

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



## الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر قانون عام

تخصص : دولة و مؤسسات

تحت إشراف:

د. أحسن غربي

من تقديم الطالبين:

كعرار مولود

العصوي حسين

لجنة المناقشة :

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ بوالشعور وفاء	أستاذ محاضر	رئيسا
د/ أحسن غربي	أستاذ محاضر	مشرفا و مقررا
أ/ صاليع سعد	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2022

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

# شكر وعرفان

الحمد لله الذي بفضلہ تم الصالحات حمدا عظيما كما ينبغي  
لجلال وجهه وعظيم سلطانه على ما منه علينا لإتمام  
هذه الرسالة المتواضعة بالتوفيق

فبصادق روح المحبة و الاخاء ويكل معاني الفخر والاعتزاز  
أزف رسائلي عليها تعبر عن القليل من ذلك الفيض،  
فرسالتى لمشاغل العطاء، و رواد العلم ومنازل الخير، أقدم شكري  
الجزيل للأستاذ الفاضل غربي حسن فقد طبت عملا و طاب غرسك  
وبوركت صنعا، وبارك الله فيك، دمت لنا عطاء و دام فضل نفعك  
فتحية جلية لشخصك الراقي و لعطائك الفياض، و إخلاصك المتفاني.  
كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساندنا في هذه المسيرة  
أخص بالذكر الأستاذة الفاضلة الدكتورة نظيرة عتيق عميدة  
الكلية - كلية الحقوق و العلوم السياسية - التي تسهر  
على نجاح و تألق جميع الطلبة و الأستاذ القدير " صليح سعد"

و

الأستاذة القديرة بو الشعور وفاء  
فجزاهم الله عنا خير الجزاء  
و الشكر موصول  
لكل من اعاننا على إعداد هذا البحث

و

لو

بكلمة طيبة

## إهداء

عملي هذا على تواضعه وبساطته مهدى للوالدين الكريمين عليها رحمة الله ومغفرته  
وللعائلة الصغيرة، وكل إخوتي وأخواتي. للزوجة الكريمة الأصبيلة، وكل أبنائي وبناتي،  
آخرهم قد أطل علينا صبيحة كتابتنا لآخر حرف في هذه المذكرة يوم 16.06.2022  
وأبي إلا أن يكون ضمن القائمة، وهم مشكورين مأجورين معوضين بحول الله على  
تحليلهم بالصبر والتفهم  
فلهم علي  
حق.

كما أهديه لكل صديق يستحق هذه الصفة ومعيارها عندي لي فيه سلطة  
تقديرية لا رقابة عليها و  
لا ينازعني فيها عليها  
أحد.

ولا يفوتني أن أهدي هذا العمل لشريكي فيه وهو مشكور على صبره عليّ و  
معي على  
إتمامه.

الطالب : كعرار مولود

إلى أغلى كلمة نطق بها لساني  
الى من سهرت الليالي من اجلي و كرسـت نفسها لخدمتي و راحتـي  
الى من اعطاها الاسلام ثلث البر و الاحسان  
الى امي الغالية اكبر هدية لي في الكون  
الى من وقف دائما الى جانبي بكل صبر و تحية  
الى من رباني صغير و رعاني كبير  
الى من كان القلب النابض  
الى من اهداني حياته  
الى تـاج رأسي أبي العزيم  
الى جدي و جدتي حفظهم الله شفاهم و اطال في عمرهم اللذان سهرنا علينا و مدانا  
بالدعاء و السـتر و التوفيق في اصعب الاوقات وما التوفيق إلا من عند الله  
سبحانه و تعالى  
الى عماتي و ابنائهم  
الى كل اخوالي و خالاتي  
الى الذين ساندوني ومدوني بالصبر و التفاؤل في اوقاتي الصعبة  
إلى إخوتي وأخواتي  
إلى كل اصدقائي رمز المحبة والاخلاص  
إلى جميع هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضعة راجيا من المولى عز و جل أن  
أكون في المستوى المطلوب.

الطالب : العصوي حسين

---

الرقابة القضائية

---

على

---

السلطة التقديرية للإدارة

---

---

# مقدمة

---

## مقدمة

يرتبط مفهوم الدول الحديثة خاصة الديمقراطية منها ارتباطا وثيقا بمفهوم دولة القانون، التي يسمو فيها القانون على إرادة الحاكم و المحكوم، و هذا على العكس تماما لما كان سائدا و ما شهدته الحياة الإنسانية و ما عاشته الشعوب سابقا في ظل ما يعرف بالحكم المطلق L'Absolutisme، وهو حكم استبدادي كانت فيه السلطة مرتبطة بشخص الحاكم يمارسها كحق أصيل لا ينازعه فيها عليها أحد فكانت سلطة مطلقة أنتجت مفسدة مطلقة.

ولكي تتحقق الدولة الحديثة التي يسمو فيها القانون على إرادة الحاكم اعتمدت معظم الدول - منها الجزائر - في دساتيرها مبدأ الفصل بين السلطات ، أي الفصل بين شخص الحاكم و الدولة من جهة، و توزيع وظائف الدولة بين عدة هيئات مختلفة و مستقلة عن بعضها البعض من جهة أخرى.<sup>1</sup>

و يعتبر المفكر الفرنسي MONTESQUIEU هو الواضع لفكرة مبدأ الفصل بين السلطات عمليا<sup>2</sup> حيث يرى أنه من الضرورة توزيع السلطة بين عدة سلطات حتى لا تنتهك حقوق و حريات الأفراد ، فالرقابة المتبادلة تجعل من السلطة توقف السلطة ، و إذا تجاوزت أي سلطة صلاحياتها فقد تجاوزت مبدأ المشروعية<sup>3</sup>.

إن مبدأ المشروعية أو سيادة القانون يفرض على الإدارة مراعاة القواعد القانونية و عدم الخروج عليها في تصرفاتها و بالذات في القرارات الإدارية، و تنقيد بذلك الإدارة بأحكام القانون في أعمالها منعا للتعسف و استخدام سلطتها و لضمان الحماية الكاملة و الكافية لحريات و حقوق الأفراد، لكن الفقه و القضاء في معظم الدول ينص على أن السلطة التنفيذية في تنفيذها لأحكام القانون لا يمكن أن تكون مجرد آلة تقوم بالتنفيذ لقواعد دقيقة سبق أن وضعها المشرع و لا تترك لها أي حرية في التصرف أو التقدير.

1 - يقصد بالاستقلالية : كون كل هيئة مستقلة الأعضاء و الوظيفة في ممارسة مهامها، فعضو البرلمان لا يمن أن يكون وزيرا في الحكومة و العكس صحيح ، و السلطة التشريعية وظيفتها التشريع، و السلطة التنفيذية وظيفتها تنفيذ القوانين، و السلطة القضائية لضمان سيادة القانون.

2 - مونتيسكيو : أول من أعطى مبدأ الفصل بين السلطات صورتها التطبيقية لتنظيم السلطة في تجربة أجراها على النظام السياسي الإنجليزي، و النظام السياسي الفرنسي و برهن على أن الديمقراطية أكثر انتشارا في إنجلترا مقارنة بفرنسا، نتيجة رقابة السلطات لبعضها و عدم تركيز السلطة في يد واحدة، و إن كان هناك من تطرق لهذا المبدأ قبله مثل أرسطو و أفلاطون و جون جاك روسو و جون لوك، و غيرهم من المفكرين غير أنهم لم يتطرقوا لهذا المبدأ كنظرية متكاملة قابلة للتطبيق، انما تطرقوا إليه من جانب مثالي نظري و فلسفي لا يعكس الصورة التي وضعها مونتيسكيو في كتابه ( روح القوانين ) .

انظر في : ميلود ذبيح ( مبدأ الفصل بين السلطات) رسالة ماجستير ، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2006.

أيضا عمار عباس، العلاقة بين السلطات في الأنظمة السياسية المعاصرة و في النظام السياسي الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2010.

3 - عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، مبدأ المشروعية و الرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2014 ، ص21.

فمن جهة أولى المشرع لا يستطيع مقدما أن يواجه جميع الحالات والظروف العملية التي يمكن أن تحدث في الواقع إضافة إلى أن الإدارة تحتاج إلى قدر من المرونة والملاءمة لمواجهة مسؤولياتها التنفيذية على نحو يحقق المصلحة العامة، لهذا فمن المنطق أن تتمتع الإدارة بقدر كاف من السلطة التقديرية في ظل الإطار العام للمشروعية وقواعد القانون.

ومن جهة ثانية فإن الإدارة أو السلطة الإدارية تحتاج إلى قدر أكبر من الحركة وحرية العمل خاصة إذا تعرضت البلاد لظروف استثنائية شديدة قاسية وغير عادية حيث لا تجدي مواجهتها هذه القواعد القانونية التقليدية أو القواعد التي تم وضعها لتحكم الظروف والأوضاع العادية، وهذا ما يبرر ظهور ونشأة نظرية الظروف الاستثنائية التي من شأنها أن تعطي الإدارة الحرية اللازمة وبالقدر الضروري لإنقاذ المصالح العامة ومواجهة أخطار الأوضاع و الظروف الاستثنائية.

ومن جهة ثالثة هناك من الأعمال والتصرفات العامة التي تشترك في إجراءات السلطة التنفيذية هذه الأعمال والتصرفات بمصالح سياسية عليا أو باعتبارات الأمن القومي للبلاد لهذا تتفق العديد من الدول على عدم ملاءمة مناقشة هذه القضايا ذات الطابع السيادي أمام ساحات القضاء.

وهكذا تظهر لنا ثلاثة قيود على مبدأ المشروعية وهي على التوالي: السلطة التقديرية، نظرية الظروف الاستثنائية، ونظرية أعمال السيادة وتسمى أيضا بالأعمال الحكومية، هذه النظريات الثلاث تمثل نوعا من الاستثناء أو القيود على مبدأ المشروعية وما يقتضيه هذا المبدأ من خضوع الإدارة إلى القانون والرقابة القضائية ولهذه الاستثناءات أو القيود مل يبررها وهي تتصل بمصالح عليا أولى بالرعاية، ولهذا فهي ليست في الواقع إلا الحدود الطبيعية لمبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون.

اليوم، لم يعد هناك جدل أو نقاش من جانب رجال الفقه والقضاء حول ضرورة تمتع الإدارة وهي تباشر اختصاصاتها ومسؤولياتها القانونية بسلطة تقديرية، أو بقدر من حرية التصرف. فالجميع معترف في واقع الأمر بأن هذه السلطة أو ذلك القدر من الحرية يعد بمثابة الشرط الأول لحياة و بقاء الإدارة، خاصة بعد أن تعاضم الدور الذي أصبحت تضطلع به في الوقت الراهن نتيجة تشعب و تداخل مجالات ومسؤوليات الدولة الحديثة.

إلا أن الجميع مجمع في ذات الوقت على أن هذه السلطة التقديرية لا يجب أن تباشر خارج إطار القانون. بمعنى أن الإدارة حينما تباشر اختصاصاتها التقديرية إيجابية كانت أم سلبية، فإنه يجب عليها أن تلتزم في هذا الشأن دائرة و حدود النظام القانوني المقرر في الدولة، لما في ذلك من كفالة وضمانة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم، ولما في ذلك أيضا من إقرار بأن الدولة

التي بها تلك الإدارة دولة قانونية يسودها مبدأ المشروعية. فمهما قيل عن ضرورة السلطة التقديرية للإدارة، ومهما قيل في تبريرها . . . . فإن هذه السلطة لا يمكن أن تظهر في نظام لا يأخذ بنظام الدولة القانونية ومبدأ سيادة القانون، فحيث لا تكون الدولة قانونية وحيث لا يكون للقانون سيادة، فلا معنى للحديث عن السلطة التقديرية للإدارة، لأن سلطتها ستكون عندئذ سلطة تحكمية لا تقديرية.

هناك إذن ارتباط وتلازم بين أن يكون للإدارة سلطة تقديرية، وبين أن تكون الدولة التي تباشر فيها الإدارة هذه السلطة دولة قانونية، ولكن كيف نضمن خضوع الإدارة للقانون في هذه الدولة القانونية؟ أو بمعنى آخر كيف يمكن حث الإدارة وإجبارها على ضرورة الالتزام حينما تباشر اختصاصاتها التقديرية بحدود و دائرة النظام القانوني المقرر في الدولة؟

**أولاً - أهمية موضوع الدراسة و الهدف منه :**

**1 - أهمية موضوع الدراسة :**

**أ - نظرياً :** هذا الارتباط و التلازم القانوني في العلاقة بين سلطة الإدارة التقديرية، و الدولة القانونية الذي رأينا فيه أهمية بالغة هي التي ساقطنا للخوض فيه ، و الفقه في الواقع يجمع أيضا على أن الرقابة الإدارية أو الذاتية ، والرقابة السياسية سواء أكانت رقابة برلمانية أو رقابة رأي عام ، وإن كانت تلعب دورا هاما في هذا الصدد ، إلا أن الرقابة القضائية تعد من أنجح وأفضل السبل لذلك ، لما تكفله للأفراد من ضمانات وامتنيازات تفنقر إليها كافة صور الرقابة الأخرى، و هذا ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع بالذات ، و جعلناه موضوع دراستنا التي عنوانها : **الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة**

فالرقابة القضائية: «هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود» كما قالت بذلك المحكمة الدستورية العليا المصرية.

من هنا يمكن القول أن الرقابة القضائية لمختلف أعمال و أنشطة الإدارة التقديرية تمثل مطلباً ملحا وأساسيا في الدولة القانونية لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم ضد التعسف أو التسلط المحتمل من جانب الإدارة حين مباشرتها تلك الأعمال.

كما أن دراسة القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج تحظى بأهمية بالغة، لأن هذا القضاء يختص بالرقابة على الإدارة للتحقق من مشروعية تصرفاتها. وتزداد بخاصة في الوقت الراهن بسبب ازدياد تدخل الدولة في عديد ميادين النشاط الإداري، كما أنه من واجب

الدولة التي تحترم نفسها أن تمكن الأفراد من اقتضاء و حفظ حقوقهم، و كفالة العدالة في أروقة الإدارة، و لن يتحقق هذا إلا في ظل رقابة قضائية متخصصة و متميزة على الإدارة، تلك الرقابة التي لا بد لها ان تستهدف:

- حماية الحقوق و الحريات التي كفلها الدستور للأفراد.

- إلزام الإدارة باحترام مبدأ المشروعية و الخضوع له.

و تتجلى بوضوح أهمية الموضوع من الناحية النظرية و العلمية كون معظم النزاعات و المسائل التي أثارت و تثير جدلا فقهيًا حادا في كل من القضاء و القانون الإداري تدور حول السلطة التقديرية للإدارة، و مدى رقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة الصادرة في ظلها، و التي تعتبر كامتياز من امتيازات السلطة العامة المقررة و الممنوحة لها لتحقيق المصلحة العامة. أما على صعيد القضاء الجزائري، فإن تكريس هذا الأخير لرقابته على السلطة التقديرية للإدارة سيقود إلى إمعان النظر في بعض المفاهيم النظرية في القانون الإداري، مما يسهم في إثرائه أكثر، باعتباره قانونا مرنا يتفاعل مع الظروف ويستجيب للتطورات الحاصلة في الحياة الإدارية، فهو قانون ذو طابع قضائي منشيء.

## ب - عمليا :

يجب ألا يفسر منح الإدارة امتياز السلطة التقديرية لممارسة أنشطتها على أنه سبيل نحو تغول الإدارة و لا هو صك على بياض لممارسة استبدادها و التعالي و التطاول على الأفراد و تهديد حقوقهم و حرياتهم، بل على النقيض من ذلك فمنحها ذلك الامتياز إنما كان بهدف تسيير و تيسير مهامها و تمكينها من أداء وظائفها، وفي الوقت نفسه حماية الحقوق و الحريات الفردية. و لن يتأتى السبيل إلى ذلك إلا بإخضاع تلك السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة لرقابة القضاء الإداري، فلا يمكن أن تمارس هذه الإدارة السلطة التقديرية خارج حدود القانون، و إذا ما تم ذلك و جب ردها إلى جادة الصواب و ذلك بتفعيل رقابة قضائية صارمة عليها، لأن القانون يجب أن يفرض احترامه على السلطة الإدارية و غيرها من السلطات، وهذا ما يمثل ضمانا أساسيا و موثوقا لحريات الأفراد و مراكزهم القانونية.

فيأمن الأفراد بذلك تعسف الإدارة لأنها غير مأمونة الجانب، هذا كلما راقب القضاء الإدارة في استخدام سلطتها، أما غير ذلك أي كلما تركها تتصرف بحرية فإن باب الانحراف و الاستبداد أمامها يصبح مفتوحا على مصراعيه.

و هنا تظهر أهمية موضوع دراستنا كون الأعمال الصادرة عن الإدارة في ظل سلطتها التقديرية تعتبر ميدانا ضيقا و محدودا لممارسة الرقابة القضائية عليها، ومن ثم تحد و تضيق من مبدأ المشروعية، و بذلك تتحصن تصرفات الإدارة من الرقابة القضائية، مما يؤدي بها الى المساس الأكيد بحقوقهم و حرياتهم من خلال تعسفها في استعمال سلطتها بحجة تحقيق المصلحة العامة، فتوسع بذلك من دائرة الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية، و من هنا جاء اهتمامنا بهذا الموضوع للبحث في مضمون السلطة التقديرية للإدارة و حدودها و مجالها، و مدى رقابة القضاء عليها .

## 2 - الهدف من موضوع الدراسة :

لقد أردنا من خلال هذه الدراسة الوقوف على واحد من أهم الاستثناءات و القيود الواردة على مبدأ المشروعية لدى الدولة القانونية، وهو السلطة التقديرية الممنوحة لجهاز الإدارة، و مدى خضوعها لرقابة القضاء. حيث أن هذه المزية الممنوحة للإدارة لأجل المصلحة العامة بإمكانها وهي تمارس اختصاصها وتقرر قراراتها أن تمس بحقوق الأفراد و حرياتهم، أين ينعكس ذلك سلبا على طبيعة العلاقة القائمة بين الافراد و الإدارة و الثقة بينهما، و تتجلى أهمية الدراسة أيضا في محاولة رفع اللبس الحاصل بسبب التداخل بين بعض المفاهيم المشابهة، كالتناسب و الملاءمة، و أثر ذلك على فعالية الرقابة القضائية على قرارات الإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية.

كما تهدف دراستنا هذه لمحاولة تبيان دور القضاء و مدى فعالية رقابته على قرارات الإدارة الماسة بحقوق الافراد خاصة، و مدى تحققه - القضاء - فعليا من تحقيق المصلحة العامة من عدمها في قرار الإدارة ، كونه يقر بان المصلحة العامة متحققة بقرار الإدارة .

و يتحدد نطاق دراستنا هذه في تبيان الجوانب النظرية و التطبيقية في القرار الإداري فضلا عن الولوج في الميدان الرحب للقضاء و مدى رقابته على سلطة الإدارة التقديرية التي تم تعزيزها بقرارات القضاء والتي تهدف لإنجاح عمل الإدارة، و في نفس الوقت تعزيز الحماية للمتعامل معها، خاصة و أن الميدان الطبيعي لتقييم و التحقق من صحة تقدير الإدارة هو القضاء.

## ثانيا - أسباب اختيار الموضوع :

تم اختيار هذا الموضوع بالذات ليكون محل دراستنا، لأسباب:

### 1 - موضوعية :

نعددها فيما يلي :

- موضوع ذو أهمية بالغة، و يعد من صميم القانون الإداري و القانون العام.

- الوقوف على واحد من أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية، ألا وهي السلطة التقديرية للإدارة.
- مجال خصب، لكن يكتنفه الغموض، نتيجة تأرجح كفتيه بين التشدد و التسامح.
- الرقابة القضائية على السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة تعد من أنجح وأفضل السبل لفرض مبدأ المشروعية وسيادة دولة القانون لما تكفله للأفراد من ضمانات وامتيازات تفتقر إليها كافة صور الرقابة الأخرى.
- توضيح العلاقة بين سلطة الإدارة التقديرية، و الدولة القانونية.
- ردع تعسف الإدارة، وكبح جموح موظفيها.
- تزايد انحراف الإدارة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ، و سوء استعمال هذه الميزة الاستثنائية.
- الموقف السلبي للقضاء تجاه السلطة التقديرية للإدارة، الذي أصبح يعاب عليه المساس بمصالح و حقوق المتقاضين و ما فيه من تشجيع لتعسف الإدارة.

## 2 - ذاتية :

- تمثلت في : - التعمق في موضوع السلطة التقديرية للإدارة، الذي لم يصبح هامشا من الحرية للتصرف وتصريف الأعمال فقط.
- الاضطلاع بموضوع بالغ الأهمية من صلب اختصاصنا (القانون العام) وهو رقابة القضاء على السلطة التنفيذية.
- محاولة الإلمام بموضوع قد نكون مستقبلا أحد أطرافه، إما في سلك الإدارة أو القضاء، أو المتقاضين.
- و كدافع شخصي ضيق أيضا أردنا من خلال هذا البحث أن نساهم بتوجيه و مساعدة و رفقة من المشرف علينا : الأستاذ الدكتور غربي أحسن، في تقديم عمل قانوني متواضع - نتقبل فيه كل انتقاداتكم و توجيهاتكم و تعديل النقائص التي تشوبه - يكون حوصلة لما تلقيناه خلال مسارنا الجامعي لخمس سنوات و نترك به أثرا قد يكون له منفعة لطلبة القانون العام في قادم السنوات بحول الله.

## ثالثا - طرح إشكالية الدراسة و خطة البحث :

- بما أن السلطة التقديرية للإدارة تعد أحد الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية، فهذا لا يوحي بحصانتها من أشكال الرقابة القضائية، كما أن هذه الأخيرة ليست مطلقة و لا جامدة لتشل

حركة الإدارة ، و بعد عرضنا لمختلف الجوانب التي تمس هذا الموضوع وجدنا أنفسنا أمام جدلية قانونية إذا صح التعبير طرفاها؛ سلطة تقديرية ممنوحة للإدارة، و رقابة قضائية عليها، أي بين حرية في التصرف من جهة و تقييد أو رقابة عليها من جهة أخرى ، ومن هنا تتبلور في أذهاننا الفكرة التالية : إلى أي مدى يمكننا تقييد و مراقبة الحرية التي منحناها للإدارة في تسيير شؤونها و شؤون الأفراد ؟ هذا التساؤل الذي يقودنا لطرح الإشكالية لنصوغها بدقة على النحو التالي :

### ما مدى فعالية آلية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة

#### أثناء ممارستها لاختصاصاتها؟

فبعد عرض حال موضوع الدراسة بصورة نظرية شاملة تضمنته مقدمة هذه الدراسة تطرقنا فيها لمختلف جوانب الدراسة وتحديد مجالها، وذكر أهمية بحثنا هذا من ناحيتيه النظرية والعملية، و الأسباب التي كانت وراء اختيارنا لهذا الموضوع الموضوعية منها و الذاتية، و الأهداف المرجوة منها، دون اهمال العقبات التي صادفتنا، و ذكر المناهج المتبعة فيه وصولاً إلى صياغة الإشكالية الأساسية لموضوع مذكرتنا هذه، قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين اثنين، على النحو التالي:

**الفصل الأول :** خصصناه للحديث عن الإطار النظري لفكرة السلطة التقديرية للإدارة في مبحثين ، فأما المبحث الأول فنظري فقهي بالكامل أردنا فيه إعطاء مفهوم و مدلول شامل و واسع لفكرة السلطة التقديرية للإدارة تطرقنا فيه لـ ماهية السلطة التقديرية للإدارة في مطلبين ؛ الأول عن مفهوم السلطة التقديرية للإدارة ، و تناولنا في المطلب الثاني أساس و مبررات الأخذ بفكرة السلطة التقديرية للإدارة. و أما المبحث الثاني من هذا الفصل فخصصناه لتحديد مجال التقدير و التقييد لعناصر القرار الإداري.

**الفصل الثاني :** خصصناه بالكامل لتفصيل و تبيان آلية الرقابة القضائية ( الوسائل و الأساليب) على السلطة التقديرية للإدارة في مبحثين أيضاً.

و أنهينا بحثنا هذا بخاتمة حوت النتائج التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع الحساس من القانون الإداري و التي تمس أحد مبادئه الأصيلة (مبدأ المشروعية) في استثناء من الاستثناءات الواردة عليه وهي السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، و مدى فعالية جهاز القضاء في الرقابة عليها، و حاولنا إسقاط دراستنا النظرية على واقع الحال عملياً لنخرج بتوصيات هامة لكل من الإدارة و المشرع و القضاء لكيفية إعمال آليات قضائية فعالة أصبحت مطلبا ملحا للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة للحد من حدتها و لمواجهة ما يثار حولها من نزاعات إدارية ، آمليين ألا يتأخر القضاء الجزائري عن مسايرة ركب التطور الذي أصاب نظيره الفرنسي و المصري في

الرقابة على قرارات الإدارة الصادرة عنها بمقتضى ما لها من سلطة تقديرية باعتبار القضاء الحصن الأمين لضمان و صيانة حقوق الافراد و حرياتهم ضد تعسف الإدارة.

#### رابعاً - منهج الدراسة :

لقد فرض علينا موضوع الدراسة هذا طبيعة المنهج الذي انتهجناه فعمدنا بذلك لانتهاج :

- 1 - **المنهج التحليلي** : باعتباره الأنسب لعرض مختلف عناصر البحث الكثيرة و المتشعبة، أين يكون له الدور الكبير في تحليل النصوص القانونية و الآراء و النظريات الفقهية خاصة فيما تعلق بمفهوم و مضمون و نطاق السلطة التقديرية للإدارة، و هو الأنسب أيضاً لتحليل موقف القضاء، و اتجاهه نحو فرض الرقابة على السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة.
- 2 - **المنهج المقارن** : يعد هذا الموضوع من ابتكار القضاء الإداري الفرنسي و طور جزء منه فيما بعد القضاء الإداري المصري لهذا تخلل هذه الدراسة - متى اقتضى الأمر - أسلوب المقارنة في بعض جوانبها، بغرض المقارنة بالاجتهاد القضائي المصري و الفرنسي، بسبب ندرة الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الشأن. كما استعنا بهذا المنهج لرسم وضبط ماهية السلطة التقديرية وحدود الرقابة القضائية عليها (خاصة في التعريف).

- 3 - **المنهج الوصفي** : يغلب الجانب الفقهي على موضوعنا هذا خاصة في فصله الأول ، الأمر الذي يتطلب سرد بعض المعلومات و المعطيات و لهذا عمدنا فيه لاستخدام المنهج الوصفي.
- 4 - **المنهج التاريخي** : لم يغيب حتى المنهج التاريخي عن بحثنا ، إذ أن فكرة السلطة التقديرية و الرقابة القضائية عليها ليست وليدة الساعة ، بل خضعت لتطورات و مرت بمراحل تاريخية أشرنا إليها في دراستنا هذه.

#### خامساً - عقبات الدراسة :

مما لا شك فيه أن تناول هذا الموضوع لم يكن من السهولة بمكان ، إذ اكتتفته بعض المشقات تتمثل أساساً في كون هذه الدراسة دراسة نظرية محضة، تفتقر للجانب التطبيقي و التريص العملي أوعلى الأقل الاضطلاع و الوقوف عليها مباشرة ، لدى أروقة القضاء الإدارة ، غير أننا لن نلقي باللوم في هذا على أحد نظراً للظروف الاستثنائية التي ميزت هذه الفترة - جائحة كورونا- و نظراً لأهمية و مكانة هذا الموضوع الذي حظي بدراسات و بحوث و مؤلفات عدة فقد صعب علينا المأمورية لتشعبه و كثرة المصادر التي تناولته، وصعوبة انتقاء أيها يكون لنا أفيد، فتعسر علينا الخروج برؤية واضحة بالطبع خلال مرحلة القراءة و التفكير و الانتقاء التي تسبق مرحلة الاقتباس و التمهيص و التحرير، فقد عانينا من المصادر التي عنيت به لكثرتها لا لقلتها ، فلم نجد حيلة

للإيجاز و الاختصار و حاولنا بذلك ما استطعنا التوفيق و موازنة فصلي الدراسة ، لضيق الوقت و دسامة الموضوع.

هذا بشكل عام أما المراجع المتخصصة في هذا الموضوع من جانب الفقه الجزائري فهي نادرة جدا. كما لا يفوتنا ذكرنا أن من العوائق التي واجهتنا خلال التعرض لهذه الدراسة هو ندرة الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الموضوع، سيما الحصول على الأحكام الجديدة لمجلس الدولة الجزائري، أو المحكمة الدستورية حديثا.

### سادسا - الدراسات السابقة :

إن أغلب ما كتب حول هذا الموضوع في الجزائر هي مجموعة من المذكرات لنيل شهادة الماجستير أو الماستر في القانون العام ، و قلت فيه أطروحات الدكتوراه على حيوية وخصوصية هذا المجال للدراسة، على العكس تماما من دول أخرى كفرنسا أين نجد دراسات أنجزت لإعداد رسائل دكتوراه و كتب عدة ألفت ، و من مجمل ما اطلعنا عليه من الدراسات السابقة :

- لطفائي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة و مدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون إداري معمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية - قسم القانون العام - جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016.
- الدكتور رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- الدكتور نكتل إبراهيم عبد الرحمن، التناسب في القرار الإداري، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، 2016.

---

## الفصل الأول

---

---

# الإطار النظري لفكرة السلطة التقديرية للإدارة

---

إن طبيعة العمل الإداري تجعل من المستحيل على المنظم أن يحدد منهاجاً أو يعين مساراً مسبقاً تلتزمه الإدارة في مباشرة مهامها أو أن يرسم لها الموقف الواجب اتخاذه والقرار المفترض إصداره بمواجهة كل حالة أو ظرف ، لأنه لا يدرك القصور ولا ينتبأ بالظروف التي ستحيط بكل تصرف، مما يستلزم عليه ترك سلطة تقديرية للإدارة للتصرف على ضوء الظروف والمتغيرات والمستجدات، فلا يدخل المنظم في جزئيات وتفصيلات النشاط الإداري إلا في حالات معينة أو استثنائية.

فعندما يترك القانون للإدارة حرية التصرف في شأن من الشؤون يقال لها سلطة تقديرية، أما إذا قيد حريتها في أمر ما فلا تستطيع أن تتصرف إلا على نحو معين فإن اختصاصها في هذا الأمر يكون اختصاصاً مقيداً.

وتستمد السلطة الإدارية صلاحياتها عادة من القانون، باستثناء أعمال السيادة فجميع قرارات الإدارة يجب أن تستند للقانون بمفهومه الواسع، وتختلف طبيعة الصلاحيات التي يمنحها المشرع للإدارة، بحيث يؤدي الصالح العام دوراً أساسياً في تحديدها، فقد يحدد المشرع شروط إصدار القرار ومناسبته والكيفية التي يتم بها، أو قد يترك للإدارة حرية تقدير مناسبة وظروف إصدار القرار، ومن أهم أسباب منح الإدارة سلطة تقديرية هو عدم قدرة المشرع على وضع الضوابط التي تحكم عمل الإدارة بصورة دقيقة، كما أن التشريعات الإدارية عادة ما تكون مرتبطة بحاجات المجتمع التي تخضع للتغير والتبديل بصورة دائمة ومستمرة، وهذا ما يجعل هذه التشريعات لا تخوض في التفاصيل ويقتصر دورها في وضع القواعد الرئيسية التي تنظم نشاط الإدارة تاركة التفاصيل لمحض تقدير الإدارة.

---

## المبحث الأول

---

---

### ماهية السلطة التقديرية للإدارة

---

## المبحث الأول : ماهية السلطة التقديرية للإدارة

قبل أن نفرع هذا المبحث - الذي سنعرف من خلاله ماهية السلطة التقديرية للإدارة - إلى مطلبين أساسيين نفصل في أولهما مفهوم السلطة التقديرية للإدارة من خلال تعريفها ، و التمييز بينها و بين الأفكار الأخرى المشابهة و صولا إلى المجال و النطاق الذي تمارس فيه الإدارة سلطتها التقديرية في فروع ثلاثة على هذا النحو و الترتيب، و نتطرق في ثانيهما إلى أساس و مبررات الأخذ بفكرة السلطة التقديرية للإدارة من خلال فرعين منفصلين و مفصلين، ارتأينا أنه لا بد من إعطاء مدلول واضح لهذه السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة ؛

فإذا كانت المشروعية تعني سيادة القانون باحترام أحكامه و خضوع كل من الحاكم والمحكوم له على حد السواء حيث أن الإدارة تتحرك في إطار المصلحة العامة، فإن تقييدها المطلق قد يشل نشاطها و يجعل منها حبيسة في إطار السلطة المقيدة. لهذا، و رغبة في تحرير و تخليص الإدارة من الروتين و الجمود فقد رخص لها بأن تتخذ بعض القرارات و أن تتمتع ببعض الحرية في تقدير محلها مقابل بعض القرارات التي لا يمكن أن تقدم عليها إلا تبعا للشروط التي نص عليها القانون. لذا من الضروري أن يجمع التنظيم العام لاختصاصات الإدارة قدرا من السلطة التقديرية بجانب السلطة المقيدة وهذا ما يضطرنا إلى البحث في مفهوم السلطة التقديرية و محاولة تمييزها عن السلطة المقيدة.

تبدو للوهلة الأولى أن السلطة المقيدة هي الوضع الطبيعي والأفضل من وجهة نظر سيادة القانون و مبدأ المشروعية و من ناحية ضمان حقوق و حريات الأفراد ضد انحراف السلطة الإدارية، غير أن المشرع ترك للإدارة حرية التصرف و التقدير لما تأكد بأنها قادرة على التدخل و اختيار الحلول و الوسائل المناسبة للتصرف، لأنه سيظل في الأخير غير قادر على معالجة كل الحالات التي قد تصادف العمل الإداري. وبالتالي تكون السلطة التقديرية للإدارة ضرورة حتمية لحسن سير الإدارة و تحقيق غاياتها المتعددة.

حيث تقوم كل جهة إدارية بمباشرة نشاطها وفقا للقانون و يكون لها في حدوده سلطة تقديرية، وذلك سواء كان من جهة تدخلها أو امتناعها، فالسلطة التقديرية هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه<sup>1</sup>.

1 - في هذا المعنى يوضح الفقيه A. DE LAUBADERE جوهر السلطة التقديرية للإدارة، فيقول:

وعلى ذلك فهي لا تتمتع بهذه الحرية إلا أن القانون قد حولها سلطة في تقدير مناسبة التصرف، فإذا تجاوزت هذا الحد تكون قد خرجت عن نطاق القانون، وبالتالي عن نطاق المشروعية.

والسلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة، إذ أن المشروعية تثقل كاهل الإدارة، ولا يجب الإفراط فيها، وإن كان من الواجب استبعاد تحكم الإدارة وتسلطها، فإنه يجب أيضا تجنب الآلية الإدارية التي تتبع من تزلزلت رجل الإدارة بتطبيق قواعد موضوعية دون أن نترك له الحرية في تصرفه<sup>1</sup>.

وإن لم يكن هذا الأصل محل اعتبار فمؤدى ذلك قتل روح الابتكار لدى الجهة الإدارية، وسينتهي بها شيئا فشيئا إلى الركود، غير أن المشرع قد لا يجد لاعتبارات تتعلق بحرية الأفراد وحمائتهم من تعسف الإدارة وتعنتها بدا من أن يضيق على سلطة الإدارة التقديرية فيحد بذلك ويقيد من اختصاصها.

وعليه فسنتناول بالتحديد مفهوم السلطة التقديرية للإدارة و نميزها عن الأفكار المتشابهة، و نحدد نطاقها و مجالها في المطلب الأول، لنبين بعد ذلك أساس ومبررات الأخذ بفكرة السلطة التقديرية للإدارة في المطلب الثاني.

"C 'est le pouvoir discrétionnaire, C'est à dire la marge de liberté que les sources de la égalité peuvent laisser à l'administrateur dans son activité." – Voir André De Laubadère, Yves Gaudemet, Traité droit administratif.

Tome 01, Libraire général de droit de jurisprudence, 16e édition, Paris, 1999, P.578

1 - في هذا المعنى يقول الفقيه فالين:

" Mais c'est dans cette mesure seulement que l'autorité administrative agit discrétionnairement la loi lui a laissé une certaine marge de pouvoir discrétionnaire, mais s'il dépasse cette marge il ne respecte pas la loi et son acte, dans cette mesure, est soumis au contrôle juridique."

أنظر: محسن عبد الجواد حسين، «بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد». مجلة مجلس الدولة، السنة 04، القاهرة، يناير 1953، ص204

---

## المطلب الأول

---

---

### مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

---

## المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة .

يعد المفهوم من أهم عناصر بناء أية نظرية أو بحث علمي أو قانوني، وإن تناول أحد المفاهيم لغرض الدراسة والتحليل، هو لتحديده واستخدامه بشكل علمي من أجل الإلمام بطبيعة الظاهرة قيد البحث وتعد السلطة التقديرية موضع اهتمام واسع من قبل الفقهاء ورجال القانون. لقد منح المشرع للإدارة سلطة تقديرية شعورا منه بانها قادرة على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة لأنه لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يلم بجميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري و يرسم الحلول المناسبة لها، فالسلطة التقديرية ضرورية لحسن سير الإدارة وتحقيق غاياتها المتعددة، كما ذكرنا سابقا. فالقانون قد يترك للإدارة الحرية في تقديرها للظروف وتكييفها للوقائع المعروضة أمامها و قد لا يجبرها على اتباع طريق معين و هذا بإصدار قرار محدد بمضمون معين و خلال مدة زمنية معينة، فهي في هذه الحال تتمتع بسلطة تقديرية و أبرز مثال على هذا القرارات الضبطية، فقد يتطلب الظرف الأمني تشديدا في إجراءات الضبط بهدف المحافظة على أمن و ممتلكات الأشخاص و العامة، فتتدخل الإدارة و تصدر القرار ليعلن عن وضع استثنائي، و قد يكون الظرف أقل خطورة فيكفي بذلك لمواجهته فقط إقرار إجراءات تكون أقل تشديدا.

غير أننا نجد ان حرية الإدارة غير مطلقة، فبالإضافة لكونها مقيدة باستهداف قراراتها المصلحة العامة فإنها تكون ملزمة باتباع و التقيد بقواعد الاختصاص و الشكل و الإجراءات المحددة قانونا، بينما تنحصر سلطاتها التقديرية في سبب القرار الإداري و محله، و هنا تظهر سلطة الإدارة التقديرية.

