الحكم القضائي –ورغم عدم إبطاله 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 إحقاق 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[87]. 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 مفيد[88]. لقد بدأ الاتجاه الليبرالي في موضوع المصلحة مع قرار «كازانوفا» الفرنسي[89]، حيث قبل القضاء مراجعة المكلَّف البلدي ضد كل عمل إداري له مفاعيل على موازنة البلدية، وعلى العكس من ذلك لم تُقبل مراجعة المكلَّف العادي (مكلَّف الدولة) ضد قرار وزاري ولو حمل أعباء على الموازنة. وفي الكويت، فإن المحكمة في قرارها المتعلق برفض دعوى إلغاء زيادة الرسوم الصحية على الوافدين[90] 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 مكتباً 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

(86) حكم الدائرة الإدارية، 2017 إداري/ 2، جلسة 25 أكتوبر، سنة 2017، الدعوى 5957.
(87) 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».
(88) انظر: ف. غارو، Garaud. V، المصلحة للادعاء، أطروحة دكتوراه، جامعة بواتييه في فرنسا.
(89) م.ش.ف، 29 آذار/ مارس 1901، كازانوفا، لوبون، ص 333.
(90) المرجع السابق.

هذه الدعوى لا هي 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، وهذا موقف 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[91].

ثالثاً– موقف القضاء الكويتي من الإضراب:

في إطار الإطلالة على قرارات إيجابية وواعدة للقضاء الكويتي، نشير إلى موقف القضاء الكويتي من الإضراب حيث لم يسمح بأي مجال للاستنساب 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، وبعدم 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 وبدل الأخطار والبونص السنوي..».

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن الدستور الفرنسي لعام 1946 قد أقر الحق في

(91) انظر في موضوع القرارات النافذة تعليقنا على قرار «إلياس غصن»، سبق ذكره، حيث أصدر القاضي الإداري اللبناني قراراً جريئاً تصدى فيه للسلطة التشريعية مستبعداً تطبيق نص «صريح» من أجل إنقاذ حق المقاضاة للأفراد. يراجع أيضاً تعليقنا على قرار «محمد عبيد»، حيث أبطل القاضي الإداري اللبناني قرار وضعه بالتصرف معتبراً أن الإدارة ارتكبت انحرافاً للسلطة؛ لأن الوضع بالتصرف هو عقوبة مخفية وهذا خرق للسلطة الاستنسابية 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.

الإضراب، عندما نص على أنه: "يمارس حق الإضراب في إطار النصوص التي تنظمه"[92]. ومنذ قرار «حرية الجمعيات»Liberté d'association الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي في 16 تموز/ يوليو 1971 اكتسب الحق في الإضراب قيمة دستورية.

(92) ديباجة االدستور الفرنسي للعام 1946.

الخاتمة:

بعد عرضنا لوقائع القرار القضائي ووقوفنا على أبعاده وتأثيراته في إطار مقارن، نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً- النتائج:

- إن دور القاضي الإداري الكويتي في صون حقوق وحريات الأفراد والمواطنين يتعزز، ويمكننا الإشارة دون تردد إلى أن القرار محل التعليق يعد من القرارات الجريئة في هذا المجال[93]، وأن المهم هو الجديد في القرارات القضائية بصرف النظر عن أي مسألة أخرى.
- إن الجديد في قرار (ي) الصادر عن القضاء الإداري الكويتي هو أنه يؤسس لموقف ونمط جديدين في التعامل القضائي مع الإدارة من خلال تعزيز الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.
- إن هذا القرار القضائي وما تثيره قضية إجراءات اختيار المتقدمين لهذا النوع من الوظائف[94] بشكل دوري كان سبباً في تحرك برلماني لتنظيم وتحديد إجراءات مباريات اختيار الباحثين القانونيين المبتدئين الممهدة للالتحاق بوظائف النيابة العامة[95].

ثانياً- التوصيات:

- يوصي هذا البحث بضرورة إعمال مبدأ الازدواجية القضائية في الكويت بما يحقق صون حقوق وحريات الأفراد والمواطنين بصورة أكثر ضماناً في ظل قضاء إداري مستقل.

(93) 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.

(94) 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.