فما تعريفها، لغة و فقها و قضاء؟

### الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للإدارة

على خلاف السلطة المقيدة التي يحدد المشرع للإدارة مسبقا طبيعة ونوع التصرف الواجب إتباعه والشروط المتخذة، فإن السلطة التقديرية تتجلى في الحالات التي يمنح فيها المشرع للإدارة قدرا من حرية التصرف بمناسبة ممارستها لمهامها، و لتبيان المقصود من السلطة التقديرية للإدارة يستوجب علينا تعريفها لغة ، فقها ، ثم قضاء.

### أولا - تعريف السلطة التقديرية :

**1 - تعريف السلطة التقديرية لغة :** على اعتبار أن السلطة التقديرية مصطلح مركب من كلمتين فإنه يتعين علينا البدء بتفكيكه أولاً ومن ثم نعرف كلمة « السلطة » ثم كلمة « التقدير ».

**أ - تعريف السلطة لغة :** السلطة من سَلَط، السلاطة أي القهر، وقد سلطه الله فتسلط عليهم، والاسم سلطة بالضم بمعنى التسلط والسيطرة والتحكم<sup>1</sup>، أما السلطة بكسر السين فتعني السهم الدقيق الطويل والجمع سِلَاطٌ وسلَاط.

**ب - تعريف التقديرية لغة :** التقدير من قدر يقدر تقديراً، نقول قدر الشيء بمعنى قاسه، والتقدير على وجوه من المعاني أحدها التروية والتفكير في تسوية أمر و تصفيته، والثاني تقديره بعلامات يقطعه عليها، والثالث أن تتوي أمراً بعقدك تقول: "قدرت أمر كذا وكذا أي نويته وعقدت عليه، ويقال قدرت لأمر كذا أقدره له وأقدر قدراً إذا نظرت فيه ودبرته وقايسته"<sup>2</sup>.

وما يلاحظ أن كتب اللغة لم تتعرض إلى تعريف السلطة التقديرية كمركب لفظي، ولكنها تعرضت لبيان التقدير وكذلك السلطة، ومن خلال التعريفين المتقدمين، يمكن استنتاج المراد من مركب السلطة التقديرية في اللغة، و التي تعني القدرة على الشيء مشوبة بالتدبر.<sup>3</sup>

**2 - تعريف السلطة التقديرية فقها:** اختلف الفقه حول تعريف السلطة التقديرية للإدارة بمعنى آخر حول المعيار المميز لهذه السلطة، و يرجع سبب الاختلاف لعدم اتفاقهم حول مصدر التقدير الإداري و ما إذا كان يكمن في إرادة المشرع و به يأخذ مفهوم السلطة التشريعية مفهوماً إيجابياً، أو أنه يكمن في إرادة القاضي الإداري ومن ثم يأخذ هذا التعريف مفهوماً سلبياً!<sup>4</sup> و هذا ما سنبينه و نفضله تباعاً فيما يلي:

1 - ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، ص 2065

شعبان عبد العاطي عطية وآخرون، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2112، ص 443

2 - محي الدين صابر، المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، 1988، ص 970

- ابن منظور، مرجع نفسه، ص 3547

1 - محمد طه حسين الحسيني، معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة ونطاقها، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق، العدد السابع والعشرون، 2016، ص 117.

أنظر أيضاً: نويري سامية، ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013/2012، ص 14.

2 - د. محمد رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 36.

أنظر أيضاً :

DE LAUBADERE (A) et GAUDEMMENT (Y), traité de droit administratif, tome 1, 16 ème éd, LGDJ, Paris, 1999.

## 2- 1 - أ- التعريف الإيجابي للسلطة التقديرية للإدارة

## ( DEFINITION POSITIVE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE )

لقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مصدر التقدير الإداري للإدارة إنما يكمن في إرادة المشرع وحدها، مما يعني أن المشرع في نظرهم هو صاحب القول الفصل فيما إذا كان للإدارة اتجاه نشاط معين قدر من حرية التقدير من عدمه، و ذلك بتدخله أو عدم تدخله لتنظيم ذلك النشاط أو بتحديد عناصره تحديدا دقيقا<sup>1</sup> ، من هذا فقط أعطى هذا الجاب الفقهي للسلطة التقديرية تعريفا إيجابيا معتبرا إياها - و هكذا الحال - بمثابة حق للإدارة معترف لها به من قبل المشرع الذي قد يجد نفسه في وضع يستحيل معه أن يبين للإدارة الأسلوب أو المسلك الذي تباشر به نشاطا معيناً، أو الذي قد يرى أنه من الأفضل أن يترك لها قدر من الحرية و الاستقلالية في مباشرة أعمالها، حتى تتمكن من أداء دورها في المجتمع على أكمل وجه و بما يحقق فعالية و كفاءة هذا الدور .

لذلك فقد ربط هذا الرأي بين السلطة التقديرية للإدارة و بين مبدأ المشروعية Principe de l'égalité الذي يحكم النشاط الإداري في مجموعه، مقررًا أن هذه السلطة لا توجد أو لا تتمتع بها الإدارة إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم المسألة محل القرار الإداري، أو عند عدم التحديد الدقيق لكثير المسائل أو الطوائف القانونية التي يعمل النشاط الإداري في إطارها ، مثل طوائف : المصلحة العامة، المنفعة العامة، الحاجات العامة، النظام العام، الصالح العام، الأمن القومي ..... الخ ، و هكذا لم يلتفت أنصار هذا الجانب الفقهي عند تعريفهم للسلطة التقديرية ، أو عند وضع معيار لها إلا إلى الحالة التي يكون عليها التشريع تجاه مسألة معينة ، و ذلك كما يلي : فمن ناحية لا تكون هناك سلطة تقديرية للإدارة إلا في حالة عدم وجود تشريع خاص بهذه المسألة، و هنا يقال أن للإدارة سلطة تقديرية بالترك أو الاغفال<sup>2</sup> ، pouvoir discrétionnaire par omission و من ناحية أخرى ، إذا كان هناك تشريع خاص بتلك المسألة فإن الإدارة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في خصوصها، إلا إذا كان هذا التشريع متسما بعدم التحديد indéterminé أو بأنه غير ملزمة للإدارة و هو يكون كذلك إذا ترك لها الحرية في أن تقدم أو لا تقدم على التصرف،

3 - J. HAMSON, Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, L.G.D.J., 1958 P. 169 etss., M.Waline, Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, E.D.C.E., 1956,P. 25., M. NICOLAS, observations au sujet du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Recueil d'études en l'honneur d'E. LAMBERT, L.G.D.J., 1939, T.II, P.361.

1 - , S.RIALS, pouvoir discrétionnaire, in Encyclopedie Dalloz ,contentieux administratif, T.II, Dalloz, 1985 p.3.

أو في كيفية مباشرته، وهنا يقال إن للإدارة سلطة تقديرية بالإنبابة pouvoir discrétionnaire par commission. و من أنصار هذا الاتجاه الفقيه STASSINOPOULOS الذي يرى أن السلطة التقديرية تتحقق للإدارة في كل مرة تكون لها امكانية الاختيار بين عدة حلول شرعية، أو يكون لها حرية تحديد

معنى من المعاني لفكرة تركت من قبل القانون دون تحديد<sup>1</sup>.

كما أن Michoud يقرر أن السلطة التقديرية لا توجد إلا إذا كانت الإدارة تتمتع تجاه تصرف ما بحرية تامة و ذلك بالأ تكون هناك قاعدة قانونية قد أملت عليها أو حددت لها سلفا كيفية إجراء هذا التصرف<sup>2</sup>. و ذات الاتجاه نجده أيضا لدى Giraud ، حيث يقول :

”إن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما لا تكون ملزمة قانونا بإتيان تصرف محدد، أو بالتصرف على نحو معين“<sup>3</sup>، و من جانبه يرى العميد Bonnard ” أن سلطة الإدارة تكون تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها اختصاصات معينة بصدد علاقاتها مع الأفراد الحرية في أن تتدخل أو أن تمتنع عن التدخل، و وقت هذا التدخل، و طريقته ، و مضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن“<sup>4</sup>.

وهكذا يمكن القول إن السلطة التقديرية للإدارة تتمثل طبقا للاتجاه الذي نحن بصدده في حرية التقدير الذي يعطيها المشرع للإدارة لكي تحدد ما الذي ترى أن تفعله و ما الذي ترى أن تتخلى عنه، دون أن يحدد لها المبررات التي تلتزم بممارسة اختصاصاتها على أساسها، بمعنى أن الإدارة تتمتع في حالة السلطة التقديرية بحرية شرعية في ممارسة نشاطها، حيث لا تكون خاضعة بخصوص هذا النشاط لأي التزام قانوني، و من ثم لا يمكن أن توصم عند إجرائه بعدم الشرعية. و يترتب على ذلك، أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يتعرض بالرقابة على ما تتمتع به الإدارة من تقدير ملاءمة لنشاطها، إلا استثناء و في نطاق ضيق، ذلك لأن مهمة القاضي الإداري أساسا هي رقابة جانب المشروعية من نشاط الإدارة دون التعرض لجانب الملاءمة الذي هو مجال محجوز للإدارة<sup>5</sup>.

1 - traité des actes administratifs, Sirey, 1973, p.155 etss.

2 - "il n'ya pas pouvoir discrétionnaire que lorsque l'action administrative n'est pas dictée à l'avance par une règle de droit "., Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, R.G.A., 1914, III, P.21.

3 - Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire, R.G.A., 1924, P.193.

4 - le pouvoir discrétionnaire des autorités administrative, et le recours pour excès de pouvoir, R.D.P., 1923 p.382.

- idid, P.385.5

يمثل هذا الاتجاه رأي غالبية فقهاء القانون و خاصة في جمهورية مصر ، حيث تربط تلك الغالبية -عند تعريف السلطة التقديرية- بين هذه السلطة و بين القانون، ولهذا فقد قيل مثلا : إن السلطة التقديرية هي " أن يترك القانون للإدارة العامة الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها و جوب التصرف على نحو إلزامي معين"<sup>1</sup>، أو " أن سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا خول القانون الإدارة العامة حرية الاختيار عند إجراء عمل إداري معين... "<sup>2</sup>، أو أنه " مادام لا توجد قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة ، فمعنى هذا أننا بعيدين عن السلطة المقيدة و على الإدارة إنن أن تقرر وحدها أن هذا الإجراء ملائما أو غير ملائم، أي أن لها وحدها أن تزن ملاءمة قراراتها للظروف الواقعية"<sup>3</sup>.

## 2 - 1 - ب- التعريف السلبي للسلطة التقديرية للإدارة

### ( DEFINITION NEGATIVE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE )

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن تعريف السلطة التقديرية يجب أن يرتبط أساسا بالقيود التي يضعها القضاء الإداري على نشاط الإدارة و هو بصدد رقابته لهذا النشاط ، أي في إطار ما هو معترف به للقضاء من دور في إنشاء قواعد قانونية جديدة و مستقلة عن إرادة المشرع الصريحة أو المفترضة<sup>4</sup>.

لهذا فإنهم ينتهون إلى تعريف تلك السلطة بطريقة سلبية بالنسبة لهذا الدور ، أي بالنسبة لما يباشره القضاء الإداري من رقابة لأعمال الإدارة على أساس أنها - أي السلطة التقديرية - لا تتحقق أو لا يعترف بها للإدارة إلا فيما لا يخضع من تصرفاتها لرقابة هذا القضاء<sup>5</sup> ، و هذا ما قرره الأستاذ "Kahn" حينما ذكر أن سلطة الإدارة لا تكون تقديرية إلا في الحالات التي تستقل فيها الجهة الإدارية و بمعزل عن الرقابة القضائية ، بتقدير تناسب الواقعة مع قاعدة القانون ، و تتوقف هذه السلطة عن كونها تقديرية متى خضعت الإدارة عند إجرائها لهذا التقدير للرقابة القضائية<sup>6</sup>.

3 - دكتور / محسن خليل ، دكتور / سعد عصفور، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ ص88  
2 - دكتور / بكر القباني ، دكتور / محمود عاطف البنا ، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة ، المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1970، ص58.

3 - دكتور / مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، الطبعة الخامسة ، ص378.

4 -De laubadère, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire da la jurisprudence récente du conseil d'Etat, Mélanges Waline,1974 p.535, VEDEL, droit administratif, P.U.F., Paris, 1982 p.437 etss.,

5 -stavroula Ktistaki, l'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte Administratif, L.G.D.J. 1991 P.328.

6 -le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif، colloque du 5 mars، 1977.P 11 .

و هكذا يربط أنصار هذا الاتجاه وجود أو عدم وجود سلطة تقديرية للإدارة بوجود أو عدم وجود رقابة قضائية، بمعنى أن السلطة التقديرية لا توجد للإدارة إلا فيما لا يراقبه القاضي من اختصاصات. فالقاضي الإداري ليس له -في نظرهم- إلا أن يراقب الاختصاصات المقيدة للإدارة، تلك الاختصاصات التي تتحدد في ذاتها بما يراقبه القاضي، أما فيما عدا ذلك من اختصاصات فهي في الواقع من قبيل الاختصاصات التقديرية للإدارة.

و ترتيباً على ما سبق يمكن القول -طبقاً لهذا الاتجاه- أن تدخل القاضي الإداري بما يجريه من رقابة على النشاط الإداري إنما يؤدي من ناحية إلى استبعاد فكرة السلطة التقديرية التي وصفها لوبادير بكونها قسط من الحرية يمنع على القاضي فرض رقابته عليها<sup>1</sup> la marge de liberté sur laquelle le juge se refuse à faire parler ، كما يؤدي هذا التدخل من ناحية أخرى وعلى أقل تقدير إلى تضيق تلك السلطة ؛ و هذا ما أشار إليه الفقيه Lodovici حينما قال : لكي نعرف الحدود الحقيقية لسلطة الإدارة التقديرية ينبغي أن نعرف حدود الرقابة القضائية ، ذلك أن السلطة التقديرية لا تبدأ في الواقع إلا من حيث تنتهي تلك الرقابة . ومن ثم فإن أي اتساع في دور القاضي يقابله في الجانب الآخر تقييد لنطاق السلطة التقديرية<sup>2</sup>.

## 2-1- ج - التعريف الوسط بين التعريفين الإيجابي و السلبي للسلطة التقديرية للإدارة :

لا يجب أن نأخذ عند تعريف السلطة التقديرية ، أو عند بيان معيار تمييزها بأي من الاتجاهين السابقين على إطلاقه.

ففيما يتعلق بالاتجاه الأول: فإنه ليس صحيحاً أن يقال بأن السلطة التقديرية ترتبط بالقواعد التشريعية فقط، أو بمبدأ المشروعية ، لما في ذلك من إنكار لدور القضاء الإداري في هذا الشأن خاصة الدور الإنشائي له، فالقاضي الإداري يجهد نفسه لحل النزاعات التي لا يجد لها حلاً في التشريعات القائمة من أجل خلق قواعد قانونية جديدة يواجه بها مثل هذه النزاعات.

أما فيما يتعلق بالاتجاه الثاني والذي يقرر مفهوماً سلبياً للسلطة التقديرية، إذ يرى أن هذه السلطة لا توجد إلا عند تخلف الرقابة القضائية، أو أن وجودها يكون وجوداً وعدمها مع هذه الرقابة، فإنه اتجاه يؤدي في الواقع إلى الاعتقاد بأن كلا من فكريتي الرقابة القضائية والسلطة التقديرية تستبعد الواحدة منها الأخرى. فتوجد إحداها حيث تنتفي الأخرى، ومعنى ذلك أن هذا الاتجاه يقر بأن تعريف كل من هاتين الفكرتين إنما يتحدد على أساس وجود أو عدم وجود الفكرة الأخرى، وهذا

1 - traité de droit administratif, op. cit p.290.

2 - l'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire, thèse, op. cit.p.11.

يتنافى مع التعريف العلمي السليم الذي يجب أن يجسد مضمون الفكرة في ذاتها لا بأمر خارج عنها، إذ لا يمكن القول أن السلطة التقديرية هي ما لا يخضع للرقابة القضائية، و أن الرقابة القضائية هي ما لا علاقة لها بالسلطة التقديرية.

لذلك ولكي نعرف أو نضع معيارا دقيقا للسلطة التقديرية يجب أن نأخذ في الاعتبار مضمون كل من هذين الاتجاهين وهو ما يعبر عنه بمعيار التنظيم القانوني *la réglementation juridique*. ذلك المعيار الذي يجسد في ذات الوقت كلا من القواعد الشرعية والقواعد القضائية كمصدرين متكاملين للسلطة التقديرية للإدارة، حينها فقط نستطيع القول أننا لا نكون أمام سلطة تقديرية إلا إذا كانت القواعد التشريعية و القواعد القضائية مجتمعة لم تقيد حرية الإدارة في التصرف. و معنى ذلك أن السلطة التقديرية للإدارة لا توجد إلا إذا امتنع المشرع من ناحية و القاضي من ناحية أخرى عن التدخل في تقييد النشاط الإداري تقييدا كاملا.

ومع ذلك تجدر الإشارة انه لا يعني بهذا أن الإدارة خارج القيود التشريعية و القضائية، تفعل ما تشاء دون ضابط ولا رابط، بحجة انها تتمتع بسلطة تقديرية، فهنا واقعا لسنا أمام سلطة قانونية إنما نحن أمام سلطة استبدادية مطلقة، و هذه لا وجود لها في دولة القانون و لا يمكن لأي جهة الاعتراف بها و لا المشرع نفسه، فعندما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تطبيق القانون فإنها لا تباشر في ذلك سلطة مطلقة، لكنها تخضع لمبدأ المشروعية، و تخضع لرقابة القضاء و هو الأمين على احترام و صيانة هذا المبدأ<sup>1</sup>.

و هكذا نستطيع تعريف السلطة التقديرية للإدارة بأنها مكنة و أحقية تتيح للإدارة الاختيار الحر للإجراء الذي تراه مناسباً للوقائع التي تبرر اتخاذها و ذلك في غير الحالات التي تلتزم بما يقرره كل من المشرع و القاضي من قيود في خصوصها.

هذا و سنبرز على وجه الخصوص تعاريف فقهية للسلطة التقديرية للإدارة لدى كل من الفقه الفرنسي، المصري، و الفقه الجزائري على هذا الترتيب، فلكل فقه وجهة نظره .

## 2-2 أ - تعريف السلطة التقديرية لدى الفقه الفرنسي :

يعود ظهور السلطة التقديرية للإدارة كما أسلفنا الذكر إلى الفقه الفرنسي، فكان حري بنا التطرق إلى مختلف تعاريف الفقه الفرنسي والذي كان له الفضل والدور الكبير في إرساء معالم هذه النظرية حيث عرفها الفقيه دي لوبادير "DE LAUBADERE" على أنها : « السلطة

1 - الدكتور / سامي جمال الدين، قضاء الملامة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 ص 31 وما بعدها.

التقديرية هي القدر من الحرية الذي يشترطه المشرع للإدارة حتى تؤدي مهامها الإدارية على أكمل وجه»<sup>1</sup>.

يرى الفقيه بونار "BONNARD" بأنه: «تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها اختصاصات معينة بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتع عن التدخل، ووقت هذا التدخل و طريقته، ومضمون القرار الذي تصدره في هذا الشأن»<sup>2</sup> ، فالسلطة التقديرية تنحصر إذن في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه.

يرى الفقيه ميشو MICHAUD : " توجد السلطة التقديرية في كل حالة تتمتع فيها الإدارة العامة بحرية التصرف دون أن تكون هناك قاعدة قانونية تلزمها مقدما بالتصرف على نحو معين"<sup>3</sup>، فالسلطة التقديرية تتحقق عندما لا تحدد مناسبة اتخاذ القرار الإداري، ولا تحدد صورة بعينها أو وقت معين لاتخاذها.

## 2-2 - ب - تعريف السلطة التقديرية لدى الفقه المصري :

كما تطرق الفقه المصري إلى تعريف السلطة التقديرية، فعرفها الدكتور سامي جمال الدين بأنها: " القسط من حرية التصرف الذي تتمتع به الإدارة في تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذها، أو اتخاذها على نحو معين، أو اختيار الوقت التي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له، أو في تحديد محله"<sup>4</sup>.

أما الدكتور فهد عبد الكريم أبو العثم فأعطى أ ريه فيها بالقول : " تتمتع الإدارة بقسط من الحرية في مباشرة اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون لها الصلاحية في اتخاذ التصرف أو

2 - DE LAUBADERE (A) et GAUDEMMENT (Y), traité de droit administratif, tome 1, 16 éme éd, LGDJ, Paris, 1999 .

نقلا عن : نويري سامية، مرجع سابق، ص14.

2 - BONNARD (F), Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R.D.P, 1923, P 363.

نقلا عن :الصرايرة مصلح، " مدى تطبيق محكمة العدل العليا المبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابة السلطة التقديرية للإدارة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، 2009، ص166

3 - MICHAUD (J), Etudes sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, Tome 3, 1914, p7.

نقلا عن : بوالنح عادل، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تنظيم إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبسة، 2013/2014، ص 13.

4 - سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2003، ص 197.

الامتناع عنه أو اتخاذه بشكل معين أو في اختيار الوقت الذي تراه ملائماً أو في تحديد محله أو غايته، شريطة أن تتوخى الإدارة الصالح العام"<sup>1</sup>.

## 2-2 - ج - تعريف السلطة التقديرية لدى الفقه الجزائري :

أما تعاريف الفقه الإداري الجزائري للسلطة التقديرية للإدارة فلم تخرج عن نطاق التعريفات الفقهية السابقة فتأثر هو الآخر بنظيره الفرنسي، فقد أشار إليها الدكتور محمد الصغير بعلي في مرجع له بأنها : " عندما يترك للإدارة قدر معين من الحرية من حيث الاختيار بين اتخاذ القرار من عدمه، رغم توافر شروطه، مراعاة للظروف والمعطيات والمقتضيات السائدة بالإدارة "<sup>2</sup>.  
كما أشار إليها الدكتور عمار بوضياف بالقول: " حيث يترك القانون للإدارة حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة زمنية معينة، فهي في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية"<sup>3</sup>.

وقد عرفت رئيسة مجلس الدولة السابقة فريدة أبركان السلطة التقديرية بقولها :  
"السلطة التقديرية هي أن تكون الإدارة حرة تماما في التصرف في هذا الاتجاه أو ذلك وبدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخذ على ضوءها قرارها و المثال على ذلك سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو أو وسام ، اختيار طريقة تسيير المرافق العامة، إنشاء أو تعديل سلك من أسلاك الموظفين"<sup>4</sup>.

وينحى الدكتور حسين فريجة نفس المنحى في تعريفه للسلطة التقديرية والتي تعني عنده :  
" تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد أو القضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت التدخل ووسيلة التدخل"<sup>5</sup>.

## 3 - تعريف السلطة التقديرية قضاء

يلعب القضاء الى جانب التشريع والفقه دورا هاما في إعطاء تعريفات لمختلف التصورات القانونية، وهو الدور الذي لعبه كل من القضاء المقارن المصري، و القضاء الجزائري.

## 3 - 1 - تعريف السلطة التقديرية في القضاء المصري:

1 - فهم عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الإداري، الكتاب الأول : مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2003 ، ص 197.

2 - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص28.

1- بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2003، ص41.

4 - أبركان فريدة ، " رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة "، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص37.

3- نويري سامية، المرجع السابق، ص20.

فقد قدمت محكمة القضاء الإداري المصري ما يمكن اعتباره تعريفا للسلطة التقديرية ، و ذلك في قرار لها بتاريخ 1952/02/20 ، مما جاء فيه : « ... ليس للمحكمة أية رقابة على المناسبات التي تعمل الإدارة على تقدير الملائمة أو عدم الملائمة في إصدار قرارها ، أو على الاعتبارات التي تراعيها في ذلك، إلا إذا قام الدليل المقنع على أن هذه المناسبات و الاعتبارات تنطوي في ذاتها على إساءة استعمال السلطة ... ذلك أن الإدارة في تقدير ظروف الأمر الإداري وملائمة إصداره تحتاج بطبيعة وظيفتها إلى قسط كبير من حرية التقدير ومناسبات العمل وملاساته ووزن مختلف السبل التي تصح إن تسلكها لتتخير منها أفضلها فيما تجر به من تصرفات ...»<sup>1</sup>.

### 3 - 2 - تعريف السلطة التقديرية في القضاء الجزائري :

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، فإننا نجد قد كرس فكرة السلطة التقديرية للإدارة لكنه لم يقدم تعريفا محدد لها، مكتفيا بتقديم بعض الأمثلة والنماذج عنها<sup>2</sup>.

من ذلك قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 1990/02/10 و الذي جاء فيه : « للإدارة الحق في أن تؤجل البث في طلب رخصة البناء لمدة سنة طبقا للمادة 22 من القانون 02/82 المتعلق برخصة البناء» ، مما يعني أن القاضي الإداري الجزائري لا يعارض تقدير الإدارة الوقت المناسب للتدخل، ما لم تخرج عن حدود القانون<sup>3</sup>.

ومن ذلك أيضا قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تحت رقم 39742 بتاريخ 1985/06/01، القاضي بـ : « مسؤولية الإدارة المرفقية قد تدفع بها حرصا منها على مصلحة المرفق عند الاقتضاء اتخاذ إجراءات ضد موظفيها، مخولة لها بعنوان سلطتها التقديرية»<sup>4</sup>.

نلاحظ مما تقدم من تعريفات السلطة التقديرية للإدارة، أن هذه السلطة تتمحور حول حرية الإدارة في ثلاثة جوانب، أولهم حرية الإدارة في تدخلها أو عدم تدخلها، ثانيهم حرية الإدارة في تحديد هذا التدخل، وثالثهم حرية الإدارة في اختيار طريقة تدخلها.

وبهذا أصبحت فكرة السلطة التقديرية للإدارة الآن من أهم الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري في مختلف الدول - حتى في دول القضاء الموحد- فقد أدركت النظم المختلفة أن

1 - نويري سامية، المرجع السابق، ص21.

2 - المرجع نفسه، ص22.

3 - بوالنح عادل، المرجع السابق، ص13.

4 - نويري سامية، المرجع السابق، ص22.

تقييد حرية الإدارة بالتشريعات المتعددة يؤدي إلى عواقب وخيمة ويشل حركة الإدارة ويكبت نشاطها ويقتل روح الابتكار.

كما أقر الفقه والقضاء الإداري الجزائري أيضا فكرة السلطة التقديرية للإدارة، مقررًا أن الصالح العام يقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في بعض الحالات، حيث لا يقتصر دور الإدارة على مجرد أن تكون تابعا للقانون ومجرد آلة صماء، أو أداة لتنفيذه تنفيذًا حرفيًا، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف، مما يكفل حسن سير المرافق العامة، وسنتولى بيان هذه الأهمية بالتفصيل في محلها.

و قبل أن نميز بين السلطة التقديرية للإدارة و بعض الأفكار و المفاهيم المتشابهة لآأس أن نخرج في عجاله على مراحل التطور التاريخي للسلطة التقديرية للإدارة.

### ثانيا : تطور فكرة السلطة التقديرية للإدارة

إن السلطة التقديرية مرت في الواقع بمراحل عدة تشكلت فيما بينها حلقات متصلة، بحيث كل مرحلة تعد بمثابة مقدمة أو تمهيد للمرحلة التي تليها ، إلى أن اتضحت و تحددت معالمها و وصلت على النحو الذي هي عليه الآن. إن الرقابة القضائية على الأعمال التقديرية للإدارة التي يمكننا أن نقول أنها بنيت معالمها الأولى في مجلس الدولة الفرنسي حيث أنها مورست على أساس أنها رقابة محدودة فإن هذه الجهة القضائية أخذت توسع باستمرار من رقابتها على أعمال الإدارة، وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي باستمرار أن يصل إلى إيجاد توازن بين الصالح العام وما ينبغي للحريات والحقوق الفردية من حماية وتدعيم<sup>1</sup>.

### أ- مرحلة عدم ظهور سلطة تقدير الإدارة:

حيث أنه على إثر قيام الثورة الفرنسية ، و مع صدور إعلان حقوق الإنسان ، تقرر خضوع الإدارة للقانون، بشكل يجعل منها هيئة خاضعة و تابعة للسلطة التشريعية ، بحيث لا تستطيع أن تباشر أي عمل أو تتخذ أي إجراء ، إلا إذا كان مطابقا للقانون ، و ذلك انطلاقا من أن السلطة التشريعية إنما تعبر عن الإرادة العامة للشعب صاحب السيادة ، و من ثم يجب أن يخضع الجميع حكاما و محكومين لما تسنه من قواعد قانونية ، الأمر الذي يتحقق معه مبدأ سيادة القانون أو مبدأ الدولة القانونية ، من هنا فقد أصبح كل عمل إداري يصدر من جانب الإدارة لا يمكن أن يكون إلا تنفيذا للقانون المعبر عن الإرادة العليا للشعب ، و هذا الخضوع لم يكن مقتصرًا في الواقع

1 - د. رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري لها، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994، ص20.

على ما كان متعلقاً بأعمال الإدارة التي تنتج آثاراً خاضعة تجاه الأفراد ، بل كان يمتد إلى جميع الإجراءات الإدارية بما في ذلك الإجراءات التي كانت تخص مجرد التنظيم الداخلي للمرافق الإدارية و لا تتعدى آثارها نطاق الجهاز الحكومي<sup>1</sup>.

من خلال هذا الاستقراء للمعطيات يمكننا أن نستنتج عدم ظهور السلطة التقديرية للإدارة في هذه المرحلة، إذ لم تكن تتمتع فيها بأية سلطة في تقدير أعمالها أي أن سلطة الإدارة كانت مقيدة.

**ب - مرحلة اختفاء كل تقدير للإدارة مع ظهور القرارات الإدارية البحتة:**

في هذه المرحلة انقلب وضع الإدارة الفرنسية رأساً على عقب ، إذ بعد أن كانت مقيدة في تصرفاتها و ممنوعة حتى من مجرد إصدار لوائح تنفيذية أو تفسيرية للقوانين التي ترغب في تطبيقها أو تنفيذها ، أصبحت متحررة من كل قيد و لها كامل الحرية في تقدير الأمور ، و هكذا ظلت الإدارة و حتى الربع الأول من القرن التاسع عشر تتمتع بحرية واسعة بل و مطلقة في كثير من الأحيان في تقدير و ملائمة أعمالها دون معقب أو رقيب عليها ، هذا لا يعني من ناحية أخرى عدم وجود رقابة إدارية على هذه الأعمال، وفي هذه الفترة تقرر التمييز بين الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية تنفيذاً للقوانين وبين الأعمال التي تباشرها بما لها من سيادة والتي تعرف بأعمال السيادة<sup>2</sup> أو أعمال الحكومة ، والتي لا يمكن أن تكون محلاً للرقابة القضائية، وعلى ذلك استبعدت الأعمال التي تصدر من الإدارة بصفتها سلطة سياسية لارتباطها بمصالح عامة ذات أهمية بالغة من رقابة القضاء.

كما تم التمييز بين القرارات الإدارية التي تقبل الطعن والمراجعة القضائية أمام مجلس الدولة، وتلك التي لا تقبل هذه المراجعة، وتم إفراد طائفة من القرارات الإدارية التي تستقل الإدارة بتقدير أهميتها بميزة خاصة هي العصمة من كل رقابة قضائية لأن طبيعتها تأبى هذه الرقابة، حتى ولو أدت إلى المساس بالحقوق الشخصية هذه القرارات سميت بقرارات الإدارة البحتة.

### ج - مرحلة اختفاء القرارات التقديرية و ظهور السلطة التقديرية للإدارة:

1 - الدكتور ثروت بدري ، الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 3، ص 56.  
2 - تعتبر نظرية أعمال السيادة من خلق مجلس الدولة الفرنسي، حيث أنه وجد في أحضان الجمهورية الفرنسية الأولى، و عندما سقط نابليون بونابرت و عمت الملكية من جديد خشي المجلس على نفسه من النظام الملكي ، و من أجل تجنب تصادم بالنظام امتنع المجلس عن رقابة الاعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية المتعلقة بنظام الحكم ليضمن ديمومته في عملية الرقابة على الاعمال الإدارية للسلطة التنفيذية، هكذا خلق مجلس الدولة نظرية أعمال السيادة كحيلة في أول الامر في مواجهة الحكومة، أما في الوقت الحاضر و بعد ما استطاع أن يقلب الموازين و أصبح جهة قضائية لها وزنها القضائي بدأ في تقليص تطبيق نظرية أعمال السيادة في إطار حدود مبدأ المشروعية و حماية حقوق و حريات الأفراد و سيكون لنا فيما بعد تفصيل في هذه الجزئية.

في هذه المرحلة بقيت نظرية القرارات التقديرية تلعب دورا أساسيا في المجالات الإدارية وذلك حتى بدايات القرن العشرين، أين بدأ مجلس الدولة الفرنسي يتخلى نهائيا عن شرط الحق المكتسب المضار واكتفى لقبول الطعن في القرارات الإدارية -أيا كان وجه الطعن- مجرد توفر مصلحة شخصية مباشرة، و كان أول حكم تقرر فيه هذا التغيير الجوهري، الحكم الذي صدر في قضية Nollet في الفاتح فبراير 1901. إذ قبل مجلس الدولة الطعن بالإلغاء للانحراف بالسلطة في هذه القضية لمجرد توافر المصلحة الشخصية لصاحب الدعوى، دون أن يشترط لهذا القبول أن يكون هناك حق مكتسب أصابه القرار المطعون فيه . و تؤكد هذا الاتجاه بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Gazette، وقد بدأت أزمة القرارات التقديرية منذ أن بدأ مجلس الدولة الفرنسي في فرض رقابته على الانحراف بالسلطة، وقد أدى ذلك إلى التنازل شيئا فشيئا عن هذه النظرية والتخلي عنها نهائيا.

فقد عدل مجلس الدولة عن فكرة الأعمال التقديرية في حكمه الشهير في 31 مارس 1902 ، وقد بين الأستاذ Horiou تعليقه على هذا الحكم عن خطأ فكرة "الأعمال التقديرية"، وبين أن ما يوجد اليوم هو ما يسمى بالسلطة التقديرية وإن اختلف مداها بالنسبة للإدارة من قرار إلى آخر، هذه السلطة التي يكون مضمونها تقدير ملاءمة إصدار القرارات التي تدخل في اختصاص الإدارة<sup>1</sup>. ويقف اختصاص القاضي الإداري عند بحث مشروعية إصدار القرارات دون ملاءمة إصدارها على نحو ما سنعمد إلى تبيانها في أجزاء البحث التالية لاسيما الفصل الثاني.

### ثالثا - خصائص السلطة التقديرية للإدارة :

إن الحديث عن ميزات وخصائص السلطة التقديرية للإدارة يلزم علينا تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن غيرها من الأعمال والتصرفات القانونية والإدارية الأخرى المشابهة لها، سواء من حيث الأساس القانوني، أو من حيث أسلوب ممارستها. إذ أن جميع السلطات العامة في الدولة، تتمتع بقدر من حرية التقدير إلا أنها تختلف ضيقا واتساعا بحسب السلطة وطبيعة عملها. وبما أن السلطة الإدارية هي من ضمن هذه السلطات فإنها تتمتع بهذه الحرية في مباشرة أعمالها المتمثلة، في العقود والقرارات الإدارية، وكذلك الأعمال المادية. غير أنه، وبشيء من التعمق في تحليل

1 - André de laubadère, Yves Gaudement, OP.Cit., P.581. Voir aussi ; George Vlachos, Principes Gnérales du droit dministratif. Edition maeketing, Paris,1993,P.90.

أعمال السلطة الإدارية، لتحديد مواطن السلطة التقديرية فيها، يمكننا القول بأن هذه السلطة ترتد دوماً إلى القرارات الإدارية.

إذن سنتناول تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن غيرها من السلطات العامة في الدولة، وكذا تمييزها عن غيرها من الأعمال الإدارية والأفكار الأخرى المشابهة لها.

### **الفرع الثاني: التمييز بين السلطة التقديرية و الأفكار المتشابهة**

إن السلطة التقديرية تقابلها السلطة المقيدة<sup>1</sup> أو ما يعرف بالاختصاص المقيد، وتعد موازية لمبدأ المشروعية إلى جانب أعمال السيادة والظروف الاستثنائية، لهذا كان لزاماً علينا تمييزها عن السلطة المقيدة أولاً، والسلطات العامة للدولة والأعمال والتصرفات القانونية والإدارية الأخرى و أعمال السيادة ثانياً، ثم الظروف الاستثنائية ثالثاً، و تمييزها رابعاً عن بعض المصطلحات القريبة منها في صورة التناسب و الملاءمة .

### **أولاً: تمييز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة**

حتى نتضح معالم السلطة التقديرية لا بد أن نفهم جيداً مفهوم السلطة المقيدة، و قد يختلط مفهوم السلطة التقديرية بفكرة الأعمال التقديرية، لذلك أيضاً قمنا بتمييزها عن هذه الأخيرة. و لما كانت السلطة التقديرية استثناء من الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية، فقد رأينا أن نميزها عن باقي هذه الاستثناءات؛ أي نظرية الظروف الاستثنائية والأعمال الدستورية وأعمال السيادة والحكومة.

ذهبت غالبية النظم القانونية إلى الاعتراف لجهة الإدارة بممارسة سلطاتها التقديرية، كما ألزمتها في حالات معينة باتخاذ القرار بمضمون معين، وهو ما يطلق عليه بالسلطة المقيدة للإدارة . وسنتولى فيما يأتي التفريق والتمييز بين هاتين السلطتين، وفي سبيل ذلك سنبين ماهية السلطة المقيدة أولاً.

### **1 - تعريف السلطة المقيدة : لقد أعطيت عدة تعريفات للسلطة المقيدة للإدارة، و بالتالي**

سنكتفي بعرض البعض منها فيما يأتي :

1 - قام جانب من الفقه بتعريف السلطة المقيدة على أنها: " إن السلطة توجد كلما كانت الإدارة إزاء ظروف معينة من الواقع ملتزمة باتخاذ قرار ما فليس لها الخيار بين عدة قرارات ممكنة، وإنما يكون سلوكها محددًا بالقاعدة القانونية." انظر : نويري سامية، مرجع سابق، ص 20.

عرفها **دي لوبادير**: "إن السلطة المقيدة توجد كلما كانت الإدارة إزاء ظروف معينة من الواقع ملتزمة باتخاذ قرار ما، فليس لها الخيار بين عدة قرارات ممكنة، وإنما يكون سلوكها محددًا بالقاعدة القانونية.<sup>1</sup>"

وقد وصف الأستاذ "**ميشو**" هذا النوع من السلطة وإن كان قد أهمل اصطلاح " سلطة مقيدة " فقال: " إن على الإدارة أن تتخذ قرارات فرضها القانون مقدما، فمهمتها مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها "<sup>2</sup>.  
وقد قارن الأستاذ "**فالين**" بين عمل الإدارة وعمل القاضي في هذه الحالة فكلاهما يقتصر على مجرد تطبيق القانون عند تحقق الشروط التي يستلزمها المشرع "<sup>3</sup>.

و يخضع التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة لعدة معايير، تتمثل في:  
**أ - معيار مدى الرقابة القضائية :**

على خلاف ما كان سائدا <sup>4</sup>، تخضع جميع تصرفات الإدارة لرقابة القضاء الإداري سواء كانت ضمن سلطاتها المقيدة أو التقديرية، ويستطيع القضاء إلغائها إذا صدرت هذه الأعمال الإدارية مخالفة لمبدأ المشروعية وخاصة تلك الصادرة عن الإدارة في حالة الاختصاص المقيد، فهي ترتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ المشروعية، فرقابة القاضي هنا هي رقابة مشروعية واضحة ومحددة بنص القانون.<sup>5</sup>

في حين لما تمنح الإدارة نوعا من حرية التصرف والتقدير من خلال تخويلها صلاحية الاختيار من بين بدائل متعددة دون أن يفرض عليها القانون أية قيود أو حلول مسبقة فيكون للإدارة حرية اتخاذ التصرف أو عدم اتخاذه، كما يكون لها الحرية في اختيار التوقيت المناسب

1- André Delaulraderé . Yves gaudement, traité de droit administratif, tome 1. 16 éme édition paris 1999 p 232

2 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة – الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 31.

3 - المرجع نفسه، ص 31.

4 - كان يرى جانب من الفقه أن معيار التفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد يتمثل في مدى الرقابة القضائية، فإذا مارس القضاء رقابته على العمل الإداري كانت صلاحية الإدارة مقيدة، وإذا انتفت هذه الرقابة نكون بصدد صلاحية تقديرية، فهذا المعيار ينسجم مع مرحلة من مراحل الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي استبعد بعض أعمال الإدارة العامة من ميدان الرقابة القضائية، لكنه عدل عن ذلك الاجتهاد القضائي وأخضع جميع القرارات الإدارية لرقابته القضائية بدرجات متفاوتة .

انظر: علي خطار شنطاوي موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 68

5 - خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015 ص 59.

والملائم لها<sup>1</sup>، و بالتالي فالرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ترتبط بفكرة الملاءمة والتي يتم التفصيل فيها لاحقا.

### ب - معيار مدى إلزامية القواعد القانونية :

تتميز القواعد القانونية بالإلزام والعمومية والتجريد، فالتمييز بين الأحكام الحاسمة أو القاطعة والأحكام الجوازية أساس للتمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد أن القوانين والقرارات و الأحكام تعبر عن مرادها بأحد الأسلوبين، فتتوجه بالخطاب أحيانا بصيغة الوجوب أو بصيغة الجواز، وعليه يتعين التفرقة بين القواعد الحاسمة أو القاطعة والقواعد الجوازية<sup>2</sup>، وأوجد هذا التمييز الفقيه لون "LAUN"، حيث يقصد بالأولى تلك التي لا تترك لمن يخضع لحكمها أي حرية في تحديد المسلك الذي يتخذه.

وعلى العكس من ذلك تكون القاعدة جوازية لأنها تترك للعضو الذي يخضع لحكمها حرية الاختيار بين أعمال متعددة<sup>3</sup>، أي أن الاختصاص المقيد يرتبط بالقواعد الحاسمة أما السلطة التقديرية قد ترتبط بالقواعد الجوازية.

### ج - معيار مدى عمومية وتجريد القاعدة القانونية :

تبنى جانب من الفقه تحليل المدرسة النمساوية لتدرج القواعد القانونية واستخلاص معيار للتفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، فإذا كانت أي قاعدة قانونية تعتبر تنفيذا لقاعدة قانونية أعلى وإنشاء وإحداثا لقاعدة أدنى، فتكون القاعدة القانونية الواحدة تنفيذا وإحداثا لقاعدة قانونية أخرى، هكذا تتدرج القواعد القانونية فيما بينها من العموم إلى الخصوص، بحيث تكون أي قاعدة قانونية في هرم متدرج تنازليا تنفيذا لقاعدة قانونية أخرى أعلى منها مرتبة، ومنشئة لقاعدة قانونية أخرى تليها في الدرجة<sup>4</sup>.

لهذا فإن اختصاص رجل الإدارة لن يكون تقديريا، إلا بقدر ما يضيفه في قراره من عناصر على القاعدة التي استمد منها اختصاصه، ويكون اختصاصه على العكس مقيدا عندما يقف في قراره عند حدود التنفيذ الكلي والحرفي للقاعدة التي استمد منها اختصاصه، بعبارة أخرى كلما كانت

3 - على عبد الفتاح محمد، الوجيز في القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 95، 96.

2 - المرجع نفسه، ص 60، 61.

3 - LAUN (R), Le pouvoir discrétionnaire, rapport au congrès de l'Institut International de Droit public, publié dans l'annuaire dudit Institut, 1935, p 113.

نقلا عن : عصام عبد الوهاب البرزنجي، ، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، مصر، 1971، ص 69، 70.

4 - علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 70.

قاعدة القانون أكثر تخصيصاً قلت سلطة الإدارة التقديرية، وكلما كانت قاعدة القانون أكثر تجريداً اتسعت سلطة رجل الإدارة التقديرية<sup>1</sup>.

#### د - معيار مدى كفاية تحديد النظام القانوني:

للتمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد اعتمد الفقيه إيزنمان "EISENEMANN" على معيار هام يتجلى في مدى كفاية تحديد النظام القانوني، حيث حاول الفقيه إعطاء مفهوم عام تقريبي للسلطة التقديرية فهي حسب تعني قدرة الاختيار بين عدة قرارات، أي هناك مجموعة من القرارات المتاحة والممكنة. فكلما كان المختص بإصدار القرارات الإدارية من رجال الإدارة يملك حق الاختيار بينها، أمكن القول أن لديه سلطة تقديرية، لهذا فإن التقدير يعني التقيد الذاتي أو الاستقلال لمن يملك إصدار القرار، وهذا دون التقيد بإرادة أخرى<sup>2</sup>.

ويقابل فكرة السلطة التقديرية فكرة أخرى مناقضة لها هي الاختصاص المقيد، فيما يقابل التقدير التقيد والإلزام، ويقصد بالتقيد التحديد المسبق أو المنصوص عليه في قاعدة قانونية ملزمة، فالاختصاص المقيد هو الإلزام الذي لا يترك أي حرية أو مجال للإدارة مصدرة القرار الإداري، لذلك يعني الاختصاص المقيد خضوع إصدار القرار الإداري للقاعدة القانونية أي لإرادة أخرى غير إرادة مصدر القرار وحده<sup>3</sup>.

ويتساءل الفقيه إيزنمان "EISENEMANN" فيما بعد عن مصدر السلطة التقديرية فيقول: "إن مصدر التقدير هنا، هو بلا شك مصدر قانوني، ذلك أن الصفة التقديرية في حد ذاتها، تنأتى من حالة قانونية معينة أو بعبارة أخرى من حالة معينة للتنظيم القانوني"<sup>4</sup>.

#### هـ - معيار الإعلان القانوني لأسباب القرار الإداري :

اعتمد جانب من الفقه على الاجتهاد القضائي لاستخلاص معيار للتمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، فيتبع وجود السلطة التقديرية بالإعلان القانوني لأسباب القرار، فتكون صلاحية الإدارة تقديرية ما لم تعلن القوانين والأنظمة مسبقاً الأسباب القانونية والواقعية بصفة كلية، وإذا حددتها بصورة عامة، فيلحق بغياب الإعلان الكلي لأسباب القرار الإعلان العام الذي يستلزم

1 - عصام عبد الوهاب البرنزي، المرجع سابق، ص 82.

2 - EISENEMANN (CH), Cours de droit administratif, LGDJ, Paris, 1949, p 419.

نقلا عن : مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،

كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008، ص 46، 47.

3 - علي خطار شطناوي، المرجع سابق، ص 71.

4 - مخاشف مصطفى، المرجع سابق، ص 47.

وجود نوع من حرية تقدير قيمة الأسباب وملاءمة القرار. و يكون الاختصاص مقيدا إذا حدد القانون أسباب القرار الإداري، وبذلك يختفي التقدير الحر لقيمة أسباب القرار، وللقرار الإداري نفسه، ولهذا تكون الإدارة ملزمة بالتصرف أو الامتناع أو التصرف بشكل معين، أو اتخاذ أو عدم اتخاذ قرار إداري معين أو انعدامه أو اتخاذه على نحو معين وبمضمون محدد.<sup>1</sup>

### ثانيا - تمييز السلطة التقديرية للإدارة على السلطات العامة للدولة

إن السلطة التقديرية للإدارة ليست مطلقة وإنما حددت قانونا. كما أن الإدارة لا تتفرد لوحدها بالسلطة التقديرية، حيث أن مختلف السلطات العامة في الدولة لها مجال من حرية التقدير، غير أنها تختلف من حيث المدى بحسب طبيعة الأحوال والظروف.<sup>2</sup>

#### أ - تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن السلطة التأسيسية

السلطة التأسيسية هي من يضع دستور الدولة، ولها الحرية في تحديد النظام السياسي للدولة والحقوق والحريات، وهي من يضبط الاختصاصات الأساسية للسلطات العامة في الدولة، ويحدد العلاقة فيما بين السلطات وفقا للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية. وهي بذلك لا تخضع لأي تقييد محدد، فسلطتها التقديرية واسعة وغير محددة بنصوص قانونية وتخضع لتقديرها فهي التي تعمل على تأسيس وإنشاء السلطات الأخرى في الدولة وتحدد اختصاصاتها، تتمتع السلطة التأسيسية بخاصيتين، أولها أنها سلطة أصلية بمعنى أنها أنيف في الوجود مقارنة بالسلطات الأخرى، ولا تخضع لنصوص دستورية وقانونية، أما الخاصية الثانية فكونها سلطة غير مقيدة، بمعنى لها الحرية في وضع الدستور الذي تراه ملائما للبلاد، كما أنها تختار نظام الحكم وشكله دون قيد أو شرط مسبق.<sup>3</sup>

#### ب - تمييز السلطة التقديرية عن السلطة التشريعية

تختص السلطة التشريعية وفقا لمبدأ السلطات بالتشريع أصلا، ومهمتها في هذا الصدد حرة، والقيود لا يرد بصفة استثنائية بل تنعدم هذه القيود في الدساتير المرنة ومن ثم فإن حرية السلطة التشريعية تكون أبعد من أن تقاس بحرية الإدارة فالقيود على الإدارة هو الأصل ومجالها محدود

1 - علي خطار شنتاوي، المرجع نفسه، ص 72.

2 - خليفي محمد، المرجع السابق، ص 47.

3 - المرجع نفسه، ص 48 ، 49.

بالوقوف عند إرادة المشرع وهو ما يعرف بالسلطة المقيدة، أما أهداف التشريع فلا يمكن بل ليس من المصلحة أن تحدد بصورة معينة<sup>1</sup>.

### ج - تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن السلطة القضائية

يكون عمل الإدارة والقاضي واحدا كون الرقابة على ممارسة الاختصاص في الحالتين واحدة، فالقضاء كقاعدة عامة لا يمكنه أن يعقب على ملاءمة العقوبة التأديبية، والجهة المختصة بالنقض لا تستطيع مراقبة تفاهة أو قسوة العقوبة التي يوقعها قاضي الموضوع، ومع ذلك فإن المتمتع في هذا يلحظ وجود فوارق بين حرية الإدارة وحرية القاضي فهو لا يعبر عن إرادته وإنما عن إرادة المشرع، وإذا اختار تفسيراً لنص غامض فإن معنى ذلك أن هذا التقسيم هو التفسير الوحيد المشروع وعلى العكس من ذلك، فإن رجل الإدارة إذن يعبر عن إرادته الخاصة، وإذا اختار وسيلة معينة أو حلاً معيناً فهذا لا يعني أن باقي الوسائل والحلول غير شرعية<sup>2</sup>.

### ثالثاً - تمييز السلطة التقديرية عن الأعمال الإدارية

يعد خضوع الإدارة لمبدأ المشروعية مسألة جوهرية لقيام دولة القانون، لكن في بعض الأحيان يترك المشرع حرية تقدير التصرف الملائم حسب طبيعة الظروف التي قد لا يتوقعها مسبقاً لتمتد لما يلحق الضرر بالمصلحة العامة للأفراد والنظام العام، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

### أ . تمييز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد

يصعب وضع معيار جامع لتحديد مجال السلطة التقديرية للإدارة، حيث اختلف الفقه في تحديد المعايير التي تميز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد.

فقد حاول الفقهاء التمييز في تصرفات الإدارة العامة بين أعمال السلطة وبين أعمال الإدارة العادية، وفي هذه الطائفة الأخيرة تظهر الصلاحية التقديرية فهي أعمال تشبه تصرفات أعمال الأفراد وتتمتع الإدارة في مباشرتها الحرية ذاتها التي يتمتع بها الأفراد، أما قرارات السلطة فلن تكون مشروعة دون تأهيل قانوني مسبق، كونها تتعلق وتمس في الكثير من الأحيان بالحقوق الشخصية، فيتعين أن تمارس في إطار القانون ونطاقه<sup>3</sup>.

1 - لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة و مدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة تخرج

لنيل شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون إداري معمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسن، 2016/2015، ص 27.

2 - مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في اصدار القرارات، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2001، ص 37.

3 - خليفي محمد، المرجع السابق، ص 53.

يرى الفقه الحديث أن مفهومي السلطة التقديرية والاختصاص المقيد يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بتقدير ملائمة الاجراء المتخذ، ففي الحالة الأولى يتمتع رجل الادارة بحرية اختيار الحل الذي كان تقديراً لرجل للإدارة فهو قاضي ملائمة، أما الحالة الثانية فمهما كان تقدير الإدارة الشخصي أو رؤسائه حول ملائمة الاجراء المتخذ فيتعين عليه اتخاذه كما هو معين مسبقاً.

و من أهم معايير التفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد:

أ.1. **معيار الرقابة القضائية:** والأصل أن جميع تصرفات الإدارة تخضع للرقابة القضائية ما يسمى معيار الرقابة القضائية وتكون هذه الرقابة في كلتا السلطتين سواء التقديرية أو المقيدة، حيث أنه يستطيع القضاء الغاءها إذا ما صدرت هذه الاعمال الإدارية مخالفة لمبدأ المشروعية<sup>1</sup>، فرقابة القاضي هنا هي رقابة مشروعة واضحة محددة بنص القانون<sup>2</sup>.

أ.2. **معيار طبيعة القواعد القانونية:** القواعد القانونية تتميز بالالتزام والعمومية والتجريد حيث أن التمييز بين الأحكام الحاسمة أو القاطعة والأحكام الحاسمة أو القاطعة والأحكام الجوازية أساس التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد.

أ.3. **معيار تحديد النظام القانوني:** إن مصدر السلطة التقديرية هو عدم التحديد الكامل للعمل الإداري ويترك قسط من الحرية لصاحب القرار وبهذا فإن عدم تحديد النظام القانوني هو مصدر السلطة التقديرية للإدارة، وهذا ما يدعى بمعيار تحديد النظام القانوني.

أ.4. **معايير الإعلام القانوني لأسباب القرار الإداري:** يتضمن هذا المعيار التفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد على أساس الأسباب القانونية والواقعية التي تحددها القوانين و المنظمة و هذا إذا ما يستلزم نوع من الحرية تقدير قيمة الأسباب وملائمة القرار<sup>3</sup>.

ب . **تمييز السلطة التقديرية عن أعمال السيادة**

تقوم السلطة التنفيذية بعدد من التصرفات المتعلقة بكيان الدولة الداخلي أو الخارجي، ويطلق على هذه التصرفات المتعلقة بكيان الدولة: "أعمال الحكومة" أو "أعمال السيادة"<sup>4</sup>، وهذا النوع من

1 - محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة - دراسة مقارنة - الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت،

1968، ص 74

2 - خليفي محمد، المرجع السابق، ص 60.

3 - مصطفى مخاشف، السلطة التقديرية للإدارة في اصدار القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 44.

4 - يطلق على هذه الأعمال في فرنسا "أعمال الحكومة" Actes de Gouvernement ، وفي إنجلترا "أعمال الدولة" Acts of State ، و تعتبر نظرية أعمال السيادة من خلق مجلس الدولة الفرنسي، حيث وجد في أحضان الجمهورية الفرنسية الأولى، و عندما سقط نابليون بونابرت و عمت الملكية من جديد سنة 1814، خشى المجلس على نفسه من النظام الملكي، و لتجنب التصادم مع النظام امتنع المجلس عن رقابة الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية المتعلقة بنظام الحكم ليضمن ديمومته في عملية الرقابة

الاعمال يشكل نظرة خطيرة في مبدأ المشروعية لأنها لا تخضع لرقابة القضاء فلا تكون محلا لإلغاء التعويض أو وقف التنفيذ، أو فحص المشروعية.

وبالتالي أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي بعض الاعمال التي تقوم بها السلطات الإدارية المركزية (الحكومة) والتي تستند إلى باعث سياسي رغم ما يكتنف هذا المعيار من غموض فهي غير قابلة للمراجعة ، فإذا صدر التصرف عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، ويكون ذلك حينما تستطيع العمل بصفة سياسية فإن هذا التصرف بإلغائها.

وعلى عكس ذلك فإذا ما اصدرت الإدارة التصرف بوصفها سلطة إدارية كأن يدخل العمل في اطار تسيير النشاط الإداري بالدولة وتنظيم المرافق العامة فإنه يعد قرار اداري يجوز الطعن فيه بالإلغاء ولا يقبل الدفع بعدم قبول دعوى الغائه لاعتباره ضمن أعمال السيادة<sup>1</sup>.

#### رابعا - تمييز السلطة التقديرية عن الاعمال المادية

تتمحور الاعمال المادية للإدارة حول تنفيذ القرارات الإدارية أي أن القرار الإداري يقوم بمجرد التعبير أو الإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية المنفردة في احداث أثر قانوني معين، أما التدابير السابقة واللاحقة لتنفيذ القرار تندرج ضمن الاعمال المادية.

ومن هذا المنطلق فإن أساس التفرقة بين القرار الإداري والعمل المادي يكمن في إحداث القرار الإداري لأثر قانوني أما العمل المادي فيقوم على تنفيذ الوضع الذي أقرته القاعدة القانونية المباشرة<sup>2</sup>.

نحدد في هذا التمييز الإجراءات التنفيذية التي تتميز تطبيقا للقوانين والقرارات الإدارية، وبالتالي التدابير الداخلية والسلطة التقديرية للإدارة، حيث أن إفلات هذه الإجراءات من الرقابة القضائية بواسطة دعوى الإلغاء على أساس أنها مجرد أعمال تنفيذية للقوانين واللوائح، أو أنها قرارات زائفة وليست منشئة حيث لا يتولد عنها آثار قانونية بذاتها ومن ثم تنتفي عنها صفة القرارات الإدارية وطبيعتها، ويقصد بالقرار الكاشف، ذلك القرار الذي لا يحدث جديدا في عالم القانون، بل يقتصر عمله على إثبات أو تقرير حالة موجودة من قبل، ومحققة بذاتها للآثار القانونية<sup>3</sup>.

على الأعمال الإدارية للسلطة التنفيذية، هكذا خلق مجلس الدولة نظرية أعمال السيادة كحيلة في أول الأمر في مواجهة الحكومة، أما في الوقت الحاضر و بعد ما استطاع أن يقلب الموازين و أصبح جهة قضائية لها وزنها القضائي بدأ في تقليص تطبيق نظرية أعمال السيادة في إطار حدود مبدأ المشروعية و حماية حقوق و حريات الأفراد .

1 - علي خطار الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 88.

2 - خليفي محمد، المرجع السابق، ص 37.

3 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 448.

ومن جهة أخرى تشمل التدابير الداخلية طائفة غير متناسقة ومتجانسة من الإجراءات الإدارية التي لا يمكن الاستغناء عنها، فهي صمام الأمان والمحرك الأساسي للعمل الإداري، ومن أهم الأمثلة على هذه التدابير، المنشورات والتعليمات الداخلية التي يطلق عليها "تعليمات المرفق" يضم أيضا موضوع التدابير، الأوامر الإدارية الداخلية والبلاغات الرسمية كما يندرج ضمن دائرة التدابير الداخلية أيضا، تدابير تنظيم الامتحانات الجامعية وجداول المراقبة<sup>1</sup>.

### **خامسا - التمييز بين السلطة التقديرية وغيرها من امتيازات الإدارة**

لقد خص القانون السلطة الإدارية بمجموعة من الامتيازات على عكس الأشخاص العاديين وذلك لعدة أسباب واعتبارات تقتضيها متطلبات المصلحة العامة وضرورة التسيير الإداري داخل الدولة، إلى جانب السلطة التقديرية - التي هي موضوع دراستنا - حق التنفيذ المباشر ونزع الملكية للمنفعة العامة<sup>2</sup>.

**1. أ. حق التنفيذ المباشر:** هو امتياز مقرر للسلطات الإدارية معناه أن الإدارة لها في بعض الحالات الحق في القيام بتنفيذ القرارات الإدارية التي تصدرها مباشرة وبالقوة الجبرية، دون الحاجة للجوء مسبقا للقضاء للحصول على حكم يسمح لها بهذا التنفيذ<sup>3</sup>، إلا أنها توجد ضوابط استعمال هذا الحق والتي تتمثل فيما يلي:

- نص المشرع على عدم استعمال الإدارة للتنفيذ المباشر، إلا إذا توافرت الشروط الخاصة بحالة الضرورة.
- للإدارة الحق في عدم استعمال التنفيذ المباشر، ولجوؤها للطريق العادي أي القضاء.
- يتعين على الإدارة أن تطالب الافراد بالتنفيذ الاختياري لأحكام القانون، وأن تترك لهم وقتا كافيا للقيام بتنفيذ مضمون القرار قبل أن تلجأ إلى استخدام أسلوب التنفيذ المباشر.
- على الإدارة أن تتأكد من الحالات التي يجيزها القانون استعمال حق التنفيذ المباشر لأن القضاء الإداري يراقب مدى مشروعية هذا التنفيذ وله أن يقرر وقف التنفيذ على حين الفصل في الدعوى<sup>4</sup>.
- ان استعمال التنفيذ المباشر يشترط فيه أن يكون مشروعاً وذلك وفقاً لنص قانوني يجيزه، وبالتالي اتفق الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر و لبنان على أن حق الإدارة في التنفيذ

1 - علي خطار الشطناوي، المرجع السابق، ص 408.

2 - خليفي محمد، المرجع السابق، ص 71.

3 - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 595.

4 - خليفي محمد، المرجع نفسه، ص 72.

المباشر الجبري ينحصر استعماله في ثلاث حالات استثنائية بحيث لا يكون التنفيذ المباشر مشروعاً أو مسموحاً به في غير هذه الحالات وهي:

- **حالة وجود نص صريح يسمح للإدارة بالتنفيذ المباشر:** هي أول حالات التنفيذ المباشر الجبري وأكثرها وضوحاً لأن فيها هذا التنفيذ المباشر يجد أساسه في نص صريح في القانون، ومن أمثلة ذلك أولاً ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 1901 ( المعدلة بالقانون رقم 3 لسنة 1965) من أنه يجوز للإدارة الخصم من مرتب الموظف في حدود الربع لسداد مستحقاتها من الموظف بسبب يتعلق بأداء الوظيفة.

- **حالة وجود نص لا يقرر جزاء المخالفة:** هذه الحالة الثانية لا يجوز فيها التنفيذ الجبري استقر عليها القضاء الإداري في فرنسا، وهي حالة امتناع الأفراد عن تنفيذ أحكام قانون أو لائحة لم يتضمن النص على جزاء جنائي عند مخالفتها<sup>1</sup>.

فإذا كانت القوانين أو اللوائح تنص على جزاءات جنائية توقع على كل من يخرج على أحكامها فهذا لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ الجبري المباشر، إذ يجب عليها في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات الجزائية لتوقيع الجزاء المنصوص عليه وليس للإدارة أكثر من ذلك.

- **حالة الضرورة:** بالإضافة إلى الحالتين السابقتين يجوز أيضاً للإدارة استعمال حق التنفيذ المباشر في حالة ثالثة هي حالة الضرورة والمقصود بحالة الضرورة طبقاً لما استقر عليه القضاء الإداري المصري وفي لبنان وفرنسا أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم يقضي منها أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة العامة، بحيث إذا هي انتظرت صدور حكم من القضاء يسمح لها بالتنفيذ لترتب على ذلك أضرار جسيمة<sup>2</sup>.

إلا أن القضاء الإداري يشترط لمشروعية استعمال القوة الجبرية مجموعة شروط، هي:

- أن يوجد خطر جسيم يهدد النظام العام.
  - أن يتعذر دفع هذا الخطر الداهم بالوسائل القانونية العادية بحيث يستلزم على الإدارة اتخاذ الإجراءات الاستثنائية الكفيلة بحفظ النظام العام.
  - أن تكون غاية الإدارة من تدخلها تحقيق المصلحة العامة بالقدر اللازم فالضرورة تقدر بقدرها.
- 1. ب . العلاقة بين السلطة التقديرية والتنفيذ المباشر:**

1 - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 596، 597.

2 - المرجع نفسه، ص 597-599.

يعترف القانون للإدارة أثناء تأدية مهامها وممارسة اختصاصاتها بمجموعة من الامتيازات لتسهيل مهمتها في تحقيق المصلحة العامة، ولكن في حدود النصوص القانونية وذلك احتراماً لمبدأ المشروعية، و يعد كلا من السلطة التقديرية للإدارة وحق التنفيذ المباشر امتيازاً من امتيازات السلطة الإدارية التي تتميز بها عن الأفراد، إلا أن مجال السلطة التقديرية واسع فلا يقتصر على القرارات الإدارية، بل يشمل كذلك الأعمال المادية للسلطة الإدارية التي يندرج ضمنها التنفيذ المباشر.

كما أن السلطة التقديرية تعتبر عملية تقريرية وسابقة بناء على نص قانوني، وتكون في مضمون أو فحوى العمل الإداري القانوني خصوصاً القرار الذي يكون سابقاً للعمل المادي المتمثل في التنفيذ، أما التنفيذ المباشر فيعتبر عملاً مادياً، حيث أن هذا الأخير قد يتضمن معنى السلطة التقديرية، من حيث وقت التدخل وكيفية التنفيذ وإجراءاته، ولكن هذه السلطة لا تشكل طابعاً قانونياً من حيث الطعن فيها إلا إذا كانت في شكل عمل قانوني<sup>1</sup>.

## 2- نزع الملكية للمنفعة العامة

أ . مفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة : يمكن تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستهلاك بأنه سلطة الإدارة في حرمان مالك العقار من ملكه جبراً لتحقيق منفعة عامة مقابل تعويض المالك<sup>2</sup>.

تحتاج الإدارة أحياناً إلى عقارات معينة مملوكة ملكية خاصة للأفراد ونظراً لضرورتها وأهميتها بصفة دائمة أو مؤقتة لبعض المشروعات والمرافق العامة، أجاز القانون للإدارة الحق في نزع الملكية الخاصة للعقارات مع منح تعويض عادل ومسبق<sup>3</sup>.

ويبدو واضحاً أن نزع الملكية أو الاستهلاك يمثل امتيازاً استثنائياً للإدارة لا مثيل له في القانون الخاص لأن نزع الملكية ينطوي على اعتداء صريح على الملكية الخاصة ولكن هذا الامتياز يجد تبريره في فكرة المنفعة العامة أو المصلحة العامة التي تستلزم هذا الإجراء الجبري، ودستور مصر الصادر عام 1971 وكذلك الدستور اللبناني، إذا كانت حماية الملكية الخاصة إلا

1 - خليفي محمد، المرجع السابق، ص 74.

2 - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 603.

3 - مرسوم رئاسي رقم 436/96 المؤرخ في 1996/12/07 المتضمن الدستور، ج ر ع 76 سنة 1996، نصت المادة 20

منه على : "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون وبترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف".

أنه أجاز نزع الملكية للمنفعة العامة ولكن بشرط تعويض المالك تعويضا عادلا وفقا للقانون حتى يتم التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد<sup>1</sup>.

لنزع الملكية خصائص عامة أساسية، تمثل في نفس الوقت شروط صحته قانونا بحيث إذا تخلف أحدها لا يجوز نزع الملكية، أو يقع هذا الإجراء باطلا و تتمثل هذه الخصائص في:

- **نزع الملكية لا يرد إلا على العقارات** : العقارات وحدها هي التي يمكن أن تكون موضوعا أو محلا لنزع الملكية للمنفعة العامة، أما المنقولات فلا يجوز نزع ملكيتها كذلك العقارات الحكيمة كالحقوق العينية العقارية (مثل حق الانتفاع أو الارتفاق) فلا يجوز أن تكون موضوعا لنزع الملكية وإجراءاته ، ولكن يجب أن نلاحظ أنه ينتج عن نزع الملكية العقار الأصلي تطهيره من الحقوق العينية العقارية التي تنقله وترد عليه<sup>2</sup>.

- **نزع الملكية منوط بتحقيق المصلحة العامة**: يعتبر من الشروط الضرورية، فهي السبب الدافع والمبرر الأساسي لاستعمال الإدارة لهذا القيد ، فالمصلحة العامة تقتضي كل الأعمال التي ترقى لخدمة المجتمع، ومتى تعلق الأمر بنزع ملكية عقار معين فإن الأساس الذي تعتمد عليه هذه الأخيرة هو ارتباطها بمنفعة عامة يستند عليها المشروع المراد إنجازه، فالمنفعة العامة هي الغاية أو الغرض النهائي الذي يهدف إلى تحقيقه إجراء نزع الملكية، وغيابها يعني عدم مشروعية الإجراء، وهذا الارتباط الكبير بين نزع الملكية والمنفعة العامة هو الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية قانون 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 في المادة 02 منه على أنه: « يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية ولا يتم ذلك إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية»<sup>3</sup>.

- **نزع الملكية يكون لصالح شخص معنوي عام**: قد يكون نزع الملكية لصالح الدولة بما

تحتويه من الوزارات المختلفة، كما قد يكون لصالح الأشخاص العامة المحلية أو المرفقية كالهيئات أو المؤسسات العامة .

1 - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 603.

2 - المرجع نفسه ، ص 605.

3 - قانون 91/11 المؤرخ في 27/04/1991 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر العدد 21، سنة 1990. المادة 02 مذكورة أعلاه. ولقد حرص المشرع الجزائري على تنظيم كيفية ممارسة السلطة الإدارية لهذا الامتياز وضمانا لحماية الملكية الخاصة من خلال النصوص التنظيمية المتعلقة بكيفية تطبيق القانون م ت رقم 93/186 المؤرخ في 27/07/1993 المتضمن كيفية تطبيق القانون رقم 91/11 ج ر العدد 51 سنة 1993، المتمم . ت 05/248 المؤرخ في 10/07/2005 ج ر العدد 48 سنة 2005، والمتمم م ت رقم 08/202 المؤرخ في 07/07/2008، ج ر ت العدد 39 ، سنة 2008.

وهذا ما نصت عليه المادة 9 من قانون الاستملاك في لبنان رقم 57 لسنة 1991 :

« تنطبق أحكام هذا القانون على الاستملاكات العائدة إلى جميع إدارات الدولة، و المؤسسات العامة و البلديات و الأشخاص الذين ولاهم القانون حق طلب استملاك »<sup>1</sup>.

### ب . العلاقة بين السلطة التقديرية ونزع الملكية للمنفعة العامة :

إن نزع الملكية للمنفعة العامة يكون مبنياً على قرار اداري يتوفر على العناصر اللازمة لمشروعيته وفقاً لما يقتضيه القانون حيث أن قرار نزع الملكية يتضمن السلطة التقديرية للإدارة في عنصر السبب لأن الإدارة في حاجة ماسة أو واقعية أدت بالإدارة إلى إصدار قرارات تتمتع في هذا الشأن بالسلطة التقديرية في تحديد العقار الواجب نزع ملكيته والذي يتوافق ويتلاءم مع تحقيق المصلحة العامة، كما تملك الإدارة السلطة التقديرية لمبلغ التعويض العادل والمناسب لقيمة العقار حيث يكون هذا التعويض مسبقاً.

تعتبر السلطة التقديرية الوسيلة المقررة قانوناً لنزع الملكية للمنفعة العامة لأن الإدارة تتمتع بحرية في اختيار العقار الذي تراه ملائماً كما تقوم بتحديد المساحة اللازمة لإقامة المشروع ذي النفع العام التي تنتزع الملكية من أجله، ومن ثم تأخذ المنفعة العامة مفهوماً واسعاً وتخضع لتقدير الإدارة شرط ألا تتعسف في استعمال سلطتها لتحقيق أغراض ومصالح أخرى<sup>2</sup>.

### سابعا. تمييز السلطة التقديرية عن الظروف الاستثنائية

إذا كان على الإدارة واجب احترام القواعد القانونية عند قيامها بوظائفها، فإن هذه القواعد عادة ما تكون في الظروف العادية فحسب، فإذا طرأت ظروف استثنائية كحالة حرب أو فتنة أو كارثة أو وباء، وجدت الإدارة نفسها مضطرة في سبيل القيام بواجباتها - لحفظ النظام العام وتسيير المرافق العامة - إلى مخالفة بعض هذه القواعد والخروج على مقتضى مبدأ المشروعية كما هي الحال في الظروف العادية، ولا تثريب عليها في ذلك من حيث المبدأ، فقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات" التي أكدتها الشريعة الإسلامية تعد من القواعد المنطقية التي تمليها طبيعة الأمور<sup>3</sup>. لمعالجة حالات الضرورة التي يمكن أن تواجهها الإدارة أقام مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية، ونظراً لأن غالبية فقهاء القانون الإداري يصنفون هذه النظرية ضمن استثناءات مبدأ المشروعية شأنها في ذلك شأن فكرة السلطة التقديرية.

1 - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 606.

2 - خليفي محمد، المرجع السابق، ص 80 .

3 - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 47 .

### ثامناً. تمييز السلطة التقديرية عن بعض المصطلحات القريبة منها

سنتناول بالدراسة أيضاً تمييز السلطة التقديرية عن بعض المصطلحات القريبة منها والتي تثير اللبس و قد يحصل بسببها خلط ، فميزها عن مفهومي التناسب و الملاءمة.

#### أ. التمييز بين السلطة التقديرية و التناسب :

لا يمكن أن يتصور للإدارة سلطة تقديرية مطلقة أو سلطة مقيدة مطلقة، وإنما المتفق عليه أن للإدارة عند ممارستها لصلاحياتها سلطة تقديرية وأخرى مقيدة بموجب القانون كما هو الحال في عناصر الشكل والاختصاص والغاية، أما بالنسبة لعنصري السبب والمحل فإن لها بموجب القانون أيضاً سلطة تقديرية، لأن الإدارة في عملها سواء اكانت سلطتها تقديرية أو مقيدة تخضع لرقابة المشروعية.

فالسلطة التقديرية تعني "أن يترك القانون للإدارة الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها وجوب التصرف على نحو الزامي معين"، بمعنى أن يترك القانون للإدارة حرية تقدير اختيار العمل والقيام به في الوقت المناسب الذي تراه ملائماً للظروف والأحوال دون أن يملى عليها مقدماً مسلكاً محدداً يتعين عليها اتخاذه في هذا الخصوص<sup>1</sup>. مثلاً الفقه الفرنسي أقر للسلطة التنفيذية وحدها هنا منح الاوسمة والنياشين للأفراد، وفي مصر القضاء أقر للإدارة الحرية في مسائل الترقية دون أن يقوم المشرع بضبطها<sup>2</sup>. ومنهم من عرف السلطة التقديرية أنها "الإدارة التي تكون حرة في التصرف ازاء وقائع معينة، أي لها حرية اتخاذ القرار أو في الامتناع عنه ومعنى ذلك أن القانون لا يفرض على الإدارة مقدماً سلوكاً معيناً تنتهجه فلا تستطيع أن تحيد عنه"<sup>3</sup>.

و بالعودة لتعريف الفقيه الفرنسي "بونار" للسلطة التقديرية للإدارة -كما رأينا سابقاً- فالقانون يترك للإدارة حرية التقدير في التدخل من عدمه دون أن تقدم المبررات التي على أساسها استخدمت اختصاصها، الفقيه "والن" ذكر أن اختصاص الجهة الادارية يؤدي الى تمتعها بسلطة القيام بأعمال معينة داخل حدود ذلك الاختصاص، وأن السلطة التقديرية تعني الطريقة التي تمارس بها الجهة

1 - سعد عصفور - محسن خليل، القضاء الاداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص98.

2 - حكم المحكمة الادارية العليا رقم 1679 لسنة2 القضائية، المجموعة السنة الاولى ص1006. نقل عن.

سعد عصفور - محسن خليل، القضاء الاداري، المرجع نفسه، ص89

3 - ابراهيم عبدالعزيز شيجا ، اصول القانون الاداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1981، ص467.

وقد ذكر الكاتب من امثلة استخدام السلطة التقديرية في لبنان حالة اختيار الادارة للمرشحين للوظائف اذا كان عن طريق الامتحان دون التقيد بمرتبة المتقدم في الامتحان.

الإدارية اختصاصها، أما "دوبسن" فيرى أن السلطة التقديرية هي مدى التقدير الذي يمكن ممارسته في ظل التنظيم القانوني<sup>1</sup>.

والباحث مع الآراء التي ترجح احتواء السلطة التقديرية على جملة من الملاءمات باعتبارها مجالاً رحباً لممارسة الإدارة أعمالها، منها ما أورده الاستاذ الدكتور "سامي جمال الدين" عند تعريفه للسلطة التقديرية بأنها: "تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه، اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له أو في تحديد محله"<sup>2</sup>. من هذا التعريف نرى أن السلطة التقديرية للإدارة تتضمن جملة خيارات قد تساعد الإدارة باتخاذ قرارها بشكل ملائم ضمن حدود القانون بما في ذلك المحل والسبب وهناك من يرى أن السلطة التقديرية تعني "تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس معظم اختصاصاتها القانونية، وهكذا يفترض تعدد القرارات المتاحة تحت تصرف صاحب القرار، وإمكانية أن يختار بين هذه القرارات"<sup>3</sup>. ويلاحظ أن السلطة التقديرية هي من موجبات حماية مصلحة الجماعة وعلى هذا الأساس نؤيد من يقول: "أن الإدارة يجب أن تتمكن من مواجهة كل حالة على حدة وفقاً لظروفها الخاصة، حتى يمكن تحقيق المصلحة العامة على أتم وجه ممكن وبالتالي اعتبرت السلطة التقديرية من الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون العام الحديث"<sup>4</sup>.