(95) لقد حظيت هذه المسألة باهتمام بعض أعضاء مجلس الأمة الكويتي، إذ تقدم رئيس لجنة العرائض والشكاوى حمدان العازمي باقتراح قانون لتحديد معايير وشروط تعيينات الباحثين القانونيين ووكلاء النيابة. ويهدف هذا الاقتراح لإرساء قواعد قانونية ثابتة لا تتغير «بتغير المتقدمين»، من أجل منع الغبن في التعيينات وهضم الحقوق، ويشترط هذا المقترح بألا يزيد معدل المقابلة الشخصية للمتقدمين على 10 في المائة من المجموع العام لدرجات المسابقة. (جريدة الراي، 24-4-2017).

- كما يوصي بضرورة العمل على إصدار قانون ينظم إدارة المباريات الرسمية، ويقر علامة لا تتجاوز العشرة في المائة للمقابلة الشخصية.
- أصبح من الضروري القيام بتشجيع إنشاء مواقع إلكترونية قانونية بالإضافة إلى المواقع القائمة ليستفيد منها الأساتذة وطلاب الحقوق في الكويت، مواقع مجانية وشاملة تحتوي على جميع القوانين واللوائح وجميع الأحكام في كافة المحاكم.
- من المهم أيضاً زيادة أواصر العلاقة والتنسيق بين القضاء والإدارة والمؤسسات التعليمية وبخاصة كليات الحقوق.

المراجع:

- بدر الخليفة، جريدة النهار، مقابلة، 23 أبريل 2017.
- جورج سعد، القانون الإداري والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- عصام إسماعيل، "طبيعة القرار الإداري"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- محمد الفيلي، التكويت قادم ولو بعد حين، جريدة القبس الكويتية، 20–9–2017.
- محمد المقاطع وأحمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، الجزء الأول، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية، 2012.
- يسري العصار، القرار الإداري، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية، 2017.
- يوسف سعدالله الخوري، "الانتظام العام في الاجتهاد الإداري"، الجزء الرابع، المنشورات الحقوقية "صادر"، بيروت، 2001.

■ **Ouvrages:**

- A. Bockel، «Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration»، AJDA. 1978.
- D. J. Galligan، Discretionary Powers (A Legal Study of Official Discretion)، Oxford، Clarendon Press، 1986.
- Emmanuel Breen، Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais، RFDA. 2003.
- 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.
- 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.
- J. L. Jowell، Law and Bureaucracy (Administrative Discretion and the Limits of Legal Action)، New York، Dunellen، 1975.
- K. Hawkins (dir.)، The Uses of Discretion، Clarendon Press، Oxford، 1992
- P. Cane، An Introduction to Administrative Law، Clarendon Press، 3e éd.،

Oxford، UK، 1996.
- R. Bonnard، Le contrôle juridictionnel de l'administration - Étude de droit administratif comparé، Delagrave، 1934، rééd. Dalloz، coll، La bibliothèque Dalloz، 2006.
- 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.
- X. Souvignet، Le juge administratif et les discriminations indirectes، RFDA 2013.

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	18
المبحث الأول– الوقائع والمفاهيم التي يطرحها الحكم	20
المطلب الأول– الوقائع	20
المطلب الثاني– المفاهيم	22
الفرع الأول– مبدأ المساواة	23
الفرع الثاني– إيداع الوثائق الإدارية	26
الفرع الثالث– انحراف السلطة	27
الفرع الرابع– حدود السلطة الاستنسابية	29
الفرع الخامس– الأمان (أو الأمن) القانوني	30
الفرع السادس– تحصين القرارات الإدارية	31
المبحث الثاني– القاضي الإداري الكويتي يعزز رقابة القضاء الإداري	33
المطلب الأول– الجديد في قرار (ي) وجهود المحاكم الدستورية في التصدي للسلطة الاستنسابية	33
الفرع الأول– تعزيز الرقابة في حكم (ي) مقارنة مع قرار فرنسي	33
الفرع الثاني– جهود المحاكم الدستورية في تقليص السلطة الاستنسابية	39
المطلب الثاني– مزيد من قضم السلطة التقديرية وموقف من القضاء الكويتي	43
الفرع الأول– قضم السلطة الاستنسابية مستمر في فرنسا ومقارنة بالقضاء الإنجليزي	43
الفرع الثاني– قرار متميز لن يخلو من تأثير على قرارات لاحقة وقضاء إداري كويتي واعد	44
الخاتمة	50
المراجع	52