ويرى الباحث من جانبه أن السلطة التقديرية تعني "المجال الذي يحتوي جملة ملاءمات تستطيع الإدارة من خلاله ممارسة اختصاصاتها القانونية بحرية من خلال اتخاذ إجراء ما من قبلها يتضمن عدد من هذه الملاءمات والتي تعتبر جميعها مشروعة ومن بينها توافق المحل والسبب". وعلى الرغم من أهمية السلطة التقديرية فإننا نلاحظ أن هناك من الكتاب من دمج بينها وبين التناسب، فمثلاً بعض الفقهاء الفرنسيين ومنهم venezai عرف السلطة التقديرية بأنها الحرية التي

1 - مايا محمد نزار ابو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 ، ص54 وما بعدها.

3 - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة ، مطبعة اطلس، القاهرة ، 1992 ، ص22.

3 - عصام عبدالوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق، ص61.

4 - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة ، الطبعة الخامسة، 1984، ص30.

تترك عادة للإدارة لتقدير مناسبة الاجراء المتخذ، وهذا ما قام به ايضاً الدكتور محمد مصطفى حسن حيث أورد التعريف ذاته للفقير الفرنسي<sup>1</sup>.

ومن خلال التعريفين السابقين يمكن ملاحظة ان الحرية في اتخاذ الاجراء لا تكون الا بمراعاة أهمية الوقائع حتى يتضح مدى تناسب الاجراء من عدمه، وهذا هو التناسب بعينه، إذ يقوم على اساس حرية الادارة في تحقيق التوافق ما بين السبب والمحل، ومما يؤكد هذا الخلط مثلاً تعريف السلطة التقديرية لدى الأستاذ الدكتور عصام البرزنجي بقوله "تمتع الادارة بحرية اجراء التناسب بين سبب القرار المعتمد وأثره القانوني المتمثل بمحله"، واعتبر رجل الإدارة سلطته مقيدة إذا لم يكن متمتعاً بحرية اجراء التناسب بين سبب القرار وأثره القانوني<sup>2</sup>.

مما سبق نخلص لوجوب عدم الخلط وضرورة التمييز بين السلطة التقديرية والتناسب إذ أن السلطة التقديرية هي المجال الذي يتضمن جملة عناصر أو ملامح تستطيع الادارة من خلالها التصرف بحرية ضمن اختصاصاتها القانونية كاختيارها لسبب القرار، وجوب التدخل او امتناعها عنه، اختيارها وقت التدخل ، كيفية التدخل، اختيار الاجراء المناسب(المحل) لأهمية الواقعة (السبب)، فإننا نلاحظ أن التناسب بين المحل والسبب جزء من كل، فالتناسب جزء من عدة ملامح تتضمنها السلطة التقديرية، فالتناسب غير السلطة التقديرية لأنه يتحدد فقط بين المحل والسبب في جميع مجالاته التأديبية والضبط الاداري والموازنة ما بين المنافع والاضرار<sup>3</sup>.

### ب. السلطة التقديرية و الملاءمة

هناك خلط بين التناسب والملاءمة واتجاه كثير من الكتاب الى اعتبار الملاءمة هي التناسب كونهما متشابهين لغوياً يدعو الى الاعتقاد انهما شيء واحد، فالملاءمة في اللغة من الملاءمة وتعني الصلح، و لأمّ و لآعمّ بين الشئين إذا جمع بينهما ووافق<sup>4</sup>، والتناسب كما سبق وبيننا يعني التوافق، التشابه، الملاءمة وهكذا، وكذلك قولك تلائم الشئان اي اجتمعا واتصلا<sup>5</sup>.

1 - نقلاً عن محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القسم العام، جامعة المنصورة، 1989 ، ص16 وما بعدها.

2 - عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة ، مصدر سابق ، ص239-240.

3 - للمزيد حول موضوع التناسب وعلاقته بالسلطة التقديرية ينظر محمد فريد سيد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القسم العام، جامعة المنصورة، 1989، ص19-20.

4 - لسان العرب، ابن منظور، مصدر سابق، ص10.

5 - المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية، 1420هـ، 1999، ص548.

وفي الاصطلاح القانوني تعني الملاءمة توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والموضوع الذي يصدر فيها. وفي نطاق القرارات الادارية تعني الملاءمة توافق القرار مع توقيت اتخاذه والظروف المختلفة التي يصدر فيها. وفي مجال التشريع تعني الملاءمة توافق التشريع مع توقيت صدوره والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يصدر فيها<sup>1</sup>.  
الملاءمة تعني: "أن التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة"<sup>2</sup>.

والبعض يرى أن قدرة القاضي الاداري على التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة من ناحية واعتبارات حماية حقوق الافراد وحررياتهم من ناحية أخرى لا يمكن أن تتم الا إذا راعى عند الفصل في المنازعات اعتبارات المشروعية وأخرى غير قانونية ويقصد بها الملاءمة<sup>3</sup>.  
والبعض يرى أن القرار يعد ملائماً إذا صدر في توقيت و ظروف وبكيفية ملائمة أو مناسبة، كذلك اذا تناسب الاجراء المتخذ مع سبب القرار لهذا فإن الملاءمة لها عناصر ثلاثة أهمها :

- تقدير وجوب التدخل أو الامتناع.

- اختيار وقت التدخل.

- تقدير الاجراء الذي يتناسب مع خطورة واهمية السبب.

وهناك من يرى ان الملاءمة "هي صفة للقرار الاداري بتوافر ضوابط وشروط معينة تراعيها

الادارة في القرار الاداري"<sup>4</sup>.

والبعض من الفقه الفرنسي اعتبر الملاءمة هي "ملاءمة تصرف معين هي فكرة مادية أو

عملية، ينظر فيها الى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة بالنظر إلى ما

يحيط بهذا المركز أو هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة"<sup>5</sup>.

1 - جورجى شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص22.

2 - عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص164.

3 - ثروت عبدالعال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، بدون مكان نشر، 1999، ص27.

ونعقد ان الكاتب ميز في كلامه ان القاضي يحقق بين العناصر المقيدة لسلطته وهي الشكل والاختصاص والغاية مع العناصر التي تخضع لسلطته التقديرية وهي المحل والسبب والتي لا تخضع لرقابة القضاء.

4 - محمد فريد سيد سليمان الزهيري، المرجع السابق، ص25.

5 - M.DUBISSON, la distinction entre la le galite et Lopportunité dans la theorie du recours pour excès du pouvoir .

هناك من ذكر ان الملاءمة هي ملاءمة هذا التصرف وتناسبه من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة، اي التصرف كان مناسباً او موافقاً او صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة<sup>1</sup>.

بعد استعراض الآراء والتعريفات التي قيلت بخصوص الملاءمة كان لزاماً ان نبين علاقتها بالسلطة التقديرية وعليه نقول أن السلطة التقديرية كما بينا سابقاً هي المجال الذي تتصرف فيه الادارة بحرية، وإن هذا المجال يتضمن العديد من العناصر التي تستطيع الادارة التصرف بها وهي تعتبر جملة ملاءمات متوفرة للإدارة، من ناحية ثانية فإن الملاءمة هي تعبير عن عمومية العناصر المحيطة بالقرار الاداري مثل التناسب بين المحل والسبب، وكون هذا الاجراء مناسباً وموافقاً او صالحاً من حيث المكان والزمان والظروف.

والملاحظ ان السلطة التقديرية والملاءمة كلاهما وسيلة بيد الادارة، وان الملاءمة هي صفة للقرار أو الاجراء الاداري بتوافر ضوابط وشروط معينة تراعيها الادارة في القرار الاداري وإن خضوع الملاءمة للسلطة التقديرية للإدارة يعني حتماً استقلال الادارة بتقدير ملاءمة قراراتها. والباحث يؤيد الرأي الذي يقول إن مسألة الملاءمة هي مسألة نسبية تختلف من شخص لآخر تبعاً لاتخاذها بكيفية معينة أو في وقت معين، وقد يكون القرار الاداري ملائم وغير ملائم في وقت واحد وبالتالي يوصف في مجمله بعدم الملاءمة<sup>2</sup>.

كذلك رأي الاستاذ الدكتور سليمان محمد الطماوي عندما أكد ان القضاء الاداري هو قضاء مشروعية لا قضاء ملاءمة للقرار الإداري وبالتالي يعتبر ملاءمة القرار الاداري شرطاً من شروط صحة القرار الاداري، وعليه فإن الذي يعزز ما سبق ذكره ان القرار غير الملائم لا يلغيه القضاء ولكن قد يفرض القضاء رقابة على كيفية ممارسة الادارة اختصاصها وهذا ما ذهب اليه مجلس الدولة الفرنسي، والذي يدعم هذا الأمر أن انعدام احد شروط صحة القرار الاداري يجعل القرار قابلاً للبطلان<sup>3</sup>.

نقلًا عن : محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري و دعوة الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص72. كذلك مايا محمد نزار ابو دان، المصدر السابق، ص64.

1 - سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال الادارة، نقلًا عن مايا محمد نزار ابو دان ، المرجع السابق ، ص65.

2 - المزيد عن هذه الآراء ينظر : عصام عبدالوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص164 وما بعدها. كذلك خليفة سالم الجهمي، مصدر سابق، ص100 وما بعدها. ينظر أيضاً محمد سيد احمد محمد، مصدر سابق، ص368 - 359. محمد حسنين عبدالعال، مصدر نفسه، ص72 وما بعدها.

3 - حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 6 فبراير سنة 1951، السنة الخامسة ص566. نقلًا عن الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مصدر سابق، ص75.

مما سبق نستطيع القول بأن القرار الإداري قد يتضمن جملة ملاءمات تخضع جميعها للسلطة التقديرية، وقد يكون القرار الإداري ملائماً في بعض عناصره، وقد يكون غير ملائم في عناصر أخرى وبالتالي إذا تحققت الملاءمة في جميع عناصر السلطة التقديرية بما فيها توافق المحل مع السبب كان القرار ملائماً كصفة للقرار الصادر في جميع جوانبه وبالتالي أصبح القرار صحيحاً منتجاً لآثاره. وعليه فإن السلطة التقديرية يمكن القول أنها الوسيلة القانونية التي تلجأ إليها الإدارة عند ممارسة اختصاصاتها وتتضمن جملة من الملاءمات المشروعة التي تتمتع الإدارة حيالها بحرية التصرف والاختيار وخاصة التوافق ما بين السبب والمحل، والملاءمة هي واحد من عناصر السلطة التقديرية للإدارة وهي صفة للقرار الإداري، كذلك يجب العلم بأنه لا توجد سلطة تقديرية مطلقة ولا سلطة مقيدة مطلقاً، وأن السلطة التقديرية تظهر جلياً في عنصري السبب والمحل وأن سلطة الإدارة إذا كانت تقديرية في أحدهما فإنها تكون كذلك في العنصر الآخر في الغالب أي أن السلطة التقديرية تكون في العنصرين معا في آن واحد.

### الفرع الثالث : نطاق السلطة التقديرية للإدارة

للسلطة التقديرية مجال، ويُقصد بمجال السلطة التقديرية الحالات التي تظهر بها هذه السلطة، أي الحالات التي تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية، ولا تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة. فمن المسلم به أن للقرار الإداري خمسة عناصر، هي: (الاختصاص - الشكل - السبب - المحل - الهدف)، ومن المسلمات أيضاً أن عنصري (الاختصاص - الشكل) في القرار الإداري تجري عليهما السلطات المقيدة للإدارة بحيث يكون مخالفاً لمبدأ المشروعية عدم التقيد بالاختصاص أو عدم مراعاة الشكل الذي نص عليه القانون لظهور القرار الإداري، وعليه فلا بد لكل جهة أو شخص مراعاة قواعد (الاختصاص - الشكل) المنصوص عليهما قانوناً، لأن كلاهما لا يشتمل على سلطة تقديرية. أما العناصر الأخرى للقرار الإداري وهي: (السبب - المحل - الهدف) فقد تكون من السلطات المقيدة أو التقديرية. ولا تعتبر الإدارة - عند ممارستها لسلطتها التقديرية - خارجة على «مبدأ المشروعية» لأن ما تتمتع به من حرية اختيار وتقدير قد تقرر لها من خلال المنظم نفسه، ولأن ما يصدر عنها من قرارات في نطاق سلطتها التقديرية أو المقيدة تبقى خاضعة لرقابة القاضي الإداري الذي يحكم بإلغائها أو بإلغائها والتعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها لمخالفتها لمبدأ

المشروعية، والأصل أن القضاء الإداري لا يُراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية ما دام أن قرارها الإداري في حدود القانون<sup>1</sup>.

### **أولاً- تقسيم القرارات الإدارية من حيث الخضوع لرقابة القضاء**

تقسم القرارات الإدارية من حيث خضوعها لرقابة القضاء إلى:

#### **1 - القرارات التي تخضع لرقابة القضاء : يقتضي مبدأ المشروعية خضوع القرارات الإدارية**

لرقابة القضاء سواء في مجال الإلغاء أو التفسير أو التعويض. فبإمكان المخاطب بالقرار الادعاء ضد الإدارة مصدرة القرار والمطالبة قضاء بإلغاء قرارها أو التعويض عن ضرر نتيجة عمل إداري وهكذا<sup>2</sup>. وهذا هو المظهر المميز للدولة القانونية أو دولة القانون L'état de droit. وتأسيساً على ذلك فإن قرارات الإدارة تخضع لرقابة القاضي. وبإمكان هذا الأخير إلغاء القرار الإداري بعد أن يكشف في حيثيات حكمه عن وجه اللامشروعية فيه.

#### **2 - القرارات التي لا تخضع لرقابة القضاء : إن المشرع ولا اعتبارات موضوعية قد يخص**

بعض الأعمال الإدارية ويخرجها عن رقابة القضاء، بل يلزم القاضي التصريح برفض الدعوى وعدم التصدي لرقابة نوع معين من الأعمال أصطلح على تسميتها بأعمال السيادة. اصطلح فقه القانون على نوع معين من الأعمال الإدارية بأعمال السيادة، أو أعمال الحكومة، وهي تلك الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها سواء رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية<sup>3</sup>. وفيما يلي بيان أساس نظرية أعمال السيادة ومعياري أعمال السيادة وموقف المشرع والقضاء منها.

#### **أ- أساس نظرية أعمال السيادة :**

تعتبر نظرية أعمال السيادة من وضع القضاء الإداري الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة الذي رفض التصدي لبعض الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية وأطلق عليها بأعمال السيادة<sup>4</sup>. وقد

1 - مهني نوح، مقال " السلطة التقديرية للإدارة " ، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، مجلد 04، سنة 2022، ص183.

2 - عمار بوضياف، القرار الإداري - دراسة تشريعية قضائية فقهية - جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص66.

3 - محمود محمد حافظ، القضاء الإداري -دراسة مقارنة-، الطبعة الرابعة، دار العربية، القاهرة، 1967 ، ص 125.

<sup>2</sup> - Pierre Laurent frier, Op.Cit. p 275 .

<sup>3</sup> - Charles Debbach, Op.Cit. p 105 .

أرجع جانب من الفقه سر ظهور هذه النظرية إلى السياسة الحكيمة والمرنة التي تمتع بها مجلس الدولة الفرنسي والذي عرف كيف يتخطى الحاجز ولم يجرؤ على إلغاء بعض الأعمال التي صدرت عن الحكومة حفاظا على استمراريته وبقائه<sup>1</sup>.

ومن المؤكد أنه لو تصدى مجلس الدولة الفرنسي لكل الأعمال الصادرة عن الإدارة خاصة في قمة هرمها، وأخضعها لرقابته دون تمييز من حيث مضمونها وأبعادها، لأدى ذلك حتما إلى زواله خاصة و أن السلطة في فرنسا أبدت في فترة معينة نيتها التخلص من مجلس الدولة وإلغاءه كما فعلت بالنسبة للبرلمانات القضائية<sup>2</sup>.

من أجل ذلك حاول مجلس الدولة بإبداعه لفكرة أعمال السيادة تجنب الخوض في بعض الأعمال الصادرة عن الجهات الإدارية العليا، والتي تتطوي على مظهر مميز غير متوفر بالنسبة لبقية الأعمال لما لها من صلة بالأعمال السياسية أو ما يسمى بالسياسة الداخلية العليا للحكومة فالتسليم بدور مجلس الدولة في مجال الرقابة على هذا النوع من الأعمال يعني الاعتراف له بالدور السياسي وهذا الأمر يؤدي بالضرورة إلى خروج جهاز القضاء عن المهمة الموكلة له.

وتأسيسا على ذلك ذهب جانب في الفقه إلى تقسيم أعمال السلطة التنفيذية إلى نوعين أعمال حكومية وأعمال إدارية. والنوع الأول من الأعمال لا يخضع لرقابة القضاء خلافا للثاني الذي يخضع للرقابة القضائية.

**ب- معيار أعمال السيادة :** اختلف فقهاء القانون بشأن المعيار الواجب إعماله وتطبيقه للقول

أن هذا العمل من أعمال السيادة وبالتالي يحصن ضد الرقابة القضائية، أو عمل إداري يخضع لرقابة القاضي إلغاء وتعويضا وفحوا للمشروعية.

#### \* معيار الباعث السياسي :

قيل بشأن التمييز بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية أن أعمال السيادة تتطوي على باعث سياسي. فإن خلا العمل الإداري من هذا الباعث عد العمل الإداري عاديا وخضع لرقابة القضاء. أما إذا انطوى على الباعث حصن ضد الرقابة القضائية.

#### نقد المعيار :

2 - لتفصيل أكثر راجع :- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص126، 130.  
- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها

لا شك أن هذا المعيار يؤخذ عليه المرونة الكبيرة وعدم التحديد الواضح، ففكرة الباعث السياسي أو الدافع السياسي تظل غامضة فتستطيع جهة الإدارة أن تقلت من رقابة القضاء جراء قيامها بعمل إداري ، إذا ادعت أمام القاضي أن الباعث للقيام بهذا العمل سياسي محص. وعندها يجد القاضي نفسه مضطرا للتصريح بعدم إمكانية إخضاع هذا العمل لرقابته وفحصه. ولا شك أن هذا المعيار يبدد فكرة دولة القانون سابق الإشارة إليها.

### **\*معيار طبيعة العمل أو موضوعه :**

**الرأي الأول :** ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى ترشيح معيار طبيعة العمل. فيكون العمل سياديا أي من أعمال السيادة إذا صدر تنفيذا لنص دستوري. ويكون العمل عاديا إذا صدر تنفيذا لنص قانوني أو لائحي. ومن هنا فقد ربط هذا الاتجاه الفقهي بين فكرة أداء العمل الإداري وبين النص الذي يخول جهة الإدارة القيام به .

فإذا كان أساس العمل الذي قامت به الحكومة يعتمد على نص دستوري وجب تحصينه ضد الرقابة ، أما إذا خرج عن هذا الإطار فيخضع للرقابة القضائية<sup>1</sup>.

**نقد الرأي الأول :** إن الأخذ بهذا الرأي يجعل النصوص الدستورية أداة ومجالا للتهرب من الخضوع لرقابة القضاء بعنوان أعمال السيادة. ثم أن العمل الإداري قد يصدر تنفيذا لقاعدة دستورية كما لو اعترف الدستور لرئيس الحكومة بسلطة توقيع المراسيم التنفيذية فوفقا لهذا الرأي لا تخضع هذه المراسيم التنفيذية للرقابة كونها صدرت تنفيذا لقواعد دستورية.

فهذه المادة 85 من دستور 1996 اعترفت لرئيس الحكومة بجملة من الاختصاصات كتوقيع المراسيم التنفيذية وتوزيع الاختصاص بين أعضاء الطاقم الحكومي ورئاسة مجلس الحكومة والتعيين في وظائف الدولة السامية خارج إطار التعيينات الرئاسية والسهر على تنفيذ القوانين. فلو أخذنا بمنطوق الرأي الأول لنجم عنه عدم إخضاع الأعمال الصادرة عن رئيس الحكومة للرقابة القضائية طالما كان لأعماله أساس من الدستور تجسد في المادة 85.

1 - محمود محمد حافظ ، المرجع السابق ، ص 131.

الدكتور عمار عوابدي، نظريات القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومة، الجزائر،

1999، ص94.

**الرأي الثاني :** قيل أيضا وضمن إطار المعيار المادي أو الموضوعي أن العمل يكون سياديا إذا صدر عن السلطة التنفيذية بوصفها حكومة. أما إذا صدر عنها بوصفها إدارة فيكون العمل من قبيل الأعمال الإدارية العادية ويخضع حينئذ لرقابة القاضي.

**نقد الرأي الثاني :** إن هذا الرأي وإن بدى منطقيا على الأقل من حيث الظاهر في تقسيم أعمال الإدارة إلى نوعين عادية وحكومية، وأخضع الأول للرقابة القضائية وحسن الثاني ضدها. إلا أنه أقام التمييز بين العاملين السيادي والعادي على فكرة الحكومة والإدارة. وهو مفهوم ينطوي على غموض كبير إذ قد تتمسك الإدارة للابتعاد عن رقابة القاضي بفكرة أن العمل الصادر عنها أتخذ بعنوان العمل الحكومي لا العمل العادي ، وتقلت حينئذ من رقابة القاضي.

من المؤكد أن معيار التمييز في فقه القانون عامة وحتى في فقه القضاء وجب أن يتسم بالوضوح لا الغموض ليسهل توظيفه وإعماله وبالتالي التصريح بنجاحه وسلامته ودقته. وهو ما لم ينطبق بالنسبة للمعيار الموضوعي وهكذا ظلت فكرة أعمال السيادة إلى يومنا هذا من المسائل التي يحوم حولها الغموض في فقه القانون الإداري و الدستوري رغم الجهود المبذولة على صعيد الفقه العربي أو الغربي على السواء إلا أن الفقه قسم أعمال السيادة إلى أربع مجموعات:

- 1 - الأعمال التي تنظم العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ومنها دعوة الناخبين للقيام بالعملية الانتخابية ودعوة البرلمان للانعقاد في دورة استثنائية وحل البرلمان<sup>1</sup>.
- 2 - الأعمال المتصلة بالشؤون الخارجية ويتعلق الأمر بجميع الأعمال المتصلة بسير مرفق التمثيل الدبلوماسي والقرارات الصادرة عن الدولة والمتعلقة بغيرها من الدول والمنظمات الأجنبية والأعمال المتعلقة بالرعايا الأجانب والأعمال المتعلقة بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية.
- 3- الأعمال المتعلقة بالحرب، حيث تعتبر الأعمال ذات الصلة بالنشاط الحربي من قبيل أعمال السيادة منها قرار إعلان الحرب والقرارات الخاصة بالاعتقال والقبض والضم.
- 4 -الأعمال المتعلقة بأمن الدولة الداخلي ويدخل تحت هذا النوع من الأعمال التدابير الضبطية<sup>2</sup>.

1 - أنظر على سبيل المثال: المرسوم الرئاسي رقم 02-106-106-المؤرخ في 3 أبريل 2002 المتضمن استدعاء البرلمان المنعقد بغرفتيه (الجريدة الرسمية رقم 22 لسنة 2002).

وأیضا : المرسوم الرئاسي رقم 98-191-المؤرخ في 3 جوان 1998 يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية لولاية الأغواط للانتخاب الجزئي لعضو مجلس الأمة. (الجريدة الرسمية رقم 39 لسنة 1998)

2 - أنظر: محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية و القضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 48.

**ج - موقف القانون الجزائري من نظرية أعمال السيادة :**

رجوعا للدراسات الأربعة التي عرفتھا الجمهورية الجزائرية دستور 63 و 76 و 89 و 96 نجدھا خلت من الإشارة لأعمال السيادة وهذا خلافا لدراسات دول عربية كثيرة .

فالمؤسس الدستوري وكذلك قانون الإجراءات المدنية لم يحصن بصريح النص نوعا معينا من الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية ضد الرقابة القضائية، وهكذا لا نجد لنظرية أعمال السيادة أساسا من الدستور أو القانون في الجزائر بما يدفعها للبحث عن موقف القضاء بشأنها.

**د - موقف القضاء الإداري الجزائري :**

رغم عدم النص على أعمال السيادة في المنظومة القانونية الجزائرية ، إلا أن القضاء الجزائري ممثلا في الغرفة الإدارية تأثر بهذه النظرية أسوة بالقضاء الفرنسي.

ففي قرار لها صدر بتاريخ 07-01-1984 أعلنت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا عن تبنيها لفكرة أعمال السيادة في قضية (ي.ب) ضد وزير المالية بقولها: "متى ثبت أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج وكذا القرار الوزاري المحدد لقواعد الترخيص والتبديل خارج الأجل هما قراران سياسيان يكتسبان طابع أعمال الحكومة.

فإنه ليس من اختصاص المجلس الأعلى فحص مدى شرعيتها أو مباشرة رقابة على مدة التطبيق." فرغم أن الطاعن أثبت في القضية المعروضة على المجلس الأعلى وجوده خارج الوطن لأسباب صحية في الفترة التي حددتها وزارة المالية لإرجاع الورقة النقدية للبنوك وهذا أيام السبت والأحد والإثنين 10 و 11 و 12 أبريل 1982. ودخل المعني (الطاعن) أرض الوطن يوم 13 أبريل أي بعد انتهاء مدة التبديل، غير أن الغرفة الإدارية اجابت بما يلي:

"وحيث أن إصدار وتداول وسحب العملة تعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة. حيث أن القرار المستوحى بالتالي من باعث سياسي غير قابل للطعن بأي من طرق الطعن"....  
وعليه صرح المجلس الأعلى بعدم اختصاصه نوعيا بالنظر في القضية المعروضة عليه<sup>1</sup>.

1 - أنظر المجلة القضائية العدد الثاني، 1995، ص 143 .



---

## المطلب الثاني

---

---

اساس و مبررات الاخذ بفكرة السلطة  
التقديرية للإدارة

---

## المطلب الثاني : أساس و مبررات الأخذ بفكرة السلطة التقديرية للإدارة

المقصود بأساس فكرة السلطة التقديرية للإدارة هو المبررات والأسس القانونية والفنية والعملية التي تستوجب إعطاء السلطات المختصة قدرا من حرية التقدير والملاءمة للقيام بوظائفها بانتظام واطراد. فإذا كانت فكرة السلطة المقيدة تجد أساسها في مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون والذي يعني ضرورة خضوع جميع التصرفات والأعمال الصادرة عن السلطات والهيئات العامة في الدولة للقانون، كما يستوجب مبدأ المشروعية وسيادة القانون أن تخضع جميع السلطات في الدولة شكليا و إجرائيا وموضوعيا فيما تقوم به من تصرفات وأعمال للقانون، فإن لفكرة السلطة التقديرية مبررات وأسانيد قانونية وفنية وعملية ومنطقية تحتم وجودها وتمتع السلطات الإدارية المختصة بها عند القيام والاضطلاع بوظائفها<sup>1</sup>.

على الرغم من أن السلطة التقديرية للإدارة هي حقيقة واقعة في فقه القانون الإداري، و ضرورة لا غنى عنها لممارسة الإدارة مجالات نشاطها المختلفة، باعتبارها ظاهرة تلازم جوانب النشاط الإداري، أيا كان مدى هذه السلطة من حيث الاتساع أو الضيق، فإن الفقه قد حاول إيجاد أساس قانوني لهذه السلطة، وتقديم المبررات لقيامها.

وعليه فالاعتراف بالسلطة التقديرية كسلطة قانونية يستلزم تحديد أساس قيام هذه السلطة، من ثم طرح مبررات الأخذ بهذه الفكرة، إذ لا تكفي المبررات وحدها لتبرير وجود هذه السلطة دون أن توفر لها الأساس والتأصيل اللازمين لقيامها.

ولتفادي الخلط بين الأساس والمبررات و المجال نذهب لما قاله الفقيه "دي كال" ، إن الخلط كان يقع أيضا بين الأساس و المجال، و الواقع أنه يتعين الإشارة إلى أن "مبررات" السلطة التقديرية هي إجابة السؤال : لماذا وجدت؟ أما "الأساس": فكيف وجدت؟ و عن "المعيار": فكيف توجد؟ و عن "المجال": أين توجد السلطة التقديرية في عناصر القرار الإداري<sup>2</sup>.

1 - هناك بعض الفقهاء من أنكروا تماما وجود سلطة تقديرية للإدارة من بينهم الفقيه الإنجليزي دابسي صاحب المذهب الليبرالي، وقد جسد أفكاره هذه، كتابه فلسفة الحرية الاقتصادية عام 1885، أنظر لمزيد من التفصيل: عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة. عالم الكتب، القاهرة، 1984، ص.59 وما بعدها.

2 - Lino Diquel, op. cit., P 191.

**الفرع الأول : أساس السلطة التقديرية للإدارة**

المقصود بالبحث في أساس السلطة التقديرية للإدارة: هو معرفة أصل قيامها<sup>1</sup> وبالتالي الإجابة عن التساؤل الآتي: كيف وجدت السلطة التقديرية، في دولة القانون الذي كان من المفترض أن تكون جميع هيئاتها خاضعة للقانون ومبدأ المشروعية؟

لتحديد أساس هذه السلطة انقسمت اتجاهات الفقه إلى نظريتين، إحداهما تصدر أساساً عن علاقة القانون بالسلطة التنفيذية و هي "النظرية السلبية"، والأخرى تتابع وجود السلطة التقديرية الذاتي والمستقل عن القانون، وهي ما تعرف "بالنظرية الإيجابية".

**الفقرة الأولى: النظرية السلبية**

النظرية السلبية هي في جملتها تعني بحث المجال الذي تتركه القيود والقواعد القانونية لحرية الإدارة<sup>2</sup>، كما أنها مستمدة من "فكرة تدرج القواعد القانونية التي عاصرتها وورثتها نظرية الحق الشخصي"، وأخيراً فكرة التحديد من جانب القانون<sup>3</sup>.

**أولاً- فكرة تدرج القواعد القانونية :** تعود هذه الفكرة إلى أنصار "المدرسة المعيارية (القاعدية) بزعامة الفقيه النمساوي كلسن-Kalsen-ومفادها أن القواعد القانونية تتدرج في قوتها ومرتبته من الأعلى إلى الأدنى، وتحكم الأعلى منها -Supérieur- القاعدة الأدنى -Inférieur-، وبالتالي فإن كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تعتبر تنفيذاً للقاعدة الأعلى منها مرتبة من ناحية، و منشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة من ناحية أخرى، علماً أن القاعدة الأعلى تتصف "بالعمومية والتجريد"، و تتطلب نوعاً من التحديد والتخصيص من جانب الإدارة، وعليه عندما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية، فإن اختصاصه مقيد إذا وقف بقراره عند التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية، أما إذا أضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها اختصاصه، فهنا يكون قد مارس سلطة تقديرية، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة "التخصيص" لعمومية القاعدة القانونية<sup>4</sup>، ومن أهم ما يأخذ على هذه النظرية :

1 - هنا ظهر الخلط بين الأساس و المعيار، أي بين كيف وجدت و كيف توجد ، و هذا ما سوف نرى له أثر في النظريات

التي سوف نتطرق لها لتأصيل أساس السلطة التقديرية للإدارة

2 - نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة -دراسة مقارنة- جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412هـ، ص 32.

3 - محمد مصطفى حسن ، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، مصر ، ص 64.

- أنها تضيق من مدى السلطة التقديرية للإدارة حيث تجعلها تدور في إطار محدد هو تخصيص القاعدة القانونية الأعلى أو إضافة عناصر جديدة لها.

- كما أن طبيعة السلطة التقديرية تختلف تماما عن طبيعة القاعدة القانونية، والقضاء وحده المسلم له بإمكانية تقييد وتخصيص القاعدة القانونية أو تفسيرها. وعليه لا تكفي هذه الفكرة كأساس قانوني للسلطة التقديرية للإدارة وإنما تخدم بالدرجة الأولى تبرير قيامها لا أساسها.

**ثانياً: نظرية الحقوق الشخصية :** تعرض لهذه النظرية بارثلمي -Barthelemy- وتقوم هذه النظرية على الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد، وبمفهوم المخالفة فإن السلطة التقديرية تتحقق حال غياب هذه الحقوق الشخصية، وأساس ذلك أن هذه الحقوق تتميز بأن لها وسيلة قانونية لحمايتها و الدعوى القضائية<sup>1</sup>، أما في حالة الاختصاص التقديري لا يستطيع الأفراد المطالبة بشيء أو رفع دعوى، لانتفاء الرابطة القانونية بين الإدارة وبينهم لعدم وجود حق شخصي مضار.

حيث يبدأ الحق الفردي تقف السلطة التقديرية للإدارة وعلى العكس عندما لا يحوز الشخص إلا مصلحة بسيطة، فالإدارة تحوز سلطة تقديرية<sup>2</sup> ولا يفنقذ وجود مثل هذه الحالة في القانون العام الحديث، فالنص على عمل تنفيذي بواسطة القانون يهدف لمصلحة معينة تجد باستمرار الشخص الذي يدافع عنها وبالتالي يختفي الاختصاص التقديري، ومن أهم ما يأخذ على هذه النظرية<sup>3</sup> ؛

- أن الاختصاص المقيد يكون مع قيام المصلحة دون الحق، وهذا ما يفسر قبول الطعن بتجاوز السلطة، اكتفاء بقيام المصلحة.

- للإدارة الحق في وضع القيود المختلفة في مواجهة الحقوق الشخصية مثل بناء أصحاب العقارات في أملاكهم لا يكون إلا بترخيص. وهذا ما يجعلها غير صالحة لاتخاذها أساساً للسلطة التقديرية، فهي تعني بالدرجة الأولى مجال السلطة التقديرية للإدارة لا أساسها، إذ تحدد الحق

1 - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 37.

2 - Lino. Diquai, op. cit., P 191

3 - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 191 - 192.

أنظر أيضاً: - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، الطبعة 2، القاهرة ، 1957، ص 37.

- رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 49.

- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 37 - 38.

الشخص بربطه مع الاختصاص الإداري، فالاختصاص يكون مقيدا بحسب هذه النظرية عند تواجد الحق الشخصي.

**ثالثا : مذهب التحديد القانوني :** لجأ هذا المذهب إلى تأسيس السلطة التقديرية للإدارة عن طريق علاقتها بالقواعد القانونية، بحيث تعرض إلى هذه الفكرة الفقيه "موريس هوريو" Maurice -Hauriou عند نقده "فكرة التدرج" - نظرية تدرج القواعد القانونية- عند "ألسن"، حيث قرر أن السلطة التقديرية ليست إلا أحد مظاهر العلاقة بين القواعد القانونية والأشخاص القانونية، فالأشخاص القانونية تخضع للقواعد القانونية كحدود خارجية تقيد من حرية واستقلال الشخص القانوني، وعليه فالحرية التي يفتقدها نتيجة خضوعه للقاعدة القانونية سرعان ما يستعيدها باختفاء القاعدة القانونية القيود معها<sup>1</sup>، و من أهم ما يعاب عليه هذا المذهب<sup>2</sup> :

- أنها تخلط بين التاريخ والموضوع، فبحث أساس السلطة التقديرية سابق لبحث القاعدة القانونية وعلاقتها بالتقدير.

- القواعد والأشخاص القانونية لا تتال من الوضع الواقعي الذي يكون فيه رجل التنفيذ، ولا من حرية تقديره لبعض النواحي المادية.

كما أنها مثل سابقتها من النظريات تقتصر على تحديد مجال أو معيار السلطة التقديرية، لا على بيان أساسها.

ومن خلال ما سبق عرضه في هذا الاتجاه -النظرية السلبية- نفهم أنه قد حاول الشراح والفقهاء أن يجعلوا من أساس السلطة التقديرية هو الاختصاص الغير مقيد في القاعدة القانونية أي في النصوص القانونية.

### الفقرة الثانية: النظرية الإيجابية

النظرية الإيجابية أساسا تقوم على فكرة تسمى "بفكرة المشروع" وتعتمد هذه الفكرة تشبيها مستعارا من القانون الخاص، إذ تقوم بتشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، ويعتبر النشاط الإداري نوع من المشروعات التي تشبه إلى حد كبير المشروعات الخاصة والفردية، وإذ يتمتع الأفراد عند إدارتهم لمشروعاتهم وأوجه نشاطهم بقدر كبير من حرية التقدير، فإن للإدارة كذلك أن تتمتع بقدر

1 - محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 67. نقلا عن :

- Maurice . Hauriou, Précis de droit administratif , 1933, P123.

2 - المرجع نفسه ، ص 68 . أنظر أيضا: - نذير محمد أوهاب ، المرجع السابق ، ص 35 - 36.

واسع من السلطة التقديرية عندما تتولى إدارة وتسيير مشروعاتها أو بالأحرى نشاطها الإداري<sup>1</sup>، وما يفهم هنا أنه يجب أن تتمتع الإدارة بسلطة التقدير الحر تماما كما يتمتع رئيس المشروع الفردي من حرية التصرف والتقدير في تسيير وإدارة شؤون مشروعه.

وهكذا تتبلور الإجابة على التساؤل عن سبب تخلي القواعد القانونية عن التقييد عند تحديد النشاط الإداري أحيانا، وبمعنى آخر سبب تمتع الإدارة بالاستقلال وحرية التقدير في ممارسة النشاط الإداري.

ففي صفة المشروع التي تسقط على النشاط الإداري، ومن ثم سلطات الإدارة بوصفها المدير المسؤول أو الرئيس لهذا المشروع، وعليه فالسلطة التقديرية أمر يرتبط بطبيعة المشروع، فالإدارة تقوم بتسيير مشروع كبير يهدف إلى تحقيق الصالح العام وتوفير المنفعة العامة أو بالأحرى المرافق العامة، وفي سبيل ذلك تملك الإدارة تقييد نشاطها ذاتيا كما تملك تقدير ملاءمة نشاطها وأعمالها، ومن ثم تمثل صفة المشروع للنشاط الإداري مصدر السلطة التقديرية وأساسها<sup>2</sup>.

و قامت هذه النظرية أساسا كنفذ لنظرية بارتملي (نظرية الحقوق الشخصية) فيفهم منها أن الحق الشخصي يمثل قيда على سلطة الادارة تجاه المحكومين وهذا فيه الكثير من المبالغة فقد أصبح من الواضح أن المشرع من ناحية والقاضي من ناحية أخرى لا يزالان منذ أمد بعيد يعترفان للإدارة بحق وضع القيود المختلفة على تمتع المحكومين بحقوقهم الشخصية مثل منع أصحاب الأملاك من البناء في أملاكهم قبل الحصول على رخصة البناء من السلطة الإدارية المختصة غير ان سلطة الإدارة هنا مرهونة بتحقيق المصلحة العامة وبالتالي فإن المصلحة العامة هي التي تشكل قيда على تمتع الإدارة بسلطتها في مواجهة هذه الحقوق وليس الحقوق نفسها.

إن هذه النظرية تتصل بمجال السلطة التقديرية وليس بأساسها القانوني إذ أن الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد ومن ثم توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق هو ربط غير حتمي أو واقعي<sup>3</sup>.

و هذا ما سنراه من خلال فكرة المشروع ؛

1 - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 38.

2 - رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 50.

أنظر أيضا: - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، 38 - 39.

3 - San devoir, Etudes sur le recours de pleine juridction, paris, 1964 p 418

**فكرة المشروع :** نظراً لعدم نجاح فكرة الحقوق الشخصية في تقديم تفسير متكامل عن أساس

السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة وهي تمارس أوجه نشاطها المختلفة لاسيما و ان الإدارة تتمتع بسلطة وضع قيود عدة في مواجهة العديد من الحقوق الشخصية،ضف إلى ذلك ان الإدارة لا تملك تقييد بعض الحقوق العامة مثل الحق في المساواة وحرية الاعتقاد المطلقة فهي حقوق وحریات عامة لا تقبل بطبيعتها التقييد فإذا صدر اي تشريع يقيدها كان هذا التشريع باطلا لمخالفته للدستور<sup>1</sup> لذلك ظهرت نظرية أخرى نالت الكثير من الاهتمام استندت في طرحها على فكرة مضمونها تشبيه نشاط الإدارة بنشاط الافراد وتدور حول فكرة معينة هي فكرة المشروع حيث ان الإدارة بمختلف هيئاتها عبارة عن مشروع او منظمة لا تختلف من حيث جوهر بنائها الاداري عن المشاريع الفردية .

وطبيعة المشروع هذه هي التي تفسر ما تتمتع به الادارة من سلطة في التقدير الحر، تماماً كما يتمتع رئيس المشروع الفردي بهذا القسط من حرية التصرف<sup>2</sup>. وهذا يحتم على الادارة الاحتفاظ بقدر من الملائمة في اتخاذ قراراتها وهذا هو نطاق السلطة التقديرية وهكذا ظهرت نظرية المشروع التي تعالج أساس السلطة التقديرية في صورة ايجابية وموضوعية.

ونعرض فيما يلي هذه الفكرة في القانون الخاص ، وتطبيقها في نطاق القانون العام ، ثم وظيفة السلطة التقديرية في القانون العام والخاص.

**أ - السلطة التقديرية في اطار القانون الخاص :** إن الذي يدير الشخص المعنوي هو الرئيس الممارس للسلطة، حيث يملك سلطة الادارة وسلطة توقيع الجزاء شريطة قيامه على اسباب صحيحة ماديا" وقانونيا"، وهو الذي يتحمل اعباء المشروع ومسؤولياته، ويجب ان تتوفر له حرية تنظيمه ليحقق أغراض مشروع.

ويشرح الفقيه ( m.hariou ) فكرته فيبين أوجه الشبه والخلاف بين النشاط الفردي والنشاط الاداري ، فيقول أن كل فرد في ظل القانون الخاص يعتبر كرؤساء المشاريع ليس فقط فيما يتعلق بنشاطه التجاري والصناعي، ولكن فيما يتعلق بكل جوانب حياته كاختيار جنسيته وامواله وبيته الخ، وهذه الصفة الخاصة برؤساء المشاريع تبدو أكثر وضوحاً" في المجال الاداري، اذا ما اعتبرنا مختلف الهيئات الادارية مؤسسات تعمل لمصلحة الدولة والمحكومين فهي مشروعاً" للنظام العام

1 - انظر في هذا المعنى : عبد المجيد إبراهيم سليم ، السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة - ، طبع الدار الجامعية الجديدة، 2012، ص 373.

2 - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الادارية ، المرجع السابق ، ص 39.

والمنفعة العامة ، وعلى ذلك يتساءل (Hauriou) كيف يمكن ان نعترف بسلطة تقديرية للإدارة مادامت تعمل دائما" لتحقيق المصلحة العامة ؟ و يجيب على ذلك بان ظهور فكرة المصلحة العامة في النشاط الاداري لم يتحقق جملة واحدة بل شيئا" فشيئا" وهذا ادى بدوره الى تقييد سلطة الادارة التقديرية اما بالتشريع مباشرة او بالتقييد الذاتي لنشاطها<sup>1</sup>.

يرى الفقيه Hauriou إن خضوع اشخاص القانون لقواعده انما يمثل قيودا خارجية على حرياتهم واستقلالهم وبالتالي فان فقدان هذه القيود يعني احتفاظ اشخاص القانون بحرياتهم واستقلالهم وان أهمية احتفاظهم بحرياتهم واستقلالهم لديه يرجع لكونهم جميعا بمثابة رؤساء مشروع فالفرد يكون بالنسبة لحياته الخاصة مشروعا، والهيئات الإدارية مشروع بالنسبة للنظام العام والمنفعة العامة وبالتالي لهم ان يقيدوا انفسهم تقييدا ذاتيا كما لهم ان يقيدوا ملاءمة أعمالهم<sup>2</sup>.

**ب - السلطة التقديرية في اطار القانون العام :** السلطة التقديرية مظهر لصفة المشروع في النشاط الاداري حيث يتكون المشروع من مجموعة من الافراد يديره شخص مسؤول عن تحقيق غاية منشودة يملك سلطة توجيه هذا التجمع للوصول الى تلك الغاية.

وميزة هذا التعريف عند "فينيزيا" أنه يصلح لتأسيس نشاط البوليس والمرافق العامة ويضيف أن دراسة القواعد الدستورية وتفسير قضاء مجلس الدولة يؤكد توافر صفة المشروع في عمل الادارة فالفقرة الأولى من المادة 47 من دستور 1946 في فرنسا تنص على: "إن تنفيذ القوانين من مهمة رئيس مجلس الوزراء" وهي مقتبسة بعد التعديل من المادة 03 من القانون الدستوري الصادر في 23 فبراير 1875 والتي تنص: "إن رئيس الجمهورية يلاحظ ويباشر تنفيذ القوانين" ونصت المادة 02 من دستور 1958 على: "إن الوزير الاول يدير عمل الحكومة ويكون مسؤولا عن الدفاع الوطني وهو يمارس تنفيذ القوانين"<sup>3</sup> وفي الدساتير المصرية المتعاقبة تم النص على سلطة رئيس

- Hauriou, précis de droit administratif, 12e édition, 1933, p.351 et suite..1

أشار اليه: خالد سيد محمد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية - دراسة مقارنة-، طبع دار أبو المجد، الطبعة الثانية، 2013، ص 496.

2 - عصام عبد الوهاب البر زنجي، المرجع السابق، ص 197- 198

3 - انظر : محمد مصطفى حسن : المرجع السابق، ص 72.

الدولة في تنفيذ القوانين<sup>1</sup> كما أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005<sup>2</sup> أورد حكما مشابها لما تقدم حينما نصت الفقرة 03 من المادة 80 في معرض بيانها صلاحيات مجلس الوزراء على الاتي "اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين" فالنصوص أعلاه قد منحت الادارة مجالا لإعمال فكرها خاصة وأن تنفيذ القوانين ككل يعني الحفاظ على الشروط الاساسية للحياة الوطنية ومنها حفظ النظام العام وتسيير المرافق العامة .

والسؤال هنا هل ان الانظمة والتعليمات تتم القانون؟ يجب الفقه الدستوري أنه إذا كان القصد من اتمام القانون هو تنظيم تفاصيل عديدة لا يمكن أن يتضمنها نص القانون ذاته مع بقاءه في حدوده الأصلية بلا مساس فضروري أن يكون هذا العمل من اختصاص رئيس السلطة التنفيذية، أما إذا كان المقصود من اتمام القانون إضافة قواعد خارجية عن روح المشرع مما يشكل اعتداء على السلطة التشريعية ويجب على المحاكم ألا تطبق أي لائحة تتضمن هذا التجاوز وسلطة عمل اللوائح لإتمام القانون في الحدود المسلم بها ليست مستمدة من نظرية التفويض انما من حق عمل اللوائح المعترف به للسلطة التنفيذية<sup>3</sup>.

وبدراسة السلطة التقديرية في مجال النظام الداخلي وفي علاقات الادارة بالغير يظهر لنا انها قسط من الحرية تمارس الادارة من خلاله امتيازاتها المستمدة من صفة المشروع ، ففي ما يتعلق بالنظام الداخلي فان الادارة تملك سلطة تقديرية في استخدام الموظفين بالشكل الذي يحقق اكبر فائدة للمرفق العام وكذلك تملك سلطة التنظيم الذاتي للمرفق وهي ايضا تقديرية من حيث تقسيم العمل بين الموظفين ، أما فيما يتعلق بسلطة الادارة فإنها تأخذ شكل الامر او الجزاء بقصد ضمان حسن سير المرافق العامة وتبدو سلطة الامر واضحة في مجال مرفق الضبط حيث ينظم السلوك الفردي ويتحدد للمحافظة على النظام العام وسلطة الضبط لا تتضح الا في ظل نظام فصل السلطات حيث تقوم الادارة بهذه الوظيفة وكأنها التزام على الافراد لأنها تتضمن حدا من حرياتهم باسم النظام العام وقد يتضمن الامر نهيا عن سلوك معين او تصريحاً بفعله ، وانظمة الضبط غنية بالأمثلة المتعددة لكل نوع وطبقا لهذا التأصيل تكون فكرة المشروع هي اساس السلطة التقديرية وتكون هذه السلطة بدورها مظهرا لهذه الفكرة.

1 - انظر نص المادة 117 والمادة 122 من دستور 1964 وكذلك انظر نص المادة 144 والمادة 146 من دستور 1971

2 - نشر نص الدستور في جريدة الوقائع العراقية العدد 4012 في 28 كانون الاول عام 2005.

3 - السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، من دون ذكر اسم المطبعة ، عام 1949، ص 461.

ومما لاشك فيه أن طبيعة السلطة التقديرية في القانون العام والقانون الخاص واحدة ويحدها عنصر المصلحة وحيث أنها تبرر نوع الاجراء وترسم حدود هذه السلطة التقديرية وفي داخل هذه الحدود فقط يكون دورها مشروعاً فالإدارة حينما تمارس حريتها عليها ان تظن الى ان مشروعية كل اعمالها تتحدد بفكرة المصلحة العامة وتتقيد بها وهذا يؤدي الى القول بصحة كل القرارات الادارية التي لا تظهر بشكل مضاد لهذه المصلحة والقضاء الاداري والعادي يصدر احكامه على أساس ان السلطة التقديرية هي سلطة التحديد الذاتي التي هي ضرورة لحياة كل مشروع كمقابل وموازن لفكرة المسؤولية يباشرها مدير المشروع بقصد الوصول الى النتائج المرجوة .

### تقدير نظرية المشروع :

إن طروحات نظرية المشروع تستند إلى التشبيه الكامل بين المشاريع الفردية في إطار القانون الخاص ومشاريع الإدارة العامة وهذا لا يمكن التسليم به على اطلاقه فالاختلافات عديدة يقف في مقدمتها عنصر المصلحة فالمشروع الفردي يهدف إلى إشباع مصلحة فردية هي مصلحة صاحب المشروع الخاص في حين إن المصلحة المبتغاة من المشاريع الادارية هي المصلحة العامة وهذا الوضع له اكبر تأثير على مدى سلطة الادارة التقديرية في ادارة مشروعها.<sup>1</sup>

و نشير بإيجاز إلى هذه الفكرة عند كل من هوريو و فينيزيا :

1 - فالمشروع عند "موريس هوريو" لجأ إلى عرض شرح هذه الفكرة من خلال أوجه الشبه و الخلاف بين النشاط الفردي والنشاط الإداري.<sup>2</sup>

2 - أما "فينيزيا" فذهب إلى أن صفة المشروع للنشاط الإداري هي المصدر للسلطة التقديرية، و هي الأخيرة ليست سوى مظهر لصفة المشروع في النشاط الإداري.<sup>3</sup>

و قبل التطرق إلى ما يؤخذ ويفهم وينقد من هذه الفكرة كأساس للسلطة التقديرية نشير إلى رأي الأستاذ سامي جمال الدين، يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتبارها من قبيل المشروعات وهو أمر من السهل التسليم به بصدد المرافق العامة، كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط

1 - خالد سيد محمد حماد ، المرجع السابق، ص 180.

2 - للتفصيل أكثر انظر: - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص 196 - 197 .  
- محمد مصطفى حسن ، المرجع السابق ، ص 69 - 70 .

و كلاهما نقلا عن :

- Maurice. Hauriou, Précis de droit administratif, 12<sup>o</sup> éd., 1933, P 351.

3 - لتفصيل أكثر انظر: - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع نفسه ، ص 200 - 201 .  
- محمد مصطفى حسن ، المرجع نفسه ، ص 71 - 72 .

و كلاهما نقلا عن :

- Jean Claude. Venezia, Les pouvoirs discrétionnaire, Paris, L.G.D.J., 1958, P 105.

الإداري وتنفيذ القوانين باعتبارها من المشروعات التي تحقق أهداف المصلحة العامة<sup>1</sup>، غير أننا إذا أردنا أن نكون أكثر تحديدا ودقة في البحث عن الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة، فإننا لن نقتصر على "فكرة المشروع" بصفة عامة، وهي الفكرة التي ترادف في القانون الإداري "فكرة المرفق العام" بمعناها الواسع، وإنما نستطيع أن نلتصق هذا الأساس في بعض المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة وعلى الأخص "مبدأي دوام سير المرافق العامة بانتظام وقابلية المرفق العام للتعديل والتغيير"<sup>2</sup>، وهما من المبادئ القانونية العامة المقررة دون حاجة إلى نص قانون أو دستور.

و قد وجهت عدة ملاحظات لهذه الفكرة نجملها في الآتي :

- التشبيه الكامل بين النشاط الإداري والنشاط الخاص لا يسلم به وذلك لاختلاف الغرض المنشود، فالأول يسعى لتحقيق المصلحة العامة أما الثاني فالمصلحة الخاصة بالدرجة الأولى<sup>3</sup>.
- إن كل ما يمكن اعتباره من نشاط الإدارة، متصف بصفة النشاط ضمن إطار المشروع، فلا يمكن اعتباره على أنه نشاط تقديري للإدارة<sup>4</sup>.
- وعلى الرغم من هذا فإن فكرة المشروع قد لاقت استحسان غالبية الفقه الإداري، فقد صرحت بأن السلطة التقديرية أمر لا مناص منه لحسن سير الإدارة وتحقيق أهداف مشروعيتها.
- وأيا كان وجه الرأي في أساس السلطة التقديرية للإدارة، فلا أحد يستطيع أن ينكر أن هذه السلطة أمر واقع وضرورة حتمية تملئها طبيعة الأشياء، وباعتبار أن النشاط الإداري يستعصي بطبيعته الذاتية على أن يقيد تقييدا تاما، بشكل جامد وصارم لا حركة ولا حياة فيه، ولذلك فإن فقه القانون العام أجمع على ضرورة الاعتراف للإدارة بقسط من السلطة التقديرية في ممارسة نشاطها بناء على مبررات عديدة، قانونية وفنية وعملية سنتطرق إليها تاليا.

1 - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 39.

2 - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 42.

3 - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 74.

Lino. Diquel, op. cit, P 433.

4 - انظر أيضا: عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 203.

**الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة**

لقد اعترف كثير من الدول للإدارة بسلطة تقديرية في أعمالها، وهذا الاعتراف لم يكن نتاج أسباب عرضية، وبالتالي سؤال يطرح نفسه، لماذا وجدت السلطة التقديرية للإدارة؟ والإجابة على هذا السؤال تبرز مبررات السلطة التقديرية للإدارة. فهناك عدة مبررات مصدرها المشرع إذ تجعله يعمل على منح الإدارة بعضاً من حرية التقدير، وهناك أيضاً مبررات من جانب القاضي وضعت لنفس الغرض، ويمكن إضافة جانب ومصدر آخر فرضته مقتضيات العمل وضرورة الحياة الإدارية، وقد قسم الفقه هذه المبررات إلى ثلاثة أنواع وهي:

1 - مبررات العملية.

2 - مبررات الفنية.

3 - مبررات القانونية.

**1 - المبررات العملية:** من المستحيل أن يضع المشرع كافة القواعد القانونية التي تعالج بشكل دقيق ومحدد المسائل الإدارية، فلا يمكنه التنبؤ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث، ولا يستطيع حل كل المشكلات التي سوف تثور عن تطبيق القانون، الأمر الذي فرض عليه أن يترك حيزاً من الحرية للإدارة تعالج فيه بمعرفتها الحالة التي تنشأ والتي لم يكن المشرع قد تنبأ بها، مع حرية تقدير ملاءمة أعمالها بالنسبة لبعض اختصاصاتها<sup>1</sup>، وخير مثال ما يمنح المشرع من سلطات معينة في مجال الضبط الإداري لتحقيق الأمن العام و السكينة العامة ، الصحة العامة، فإذا قامت مظاهرة، فالإدارة وحدها التي تستطيع أن تقدر ما و إذا كانت المظاهرة تشكل خطراً على الأمن العام.

كما أنه من متطلبات التنظيم الإداري السليم ومقتضيات المصلحة العامة أن تستدعي في بعض المجالات عدم تكبير الإدارة بالقيود التي تشل حركتها وتفقد مرونة التصرف وجعلها آلة صماء تقوم بالتنفيذ الحرفي والتلقائي لأوامر المشرع، وبمعنى آخر أنه إذا جاء المشرع أو القاضي ليحدد لها بدقة كل ما يمكن عمله بنصوص مقيدة فإن النتيجة لذلك هي قتل روح الخلق والابتكار

1 - علي عبد الفتاح محمد ، القضاء الإداري (مبدأ مشروعية و دعوى الإلغاء) -دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2009 ، ص 98.

أنظر أيضاً : - ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 522.

- عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007 ، ص71.

- حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للإدارة و رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص131

لدى الجهاز الإداري، وعليه ترك حرية التصرف للإدارة كان لازماً و لا بد منه، لمواجهة كافة الأحداث والمتغيرات وليكون بيدها حق اختيار الوسائل التي تراها ملائمة لتحقيق المصالح والأهداف العامة، مما يخول دوام سير المرافق العامة<sup>1</sup> وبالتالي نتفادى عيوب السلطة المقيدة.

كما أن القاضي الإداري لا يستطيع عملياً أن يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية بطريقة

كاملة، فمهما وضع أمامه من معلومات وأبحاث وتحريات حول موضوع النزاع فإنه<sup>2</sup>:

- يكون بعيداً عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة.

- تنقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تعرض على الإدارة.

**2 - المبررات الفنية:** وتعني اعتبار الكفاءة الإدارية وخبرتها العملية، ويستند هذا المبرر إلى ما تملكه الإدارة من خبرة في مجال العمل الإداري فهي أقدر من غيرها المشرع والقاضي على مواجهة و ملاءمة تصرفاتها وفقاً للظروف المحيطة بالواقعة، ناهيك بما لديها من خبرة فنية وإمكانيات مادية وبشرية وتجارب، ووسائلها الخاصة تستقي منها معلوماتها<sup>3</sup>.

نفهم من هذا أن الإدارة و لاسيما أنها تحتكم على أجهزة فنية متخصصة، تجعلها الأقدر على فهم المسائل ذات الطابع الفني، وتقدير الإجراء الذي يتلاءم ويتناغم معها.

**3 - المبررات القانونية:** إن السلطة التقديرية ينظر إليها كضرورة لازمة لتكملة النقص والفراغ الذي يوجد في مجموع النظام القانوني<sup>4</sup>، ومما رأينا سابقاً في المبررات العملية أنه من المستحيل على كل من المشرع والقاضي التوقع المسبق لكل الحلول ولكل أمور الحياة المتغيرة، وعلى ذلك تساعد السلطة التقديرية على تفسير القواعد القانونية وتكملتها بما تقتضيه الحياة الإدارية. فالمشرع عندما يخاطب الأفراد الخاضعين لقواعده العامة المجردة، فإنه يلجأ إلى وضع الإطار العام الذي

1 - محمد فؤاد عبد الباسط ، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ، ص 32.

أنظر أيضاً : - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص 202.

- فادي نعيم جميل علاونة ، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه ، مذكرة لنيل

شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، 2011 ، ص 57.

2 - حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 132.

3 - علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص 99.

انظر أيضاً: - عمر محمد الشويكي ، المرجع السابق ، ص 70.

4 - نواف كنعان ، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010 ، ص 38.

تكون أفعال الأفراد داخله مشروعة، لكنه يترك للأفراد حرية الاختيار داخل هذا الإطار العام<sup>1</sup> والإدارة تعتبر من بين الأشخاص المخاطبين والخاضعين لقواعد المشرع العامة والمجردة وبالتالي تملك حرية التصرف داخل هذا الإطار العام، وعليه إذا خرجت بسلطتها التقديرية عنه كانت أعمالها غير مشروعة. كما أن القاضي في الأصل قاضي مشروعية لا ملاءمة وهذا تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات، فلو أن القاضي بحث في مدى ملاءمة التصرفات والقرارات الإدارية لنصب نفسه رئيسا إداريا على الإدارة العامة وهذا غير جائز وانتهاك واضح لمبدأ الفصل بين السلطات. بعد أن رأينا وعددنا الأسس والمبررات التي تقوم عليها السلطة التقديرية للإدارة، لا بأس أن نختصر في عجالة أسطر مزاياها وعيوبها.

### الفرع الثالث: مزايا، عيوب، و ضوابط السلطة التقديرية للإدارة

سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى مزايا وعيوب السلطة التقديرية للإدارة.

- 1 - **مزايا السلطة التقديرية للإدارة:** للسلطة التقديرية عدة مزايا تحقق كثيرا من الفوائد إذا لم تخرج جهة الإدارة عن الإطار العام للأهداف المراد تحقيقها، وهي تمارس أعمالها اليومية، أهمها:
  - تخويل الإدارة سلطة تقديرية في بعض التصرفات يؤدي إلى تنمية روح الابتكار والتجديد، ولو لا ذلك لتحولت الإدارة إلى أداة ميتة لا روح فيها<sup>2</sup>.
  - وضع حلول لكثير من المشاكل لأن عنصر الإدارة أكثر دراية بالممارسات العملية الحياتية.
  - تمنح السلطة التقديرية للإدارة عدة اختيارات لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المشرع تصوره مسبقا ولا يمكن للقاضي معاشة ملاساته وتفاصيله.
  - أن القانون لا يمكنه احتواء كافة الحلول والتفضيلات<sup>3</sup> لجميع المسائل التي تظهر أمام الإدارة في التطبيق أو يحدد الموقف الذي يتعين عليها اتخاذها في كافة الأمور ما هو قائم وما قد يستجد كما أن الحلول النظرية قد يستحيل تطبيقها حرفيا، لذلك فإن من الحكمة أن يترك للإدارة قدر من حرية الحركة في مواجهة هذه الظروف على ضوء من الواقع وظروف الحال<sup>4</sup>.
- 2 - **عيوب السلطة التقديرية للإدارة:** إن السلطة التقديرية للإدارة، وإن كان ينجم عنها الاعتراف لجهة الإدارة بقدر من الحرية في أداء العمل الإداري ولا تكبل إرادتها كما هو الحال بالنسبة للسلطة

1 - حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص 133.

2 - إسماعيل البدوي، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، دار التأليف، القاهرة، 1992، ص111.

3 - محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية. المرجع السابق، ص17.

4 - محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري -مبدأ المشروعية- وتنظيم مجلس الدولة - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص56.

المقيدة إلا أنه من عيوبها أنها قد تستغل للمساس بحريات وحقوق الأفراد، و قد يستند موظف الإدارة أيضا في تقديره لعوامل ذاتية لا موضوعية . بحيث أن الاختصاص المقيد يعد ضمانه لحقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعسف الإدارة عكس الاختصاص التقديري الذي يمكن أن يتحول رغم جميع فوائده إلى أداة للاعتداء على حقوق وحرريات الأفراد<sup>1</sup>.

**3- ضوابط السلطة التقديرية للإدارة :** هناك عدة ضوابط ينبغي مراعاتها عند استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية حتى يكون عملها متفقاً مع «مبدأ المشروعية» القانونية، وأبرز هذه الضوابط:

أ- مراعاة قواعد (الاختصاص، الشكل أو الإجراءات التنفيذية) التي نص عليها القانون.

ب- أن يكون الهدف من القرار الإداري المتخذ تحقيق المصلحة العامة و تخصيص الاهداف.

ج- أن تكون قرارات الإدارة مبنية على أسباب صحيحة، فمثلاً: لا يجوز منح معلم إجازة طارئة بينما هو لم يطلبها.

د- ينبغي للإدارة أن تقوم بالتكليف القانوني السليم للوقائع التي استندت عليها في إصدارها للقرار الإداري، وللقضاء رقابة على ذلك، وحتى لا يكون هناك مخالفة للقوانين. فلا يجوز مثلاً : توقيع عقوبة على قائد مدرسة دون مخالفة تأديبية.

هـ- ان رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة. والقول بغير ذلك معناه: حلول السلطة القضائية محل السلطة التنفيذية وهذا ما لم يقل به أحد، كما أنه يستحيل على القاضي الإداري أن يمارس دوماً رقابة ملائمة على تصرفات الإدارة لبعده عنها ولعدم إمكانية الإحاطة بالظروف والملابسات التي تحيط بالإدارة وهي بصدد إصدار قرار إداري في نطاق ممارستها لسلطتها التقديرية<sup>2</sup>.

1 - علي خطار شنطاوي، المرجع السابق، ص62.

2 - مهند نوح، المرجع السابق، ص183.



---

## المبحث الثاني

---

---

### مجال التقدير و التقييد لعناصر القرار الاداري

---

## المبحث الثاني: مجال التقدير والتقييد لعناصر للقرار الإداري

ان تحديد مصدر السلطة التقديرية ومجالها له أهمية كبيرة حتى تستطيع الإدارة ممارستها على أكمل وجه ويتمكن القضاء من معرفة إطار تدخله لحماية الحقوق والحريات دون المساس بحرية تقدير الإدارة. فنجد أنه ينحصر بين النصوص التشريعية وقضاء الإلغاء حينما يقوم بإبراز موضع وموقع وعناصر التقدير في القرار الإداري.

إن للإدارة حرية التصرف في مباشرة وتنفيذ أعمالها وذلك من خلال الاختصاص التقديري المخول لها بقوة القانون حيث أن اختصاصها التقديري يتجسد في كل الأعمال القانونية من عقود وقرارات وكذلك أعمالها المادية .

من خلال تحليل أعمال الإدارة نجد أن السلطة التقديرية للإدارة تنطبق فقط على القرارات الإدارية مثل إبرام القيود والقرارات التأديبية ضد المواطنين والاتفاقيات بين الأطراف وغيرها من القرارات الإدارية التي تتخذها سواء كانت فردية أو اتفاقية، جماعية، قانونية، أو مادية .

من خلال تحليل عناصر القرار الإداري يمكن التسليم أن ركن الإدارة هو الركن الوحيد الذي لا يمكن الاستغناء عنه لقيام القرار الإداري فبغيابه يكون القرار الإداري منعدماً كأن لم يولد أصلاً حتى وأن ظهرت العناصر الأخرى بصحتها وعدم مخالفتها للقانون فعنصر الإرادة يرتبط بصفة مباشرة بإنعقاد القرار وتجسيده أساساً في العناصر فهي تتصل بمدى مشروعية وصحة القرار الإداري من الناحية القانونية من خلال دراسة الشروط المشروعية تحت طائلة بطلان القرار الإداري وقابليته للإلغاء.

وعليه، في هذا المبحث سنقوم بعرض مجال السلطة التقديرية والسلطة المقيدة لكل عنصر من عناصر القرار الإداري والمتمثلة في الاختصاص والشكل أو الإجراءات والسبب والمحل والغاية مع إستبعاد ركن الإرادة وهذا من أجل الوقوف على موضع السلطة التقديرية في كل عنصر على حدى.

---

## المطلب الأول

---

جوانب التقدير والتقييد في أوجه  
المشروعية الخارجية للقرار الإداري

---

## المطلب الأول:

### جوانب التقدير والتقييد في أوجه المشروعية الخارجية للقرار الإداري

تعني أوجه المشروعية الخارجية للقرار الإداري الأركان التشكيلية والخارجية لصحته حيث تشمل ركن الاختصاص في إصدار القرار الإداري، بالإضافة إلى ركن الشكل والإجراءات التي يجب إتباعها في اعداد القرار وإصداره كونها عناصر جوهرية حددها المشرع الجزائي بدقة في غياب السلطة التقديرية، حيث إذا استغنى عنها المشرع ولم يحددها كانت هذه الشكليات ثانوية وللإدارة سلطة تقديرية في اختيار إتباعها أو عدم إتباعها.

### الفرع الأول: جوانب التقدير والتقييد في عنصر الاختصاص *la compétence*

يعرف ركن الإختصاص كركن من أركان القانون الإداري على أنه القدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر للقيام به ، فقواعد اختصاص السلطات هي دائما تعد امرة لا تملك الإدارة في مواجهتها أي قدرة من التقدير، فهي لا تستطيع الاحتذاء أو الخروج عن حدود الاختصاص الذي حدده لها المشرع، فإذا صدر القرار من جهة غير متخصصة قانونا كان مشوبا بعين عدم الاختصاص ويكون قابلا للطعن فيه بالإلغاء.

إن هذا العيب أي عيب الاختصاص هو العيب الوحيد من عيوب القرار الإداري التي يتعلق بالنظام العام مما يجعل القرار تحت طائلة عدم القبول وقيام القاضي الإداري ببحثه من تلقاء نفسه دون حاجة للتمسك به من طرف الطاعن بالإلغاء في القرار الإداري<sup>1</sup>.

إن فكرة الاختصاص تقوم من خلال مباشرة كل السلطات العامة في الدولة اختصاصات محددة ومعينة إذ أن توزيع الاختصاص في القانون العام على أساسين أحدهما دستوري وثانيهما تشريعي أي القوانين والنصوص التنظيمية المكملة، علما أن مرجعية تحديد الاختصاص وتوزيعها داخل سلطة من السلطات العامة تقود إلى تطبيق مبدأ "الفصل بين السلطات" ومبدأ "التخصص الفني" وتعني تقسيم العمل داخل السلطة الواحدة وما يعنينا هنا هو عمل الإرادة بمعنى السلطة التنفيذية<sup>2</sup>.

فكرة الاختصاص وقواعده في القانون العام تشبه إلى حد ما حالة الأهلية وقواعدها في إطار القانون الخاص، إذ أن كل رجل إدارة غير مختص وناقص الأهلية يعتبر غير قادر على القيام

1. إبراهيم عبد العزيز شيجا. مبدأ السلطة التقديرية مبادئ وأحكام القضاء الإداري لليناني. المرجع السابق. ص 146.

2. عبد الغاني بسيوني عبد الله. القضاء الإداري، منشأة المقارن. الإسكندرية، 1996. ص 573.

بالعمل القانوني لأنه غير مخول له بذلك قانونا، غير أن الفارق بينهما جوهري هو الغاية من تحديد قواعد الاختصاص وهي المصلحة العامة المرجوة، في حين قواعد الأهلية يراعي في تحديدها المصلحة الشخصية كذلك فعدم الاختصاص في القرار الإداري لا يمكن تصحيحه لاحقا من الجهة المختصة، بينما يجوز أن يجرى ناقص الأهلية بعض التصرفات وإن كانت ممنوعة عليه إذ أن وافق على ذلك الولي القائم على تصرفات القاصر<sup>1</sup>.

ومن هنا يمكن تحديد عناصر الاختصاص باعتبارها المكنة والقدرة القانونية والصفة القانونية التي منحها القواعد والأحكام القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة لشخص معين أو هيئة إدارية محددة لتتصرف وتتخذ القرارات الإدارية بصفة شرعية وهي:

**. الاختصاص الشخصي:** وذلك بتحديد الأفراد الذين يجوز لهم دون غيرهم اصدار القرارات الإدارية.

**. الاختصاص الموضوعي أو النوعي:** ويتعلق بفئات ونوع المسائل التي يجوز صدور القرارات بشأنها من قبل العضو الإداري.

**. الاختصاص الزمني :** يخص المدة والمدى الزمني الذي يجوز خلاله اتخاذ القرارات الإدارية.

**. الاختصاص المكاني:** والذي يحدد الرقعة الإقليمية والدائرة المكانية التي يمكن لعضو الإدارة أن يباشر اختصاصه فيها<sup>2</sup>.

كما أن ركن الاختصاص لا تتقبل وترفض إصدار القرارات الإدارية من أشخاص أو هيئات أو سلطات إدارية وغير إدارية غير متخصصة قانونا من حيث العناصر الأربعة السابقة الذكر والمحددة لعناصر الاختصاص<sup>3</sup>.

فخروج السلطة الإدارية عن هذا الدور سيشوب حتما القرار الإداري بعيب عدم الاختصاص "l'incompétence"، ويصبح قابلا للإبطال والالغاء.

**. التعريف بعيب عدم الاختصاص: (المجتمع عليه فقها )**

1. محمود الحيودي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 147.

2. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

3. عمار عوايدي، النظرية العامة المنازعات الإدارة في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوة الإدارة)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص 501. 505.

هو عدم القدرة قانونا على مباشرة عمل قانوني معين، حيث جعله المشرع من اختصاص سلطة أخرى طبقا للقواعد المنظمة للاختصاص<sup>1</sup>.

ولعيب عدم الاختصاص صورتين أو درجتين:

### 1/ عدم الاختصاص البسيط:

يعد عدم الاختصاص بسيطا أو عاديا حينما يقع في داخل النطاق الإداري ومعناه عدم احترام قواعد الاختصاص بين السلطات والأشخاص والأجهزة الإدارية فيما بينها وداخل النظام الإداري الواحد للدولة، بأن تعدي سلطة دنيا على سلطة سلميا أو العكس أو يعتدي العاملون على اختصاص رؤسائهم، ولهذا العيب عادة ثلاث صور تقليدية بحسب النطاق الذي تجاوزه مصدر القرار، فقد يتعلق إما بعدم الاختصاص الموضوعي أو المكاني أو الزماني وهو ما يشكل حالة وسببا من حالات وأسباب الحكم بالإلغاء في دعوى الإلغاء<sup>2</sup>.

### 2/ عدم الاختصاص الجسيم:

ويقوم عندما تعدي سلطة خاصة إدارية على اختصاصات سلطة عامة قضائية، أو تشريعية أو سياسية أو العكس، كما أنه يقع عندما يتدخل فرد عادي لا صلة له بالإدارة ويمنح نفسه حق اصدار قرارات ادارية مقحما نفسه في الاختصاصات الادارية، في حين يمنحه القانون هذا الحق. وهذا العيب الجسيم بهذه الصورة يشكل ما يعرف اصطلاحا بعيب:

"عيب اغتصاب السلطة والوظائف": "l'usurpation de pouvoir ou des fonctions"

ويؤدي إلى انعدام القرار الإداري وتجريده من الطبيعة القانونية والطبيعة الإدارية ويتحول إلى مجرد " أعمال مادية" قابلة للطعن أمام جهات القضاء العادي في أي مدة زمنية<sup>3</sup>.

إن المخالفة الجسيمة لركن الاختصاص تؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة والدولة والحكم بالتعويض في دعوى التعويض والمسؤولية الادارية<sup>4</sup>.

ومن خلال ما سبق من دراسة لعنصر الاختصاص، فإن السلطة التقديرية للإدارة غير متصورة فيه لأن الجهة التي تصدر القرار إما أن تكون مختصة أو غير مختصة، وإذا صدر من

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بالإلغاء القرار الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص80.

2- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص504-505.

3- المرجع نفسه، ص505.

4- سليمان ممد الطماوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، 1996، ص140.

جهة غير متخصصة فإنه يكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص ويكون معرضا للإلغاء القضائي عند الطعن فيه أمام القضاء الإداري.

فقواعد اختصاص السلطات الإدارية قواعد آمرة دائما لا تملك الإدارة إتجاهها أي سبيل للتقدير. ومنه مهما كان مدى السلطة التقديرية للإدارة، فهي لا تستطيع الاعتداء على حدود الاختصاص، فهذه السلطة من اختصاص المشرع وحده بنص القانون كما أن عيب الاختصاص متعلق بالنظام العام، يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ومما كان من النظام العام، فللقاضي إثارته من تلقاء نفسه دون شرط تمسك الطاعن بالإلغاء ضد القرار الإداري.

فهو العيب الوحيد على ما يبدو من بين العيوب المتعلقة بالنظام العام والذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته بين الجهات الإدارية والأفراد ذوي المصلحة<sup>1</sup>.

ان تطبيق قواعد الاختصاص بصرامة في القرارات الإدارية يمكن لهذه الأخيرة أن تتأخر أو لا يمكن تطبيقها واتخاذها عندما تكون السلطة الإدارية غائبة أو مشغولة بنشاطات أخرى، ولهذا ولأسباب عملية ولضرورة المصلحة خول المشرع في القانون السماح في بعض الحالات التنازل عن الاختصاص لتأمين حسن سير الإدارة العامة وأن يتولى الاختصاص أو جانب منه آخرين في حالة الإنابة وحالة الحلول وحالة التفويض.

**1/ الحلول:** وهي الحالة التي يكون فيها الموظف صاحب الاختصاص الأصلي غائبا أو أن يعترضه مانع سواء كان إداريا كالاستقالة أو الامتناع عن العمل أو غير إراديا كالمرض أو الموت وعندئذ يحل من يعينه المشرع محل الأصل وتكون سلطات واختصاصات من سيمارس الحلول هي ذاتها سلطات الأصل<sup>2</sup>.

ويكون الحلول بموجب نص الدستور كما يمكن أن يكون بموجب نص قانوني.

**2/ الإنابة:** يقصد بالإنابة حالة الشغور الذي يحدث في الوظيفة نتيجة غياب أو إمتناع سلطة عامة ، فتقوم ذات السلطة في حالة الغياب أو سلطة أعلى منها بتعيين نائب يقوم بالعمل ضمن الكيفية التي يجيزها النص القانوني<sup>3</sup>. ورجوعا لقانون البلدية نجده أشار صراحة لحالة الإنابة بموجب المادة 52 منه بقولها " إذ تغيب رئيس المجلس الشعبي البلدي ، أو حصل له مانع يستخلفه مندوب يعينه بنفسه لممارسة مهامه".

- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2007، ص 204.

- عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسر للنشر والتوزيع الجزائر، 2007، ص 120.

- المرجع نفسه، ص 123.

**3/التفويض: délégation**

للموظف المختص أن يباشر العمل بنفسه أو يفوض غيره في أدائه ولكن يجب توفر شروط أهمها:

- . يجب أن يكون التفويض بناء على نص قانوني سواء تشريع أو تنظيم.
- . يجب أن يكون محددًا سلفًا وغير محظور صراحة أو ضمنا بنص قانوني.
- . يجب ان لا يكون شاملا لكل إختصاصات الموظف بل يجب أن يكون جزئيا.
- . يجب أن يكون قرار التفويض منشور في الجريدة الرسمية أو وسيلة أخرى باعتبار قرارات التفويض ذات طابع تنظيمي.

ويكون التفويض بصورتين: تفويض اختصاص أو سلطة، وتفويض توقيع (الإمضاء). ويبدو الفرق شاسعا بين حالة الحلول وحالة الإنابة، حيث أن في الحلول عادة تسجل تمرد الأصيل والمعني الأصلي بالتنفيذ على القيام بواجباته بما يبرر تدخل السلطة الوصية لممارسة سلطة الحلول بينما في الإنابة المعني بالأمر الأصيل لم يتمرد عن التنفيذ أو القيام بواجباته بل إمتنع بسبب مرض أو سفر أو مهمة في الخارج بما استوجب الحال هذا إنابة الغير لضمان إستمرارية أداء العمل لا غير، كما أنه يمكن التفريق بينهما أيضا من حيث أن النص الذي يأذن ويرخص بالإنابة لا يحدد شخصا معيناً لممارسة إختصاصات الأصيل الغائب، فلهذا الأخير صلاحية إختيار من يراه مناسبا لاستحلافه بينما في الحلول نجد النص يبين مباشرة بمجرد توافر الحالة من سيمارس سلطة الحلول<sup>1</sup>.

بحسب ما تبين لنا من المادة 88 من الدستور والتي اعترفت لرئيس مجلس الأمة بأن يحل محل رئس الجمهورية في ممارسة بعض الصلاحيات دون الأخرى. كما نجدها أيضا أكثر تطبيقا في قانون البلدية من خلال المواد 81 و 82 و 83 و 154 من قانون البلدية أين اعترفت هذه المواد حتميا للوالي بأن يحل محل رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالات أشار إليها النص .

من خلال ما يخوله القانون للتفويض أو الحلول أو الإنابة في ممارسته أعمال و إتخاذ قرارات وتصرفات قانونية باسم الشخص المعنوي العام وممارسة السلطة عن الشخص الأصيل و وجود جانب ضئيل من حرية التقدير في عنصر الاختصاص غير أن أغلب الفقه يرى أن تفويض

- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 124-125.

الاختصاص سلطة مقيدة تماما وليست تقديرية لأن التفويض يخضع لشروط محددة في القانون والتنظيم كما حالة الحلول لغياب أو مانع لموظف، فليس للموظف المختص فيها سلطة تقديرية حيث يتم بتوفر الشروط المحددة.

### الفرع الثاني: جوانب التقدير والتقييد في عنصر الشكل والإجراءات:

يقصد بعنصر الشكل والإجراءات هو " مجموعة الشكليات والإجراءات التي تتعاون وتتكامل في تكوين وبناء قالب والإطار الخارجي الذي يكشف ويبرر إرادة السلطة الإدارية في اتخاذ وإصدار قرار إداري معين، وذلك حتى يصبح القرار الإداري ظاهر ومعلوم ومنتجا لآثاره القانونية ومحتجا به إزاء المخاطبين به".

فعنصر الشكل "la forme" في القرار الإداري يعني المظهر الخارجي الذي تسبقه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في إصداره، ومن ثم فهو قواعد تحدد كيفية ممارسة الإدارة لسلطتها في إصدار القرار الإداري، وتبين المظهر الخارجي لإدارة السلطة الإدارية بغض النظر عن موضوع هذه الإدارة<sup>1</sup>.

كما أن الشكليات les formalités والإجراءات les procédures، ليست مجرد روتين أو عقبات أو قواعد إجرائية لا قيمة لها، وإنما هي في الحقيقة ضمانات للإدارة بمنعها من التسرع وتهديد حقوق الأفراد وحررياتهم باتخاذ قرارات غير مدروسة وجعلها أكثر دقة واتزان للملابسات والظروف المحيطة بموضوع القرار تحقيقا للمصلحة العامة، وكذلك تحقيق ضمانات للأفراد عند إحتمال تعسف الإدارة<sup>2</sup>.

والقاعدة العامة أن القرار لا يخضع في إصداره إلى شكل محدد، فقد يكون كتابياً أو شفويًا، يصدر صراحة أو ضمناً، لكن إذا نص الدستور أو القانون على شكليات تلتزم بها الإدارة أو إجراءات تشبهها أثناء إصدارها للقرار الإداري، فيجب عليها حينئذ مراعاتها وتصبح ملزمة بالشكل القانوني الذي حدده القانون دون غيره، وإلا أصيب قرارها بعيب الشكل le vice de forme ويصبح قابلاً للإلغاء لعدم المشروعية<sup>3</sup> حيث أن مجموع هذه القواعد الإجرائية والشكلية تشكل ما

1 - محمود سامي جمال الدين، القرار الإداري للسلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة. العدد الثالث، 1989، ص 333-334.

- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 2.133.

- علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

يسمى بالإجراءات الإدارية غير قضائية *la procédure administrative non contentieuse* والذي يؤدي خرقها الذي يعتبر عيب شكلي إلى عقوبة قضائية<sup>1</sup>.

ويمكن القول بأن الإدارة تتمتع بحرية تقديرية واسعة في إتباع الشكل الملائم والإجراءات المناسبة لاتخاذ القرار الإداري وهذا في حالة عدم تقييدها من طرف المشرع والزامها بشكل معين، وإجراءات محددة وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري أيضاً، بأن الإدارة غير مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة ما لم يفرض القانون ذلك عليها.

كما ان عنصر الشكل والإجراءات قسمة الفقه إلى قسمين:

### أولاً: الشكليات السابقة على إصدار القرار الإداري:

وهي تشمل كافة الإجراءات التي يلزم إتخاذها قبل إصدار القرار الإداري ، وإلا شابه عيب الشكل ، وخصص لهذا القسم إصطلاح الإجراءات *les procédures* وهي:

**1- الإجراءات الإستشارية :** هناك بعض القرارات الإدارية لطبيعتها الخاصة لا يجوز للإدارة اصدارها قبل عرض موضوعها على فرد أو هيئة ما حددها المشرع لكون هذا الإجراء يحقق غرضاً محل اعتبار له.

**2- اجراء احترام المدة القانونية:** وهذا في حالة ما إذا ألزم القانون إستيفاء إجراءات معينة أو أخذ رأي لجنة ما قبل إصدار القرار الإداري فإن هذا القرار يجب أن يصدر في خلال مدة معقولة ومحددة قانوناً.

**3- التحقيق الإداري كإجراء سابق لتوقيع الجزاء التأديبي:** فهو تعتبر ضمانة فردية واجبة لإتباع قبل توقيع الجزاء الإداري بقرار تأديبي، فهو إذا إجراء كاشفاً للحقيقة .

**4- إجراء احترام حق الدفاع في القرارات الإدارية التأديبية:** وهذا بتمكين المعنيين بالقرار التأديبي قبل إصداره من تقديم اعتراضاتهم .وهذا الإجراء تجسيدا لمبدأ الواجهية الذي تفرضه القواعد القضائية المنبثقة أساساً من النصوص القانونية.

**5- إجراء نظام المداولات:** نجده في النظام الإداري الجزائري أكثر تجسيدا في القرارات البلدية و الولائية.

**6- الإجراءات المضادة أو قاعدة توازي الأشكال والإجراءات الإدارية.**

**ثانياً: الشكليات المتعلقة بالمظهر الخارجي للقرار الإداري:**

- ناصر لعباد ، الوجيز في القانون الإداري ، سطيف ، الطبعة الاولى ، 2006.

حيث تعتبر الوسيلة للتعبير عن إرادة السلطة الإدارية، فهي الصورة التي يجب أن يفرغ فيها القرار عند إصداره وخصص لهذا الاسم اصطلاح الشكليات *les formalités* وهي:

أ. **شكلية القرار في وثيقة معينة محددة** : وهذا يكون وفقاً لنموذج معين ساري العمل به.  
 ب. **شكلية التوقيع والتصديق** : فالقرار الإداري يجب أن يكون ممضياً من طرف من أصدره، وكذلك إحترام الشكلية المتعلقة بالتصديق.

ج. **شكلية تثبيت تاريخ صدور القرار** : حيث أن الإشارة إلى التاريخ في القرار الإداري تعتبر شكلية ثانوية ، كما يمكن إضافة الأشكال الخاصة بديباجة القرار المتمثلة في الإشارة إلى النصوص القانونية المستند إليها في إصداره مع مراعاة ترتيبها الزمني وأهميتها.

د. **شكلية تبليغ القرار للمعني به شخصياً أو بنشره** : حيث يتم تبليغه شخصياً في القرارات الفردية أو بنشره إذا كان تنظيمي وفق الأشكال المحددة في النصوص القانونية .

هـ. **شكلية تسبب القرارات الإدارية** : إن تسبب القرار الإداري شكلية جوهرية حيث تعتبر أهم شكلية قد ينص عليها القانون، وللتسبب هدف مزدوج، فإلى جانب أن فيه إجبار الإدارة على التريث قبل إصدار قراراتها والتأكد من احترامها لمبدأ المشروعية، نجد أنه أيضاً يمنح للمخاطب بالقرار الإداري فرصة الإحاطة الكاملة بكافة جوانبه.

وتنقسم كذلك هذه الإجراءات والشكليات والتي تكون عنصر الشكل والإجراءات في القرار الإداري، من حيث حدى قوة تأثيرها وفعاليتها في شرعية وعدم شرعية القرارات الإدارية إلى :  
 إجراءات وشكليات جوهرية وأخرى ثانوية أو غير جوهرية " *P.F substantielle et accessoires* (ou secondaires)

ومعيار التمييز بين الإجراءات والشكليات الجوهرية وغير الجوهرية هو مدى تدخل أو عدم تدخل المشرع والنص على ذلك صراحة بضرورة إلتزام واتباع اجراء ما أو شكلية معينة، وكذا نوعية وقيمة المصلحة والهدف الذي يحميه هذا الإجراء أو الشكلية.

وعليه، فإن الإجراءات والشكليات تعتبر جوهرية من خلال النص عليها بصيغة الوجوب من قبل المشرع أو إذا فرض النص صراحة ببطلان القرار عند تخلفها وهذا لكونها مظهر من مظاهر عيب مخالفة ركن الشكل والإجراءات، أما الاجراءات والشكليات الثانوية والغير جوهرية أي التي لم ينص عليها المشرع بنص قانوني لا بالوجوب ولا بالرفض وبالتالي لا يترتب عند مخالفتها المساس بسلامة ومشروعية القرار الإداري، ولا تعتبر من مظاهر عيب مخالفة الشكل والاجراءات

ومثال الاجراءات والشكليات الجوهرية نجد: إجراء التحقيق، الإجراء المضاد، الإجراء الإستشاري، اجراء احترام حق الدفاع وكذلك في الشكليات نجد شكلية كتابة القرارات الإدارية، شكلية التبليغ والنشر،.....الخ

من الناحية التقديرية نجد أن المشرع أو مصدر التنظيم قد يغفل عن ذكر جزاء تخلف الإجراءات والشكليات، حينها ينظر إلى روح القانون والغاية من اصداره لتقرير البطلان إذا كان الشكل على درجة من الأهمية، بحيث يؤثر في مضمون القرار الإداري وبالتالي قد يُعدّ القرار باطلاً لمخالفة الشكل والاجراء رغم عدم ترتيب جزاء البطلان صراحة في القانون.

كذلك إذا اعتبر القضاء أن هذه الشكليات والإجراءات غير جوهرية وثانوية فإن للإدارة السلطة التقديرية في اتباع واختيار شكليات معينة أو حتى عدم إتباع أي نوع من الشكليات<sup>1</sup>.

1 - محمود سامي جمال الدين، القرار الاداري والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 336.

---

## المطلب الثاني

---

جوانب التقدير والتقييد في أوجه  
المشروعية الداخلية للقرار الإداري

---

## المطلب الثاني :

### جوانب التقدير و التقيد في أوجه المشروعية الداخلية للقرار الإداري

تعد العناصر الموضوعية للقرار الإداري من أهم شروط صحته ومشروعيته لكونها مرتبطة بأساسه وموضوع القرار فهي تتطلب نوع من الفحص والرقابة على مضمون القرار من خلال المحل والسبب والغاية حيث تتمثل أوجه المشروعية الداخلية للقرار الإداري في الأركان الموضوعية و الداخلية لصحته فتكون ذات صلة مباشرة بموضوع القرار الإداري ومضمونه. ويتجسد هذا من خلال عنصر المحل l'objet de l'acte والذي يقوم على عنصر السبب الذي أدى بالإدارة إلى إتخاذ القرار الإداري وعنصر الغاية التي يراد بها من خلال هذا القرار.

### الفرع الأول : جوانب التقدير والتقييد في عنصر المحل

يقصد بركن المحل في القرار الإداري هو عبارة عن الأثر القانوني المباشر والحال المترتب عن صدور القرار الإداري، حيث يؤدي إلى إحداث تغيير في الهيكل الإداري السائد وذلك عن طريق انشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه فمحل أي قرار إداري يتمثل في موضوعه المتجسد في مركز قانوني عام أو خاص من حيث الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء، علماً أن المركز القانوني هو عبارة عن مجموعة وكثلة الحقوق والالتزامات المتولدة والمترتبة عن القرار الإداري كتصرف قانوني على خلاف العمل المادي الذي ليس له أثر، حيث أن العمل المادي يتمثل في الواقعة المادية فقط، وقد يتنوع هذا الأثر بحسب نوع القرار فردياً أو تنظيمياً سواءً إنشاء مركز قانوني جديد أو يعدل أو يلغي مركز قانوني قائم وموجود.

وكقاعدة عامة لا يتصور وجود تصرف قانوني أياً كان بدون أثر قانوني مثلاً في الحقوق والالتزامات التي يرتبها حيث يجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين وبدون ذلك يفقد التصرف أو العمل صفته الجوهرية كتصرف قانوني.

ولضمان سلامة وصحة محل القرار الإداري يجب توافر شرطين:

1/ أن يكون المحل ممكناً: ويعني أن يكون هذا المحل ممكناً سواءً من الناحية الواقعية أو القانونية غير مستحيل أو قابلاً للتجسيد والتحقيق، فإذا استحال المحل سواء قانونياً أو واقعياً وأصبح غير ممكن التنفيذ نكون أمام قرار اداري منعدم وليس قابلاً للإلغاء.

2/ أن يكون المحل مشروعاً وجائزاً: يجب أن يكون الأثر القانوني متفقاً ولا يتعارض مع النظام العام للدولة حيث يجب أن يكون جائزاً قانونياً ضماناً لمبدأ المشروعية بمختلف مصادره المكتوبة بالدستور والقانون والتنظيم وغير المكتوبة كالعرف والمبادئ العامة للقانون كمبدأ احترام الحريات العامة ومبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والحريات.

### مظاهر السلطة التقديرية للإدارة في عنصر المحل:

تواجه الإدارة اتخاذ قرار إداري معين بعد أن تتحقق من قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر تدخلها وبعد تكييفها التكييف القانوني الصحيح وتتمكن من تقدير الأهمية والخطورة الناجمة عنها، ومنها يكمن معظم الإختصاص التقديري للإدارة في عنصر المحل والذي يشمل ثلاث عناصر:

أ/ حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع: للإدارة الحرية في أن تتدخل أو تمتنع ما لم يلزمها المشرع بذلك، وعن هذا المبدأ تصدر أحكام القضاء الإداري، ولهذا فإن القاعدة المسلم بها أن الإدارة حرة في إنشاء المرافق العامة وأن مجرد شعور الأفراد بالحاجة إلى خدمة معينة لا يلزم الإدارة بإنشاء المرفق العام الضروري لإشباع تلك الحاجة، لأن ذلك ما تترخص فيه الإدارة<sup>1</sup>.

ب/ إختيار وقت التدخل: وهذا أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، فإذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل خلال فترة معينة، فإنها حرة في إختيار وقت للتدخل، حتى ولو كانت ملزمة أصلاً بإصدار القرار أو باصداره على نحو معين، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدماً في معظم الحالات أو من ثم فإن المشرع كثيراً م يترك تحديده للإدارة لتتخص في إختياره على ضوء خبرتها<sup>2</sup>.

ج/ إختيار فحوى القرار ومضمونه: إذا لم يفرض المشرع على الإدارة مسبقاً نوع القرار الذي يجب إتخاده وفحواه فإن الإدارة تكون حرة في تضمين قرارها الأثر الذي تريده بشرط أن يكون هذا الأثر على حد تعبير مجلس الدولة " ممكناً وجائزاً قانوناً " فالمشرع في مثل هذه الحالة يكتفي برسم الخطوط العامة ثم يترك للإدارة التصرف وفقاً لكل حالة على حدى، بإختيار التنظيم الذي تريده أو الوسيلة التي تواجه بها الموظف دون معقب من القضاء<sup>3</sup>.

1 - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 636.

2 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 66.65.

3 - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 637.

\* ومن الجلي و الواضح ، أن هناك إرتباط واضح بين عنصري السبب والمحل ، فالغالب أن القانون إذا اتجه إلى الاختصاص المقيد بشأن المحل فإنه يلجأ أيضاً إلى تقييد سلطة الإدارة بشأن السبب<sup>1</sup>.

ولذلك يمكن القول أن اختصاص الإدارة يكون مقيد في صدد السبب والمحل إذا كانت الأسباب محددة، بحيث يتم تكييف الوقائع بطريقة حتمية وغير إدارية وكان المحل هو نتيجة منطقية لذلك الأسباب، وعلى العكس يكون الإختصاص تقديريا في هذا الشأن إذا كانت الأسباب غير محددة قانوناً ويتم تكييف الوقائع بطريقة إرادية غير آلية وكان محل القرار لا يرتب لا ضرورة ولا منطقا على هذه الأسباب وإنما يتوقف على إرادة الشخص المختص بتطبيق القانون<sup>2</sup> وهكذا فإن السلطة الإدارية يمكن مباشرتها في صدد عنصري السبب والمحل في آن واحد وهو الأمر الغالب قانوناً.

### الفرع الثاني: جوانب التقدير والتقييد في عنصر السبب

يعرف عنصر السبب بأنه واقعة غالباً "situation de fait" او قانونية أحياناً "situation de droit" تعرض للإدارة، فتتدخل على أساسها وتتخذ قرارها<sup>3</sup>، وبمعنى آخر يعرف على أنه " الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق صدور القرار وتدفع رجل الإدارة لإتياده".

- عرف عنصر السبب في القرار الإداري الدكتور: سامي جمال الدين على أنه مجموعة من الوقائع التي تسبق القرار وتدفع إلى إصداره، فهو إذن المبرر والدافع إلى اتخاذ القرار الإداري، كما يمكن تعريفه قانوناً بأنه مجموعة من العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار الإداري<sup>4</sup>.

فمن خلال التعرض للسبب تظهر لنا حالاته وأشكاله وهي: <sup>5</sup>

#### أولاً : الأسباب والحالة الواقعية:

وتتمثل في الأوضاع المادية الناجمة عن الطبيعة أو بتدخل انساني ويمكن تقسيمها إلى:

- 1 - سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص254.
- 2 - محمود سامي جمال الدين، القرار الإداري والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص346.
- 3 - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص637.
- 4 - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص135.
- 5 - أشرف عبد الفتاح أبو المجد، تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007.

- أ- الأسباب التي تكون على شكل عمل معين : ومثالها إضراب أمني.
- ب- الأسباب التي تتخذ شكل حالة معينة : ومثال ذلك انتشار وباء كورونا.
- ج- الأسباب التي تتخذ على شكل صفة معينة : قد تتوفر هذه الصفة في شخص معين أو في شيء معين كما هي الحالة في توظيف موظف في وظيفة معينة تتوفر فيه شروطها وصفاتها. و كل هذه الأسباب تكون وراء اصدار الإدارة للقرار الإداري.

### ثانياً : الأسباب والحالة القانونية:

وتتخذ على شكل قاعدة تشريعية أو قاعدة دستورية أو مبدأ من المبادئ العامة أو قاعدة تنظيمية أو قرار إداري أو حكم قضائي أو قاعدة عرفية حيث تعد كلها أسباب قانونية لقيام قرار إداري.

ومعناه أنه قد يقوم القرار الإداري على حالة قانونية والتي تتمثل في وجود مركز قانوني معين سواء كان خاص أو عام، مثل تقديم الموظف للإستقالة وسبب قرار الإدارة بقبولها وإنهاء العلاقة الوظيفية، كذلك في حالة ارتكاب الموظف لخطأ مهني فيشكل جريمة تأديبية : كإهمال المنصب بالتغيب مدة محددة قانوناً ، فسبب الإدارة في عزله هو اهمال المنصب .

وإذا كان تخلف سبب القرار الإداري يؤدي دائماً إلى بطلانه لضرورة أن يكون لكل قرار إداري سبب يبرره، صدقاً و حقاً، أي في الواقع وفي القانون وذلك كركن من أركان إنعقاده باعتبار القرار الإداري تصرفاً قانونياً ولا يقوم أي تصرف قانوني بغير سبب، فإن تخلف سبب القرار الإداري كإجراء شكلي لا يؤدي إلى بطلانه، إلا إذا استلزم المشرع ذلك التسبب، حيث يكون القرار الإداري في هذه الحالة موصوفاً بعيب الشكل لا عيب السبب<sup>1</sup>.

واستناداً إلى "قرينة سلامة القرار الإداري" وافترض صحته استقر القضاء الإداري على أن الجهة الإدارية ليست ملزمة بذكر أسباب لقرارها ما لم يلزمها القانون بذكر هذه الأسباب، إذ يفترض في كل قرار إداري أنه قام على سبب صحيح، وصدر وفقاً للصالح العام، وأن للأحكام التي جاء بها قيمة قانونية تؤثر في الإثبات إلى حين إقامة الدليل على عكس ذلك من قبل المدعي<sup>2</sup>.

ولصحة سبب القرار الإداري يشترط فيه ما يأتي<sup>3</sup>:

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى الغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص41.

2 - مصطفى عبد العزيز الطواولة، القرائن القضائية للإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه دراسة مقارنة، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص155.

3 - محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، دار العلوم، عنابة، الجزائر، ص350-351.

**1/ قيام السبب وقت اصداره:**

حيث يكون السبب قائماً و موجوداً وقت اتخاذ القرار، إذ لا يكفي وجود الحالة القانونية أو الواقعية وإنما يجب استمرارها إلى حين اصدار القرار.

**2/ مشروعية سبب القرار الإداري:**

وذلك بأن يكون مندرجاً في النظام القانوني السائد بالدولة وغير مخالف له وغير متعارض مع مبدأ المشروعية.

**3/ تحديد سبب القرار الإداري:**

حيث ينبغي أن يكون سبب القرار الإداري محددًا بوقائع ظاهرة يقوم عليها ولا يكون أعمال هذا الشرط إلا بالنسبة لقرارات الإدارة التي اشترط المشرع التسبب لصحتها ومشروعيتها، كالقرارات التأديبية ورفض منح رخصة ما.

إن الفرق بين "سبب القرار ومحلّه" هو أن سبب القرار الإداري هو الذي يدفع الإدارة إلى إصداره سواء كان في حالة قانونية أو واقعية تستلزم مواجهة آثارها بتدخل الإدارة، في حين أن محل القرار هو الأثر الذي يُرتبه إصداره من تأثير في المراكز القانونية القائمة سواء إنشاء أو تعديل أو إلغاء.

في تقديرنا لعنصر السبب فإن الإدارة العامة لا تتمتع بأي سلطة تقديرية في التحقيق من صحة الوقائع التي تدخلت الإدارة على أساس سلطة البوليس، وهل كان هناك حقاً اضطرابات من شأنها أن تخل بالنظام العام في هذه الحالة يخضع لرقابة القضاء الإداري، فهو إذن تابع للاختصاص المقيد.

وهذا في فرنسا ومصر<sup>1</sup>، حيث أن في فرنسا يخضع لرقابة المحكمة ومجلس الدولة الفرنسي و كذلك في مصر يخضع لرقابة قضاء و مجلس الدولة المصري.

لكن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى الخطورة المحتمل تولدها من الوقائع الثابت حدوثها، فالمسلم به في فرنسا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فهي في وضع يسمح لها أكثر من غيرها بتقدير الأمور تقديراً سليماً، فمثلاً: أمام الإدارة طلب الاذن بعقد اجتماع عام فإذا ما رفضت

1 - سليمان محمد الطماوي، الوجز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 63.

الإدارة هذا الإذن مقدرة أن الاجتماع المطلوب عقده قد ينجم عنه اخلال بالنظام العام أو تهديد للأمن، فإنما يقوم حسابها على تقدير ظني<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : جوانب التقدير والتقييد في عنصر الغاية

يقصد بركن الغاية أو الغرض أو الهدف أو الباعث هو الهدف النهائي الذي يستهدفه مصدر القرار، وقد عرف الطماوي ركن الغاية على أنه النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها<sup>2</sup>.

لقد اختلف الفقهاء في تعريف ركن الغاية كل حسب تصوره ولكن في نفس النسق، حيث عرفه الفقهاء والفرنسيون ومنهم العميد "بونار" على أنه النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها عن طريق الأثر المباشر المتولد عن عمله"، أما العميد "دوجي" فقال بأنه "ذلك التصور المتولد في ذهن رجل الإدارة بأنه لو حقق محل إرادته فإنه يهيء فرصة تحقق أو تساعد على تحقيق رغبة لديه أو لدى فرد آخر، وعليه نجد أن العميد "دوجي" يذهب إلى اعتبار ركن الغاية هو أمر نفساني بحث لرجل الإدارة<sup>3</sup>.

كما أن القرار الإداري ليس غاية في حد ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غاية معينة هي المقصودة من اتخاذ القرار.

ويقول الأستاذ "فالين" أن كل سلطة اجتماعية إنما تجد وجودها الشرعي فيما تسعى إليه من تحقيق مصلحة عامة".

فإذا سعى مصدر القرار إلى الانتقام من بعض الأفراد أو تحقيق مصالح شخصية أو أغراض سياسية وقع القرار باطلا لعيب انحراف السلطة *Détournement de pouvoir*، أو إساءة استعمال السلطة ويقع القرار باطلا وقابلا للإلغاء لنفس العيب أيضا إذا استهدف مصدره المصلحة العامة دون أن يسعى إلى تحقيق الغاية التي حددها المشرع على وجه التخصيص<sup>4</sup>. فالغاية هي الحد الخارجي للسلطة التقديرية والذي يميزها عن السلطة المطلقة و التحكيمية، وقضاء مجلس

1 - سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق، ص365.

2 - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف-الانحراف بالسلطة-، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص40.

3 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، 1991.

4 - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص363.

الدولة الفرنسي قديمه وحديثه مستقر على هذا المعنى، بل وكلما يرد ذكر للسلطة التقديرية في قضاؤه من غير أن يشير إلى أن حدها الخارجي هو التعسف أو الانحراف<sup>1</sup>.

فمحكمة القضاء الإداري تقول في أحكامها القديمة والحديثة على السواء:

«.... وحيث أنه وبما يجب التنبيه إليه بادئ الرأي أنه وإن كانت الإدارة تستقل بتقدير مناسبة

اصدار قراراتها أي أن لها حرية المطلقة في تقدير ملائمة اصدار القرار الإداري من عدمه بمراعاة ظروفه، و وزن الملابس المحيطة به إلا أنه يجب أن يكون الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة، وإلا شابه عيب اساءة استعمال السلطة»<sup>2</sup>.

وفي هذا السياق يمكن القول أنه إذا جاء القانون ونص على وجوب تحقيق هدف معين من القرار كان على الإدارة دائماً تحقيق هذا الهدف.

أما إذا جاء من النص على هدف خاص فليس معنى ذلك أن تبقى الإدارة طليقة من أي قيد في مزاوله سلطتها التقديرية، بل يجب أن يحكم تصرفاتها ضابط عام مقتضاه وجود تحقيق الصالح العام ، وهو هدف كل عمل إداري وإلا كانت هذه القرارات معيبة لتجاوز السلطة أو الانحراف بها<sup>3</sup>.

مما سبق نستنتج أنه يشترط لصحة القرار الإداري أن يهدف إلى تحقيق غاية مشروعة والتي

تأخذ احدى الصورتين: أ- المصلحة العامة: L'intérêt général

ب- تخصيص الأهداف: Spécialisation de but .

أ- المصلحة العامة: L'interet général

القاعدة العامة أن النشاط الإداري وما يتطلبه من قرارات ادراية انما يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة وإلا اعتبر تعدياً كأن يسعى إلى تحقيق غرض شخصي أو من أجل محاباة الغير إذ أن القانون لم يمنح الإدارة العمومية السلطات والإمتميازات، أي امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها إلا باعتبارها وسائل تساعد على تحقيق الصالح العام.

ب- تخصيص الأهداف: Spécialisation de but

1 - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص634.

2 - حكم محكمة القضاء الإداري في 16/11/1947 مجموعة من المبادئ، محكمة القضاء الإداري السلطة الثابتة رقم 10، ص56. نقلا عن سليمان محمد الطماوي ص634.

3 - ابراهيم عبد العزيز شيحا، مبدأ المشروعية في تنظيم القضاء الإداري، المرجع السابق، ص152.

في هذه الصورة قد يحدد المشرع في بعض الحالات وجوب تحقيق غاية معينة بالذات، وعلى الإدارة التنفيذ الزاما بالهدف الذي عينه المشرع في اصدارها للقرارات وهذا ما اصطلح على تسميته بقاعدة "تخصيص الأهداف"

إن الفرق بين سبب القرار وغايته وفق المثال السابق للقرار التأديبي إذ أن غاية القرار تعبر عن هدف الإدارة ومقصدها من اصداره ، وبالتالي زجر وتوقيع المخالف لمنعه من معاودة الذنب الاداري (السبب) وردع غيره لمنعهم من اقترافها غير أنه يوجد من مزج بين السبب والغاية إذ يعتبر السبب مقدمة ضرورية له عن الغاية من القرار والتي تمثل الهدف النهائي الذي يسعى تحقيقه. في تقديرنا لعنصر الغاية، فإن القرار الإداري مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة أو اساءة استعمالها نظرا لاتجاه هدفه أو غرضه تحقيق أهداف شخصية أو سياسية، أو مالية أو أي هدف آخر خارج مقتضيات المصلحة العامة أو الهدف المخصص بموجب النصوص. فيتفق الفقه والقضاء الإداري على أن عيب الانحراف بالسلطة هو العيب الملائم بل هو الشائع دائما في مجال السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة، إذ يجب على جهة الإدارة أن تمارس هذه السلطة في حدود مقتضيات الصالح العام<sup>1</sup>.

1 - ابراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع السابق، ص152.

---

## الفصل الثاني

---

### آلية الرقابة القضائية

### على السلطة التقديرية للإدارة

---

## الفصل الثاني: آلية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

تعتبر الرقابة القضائية من أهم أنواع الرقابة باعتبار أن الجهة التي تباشر هذه الرقابة (القضاء) هي هيئة متميزة عن الإدارة، و التي تشكل هذه الأخيرة خطرا على حريات الأفراد بسبب اتساع نشاطها ، لهذا لابد من تنظيم رقابة على أعمال الإدارة تقوم على التوفيق بين مقتضيات المصلحة العامة وحقوق الأفراد وحرياتهم، و تطبيق مبادئ الديمقراطية مما استلزم وضع اليات كفيلة بتحقيق هذه الاهداف العليا واقعيا . ولعل أهم ضمان لحماية وصيانة هذه المبادئ يكون بتتصيب سلطة قضائية قوية ومستقلة وفعالة، تقف في وجه كل تصرف من شأنه المساس بمفهوم دولة القانون.

و لما كان تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية يمس بهذا المفهوم؛ أي مفهوم دولة القانون، فقد مارس القضاء الإداري نظاما قانونيا معيناً للرقابة على سلطة الإدارة التقديرية، والذي يميزها بجملة من الخصائص التي تنفرد بها عن باقي أنواع الرقابة الأخرى و بالتالي تجعلها مؤكدة و عادلة و من بين هذه الخصائص نجد:

- شمول الرقابة القضائية.
  - الاستقلال و الحياد و الموضوعية.
  - الرقابة القضائية رقابة مشروعية في الاصل.
  - وجوب المطالبة القضائية.
- و لتجسد هذه العدالة و جب الاستعانة بمجموعة من الوسائل و انتهاج جملة من الأساليب، سنبينها من خلال مبحثين:

المبحث الأول: وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

المبحث الثاني: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .

---

## المبحث الأول

---

---

### وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

---

## المبحث الأول : وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

الأصل أن تمارس السلطات الإدارية أعمالها محترمة مقتضيات المشروعية، حيث تخضع للقانون في جميع مجالات تدخلها وممارستها، غير أن احتمال تصرف الإدارة نقيض هذه القواعد وارد وقد يؤدي إلى المساس بحقوق وحرريات الأفراد مما استوجب تقرير وسائل لحماية حقوق وحرريات الأفراد جراء تعسف الإدارة أحيانا أو اساءة استعمال الوظيفة والمنصب فمن بين هذه الوسائل نجد الدعاوي الإدارية، فهي السبيل والأداة في تحريك أي رقابة قضائية ضد سلطة الإدارة التقديرية، كما أنها تعتبر الوسيلة الوحيدة لممارسة وتجسيد سلطات القاضي الإداري ضد تعسف الإدارة في استعمال السلطة .

رغم تعدد الدعاوي الإدارية كوسيلة لممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة إلا أننا نجد دعاوي الالغاء والتعويض أهم وسيلتين وهذا بإلغاء العمل الإداري وتعويض الأفراد عما أصابهم من أضرار بسيطة بسببها او بالتعويض فقط .

و هذا ما سنتطرق له في هذا المبحث من خلال تقسيمه الى مطلبين كالتالي:

- المطلب الأول : الطعن بإلغاء القضاة في القرارات التقديرية.
- المطلب الثاني : الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية.

---

## المطلب الأول

---

---

### الطعن بالالغاء القضائي في القرارات التقديرية

---

### المطلب الأول : الطعن بإلغاء القضائي في القرارات التقديرية.

تعتبر دعاوي الإلغاء من أهم الوسائل الرقابية على أعمال الإدارة العامة، على اعتبارها ذات قوة و فعالية في حماية دولة القانون وحقوق الإنسان والمواطن بصفة عامة، وحماية الموظفين في مواجهة عدم مشروعية السلطة الإدارية الرئاسية وخاصة السلطة التقديرية، حيث يقوم القضاء بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة بأثر رجعي وكأنها لم توجد إطلاقاً.

فالقاضي الإداري يدرس حالات الإلغاء وهذا بعد استيفاء عريضة افتتاح الدعوى للشروط الشكلية، فيقوم بالبحث في مدى توافر القرار الإداري على أركانه ليفحص مدى المشروعية انطلاقاً منها، فإذا اتضح وجود عيبا في أحد أركان القرار وجب عليه أن يحكم بإلغاء بسبب عدم المشروعية، أما إذا اتضح سلامة أركان القرار فإنه يصدر قرار برفض إلغاء القرار الإداري. للإشارة فإن أسباب إلغاء القرار الإداري الصادر بناء على سلطة تقديرية للإدارة هي نفسها المؤدية إلى إلغائه بناء على اختصاص مقيد.

وفي هذا الصدد سنتناول عيوب المشروعية الخارجية والداخلية فيما يلي.

#### الفرع الأول : عيوب المشروعية الخارجية (أوجه عدم المشروعية الخارجية)

تتمثل عيوب المشروعية الخارجية في عيب عدم الإختصاص وعيب الشكل والإجراءات اللذين سنتناولهما في هذا الفرع كما يلي:

#### أولاً: عيب عدم الإختصاص:

نظراً لأهمية هذا الركن، فإن تخلفه يؤدي إلى البطلان وذلك في صورة عيب عدم الإختصاص، حيث يعرفه معظم القضاء بأنه عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لأن المشرع جعله من صلاحية وسلطة هيئة أو فرد آخر.

كما أن بعض النقاد يذهب إلى ربط ركن الإختصاص في القانون العام بشرط الأهلية في القانون الخاص، حيث يجمع بينهما في القدرة على مباشرة العمل الإداري<sup>1</sup>.

في حين أن معظم فقهاء القانون العام قد اعترضوا على هذا الربط لوضوح الإختلاف بين

المعنيين

1 - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص104.

كما أن عيب عدم الاختصاص يمتاز بأنه من أقدم أوجه الإلغاء ظهوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وأنه كان الأصل الذي استهدف منه العيوب الأخرى<sup>1</sup> و هذا لما لفكرة الإختصاص من أهمية كبيرة ، وتعلقه بالنظام العام وعدم تمتع الإدارة بالحرية في ركن الاختصاص لكونه يقيد الحقوق والحريات للأفراد (وهذا ما تناولناه في الفصل الأول المبحث الثاني بالتفصيل)

### 1- صور عيب عدم الاختصاص.

تتنوع مظاهر القرار الإداري من حيث الجسامة إذ يميز القضاء بين الإخلال بهذا الركن داخل نطاق الإدارة ذاتها، وبين عدم الاختصاص للتدخل في اختصاص سلطة أخرى مستقلة عنها عضويًا و موضوعيًا.

وتبعاً لذلك يتخذ عيب عدم الاختصاص صورتين، فقد يكون بسيطاً حينما يصدر القرار موظف متجاوز لنطاق اختصاصه، وقد يكون جسيماً أو مايسمى " باغتصاب السلطة"، وذلك إذا تضمن اعتداء من السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة التشريعية أو القضائية أو اغتصب فرد عادي سلطة إصدار القرار.

بالإضافة إلى هذا التقسيم ، فإن هناك جانباً من الفقه يقسم عيب الاختصاص الى عيب الاختصاص الايجابي و يشمل حالة عيب الاختصاص الايجابي الجسيم وعيب الاختصاص الايجابي البسيط ، أما عيب الاختصاص السلبي فيشمل الحالة التي يظن الموظف خطأً فيها أنه غير مختص بأمر من الأمور في حين يخوله القانون هذا الاختصاص<sup>2</sup>.

### أ- عدم الاختصاص الجسيم أو اغتصاب السلطة:

وهي الصورة التي يصدر فيها القرار الإداري عن شخص ليس له أي سلطة إدارية، أي أنه لا ينتمي للإدارة أصلاً<sup>3</sup> وهذا ما رتب عليه القضاء الإداري انعدام القرار كما يتخذ القرار المعيب بعيب عدم الاختصاص الجسيم صوراً عدة، فقد يصدر عن فرد عادي لا علاقة له بالإدارة كما قد يصدر عن السلطة التقديرية (الإدارة العامة) بصورة تعدي فيها على اختصاص باقي السلطات التشريعية أو القضائية و الذي سنوضحه فيما يلي:

### \* صدور القرار الإداري من فرد عادي:

1 - عبد الغني بسبوفي عبد الله ،القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997،ص184.

2 - عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1962، ص445.

3 - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 208، ص180.

وهذا عندما يصدر القرار الإداري من فرد عادي ولا يحوز الصفة القانونية الإدارية سواء بصفته موظفاً أو منتخبا، والأصل أن أعمال هذا الأخير تكون منعدمة إلا أن القضاء الإداري أقر نظرية الظاهر في الظروف العادية، وذلك عن طريق نظرية الموظف الفعلي، ونظرية الضرورة في الظروف الاستثنائية<sup>1</sup>.

### \*اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة التشريعية و القضائية:

وهذا تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وتعارضه مع القرار حيث تتعدى الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية على اختصاص السلطة التشريعية، وتعود أسباب هذا الاعتداء في أغلب الأحيان لعدم وجود معيار فاصل بين ما هو تشريعي وما هو تنظيمي بالنسبة لهيئات السلطة التنفيذية المركزية بسبب غموض نصوص الدستور وإطلاقها.

- ومن أمثلة الاعتداء على السلطة القضائية، أن تقوم الإدارة المركزية ممثلة في الوزير الأول بإصدار مرسوم تنفيذي يمس إحدى المجالات في المادة 122 من الدستور والمخولة أصلاً للبرلمان<sup>2</sup>، وتعتبر هذه الصورة الأخيرة من أغلب حالات عيب عدم الاختصاص الجسيم في الجزائر، وتبعاً لذلك قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قراراتها في: 13 ديسمبر 1981 بإبطال القرار الصادر عن لجنة النزاعات التابعة للبلدية، الذي فصل في أصل الملكية بين أحد الملاك الخواص ومستأجر لأملك الدولة<sup>3</sup>.

وقد جاء في حيثيات القرار المذكور: "حيث يستخلص من عناصر القضية ولاسيما القرار المطعون فيه المؤرخ في 13 ديسمبر 1981، أن لجنة النزاعات التابعة للمجلس الشعبي البلدي قد فصلت في نزاع قائم بخصوص الملكية بين أحد الملاك الخواص ومستأجر لأملك الدولة. حيث أنه ليس من سلطات الرئيس أو المجلس الشعبي البلدي الحل محل الجهة القضائية، إذ أن دورها يجب ألا يتعدى تحقيق المصلحة بين الطرفين، حيث أن القرار المتخذ بالتالي على النحو السابق عرضه، مشوب بعيب تجاوز السلطة الواضح ويستوجب من أجل هذا البطلان".

من الملاحظ هنا أن المجلس الأعلى وضح اختصاصات البلدية والمتمثلة في تحقيق المصالحة بين الطرفين المتنازعين، كما وضح الاختصاص القضائي الذي اعتدت عليه البلدية،

1 - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 209، ص 181.

2 - المرجع نفسه، ص 106.

3 - المجلة القضائية، العدد الثالث، صادر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا 1989، ص 190 وما بعدها

والمتمثل في الفصل في المنازعات بين الأفراد، خاصة إذا تعلق الأمر بحق الملكية، وبناء على ذلك قضى بإبطال القرار الإداري<sup>1</sup>.

غير أن ما نسب إلى الإدارة في هذه القضية، يعد اعتداء جسيما على اختصاصات السلطة القضائية، وبالتالي فإن قرارها يعتبر منعدما وكأنه لم يكن أي أن المجلس الأعلى لا يجد قرار إداريا أصلا ليبطله بل يجد قرارا منعدما، فهو لا يصدر قرارا منشئا، وإنما قرار كاشفا ومقررا لحالة الانعدام.

وقد عبر الاستناد " أحمد محيو" في ذلك عند ما قال: " فهي تحمل للقاضي على التصريح ليس فقط ببطلان مثل ذلك القرار، بل بأنه منعدم، وهذا بالتصريح بالانعدام فيعتبر القرار محل الدعوى مجرد واقعة، والتي لم تنشئ أبدا، ولا يمكن أي ينشئ أي أثر قانوني .....<sup>2</sup> . من الواضح أن القاضي الإداري الجزائري يخلط بين مصطلحي البطلان والانعدام، رغم الاختلاف الخطير بين نتائج و آثار المعنيين.

بما أن عيب عدم الاختصاص يعتبر من النظام العام، وإذا ما اتسم هذا العيب بالجسامة فإن النتائج تكون أكثر صرامة، بحيث يترتب كما ذكرنا على ذلك بطلان التصرف، ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج والآثار نجملها فيما يأتي:

- في حالة ثبوت انعدام القرار الإداري فإن تنفيذه يشكل اعتداء ماديا مرتبا لآثار تختلف عن تلك التي ترتبها القرار الباطل في حالة تنفيذه، سواء في مجال الاختصاص القضائي والاستفادة من الحماية القانونية أو في مجال المسؤولية ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع هذا التصور في أحكام عديدة<sup>3</sup>.

في مجال الاختصاص القضائي يمارس القاضي الإداري رقابته على صحة وسلامة القرار الإداري ويعود إليه هذا الاختصاص كاختصاص أصيل، بينما إذا تأكد خروج القرار الإداري عن قواعد المشروعية خروجاً صارخاً واعتبر بالتالي منعدماً فإن أمر عرض النظر فيه للقاضي الإداري

1 - أنظر في ذلك: القرار المؤرخ في 17/01/1987، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة، 1990، ص169، وما بعدها.

2 - Ahmed Mahiou, cours cintentieux administratif , 4édition, o.p.u,1981 ,p225.

3- بودريوة عبد الكريم، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية، درجات البطلان في القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص111.

أو العادي سواء<sup>1</sup> وغالبا ما يتم عرضه على القضاء العادي باعتباره الحامي الطبيعي لحقوق وحرريات المواطنين (الأفراد)<sup>2</sup>.

لكن هذا الوضع وإن كان مقبولا في القضاء الإداري الفرنسي الذي يأخذ بالمعيار الموضوعي، فبالنسبة للقاضي الجزائري غير مقبول ، على اعتبار أن هذا الأخير يكون مختص في جميع الحالات بنظر المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفا فيه بغض النظر عن طبيعة النزاع، الإداري كان أم عاديا.

وذلك ما جعل بعض الفقهاء يرفضون وصف " القاضي الإداري الجزائري " ويفضلون استعمال وصف " القاضي الفاصل في المادة الإدارية الجزائرية " لأن هذا الأخير يختص بجميع منازعات الإدارة العامة حتى ولو تصرفت هذه الأخيرة كشخص عادي، فعلى الرغم من أن النزاع سيكون خاصا لكن القاضي الإداري أو القاضي الفاصل في المادة الإدارية، سيفصل فيه إعمالا للمعيار العضوي نظرا لأن الإدارة طرف في النزاع<sup>3</sup>.

## 2/ عدم الإختصاص البسيط:

وهو الشكل الأكثر شيوعا لعيب عدم الاختصاص، حيث يقع داخل السلطة التنفيذية نفسها بين مختلف إداراتها وهيئاتها وموظفيها ويأخذ الصور الرئيسية التالية:

### أ- عدم الاختصاص الموضوعي:

ويكون في حالة صدور القرار الإداري ممن لا يملك أحقية إصداره في مسألة معينة تدخل ضمن اختصاص هيئة وعضو آخر<sup>4</sup> ومن صورته:

#### - اعتداء هيئة إدارية على اختصاص هيئة موازية لها:

ومثال ذلك تدخل وزير معين في صلاحيات وزير آخر، كأن يصدر وزير التربية قرارا يعود أساسا لوزير التكوين المهني أو وزير التعليم العالي والبحث العلمي.

#### - اعتداء هيئة مركزية على اختصاص هيئة لا مركزية:

1. Charles Debbash et Jean-Claude Ricci, Contentieux Administratif, 7ème édition, 1999, p 553.

- عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983-1982، ص 271.

4- Ban Abdellah Mokhtar, Le pouvoir du juge statuant en matière administratives à travers le critère organique et les principes constitutionnelles, communication au séminaire national « les autorités du juge administratif » université de Guelma, 2011, p2 .

- عمار عوابدي، نظرية القرار الإداري بين علم الإرادة والقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 4.73.

فالهيئات اللامركزية تتمتع بالاستقلالية القانونية لممارسة اختصاصاتها طبقاً للقانون وإن كانت تخضع لنوع من الرقابة ما يعرف بالوصاية الإدارية من طرف الإدارة اللامركزية إلا أن هذا لا يعني تدخلها في اختصاصاتها ومثال ذلك تدخل وزارة الداخلية لممارسة الاختصاصات الموكلة للبلدية وفق القانون.

#### - اعتداء الرئيس على اختصاصات المرؤوس:

إذا كان للرئيس سلطة واسعة على أعمال مرؤوسيه وتوجيهها وتصديقاً وتعديلاً وسحباً وإلغاءً، إلا أن لتلك السلطة حدود يشكل تجاوزها اعتداءً على اختصاصات المرؤوس إلا في حالة الحل<sup>1</sup>.

#### - اعتداء المرؤوس على اختصاصات الرئيس:

وهي الحالة العكسية للحالة السابقة، كأن يصدر مدير لإحدى المصالح والمديريات الموجودة بالولايات (مدير الصحة) قراراً يدخل في صلاحيات وزير الصحة إلا في حالة التفويض.

#### ب- عدم الاختصاص المكاني:

إذا كانت بعض الهيئات والسلطات الإدارية تمارس اختصاصاتها عبر إقليم الدولة مثل رئيس الجمهورية أو الوزير الأول، فإن هيئات أخرى يقيد القانون نطاق اختصاصها الإقليمي<sup>2</sup>، كالوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث يترتب على تجاوزها لذلك النطاق بطلان قراراتها لأنها مشوبة بعدم الاختصاص المكاني كأن يصدر رئيس بلدية قراراً يمتد أثره إلى بلدية أو بلديات أخرى. وتعتبر هذه الصورة من عدم الاختصاص من أقل الصور حدوثاً في الحياة العملية، فكل موظف يحرس على ممارسة نشاطه في الرقعة الجغرافية التي حددها له القانون، لذلك فإن معظم التطبيقات القضائية في هذا الصدد تتعلق بأفراد غيروا محل إقامتهم من مكان إلى مكان آخر بدون علم الإدارة.

#### ج/ عدم الاختصاص الزمني:

والمقصود به أن يزاول أحد رجال الإدارة اختصاصه دون مراعاته للقيود الزمنية الموضوعية لذلك ويحدث ذلك في حالتين: فإما أن يصدر القرار قبل أن يتقلد الموظف مهام منصبه أو بعد انتهاء المدة الزمنية التي حددها القانون لإصداره.

#### ثانياً: عيب الشكل و الإجراءات:

- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 181.

- عبد الغني بسبوي عبد الله، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مشأة المعارف، الإسكندرية 1997 ص 196.

الأصل أن الإدارة عند قيامها بإصدار القرارات الإدارية لا تلزم بشكل أو إجراء معين، ما لم يقرر النص عليه في الدستور، أو القانون أو التنظيم، خلاف ذلك، ففي هذه الحالة تلتزم جهة الإدارة أيا كان موقعها بإصدار القرار الإداري وفقا للأشكال والإجراءات المحددة<sup>1</sup>.

ولقد سبق لنا عند الحديث عن السلطة المقيدة للإدارة أن القانون إذا ألزم الإدارة بشكل أو إجراء معين فإن إرادتها تكون مقيدة فلا تملك صلاحية الخروج عن الإجراء أو اهمال الشكل المفروض بموجب النص.

فقواعد الشكل والإجراءات تقوم كحاجز وموازن لسلطات الإدارة الخطيرة في مجال القرارات الإدارية، فإذا كانت تتمتع بهذا الخصوص بحق التنفيذ المباشر والسلطة التقديرية، فإن عليها أن تسلك السبيل الذي ترسم القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد، عرّف الأستاذ "محمد الطماوي" الشكل والإجراءات على أنها: "عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المقررة في القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية، سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها جزئيا<sup>3</sup>".

فالمشروع وحده من يحكم على بطلان القرار الإداري إذا شدد على إجراء معين أو أظهره في شكل قاعدة آمرة أو ألزم جهة الإدارة بها، والقاضي الإداري باعتباره مطبقا للنصوص هو من يستنتج هذه وصولا إلى جوهرية الاجراء من عدمه<sup>4</sup>.

ولقد استقر القضاء الإداري في مصر أن الشكليات تكون ثانوية إذ استلزمت لصالح الإدارة وحدها، فإذا خالفتها الإدارة أو أهملتها لا يكون بوسع الأفراد أن يتمسكوا بإبطالها لأنها لم تقرر لهم كضمانة ولا تتعلق أصلا بمصالحهم<sup>5</sup>.

وأبرز مثال على ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر من أن كل طالب يرتكب جريمة الغش في الامتحان أو يشرع في ذلك، ويضبط في حالة تلبس، يخرج العمد أو مدير المعهد فوراً ويحرمه من الدخول الامتحان في باقي المواد، ويعتبر إمتحانه باطلا قانوناً، كما يحرر مراقب الامتحان محضرا بذلك يقدمه للعميد أو مدير المعهد.

1- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية فقهية قضائية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 136.

2 - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء، المرجع السابق، ص 207.

3 - المرجع نفسه، ص 207.

4 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 138.

- المرجع نفسه، ص 138.

ويؤخذ من هذا النص أن القانون خول للعميد اتخاذ هذه الاجراءات الاحتياطية ضد الطالب الذي يضبطه في حالة تلبس بجريمة الغش في الامتحان، فإذا أغفلت الإدارة الإجراء وترك الطالب يؤدي بقية الامتحانات، فلا يترتب على ذلك بطلان في الاجراءات لأنها لم تشرع كضمانة للطالب، بل هي إجراء ضد الطالب ولصالح الإدارة وبالتالي لا يجوز التمسك بها للمطالبة بإلغاء القرار التأديبي.

وحسب الأستاذ " محمد الصغير بعلي " :فإن إجراءات القرار الإداري تعني " الترتيب التي تتبعها الإدارة قبل اتخاذ القرار وإصداره نهائيا"<sup>1</sup>.

وتأخذ الاجراءات عدة صور منها : الاستشارة<sup>2</sup> ، احترام قواعد التبليغ ، الكتابة ، وتحديد تاريخ صدور القرار .

إذا كان الأصل أن الادارة العامة غير ملزمة بتسبب قراراتها، ونظرا لأهمية وخطورة هذه الشروط، فقد حرص القضاء على رقابة توفره، إن كان متطلبا قانونا لصحة القرار الاداري، كما تأسس شرط التسبب الوجوبي وفقا للمبادئ العامة القانونية في العديد من القرارات الادارية التي يتطلب القانون فيها صراحة التصريح بأسباب اتخاذها وهذا في الحالات التالية:

#### - الزامية التسبب في القرار الضابط في صورة جزاء:

حيث يجد الفرد نفسه مخاطبا بجزاء لا يعلم حجة الادارة في توقيعه عليه، فيتطلب التسبب لإفصاح الادارة عن دافعها، وحتى يتمكن الفرد من تخير سبيل الدفاع عن حريته. ومن أمثلة ذلك، ما صدر عن مجلس الدولة الجزائري من قرار في هذا الصدد، في قضية " جمعية منتجي الحليب" ضد والي مستغانم بتاريخ 31 جانفي 2001.

وتتلخص وقائع القضية في أن هذا الأخير أصدر قرارا ضبطيا يوقف أشغال هذه الجمعية دون سبب معروف، ومما جاء في الحكم إنه "على الوالي أن يسبب قراره حتى يتمكن المعنيون من الاطلاع المسبق على الاسباب المؤدية لتوقيع هذا الجزاء، وهذا مبدأ عام للقانون لا يمكن تجاهله،.....وحيث بالفعل وبالرجوع إلى المقرر موضوع الاستئناف لم يذكر ضمن طياته سبب اتخاذ قرار الغاء مقره، حيث يتسنى للمستأنف عليه من الاطلاع عليه وإبداء ملاحظاته بشأنه، وهو

- محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص1.73

- ياسن قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص2,125

الحق المكرس دستوريا وقانونيا باعتباره حقا من حقوق الدفاع، هذا مع العلم أن الوالي قد تأسس على دفوع لم ترد بنص القرار الضابط، متعلقة بالنظام العام والسمعة السيئة والخطرة لأعضاء الجمعية".

### - إلزامية تسبب القرار لمباشرة القضاء وظيفة الرقابة:

إن هذه الحالة تتعلق حصريا بقرارات الضبط الإداري، ذلك أن هذه الأخيرة تمس بالحريات العامة للأفراد وبالتالي وجب تسببها حتى يقف القاضي على مشروعية القرار من عدمه، وتبعاً لذلك قضى مجلس الدولة الجزائري بالالغاء بتاريخ 2003/12/16 في الملف رقم 010953 في قضية (خوجة .ع) ضدّ والي معسكر، والذي أصدر قرارا يرفض بموجبه تقديم رخصة فتح مقهى للمعني دون بيان الاسباب كتابة، وجاء في نص الحكم: "حيث أنه لا يمكن لوالي معسكر التأكيد على أنه غير ملزم بتقديم شرح لتبرير قراره، ذلك لأنه إذا كانت الإدارة غير ملزمة بتسبب كل قرار من قراراتها، فعليها تقديم كافة الشروحات التي تسمح للعدالة بممارسة سلطتها في الرقابة في أحسن الظروف"

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء لا يعتد بالأسباب التي تقدمها الإدارة ولم تنص عليها في القرار كتابة بالرغم من حجيتها، فقد قدم الوالي في القضية المشار إليها أعلاه عدة أسباب منها تقرير نتيجة اجراء التحقيق المطلوب قانونا والذي مفاده رفض السكان إقامة المقهى بحيمهم، كما قدم رسالة رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي إلتمس فيها العدول عن رخصة فتح المقهى، علاوة على إرسالتين متتاليتين من سكان الحي يقرران رفضهم إقامة المقهى بالحي، وفي هذا الصدد علينا أن نبين أن القضاء قد رتب البطلان بناء على الجانب الشكلي، رغم أن الجانب الموضوعي ملح و رغم أن تشكيله التسبب ممكنة التدارك، ولا ترقى لان تلغي قرارا مدعما بتلك الاسباب الواقعية، لأن فكرة النظام العام يتعدى الأمن والسكينة تتقدم على التسبب وهذا لما فيها من مساس بالمصلحة العامة للأفراد، خاصة وأن الإدارة قد مكنت القاضي من الأسباب لهذه القضية أثناء سير الدعوى.

وإذا كانت هذه هي صور عيب الشكل والاجراءات، وجب علينا أن نشير إلى أن هذا العيب لا يؤدي دائما إلى بطلان القرار الإداري في جميع الحالات التي يجعلها المشرع واجبة الاتباع.

### الفرع الثاني: عيوب المشروعية الداخلية (أوجه عدم المشروعية الداخلية)

تتمثل عيوب المشروعية الداخلية للقرارات الإدارية في عيب السبب، وعيب مخالفة القانون وعيب الانحراف بالسلطة، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي:

### أولاً: عيب السبب :

يلعب عيب السبب دوراً هاماً باعتباره أحد أركان القرار الإداري ، كما أن دوره بصدد الرقابة القضائية على المشروعية القرار الإداري يتعاضد على حساب أركان القرار الأخرى ، بالرغم من كونه آخر العناصر التي أخضعها القضاء الإداري الفرنسي لرقابته.

فالأستاذ "عمار بوضياف" يعرف السبب على أنه " الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار القرار، أي أن السبب هو الوقائع والظروف المادية والقانونية التي دفعت الإدارة لإصدار قرارها<sup>1</sup>.

ولقد ذهب إتيان من الفقه إلى اعتبار ركن السبب من شروط صحة القرار الإداري ويجب أن يتحقق السبب بشروطه الموضوعية و أوصافه التي فرضها القانون لكي يكون القرار مشروعاً، ونتيجة لذلك اعتبر هذا الإتجاه أن الحالة القانونية أو الواقعية هي التي تبرر إصدار القرار وتعد سبب وجوده.

### \* ومن أمثلة الحالة الواقعية:

حدوث اضطرابات في مختلف أجزاء إقليم الدولة، وهو ما يدفع الإدارة المعنية بالتدخل للمحافظة على الأرواح والممتلكات وللتحكم في الوضع الأمني فيصدر رئيس الجمهورية مثلاً مرسوماً رئاسياً يعلن حالة الطوارئ أو الحصار أو يقر الحالة الإستثنائية.

فهذه القرارات الضبطية الصادرة عن رئيس الجمهورية في شكل مراسيم رئاسية لا تصدر هكذا دون مسوغ أو سبب، وإنما لمواجهة حالة واقعية تمثلت في الفوضى والعنف والاعتداء والسلب ولو لا هذه الحالة الواقعية لما أصدرت الإدارة هذه القرارات.

### \* ومن أمثلة الحالة القانونية:

إرتكاب موظف لخطأ تأديبي، فهذا السلوك من جانب الموظف ترتب عنه مخالفة لتشريع الوظيفة أو للنظام الداخلي، مما فرض ضرورة مساءلته تأديبياً، فأصدر قرار العقوبة التأديبية لم يتم هكذا دون مبرر، وإنما بسبب ارتكاب الموظف لخطأ تأديبي.

-عمار بوضياف، المرجع السابق، ص1.155

-فالمشرع قد يتجه إلى إلزام الإدارة باتخاذ تصرف محدد بالذات لمجرد توافر شروط معينة يحددها القانون، تتمثل في الأسباب التي يجب أن تقيم الإدارة عليها قرارها، بحيث لا يكون للمختص بذلك أية سلطة تقديرية في صدد تحديد مضمون القرار<sup>1</sup>، وإن كان ذلك الأسلوب نادر الوقوع، ولا يمثل إلا قدرا ضئيلا من نشاط الإدارة.

أما في حالة السلطة التقديرية، فقد يترك القانون للإدارة قدرا من الحرية في ممارسة أعمالها وإصدارها للقرارات وهو الأصل، و عندئذ تملك الإدارة سلطة تقديرية فتقدر بحسب ملائمتها وظروف لازمت إصدار قرارها عما إذا كان سيصدر بمضمون أو بآخر، كما هو الحال بالنسبة لقرار الترقية المعتمد على عنصر ومعيار الكفاءة، فالإدارة عند إصدارها للقرار تقدر ما إذا كان الموظف المعني بالترقية هو الأحق بها إستنادا لكفاءته أم خلاف ذلك<sup>2</sup>.

فالمشرع قد لا يحدد الأسباب التي يجب أن يستند إليها القرار الإداري، أو أن يقوم بتحديدتها

مع ترك الحرية للإدارة في اختيار نوعية القرار الذي يصدر بناء عليها كما هو الحال بالنسبة لواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند حدوث إخلال به.

وفي هذه الحالة يتضاءل دور السبب في مجال الرقابة على مشروعية القرار دون أن يكون

لذلك أثر في وجود السبب كأحد أركان القرار الإداري، فإذا كانت السلطة التقديرية الواسعة التي

تتمتع بها الإدارة في هذه الحالة تؤدي إلى تعذر الرقابة على مشروعية القرار، إلا أن ذلك لا

يعني انعدام أسباب القرار، فلكل قرار اداري سببه، سواء كشفت جهة الإدارة عن هذا السبب أم لم تكشف ذلك.

فوظيفة القاضي الإداري تتدرج من خلال تفحص مدى توفر ركن السبب ومشروعيته، بداية

من التثبيت من حقيقة وجود الوقائع التي بنت عليها الإدارة قرارها، لينظر بعد ذلك مدى انسجام

تلك الوقائع والنظم القانونية التي تحجبت بها الإدارة في تغيير الحرية، أي مدى تبريرها القانوني،

وأخيرا يتأكد القاضي من مدى خطورة تلك الوقائع كسبب دافع بالإدارة إلى إصدار القرار القائم

على سلطتها التقديرية خاصة ومدى توسع الإدارة في استخدام تلك السلطة.

ومما سبق البيان والتأكيد أن جهة القضاء الإداري وإن كانت تملك سلطة إلغاء القرار الإداري

في حال تمتع الإدارة بسلطة مقيدة، بثبوت خرقها للنص المقيد لإرادتها، فإنه من الصعب إخضاع

- عمار بوضياف، دعوى الالغاء، المرجع السابق، ص 1.197

- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، المرجع السابق، ص 2.157

الإدارة للرقابة القضائية في مجال وعمل تتمتع فيه بسلطة تقديرية، وهو ما يجعل رافع الدعوى في وضعية صعبة لإثبات تعسف الإدارة<sup>1</sup>.

### ثانياً: عيب مخالفة القانون:

عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يشوب ركن المحل في القرار الإداري لمخالفة القواعد القانونية الموضوعية، إذ يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون محله، أي مضمونه الأثر القانوني الذي أحدثه القرار جائزاً قانوناً أي مشروعاً، ويعني هذا الشرط أن يكون الأثر القانوني الذي يحدثه القرار الإداري متفقاً مع القواعد القانونية، فإذا كان هذا الأثر، مخالفاً، للقاعدة القانونية، كان القرار معيباً في محله وجديراً بالإلغاء<sup>2</sup>.

أما الشرط الثاني فيقتضي أن يكون محل القرار ممكناً من الناحية الواقعية والقانونية فإذا استحال هذا المحل قانوناً أو واقعاً، فإن القرار الإداري يصبح قراراً منعديماً.

ولقد أثبتنا سابقاً أن ركن المحل هو الموضوع الأصيل لممارسة السلطة التقديرية للإدارة، إذ تملك هذه الأخيرة حرية التصرف بأن تتدخل أو تمتنع عن التدخل، كما تملك حرية اختيار وقت التدخل والذي يعتبر من أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة هذا بالإضافة إلى حرية الإدارة في اختيار فحوى وموضوع القرار.

ويشمل عيب مخالفة القانون في الحقيقة جميع العيوب التي تصيب القرار الإداري وتجعله باطلاً، لأن مخالفة الاختصاص المحدد بالقانون أو مخالفة الشكليات والاجراءات المقررة، أو اساءة استعمال السلطة، أو انعدام الأسباب القانونية أو الخطأ في التكيف القانوني لوقائع، يعتبر في جميع الأحوال مخالفة للقانون<sup>3</sup>.

غير أن الفقه والقضاء الإداريين درجا على استخدام اصطلاح مخالفة القانون بمعنى أضيق من المعنى السابق، بحيث ينحصر في العيب المتعلق بمحل القرار فقط، ولعله السبب الذي جعل بعض الفقهاء الفرنسيين يدرسون هذا العيب تحت اسم " مخالفة القاعدة القانونية"<sup>4</sup>.

- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص1.157

- باسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص2.126

- عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، 162، ص3.457

-المرجع نفسه، ص4.457

ولا نقصد بالقانون الذي يتعين عدم مخالفته في القرار الإداري مجرد التشريع، بل تلك القواعد القانونية السائدة في الدولة أيا كان مصدرها، سواء كان تشريعيا أو عرفا أو مستمدة من المبادئ العامة للقانون.

وقد ينصرف مدلول كلمة مخالفة القانون لشمول أي مخالفة للقاعدة القانونية بالمعنى الواسع، لذلك فإنه يدخل ضمن مخالفة النصوص القانونية واللوائح، زيادة على الخطأ في القانون وفي تفسيره وهو ما يطلق عليه الفقه " الخطأ القانوني " <sup>1</sup>.

ومنه سنتناول هذه الصور فيما يلي:

### 1/- المخالفة المباشرة لقواعد القانون:

تكون المخالفة مباشرة لنصوص القوانين واللوائح، عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القانون أو تتجاهله كلياً أو جزئياً، سواء كان هذا الإمتناع عن عمد أو عن جهل بصدور القانون، ويحدث ذلك في صورة امتناع عن عمل يحتمه القانون أو إتيان عمل يحظره القانون، أي أن مخالفة النصوص القانونية قد تكون إيجابية أو سلبية وتتناولها كما يأتي:

#### \*المخالفة الإيجابية للقاعدة القانونية:

تحدث هذه المخالفة في حالة خروج الإدارة بطريقة عمدية عن حكم القاعدة القانونية الأعلى من القرار الإداري، وهذا النوع من المخالفات يكون واضحاً في الواقع العملي، مثل حالة قيام الإدارة بالتنفيذ المباشر في حالة لم ينص عليها القانون، ويستوي أن تتم هذه المخالفة لقاعدة قانونية مكتوبة كمخالفة نص دستوري أو لائحي، أو تحدث هذه المخالفة لقاعدة غير مكتوبة كمخالفة قاعدة عرفية أو مبدأ من مبادئ العامة للقانون.

وفي هذه الحالة لا تتمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية، فسلطتها مقيدة سلفاً بنصوص القانون، ومن هنا يعتبر قرارها مشوباً بعيب مخالفة القانون إذا خالفت هذه القاعدة على نحو يخالف القانون بل أنتجت آثار قانونية معينة<sup>2</sup>، ومنه كان على القاضي الإداري إلغائه.

ومن الأمثلة على ذلك : زيادة الإدارة لشروط جديدة غير تلك الواردة في القانون من منطلق سلطتها في إصدار اللوائح التنفيذية للقانون، وتمتعها بسلطة تقديرية كلما امتنع المشرع عن تقييدها بشروط محددة .

- باسين قوتال، المرجع السابق، ص1.127

- سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص2.225

وتعتبر حالة المخالفة الايجابية للقاعدة القانونية هي أبسط الحالات إثباتاً، إذا ما على طالب الإلغاء إلا أن يثبت قيام القاعدة القانونية التي يستند إليها، وأن الإدارة قد تجاهلت هذه القاعدة كلياً أو جزئياً.

وغالبا ما يثور النزاع في حالة المخالفة المباشرة الايجابية حول وجود القاعدة القانونية كمنازعة الإدارة في وجود عرف قانوني يتمسك به أحد الأفراد أو الإلغاء الجزئي أو الكلي للقاعدة القانونية، ذلك أن القرار الإداري تحكم مشروعيته القواعد القانونية النافذة وقت صدوره، مع مراعاة التدرج في ذلك القواعد وخضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، شرط أن تكون القواعد نافذة في حق الأفراد<sup>1</sup>.

والغالب هو أن تحدث المخالفة المباشرة نتيجة عدم التأكد من وجود القاعدة القانونية وإما بسبب الطبيعة غير المكتوبة للقواعد القانونية التي ترجع إلى المبادئ العامة للقانون أو العرف، وخاصة إذا وقع نزاع حول وجودها واعتراف القضاء بها.

ومن القضايا التي ألغي فيها القاضي الإداري الجزائي القرار الإداري لارتكاب مخالفة مباشرة ايجابية للقانون، نجد قرارا لمجلس الدولة في 7 ماي 2001 (قضية قيتي موسى ضد بلدية بوروية ووالي ولاية الجزائر)، حيث قضى بإبطال قرار بلدية بوروية المؤرخ في 1 مارس 1999، المتضمن إلغاء رخصة البناء الممنوحة للسيد قيتي موسى وإلزام البلدية بمنحة تعويض قدرها مائتي ألف دينار لكون القرار الإداري مخالف للقانون.

#### \*المخالفة السلبية للقاعدة القانونية : ( امتناع الإدارة عن مباشرة سلطتها التقديرية)

وتتمثل هذه المخالفة في حالة امتناع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية ، أو رفض تنفيذ ما فرض عليها من التزامات، ويحدث ذلك عندما يلزم القانون الإدارة بالقيام بحل معين أو إجراء تصرف محدد ، فإذا اتخذت الإدارة موقفا سلبيا إزاء هذا الإلتزام، فإنها تكون قد ارتكبت بذلك مخالفة للقانون وتجعل قرارها الصادر في الصدد معيبا وقابلا للإلغاء.

ومن أمثلة المخالفة السلبية للقانون: حالة امتناع الإدارة عن منح رخصة لأحد الأفراد رغم استيفائه الشروط القانونية لذلك إذا كان القانون يلزمها بمنح الترخيص في هذه الحالة<sup>2</sup>.

1- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 769.

2 - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 225.

أو أن ترفض الإدارة في إطار مسابقة للتوظيف على أساس الاختبارات تعيين الناجح الأول في القائمة وتعيين غيره، مع أن قانون الوظيفة العمومية يوجب عليها التعيين بترتيب النجاح في المسابقة، وعليه فإن الطعن بالإلغاء لرفض السلطات الإدارية أو إمتناعها عن اتخاذ إجراء معين، كان من الواجب إتخاده وفقا للقوانين واللوائح، وهو ما يسمى بالقرار السلبي.

ومن بين تطبيقاته، قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 28 يوليو 1990 ( قضية ت.ج ضد والي البويرة) بإبطال قرار الوالي السلبي المتمثل في رفض منح تسليم رخصة البناء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر، لمخالفتها المادة 06 من الأمر رقم 15/85 المتضمن تنظيم رخص البناء، وبما جاء في تسبيب القرار: "وحيث أن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة جاءت بتاريخ 1988/05/28 حيث أن عدم الإجابة أو الإجابة سلبيا بعد مضي فترة أربعة أشهر القانونية، يعدّ تجاوزا للسلطة يترتب عنه للبطلان".

وعلينا أن نُؤوّه إلى أن مناط وجود القرار السلبي، هو أن تكون الإدارة ملزمة قانونا باتخاذ إجراء ما ولكنها مع ذلك تمتنع عن اتخاذه أما إذا لم تكن الإدارة ملزمة قانونا بشيء طبقا للقانون واللوائح، فإن سكوتها عن اتخاذ مثل هذا القرار لا يشكل الامتناع المقصود، إذ لا يُفرض قيام قرارات سلبية دون نص صريح في مجال السلطة التقديرية، بل لا يجوز فالملائمات تنفي فكرة القرار السلبي، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن إلغاء القرارات السلبية التي تتخذها الإدارة من جانب القاضي إذا ما تمتعت بسلطة تقديرية في إصدار القرار، بمثابة صورة من الحلول الضمني للقاضي محل الإدارة.

كما ينتقد هذا الجانب الفقهي، على أساس أنه لا يتفق مع المبادئ العامة في دعوى الإلغاء ولا يتفق مع النية الحقيقية للمشرع، فلا يمكن أن يكون المشرع قد أراد أن يجعل ولاية الإلغاء بالنسبة للقرارات الضمنية والسلبية مقصورة على المجالات التي تتصرف فيها الإدارة بسلطة مقيدة دون المجالات التي تتصرف فيها بسلطة تقديرية.

وفي الحقيقة فإننا نؤيد الاتجاه الثاني ونساند موقف الأستاذ " سامي جمال الدين " الذي اعتبر امتناع الإدارة من اتخاذ القرار الإداري في المجالات التي تتمتع فيها بسلطة تقديرية مخالفة سلبية للقانون.

ونلمس في هذا الشأن تطوراً في أحكام القضاء الإداري المقارن، والذي إتجه إلى فرض رقابة مشددة على قرارات الإدارة السلبية التي لا خلاف حول تمتعها في شأنها بسلطة تقديرية واسعة<sup>1</sup> ، ذلك أن أعمال الإدارة لسلطتها التقديرية ليس رخصة لها، بل هو التزام غايته تحقيق إدارة خبيرة وقادرة على إيجاد الحلول المثلى، وعدم تنفيذ هذا الالتزام يمثل مخالفة سلبية للقانون يستوجب إلغاء القرار المخالف للقانون<sup>2</sup>.

## 2/- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية:

إذا كانت حالات المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية سهلة الإثبات في ميدان الرقابة القضائية، إذ يكفي معرفة القاعدة المطبقة وقت اتخاذ القرار، ومن ثم التحقيق فيه إذا كان القرار المطعون فيه قد احترم هذه القاعدة أو أنه خالفها، لكن صورة الخطأ من تفسير القانون أخطر وأدق من الحالة السابقة لأنها خفية، ذلك أن الإدارة هنا لا تنتكر للقاعدة القانونية، كما في حالة المخالفة المباشرة، وإنما تعطي القاعدة القانونية معنى غير المقصود قانوناً، ويطلق على هذه المخالفة "الخطأ القانوني"، والذي يتجلى في التفسير السيئ أو التطبيق السيئ للقاعدة القانونية<sup>3</sup>. ففي هذه الحالة، قد يقع الخطأ عن غيره قصد من الإدارة، وقد يتم على نحو عمدي من جانبها، إذ يتعين البحث في حقيقة قصد الإدارة من وراء هذا التفسير الخاطئ. ومن أكثر الأسئلة شيوعاً من هذه الحالة، صدور قرارات تأديبية مستترة خلف قرارات إدارية عامة كقرارات النقل الوظيفي التي تتضمن تنزيلاً في الدرجة، أو قيام الإدارة بإصدار قرار بأثر رجعي معلنة أنه قرار تأسيسي لقرار إداري سابق، وذلك ما يشكل تحايلاً واضحاً على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية.

من خلال كل ما سبق، نستطيع القول أننا برهنا أن عيب مخالفة القانون هو أحد الحدود الداخلية التي ترد وتحد من استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية، بمعنى أنه يقوم الإلتزام على عاتق الإدارة عند مباشرتها سلطتها التقديرية بالألا تخالف القانون مخالفة إيجابية أو سلبية أو خطأ في تفسيره، وإلا شاب قرارها عيب مخالفة القانون ومن ثم ابطال القرار الإداري.

## ثالثاً: عيب الانحراف بالسلطة

1 - سامي جمال الدين، دعاوى الإدارة والإجراءات أمام القضاء الإداري، نشأة المعرف للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ، ص38.

2 - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص273.

3 - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص226.

لم تعدّ الرقابة القضائية لأعمال الإدارة بصورة عامة والسلطة التقديرية بصورة خاصة، تقتصر على فحص المشروعية الخارجية أو الظاهرة للقرار الإداري أو الداخلية فقط، وإنما أصبحت تمتد إلى النوايا والبواحد النفسية لمصدر القرار، حيث لا تكتمل إلاّ ببحث عيب الانحراف في استعمال السلطة التقديرية.

### 1- مفهوم عيب الانحراف بالسلطة:

لقد تعددت التعريفات التي أعطاها الفقه لعيب الانحراف بالسلطة، حيث يعتبر الفقيه (أكوك) أول من استعمل تعبير الانحراف بالسلطة، وقد عرّفه بأنه: " يوجد عيب الانحراف بالسلطة حينما يستعمل رجل الإدارة سلطاته التقديرية، مع مراعاة الشكل الذي فرضه القانون، ومع اتخاذ قرار يدخل في اختصاصه، ولكن لتحقيق أغراض وحالات أخرى غير التي من أجلها منح هذه السلطة<sup>1</sup>. أما الأستاذ " دي لوبادير " فعرفه: " نكون بصدد انحراف بالسلطة عندما تمارس سلطة إدارية تصرفا يدخل في اختصاصاتها، ولكن بغرض تحقيق هدف غير الذي يمكن القيام بذلك التصرف من أجله بصورة مشروعة" .

في حين نجد الأستاذان " ديباش و ريكي " قد تبنيوا التعريف القضائي لعيب الانحراف على أنه: "تكون بصدد انحراف بالسلطة عند ما تستعمل السلطة الادارية سلطاتها لتحقيق هدف غير الذي منحت من أجله تلك السلطات".

ومن هذه التعريفات نجد أن عيب الانحراف بالسلطة يقصد به استخدام الادارة لسلطاتها من أجل تحقيق غاية مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده لها القانون.

فيعيب الانحراف بالسلطة كما ذكرنا يشكل مظهرا من مظاهر اتساع الرقابة القضائية عن أعمال الادارة، التي أصبحت تكشف على النوايا والبواحد النفسية التي تدفع الإدارة إلى مباشرة سلطاتها التقديرية خاصة.

### 2- مجال عيب الانحراف بالسلطة:

فالسلطة التقديرية تشكل المجال الاصيل لعيب الانحراف بالسلطة ، إذ يعترف المشرع للإدارة بقدر من الحرية في تقدير مناسبة القرار واختبار وقت التدخل وأهمية بعض الوقائع، فإنه يمكن أن

1 - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 68.

تتحرف الإدارة عن تحقيق المصلحة العامة، ويكون قرارها حينئذ مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، ولذلك اعتبر الفقه أن الغاية هي الحدّ الخارجي للسلطة التقديرية.

وفي ذلك يقول الأستاذ "محمد مصطفى حسن": ".....أما سبب القول بأن الانحراف هو عيب السلطة التقديرية، فهو أن مجلس الدولة الفرنسي عند بحثه مباشرة السلطة التقديرية، يبدأ من غايتها".

وتبعاً لذلك يكون هذا الاتجاه الفقهي قد حصر مجال عيب الانحراف بالسلطة في حالة وحيدة وهي حالة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية، لكن هذا الوجه من أوجه الإلغاء، أي الانحراف لا يظهر في حالة الاختصاص المقيد للإدارة.

فالعامل الإداري الصادر بناءً على سلطة مقيدة، لا يمكن أن يكون غير مشروع من ناحية عنصر الغاية، لأنه مادامت الإدارة ملزمة بإصدار القرار على نحو معين فلا يهمل باعته أو دافعها وراء إصداره إذ في هذه الحالة توجد قرينة غير قابلة لإثبات العكس بأن أهداف القرار سليمة، مادامت الإدارة قد التزمت حدود القانون<sup>1</sup>.

غير أن جانباً آخر من الفقه قد ذهب إلى أن السلطة التقديرية هي الموطن الأساسي لعيب الانحراف بالسلطة وليست الموطن الوحيد لذلك، ولئن كانت فرصة الانحراف بالسلطة أمام مصدر القرار تزداد في مجال السلطة التقديرية، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكان وجود هذا العيب في مجال الاختصاص المقيد، خاصة عندما يؤخر رجل الإدارة إصدار القرار ليضر بمن تعلقت مصالحته بالقرار أو ليفوت عنه مراده.

وفي ذلك يقول "محمد مصطفى حسن": "....ومن السهل التمييز بين الانحراف وعيوب السلطة التقديرية.... إذ كل قرار يتعين أن يحقق مصلحته العامة، وإذا كنا بصدد سلطة مقيدة تماماً، فلا بد أن يكون القرار محققاً لأهداف الجماعة، لأن الإدارة ليست آلة صماء".

وعلى الرغم من عدم نفي هذا الرأي لخاصية ملازمة عيب الانحراف بالسلطة التقديرية، إلا أننا نرى أنه لا يمكن تصور عيب الانحراف في ظل السلطة المقيدة، حيث يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس كما ذكرنا سابقاً "أن ركن الغاية في القرار سليم مادام قد صدر تنفيذاً للقانون وذلك ما يؤكد الفقيه" ولتر: "إن وجه الإلغاء المستند من عيب الانحراف لا يمكن أن يطلق على الأعمال التي نفذت فيها الإدارة إرادة المشرع تنفيذاً دقيقاً.... والغرض من العمل الإداري لا يمكن

1 - سامي جمال الدين، دعاوي الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ، ص 309.

للقضاء أن يخضعه لرقابته، الآ في الحالة التي يكون للإدارة أن تتصرف ببعض الحرية إزاء القاعدة القانوني".

### 3- الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالسلطة:

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالسلطة؛ فمنهم من يدخل هذا العيب في مجال الرقابة على المشروعية، ومنهم من يرى أن هذا العيب يتجاوز فكرة المشروعية، ليندرج في مجال أفسح وأعمق، وهو مايسميه، أصحاب هذا الاتجاه برقابة الجانب الخلفي لأعمال الإدارة<sup>1</sup>.

وقد ربط "هوريو" بين فكرة الأخلاق الإدارية وعيب الانحراف بالسلطة، على أساس أن الانحراف بالسلطة يشكل غشا في بعض الأحيان، وتدخل القاضي في البحث عن نية العش يعني تدخله في الاخلاق الإدارية<sup>2</sup>، ويرى "هوريو: أن مجلس الدولة حين ينظر عيب الانحراف يقع عليه عبئ استلزام روح القانون ليواجه روح العمل الإداري، "فهو لا يبحث المشروعية، ولكن القيم الأدبية في السلوك الذي تبعته الإدارة."

إلا أن نظرية "هوريو" عن الأخلاق الإدارية لم تحظ بالقبول لدى معظم فقهاء القانون الإداري، حيث انتقد هؤلاء نظرية الأخلاق الإدارية، واعتبر بأن الرقابة على انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية هي رقابة مشروعة، لأن رجل الإدارة عندما يتتكرر للغاية التي قصدها المشرع صراحة، وضمنا يكون قد خرج عن القانون حتى ولو حترم القانون من حيث الظاهر.

أما كون الانحراف بالسلطة التقديرية يرتبط بالنوايا الداخلية لمصدر القرار بحيث لا يظهر أثره في الشكل الخارجي للقرارات الإدارية، فإن ذلك لا يتعارض مع جعل ذلك الانحراف وجه من أوجه عدم المشروعة، ومن أن الغاء القرار لعيب الانحراف بالسلطة، هو نوع من العقاب على عدم المشروعية.

غير ان الفقيه "فوديل" له منحى خاص في هذه المسألة فهو يوفق بين نظرية "هوريو" حول الأخلاق الإدارية، وبين الرأي المتمسك برقابة المشروعة.

1 - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص122.

2 - لحسين بن شيخ أث ملويا: دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص296.

لكننا نرى أن التكليف القانوني السليم لعيب الانحراف بالسلطة، هو اعتباره وجهاً من أوجه الرقابة على المشروعية، ذلك أن فكرة الأخلاق الإدارية فكرة مرنة ومطاطة وغامضة، ولا تصلح دائماً كمبرر لإلغاء الكثير من القرارات المشوبة بعيب الانحراف بالسلطة.

وتبعاً لذلك فإن الأخذ بها سيؤدي إلى أفلات العديد من القرارات غير المشروعة من الرقابة القضائية وتحصنها ضد دعوى الإلغاء، لكونها لا تتنافى وفكرة الأخلاق الإدارية.

#### 4- صور عيب الانحراف بالسلطة:

يأخذ عيب الانحراف بالسلطة إحدى الصورتين: فإما أن يستهدف مصدر القرار الخروج عن المصلحة العامة، أو يخالف قاعدة تخصيص الأهداف.

أ- الانحراف عن المصلحة العامة: وهذه الحالة والصورة خطيرة جداً، لأن الانحراف مقصود، فرجل الإدارة يستغل سلطاته التقديرية لتحقيق أغراض لا تمت بصلة للمصالح العام<sup>1</sup>، إذ أن الإدارة تقوم بمهامها متمتعة بامتيازات السلطة العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة، وإذا لم يكن رائد الإدارة في فاعليتها ونشاطها الإداري هدف تحقيق المصلحة العامة عرضت تصرفاته للإلغاء مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة.

وأوجه الانحراف عن المصلحة العامة متعددة، نذكر منها: استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي، ومباشرة السلطة التقديرية بغرض الانتقام، واستخدام السلطة التقديرية لغرض سياسي أو حزبي بالإضافة إلى القرار الذي يهدف إلى التحايل على تنفيذ الأحكام الإدارية.

ب- مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف: حيث يجب على عضو الإدارة أن يسعى إلى تحقيق الهدف الذي حدده النص المخول للاختصاص وإلا كان منحرفاً بالسلطة، حتى وإن كان يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة<sup>2</sup>. ويتجلى تخصيص الأهداف بوضوح في لوائح الضبط الإداري باعتبارها قرارات تهدف إلى تحقيق هدف معين هو الحفاظ على النظام العام في أحد مدلولاته المعروفة: الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة... الخ<sup>3</sup>.

- ومن التطبيقات القضائية في الجزائر لعيب الانحراف، نجد قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى رقم 1368 المؤرخ في 14/03/1978 في قضية (خيال.ع)، الذي ألغى من خلاله قراراً

1 - عبد الغني بسوني عبد الله، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف الاسكندرية، 1997، ص 663.

2 - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، دون طبعة، دار العلوم للنشر، دون تاريخ، ص 120.

3 - المرجع نفسه، ص 120.

صادرا عن المجلس الشعبي البلدي لعين البنيان، الذي منع بموجبه بيع واستهلاك الخمر في المقاهي والمطاعم والدكاكين، عدى المركب السياحي لمنطقة الجميلة، وبما جاء في الحكم: "...حيث أنه كان لرئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين البنيان أن يستعمل السلطات التي يخولها له القانون البلدي لتنظيم بيع الخمر حفاظا على الأمن العام، قد اتضح بعد التحقيق أن البواعث التي أدت إلى اتخاذ القرار ترجع إلى اعتبارات أخرى، لا سيما أن بيع واستهلاك الخمر الممنوعة عن المدعى لا يزال مباحا في مجالات أخرى على مستوى البلدية".

فعلى الرغم من أن القضاء لم يفصح عن نية رئيس البلدية وهدفه الحقيقي، إلا أنه ألغى القرار الإداري لإخلاله بمبدأ المساواة، ثم نجده في قضية مشابهة يرفض الحكم بإلغاء القرار للانحراف بالسلطة، وذلك في قضية (ي. ر) ضد رئيس البلدية الذي أغلق محله التجاري لبيع الخمر لنفس الأسباب والغايات ومما جاء في الحكم: "حول التحايل على السلطة، حيث في هذه الظروف يوجد تجار آخرون.... لا يزالون يقدمون المشروبات الكحولية.....فهذه الوقائع ليس لها أهمية.... لأن الإدارة بقرارها المتخذ لا يعد إهمالاً منها.... وإنما هو تطهير الحياة الاجتماعية في المدينة".

ويتضح مما سبق أن القضاء الإداري غير مستقر فيما يخص عيب الانحراف بالسلطة، فتارة يأخذ به ويلغي القرارات على أساسه وتارة ينكر وجوده بالقرار، رغم أن الفقه ما انفك يسلط عليه الضوء أثناء تحليل ونقد أحكام القضاء الإداري، لكن السبب الغالب في دفع القضاء إلى هذا المنحنى، هو اعتبار هذا العيب عيباً إحتياطياً، يستند إليه في ابطال القرار كأخر وسيلة أو وجه من أوجه الإلغاء.

---

## المطلب الثاني

---

---

### الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية

---

## المطلب الثاني : الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية

إذا كانت الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في ظل قضاء الإلغاء قد تطورت واتسعت سلطات القاضي الإداري في إطارها حتى شملت بعض الجوانب الملائمة التي كانت متروكة لحرية تقدير الإدارة، إلا أن سلطة الإدارة التقديرية تخص وتخرج في كثير من الأحيان عن رقابة قضاء الإلغاء كما تمنع القاضي من التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية، مما يؤدي إلى إفلات الكثير من القرارات الإدارية من رقابة الإلغاء بحجة أنها صادرة استنادا إلى سلطة الإدارة التقديرية.

لكن قضاء مجلس الدولة الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء المقارن، مد نطاق رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال قضاء التعويض، وبالتالي أخضع عنصر الملائمة في حد ذاته والذي يمثل صميم السلطة التقديرية لرقابته القضائية.

وعليه فإن الإدارة تكن مسؤولة أثناء ممارسة سلطتها التقديرية عن أعمالها المادية والقانونية وما تحدثه هذه الأعمال من أضرار تجاه الغير فيحق للشخص المتضرر أن يطالب الإدارة بالتعويض عما أصابه من أضرار جراء تعسفها في استعمالها لسلطتها التقديرية. سنتناول في هذا المطلب دعوى التعويض وهذا وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الطعن بالتعويض، الفرع الثاني: شروطه، الفرع الثالث: أساسه.

### الفرع الأول: مفهوم الطعن بالتعويض في القرارات الإدارية التقديرية:

لتحديد مفهوم الطعن سنتناول في نقطة أولى تعريف دعوى التعويض ثم في نقطة ثانية خصائص هذه الدعوى.

#### أولاً: تعريف دعوى التعويض

تعرف دعوى التعويض على أنها: " الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وطبقا للشكليات والاجراءات المقررة قانونا للمطالبة بالتعويض الكامل والعاقل للاضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الضار"<sup>1</sup>.

#### ثانياً: خصائص دعوى التعويض

1 - عمار عوابدي، نظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 566.

- من خلال تعريف دعوى التعويض، يمكن أن نستخلص مجموعة من الخصائص التي تميز دعوى التعويض عن غيرها من الدعاوي ومن بينها:
- 1- دعوى التعويض الإداري هي دعوى قضائية تتميز عن العديد من الأعمال والتصرفات الإدارية القضائية، مثل التظلم الإداري المسبق باعتباره طعنا إداريا يختلف عن الطعن القضائي المتمثل في الطعون القضائية المختلفة مثل دعوى التعويض<sup>1</sup>.
  - 2- دعوى التعويض من دعاوي القضاء الكامل، حيث يكون للقاضي الإداري كامل السلطة في شأن النزاع، على خلاف قضاء الإلغاء، الذي يقف عند حد إلغاء القرار المطعون فيه دون أن يأمر الإدارة بفعل شيء أو الامتناع عن فعل شيء، و لا ينبغي وصف قضاء التعويض بالقضاء الكامل لأنه مكمل لقضاء الإلغاء، وإنما يعني أن للقضاء سلطة كاملة في النزاع المتعلق به.
  - 3- دعوى التعويض دعوى ذاتية شخصية، فإذا كان محل دعوى الإلغاء هو مخاصمة قرار إداري، فإن محل دعوى التعويض هو المطالبة بحق من الحقوق الشخصية، في صورة تعويض نقدي<sup>2</sup>. بمعنى أن صاحب الشأن يستمد حقه فيها من القانون مباشرة، أو يستند فيها إلى سند ذاتي ويطلب فيها بأثر من آثار المركز القانوني الذي أنشأه ذلك السند، والسند الذاتي هو العقد أو الواقعة القانونية للقرار الإداري أو العمل المادي، الصادر عن الإدارة، أو الحكم القضائي الصادر في منازعه ذاتية<sup>3</sup>.
  - 4- يتناول القضاء الإداري بالنسبة لدعوى التعويض إلى جانب بحث مشروعية القرار التصدي لجانب الملائمة في إصدار القرار، بمعنى أنه إذا كان من حق الإدارة اختيار وقت إصدار القرار مثلا، فإن عليها أن تصدره في وقت معقول، حي لا يضر صاحب الشأن من التراخي في إصداره<sup>4</sup>.
  - 5- للحكم الصادر في دعوى الإلغاء حجية مطلقة بمعنى أنه يتعدى طرفي الدعوى فهو ينفذ في مواجهة كافة أطراف الدعوى والغير، في حين أن الحكم الصادر في دعوى التعويض له حجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع ولا تتعدى الغير، غير أن ذلك لا يحول دون قيام هذا الغير برفع دعوى تعويض عن الأضرار التي تكون قد أصابته هو الآخر.

- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 1.567.

2- فارة سماح، سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض في دعاوي المسؤولية الإدارية، الملتقى الوطني حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قلمة، 2011، ص 08.

- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية (إجراءات رفع الدعوى وتحضيرها) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 3.56.

- فارة سماح، المرجع السابق، ص 4.08.

**الفرع الثاني: شروط رفع الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية:**

لضمان صحة رفع دعوى التعويض أمام الجهات القضائية الإدارية، يجب على كل متضرر أو رافع للدعوى أن يلتزم بهذه الشروط والتمثلة في :

**أولاً: شرطي المصلحة و الصفة**

**1- المصلحة:** حيث يشترط في دعوى التعويض مصلحة رافع الدعوى، لأنها ذات منفعة وفائدة للمدعي تساعده في عملية الالتجاء إلى الجهات القضائية للمطالبة بحقوقه والتعويض عن الأضرار التي أصابته، ويتحقق شرط المصلحة في المتقاضي عندما يكون هناك مركز قانوني ثابت وذاتي إلى جانب حق مكتسب معلوم وثابت في إطار النظام القانوني المتبع في الدولة، على أن يكون هذا الحق قد وقع عليه اعتداء من قبل الإدارة، ويؤدي إلى التأثير على المركز القانوني للموظف لدى يشترط القانون في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة وحالة<sup>1</sup>.

**2- الصفة:** المقصود بالصفة في دعوى التعويض أن ترفع في طرف صاحب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب، سواء كان شخصياً أو نائبه، أو وكيله القانوني أو الاتفاقي أو القيم أو الوصي عليه<sup>2</sup>.

**ثانياً: ميعاد رفع دعوى التعويض**

إن ميعاد الأربعة أشهر المنصوص عليها في المادتين 829 و 967 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالطلب القضائي لإلغاء القرارات الإدارية، لا يسري على طلبات التعويض التي يجوز رفعها مادام الحق لم يسقط في إقامتها طبقاً للقواعد العامة، ويعود ذلك إلى أن طلب التعويض منوط بوقوع الضرر والذي لا يترتب حتماً على نشر القرار الإداري أو تبليغه<sup>3</sup>، بل أن الضرر يترتب على تنفيذ القرار<sup>4</sup>.

**ثالثاً: شرط ذكر مبلغ التعويض في الطلب القضائي:**

إن تقدير التعويض من طرف الضحية أو ذوي الحقوق شرط أساسي، ويترتب على عدم تقدير المبلغ رفض الدعوى القضائية، وقد أشارت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً إلى ذلك بقولها:

- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 607-611.

- المرجع نفسه، ص 624-626.

- فارة سماح، المقال السابق، ص 3.09.

- لحسين بن شبيح آيت ملوياً، الملتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة للنشر، الجزائر، 2002، ص 4.97.

" حيث أنه وقبل تعويض الضرر يشترط تقديره ويشمل هذا التقدير تحديد مجال الضرر وكذلك تقييمه المالي " <sup>1</sup>.

من خلال إستقراء بعض القضايا التي عرضت على مجلس الدولة الجزائري نجدها متضمنة لمبلغ التعويض.

تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري إذا كان يتمتع بحرية واسعة في تقييم الضرر القابل للتعويض، فإن المشرع وإرادة الأطراف تستطيع أن تضع لها حدودا، إذ لا يمكن للقاضي الإداري أن يمنح تعويضا يفوق التعويض المحدد من قبل المشرع في قضايا معينة، كما تشكل أيضا إرادة الضحية حدا لحرية القاضي بتحديد الحد الأقصى للتعويض، ذلك أن القاضي لا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم <sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: أساس رفع الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية

لقد اختلف النقد حول تحديد أساس المسؤولية الإدارية، بمعنى من يتولى تحمل المسؤولية عن الأضرار التي يرتكبها الموظفين والأعوان التابعين للإدارة العامة فمنهم من يعتبر أن الخطأ والمخاطر من شروط المسؤولية وليس أساسا لها، أما أساسها فيكمن في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، ومن هؤلاء نجد الأستاذ " أحمد محيو " الذي يقول " في الحقيقة يمكن التساؤل فيما إذا كان من غير المجدي البحث عن مبدأ عام وموحد لتأسيس المسؤولية الإدارية، أليس هذا بالتأكيد مجرد وشكلي عندما نقوم بمساواة جميع الأفراد أمام الأعباء العامة إن التمعن في المجتمع يظهر لنا بأنه يتضح بعدم مساواة أكثر من المساواة" <sup>3</sup>.

ومنهم من يعتبر الخطأ والمخاطر هي أساس المسؤولية الإدارية، وهو الموقف الذي تبناه القضاء الإداري الجزائري والمقارن، ومن هؤلاء نجد الأستاذ " مسعود شيهوب " الذي اعتبر أن المسؤولية الإدارية تركز على الخطأ والمخاطر وتتخذ أساسا لها <sup>4</sup>.

وتبعا لذلك تم تصنيف المسؤولية الإدارية، إلى مسؤولية إدارية خطئية ومسؤولية إدارية غير خطئية، وهذا ما نتناوله فيما يلي مركزين على نطاق السلطة التقديرية.

### أولاً: المسؤولية القائمة على أساس الخطأ

1- رشيد خلوفي، قانون المسؤولية المدنية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 137.

- Voir : W.W.W.arpe-paca. org. Et: w.w.w.fr. wikipedia. org/ laresp. De l'ad francaise. 2 -

- أحمد محمد محيو، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008، ص 3.123

- مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، 4

إن الخطأ هو أساس المسؤولية الإدارية الذي لا يقوم إلا به<sup>1</sup>، فيعتبر هذا النوع من المسؤولية الإدارية أول ما تركز في إجتهد القضاء الإداري، ذلك إن مسؤولية الإدارة العامة لا تقوم إلا على النشاط الخاطئ للمرفق العام في تنظيمه أو تسييره<sup>2</sup>.

وسواء كان مصدر المسؤولية عملاً مادياً أو عملاً قانونياً، في صورة عدم أداء مهامه أو تأخره فيها أو إهماله.

وإذا كانت المسؤولية الإدارية القضائية تشترك مع المسؤولية المدنية في قيامها على ثلاثة أركان، ألا وهي الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية، إلا أننا ارتأينا أن نسلط الضوء على ركن الخطأ فقط، وهذا لصلته الوثيقة بموضوع السلطة التقديرية للإدارة والذي هو نوعان خطأ شخصي وخطأ مرفقي، فالخطأ الشخصي هو ذلك الخطأ الذي ينسب إلى الموظف فتقوم عليه المسؤولية الشخصية ويعتبر وحده المسؤول عن الأضرار الناجمة عن هذا الخطأ وعليه دفع التعويض من ذمته المالية الشخصية، أما الخطأ المرفقي، فهو ذلك الخطأ الذي ينسب إلى المرفق حتى ولو كان الذي قام به في الواقع أحد الموظفين، إذا لم يعتبر هذا الخطأ شخصياً.

ونتناول فيما يأتي صور الخطأ وتأثيره على مشروعية القرارات الإدارية.

### 1- صور الخطأ المرفقي:

أن الأفعال التي تؤدي إلى إحداث الأضرار هي تلك الأفعال المكونة للخطأ المرفقي والتي يتجسد فيها الخطأ، ويمكن تصنيف الأفعال التي كون الخطأ المرفقي حسب تقسيم الفقيه " دويز " والذي يعتد به الفقه في القانون العام ومجلس الدولة الفرنسي إلى ثلاث فئات أساسية، والتي تمثل في ذلك الوقت التطور التاريخي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، وتتمثل في أداء المرفق للخدمة على وجه سيء أو عدم تأديته أصلاً لهذه الخدمة، أو آدائها ببطء شديد فوق المعقول.

أ- المرفق أدى الخدمة على وجه سيء: يندرج تحت هذه التسمية جميع الأعمال الإيجابية الصادرة من المرفق العام والمنوطة به على خطأ، وحالات المسؤولية من هذا القبيل هي التي أقرها القضاء في أول الأمر، ويركز تصنيفها إلى أعمال مادية وأعمال قانونية.

\*المسؤولية على الأعمال المادية: من الممكن نشأة الضرر عن عمل صادر من أحد الموظفين أو الأعوان وهو يؤدي واجبه على وجه سيئ، كما لو كان أحد الجنود يطارد ثورا هائجا في الطريق

- فارة سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، دراسة مقانة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قالمة، 2005. 1

2-rachid zouaimia et marie christine rouault , droit administratif, barti edition , 2009 , p295 .

العام وأطلق عليه رصاصه جرحت أحد الأفراد وهو داخل منزله وهذا ما ورد في قضية " توماس جريكو سنة 1905"<sup>1</sup>.

كما قد يكون الضرر ناشئاً حتى أشياء أو حيوانات تملكها الإدارة، كاهمال خيل مملوكة لها فتؤدي إلى أحداث أضرار بالأفراد<sup>2</sup>، وقد يكون الضرر ناتج عن سوء تنظيم المرفق العام. وقد أخذ القضاء الإداري المصري بهذا التقسيم في أحكامه، ومن ذلك الحكم بالتعويض عن واقعة حجر مواطن خلافاً للقانون<sup>3</sup>.

\*المسؤولية عن الأعمال القانونية: حيث يتجسد الخطأ القانوني عن قيام الإدارة بإجراءات تحدث ضرر بالأفراد، دون وجود سند قانوني، كأن تقوم الإدارة بتطبيق القانون تطبيقاً خاطئاً، أو أن تتعجل الإدارة في تنفيذ حكم قضائي، أو قيام الإدارة بتقييد نشاط أحد المحلات التجارية دون أي أساس قانوني وبالمخالفة للقانون<sup>4</sup>.

ومن تطبيقات هذه الحالة في القضاء الجزائري، نجد قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قضية " بن مشيش " فيها يتعلق بمكافحة الحرائق ، حيث أنه ينجم من الملف أن الظروف التي تمت فيها مكافحة الحريق تبين نقص في الوسائل<sup>5</sup>.

#### ب- المرفق لم يؤدي الخدمة المطلوبة منه:

وتعتبر هذه الصورة حديثة نسبياً، وترجع إلى تبلور الأفكار الخاصة بسير المرافق العامة، واتساع رقابة القضاء الإداري إزاء السلطة التقديرية للإدارة، فسلطات الإدارة لم تعد إمتيازاً لها كيفما تشاء ومتى تشاء، ولكن واجب على الموظف تأديته بكل أمانة وصدق وحرصه التام على المصلحة العامة، ولا يصدق ذلك على الاختصاصات المقيدة فحسب ولكنه يسري كذلك على الاختصاصات التقديرية<sup>6</sup>.

وبهذه الكيفية استطاع القضاء الإداري أن يمد رقابته بطريقة غير مباشرة إلى كيفية مزاوله الإدارة لسلطتها التقديرية.

1- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1996، ص122.

2- المرجع نفسه، ص122.

3- فارة سماح، المرجع السابق، ص30.

4- المرجع نفسه، ص30-31.

5- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص21.

6- سليمان محمد الطماوي، قضاء التعويض، المرجع السابق، ص124.

وينطوى تحت هذه الصورة امتناع الإدارة عن أداء واجب يرى مجلس الدولة أنها ملزمة قانوناً بأدائه، إذا كان من شأن هذا الامتناع أن يصيب الأفراد بالضرر إذ أن المسؤولية هنا، لا تقوم على أساس فعل إيجابي ضار صادر عن المرفق مثل الحالة الأولى، ولكن على أساس موقف سلبي وقفته الإدارة بامتناعها من إتيان تصرف معين<sup>1</sup>.

وإذا كان من المسلم به أن القضاء الإداري لا يستطيع أن يأمر الإدارة بأن تتدخل لمواجهة حالة معينة أو أن تتصرف على نحو معين إذا كان القانون قد ترك لها حرية التدخل واختيار الوسيلة، فإن القضاء الإداري استطاع أن يراقب الإدارة في هذا المجال بطريقة غير مباشرة، وذلك إذا زولت اختصاصها التقديري على نحو يلحق بالأفراد أضرار بدون وجه حق، حتى ولو كان عمل الإدارة لا يندرج تحت وجه من أوجه عدم المشروعية المعروفة.

ونجد من تطبيقات صورة عدم أداء الخدمة في القضاء الجزائري متبلورة في قضية " بلقاسمي " ضد وزير العدل سنة 1972. " حيث أن إهمال كاتب الضبط تدرج ضمن أعماله المهنية كموظف، ونظر قاضي الغرفة الإدارية، بالمحكمة العليا لهذا العمل الذي سبب ضرراً للسيد " بلقاسمي، كخطأ مرفقي لعدم سير مرفق القضاء"<sup>2</sup>.

### ج- المرفق أبطأ في أداء الخدمة أكثر من اللازم

إذا كان من المسلم به أن اختيار الإدارة للوقت هو من أبرز أركان السلطة التقديرية للإدارة، وأنه لا يمكن أن يستمد منه سبب الإلغاء، فإن مجلس الدولة الفرنسي وحرصاً منه على سلامة الأفراد وحمايتهم، قد أخضع هذا الجانب من نشاط الإدارة لرقابته في مجال قضاء التعويض<sup>3</sup>. فالإدارة هنا غير مقيدة بمدة معينة، ولكنها تبطئ أكثر من اللازم وبدون عذر مقبول.

حيث أن في هذه الحالة تسأل الإدارة العامة إذا تباطأت أكثر من اللازم في أداء الخدمات إذا لحق ضرر بالأفراد من جراء هذا التأخير<sup>4</sup>، حيث يعتبر تعسفاً في استعمال الإدارة لحقها في اختيار وقت التدخل.

ومن تطبيقات القضاء الجزائري لهذه الصورة، نجد قضية " حميدوش، سنة 1986: « حيث أن الإدارة توظف شخصاً في ظروف غير نظامية، ثم تنتظر ثماني سنوات لكي تلاحظ ذلك

- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 153.

- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 22.

- سليمان محمد الطماوي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 155.

- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 130.

وتصحح التدبير، رفع النزاع إلى المجلس الأعلى الذي صرح بأن هذا التأخير يشكل خطأً مصلحياً لمسؤولية الإدارة<sup>1</sup>.

## 2- الخطأ المرفقي في القرارات الإدارية

إذا كانت العيوب التي تصيب المشروعية هي عيب الشكل، عدم الاختصاص، مخالفة القانون والانحراف بالسلطة، فإن هناك بعض أوجه عدم المشروعية تولد مسؤولية الإدارة بشكل دائم، وقد اشترط القضاء الإداري لإمكان تحقق هذه المسؤولية أن يكون الخطأ الذي تحتوي عليه فكرة عدم المشروعية له بعض صفات الجسامة<sup>2</sup>.

فإذا قام الموظف المشرف على القرار باتخاذ بصفة غير مشروعة، يكون المرفق قد خرج عن أول واجباته وبالتالي أتى عاملاً إيجابياً ضاراً يستوجب مسؤولية الإدارة<sup>3</sup>.

وتبعاً لمعيار جسامة الخطأ، قرر مجلس الدولة الفرنسي أن عيب الغاية، وعيب المحل، يولدان دائماً مسؤولية الإدارة، لأن عدم المشروعية في هذين العنصرين يتصف بالجسامة التي تولد المسؤولية، بينما يكون الخطأ الذي تتصف به الأوجه الأخرى غير دائمة الجسامة إلى حد تقرير المسؤولية بصفة دائمة<sup>4</sup>.

### ثانياً: المسؤولية القائمة بدون خطأ: (المسؤولية غير الخطية)

لقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بنظرية المخاطر في قضية " الكونت ": بشأن مسؤولية مصالح الشرطة على أساس المخاطر بتاريخ 24 يونيو 1949، حيث أنشأ نوعاً آخر من المسؤولية الإدارية لا علاقة له بفكرة الخطأ، بمعنى أنه قرر مبدأ التعويض على أضرار نجمت عن تصرف مشروع من جانب الإدارة ولا تشوبه شائبة.

فأقام المسؤولية على الضرر الواقع من المرفق العام، وأساس المسؤولية هنا هي فكرة الغرم بالغرم أو مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة، حيث يجب على الجماعة أن تتحمل مخاطر النشاط الإداري، إذا ما أصاب بعض الأفراد أضرار، لأن الإدارة ما قامت به إلا لصالحهم، فيجب إلا

1 - أحمد محيو، المرجع السابق، ص 215 و 210.

2 - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 207.

3 - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 131.

4 - المرجع نفسه، ص 179.

تتحمل غرمه أفراد قلائل من بينهم دائماً يجب أن تتوزع أعباؤها على الجميع<sup>1</sup>. وهذا الأساس استبعد تماماً فكرة الخطأ<sup>2</sup>.

كما يرى غالبية الفقه تبعاً لذلك أن أساس المسؤولية الإدارية غير الخطية هي فكرة المخاطر الأمر الذي أدى بالمشروع إلى إصدار مجموعة من التشريعات تنص على قيام المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر، ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

من الملاحظ أن هذه الحالات هي عبارة عن تطبيقات لنظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية إذ يرى الكثير من الفقهاء الفرنسيين أن نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية لا تقوم على أساس الخطأ، فهي أوسع منه نطاقاً وإن كانت تقوم عليه في بعض الأحيان فالإدارة تسأل عن الضرر الذي ألحقته بالأفراد ولو لم تكن مخطئة<sup>3</sup>.

ولذلك سنتناول نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية فيما يأتي باعتبار هذه الأخيرة تجد المجال الحقيقي لتطبيقها في نطاق السلطة التقديرية لإدارة.

### \* مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية

لقد ثار جدل فقهي كبير في زمننا حول الاعتراف بقيام نظرية التعسف في استعمال السلطة أو الحقوق الإدارية كنظرية مستقلة بذاتها ومختلفة عن نظرية الانحراف بالسلطة، ومن ذلك ما ذهب إليه الفقيهين «دوجي» و «بونار» بل إن هذا الأخير قد اعتبر أن جميع حالات التعسف ليست إلا حالات خاصة لعدم المشروعية و إن إساءة استعمال الحق ما هو إلا تطبيق لحالة عدم المشروعية.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي فاعتبر أنه لا خلاف فيما توصل إليه الفقهاء، فيما تعلق بمجال قضاء الإلغاء، إذا أمكن التسليم أن مجال النظريتين واحد.

أما في مجال قضاء التعويض فإنه قد أقر نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية مستقلة عن نظرية الانحراف بالسلطة. ولا أدل على ذلك من أن العمل الإداري الواحد قد رفض مجلس الدولة إلغائه بناءً على عيب الانحراف ولكنه قضى بالتعويض عنه، لأن الإدارة قد تتعسف في استعمال حقها باتخاذها وبالتالي فمجال بحث نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية محصور

1 - فارة سماح، المقال السابق، ص6.

2 - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، 1996، ص179.

3 - إبراهيم السيد أحمد، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإلغاء، الطبعة الأولى. مطابع جريدة السفير، الإسكندرية، 1963، ص41 و ما بعدها.

في قضاء التعويض<sup>1</sup>. وحيث يكون القرار الإداري سليم الأركان، فإن نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية تقوم بكيانها الخاص والمستقل، إذا كان القرار غير ملائم خاصة<sup>2</sup>. يتلخص مفهوم هذه النظرية في أن رجل الإدارة الذي يتسم عمله بالتعسف هو صاحب اختصاص وتصرفه في نطاق المشروعية، إلا أنه استخدم اختصاصه في ظروف تتم عن التعسف، رغم أنه تصرف في نطاق دائرة المشروعية<sup>3</sup>.

ويظهر من هذا التعريف أن مجال استعمال الحقوق الإدارية هو السلطة التقديرية بدون جدال وأن هذه النظرية قد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون المدني حيث لا تؤدي إلى الحكم بإلغاء القرار المتعسف فيه، إلا أننا على السلطة التقديرية للإدارة، لأن العناصر التي تقوم عليها هذه النظرية هي ذات أركان السلطة التقديرية.

فمجال التعسف في استعمال الحقوق الإدارية هو قضاء التعويض لا قضاء الإلغاء.

### **ثالثاً: حالات التعسف في استعمال الحقوق الإدارية المرتبة للمسؤولية**

إذا كانت القاعدة الغالبة في القانون الإداري وخاصة الجزائري، ما تزال تمنع قاضي الإلغاء من التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية، فإن نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، قد جعلت القضاء يمد رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال التعويض، وذلك في حالة تعجل الإدارة في اتخاذ القرار الإداري، وحالة اتخاذ الإدارة لبعض القرارات غير الملائمة وكذلك في حالة تراخيها في اتخاذ القرار إذا ترتب عن ذلك ضرر، والذي نبينه فيما يلي:

**1/ الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار الإداري:** "إصدار القرار الإداري فجأة" حيث تتجسد هذه الحالة في إصدار الإدارة لقرار سليم من الناحية القانونية إلا أنها أصدرته فجأة، أي في وقت غير مناسب.

ويشرح "بونار" هذه الحالة في إطار تعليقه على حكم "منجم سيرجي" قائلاً: "إن الإدارة لها الحق قطعاً في اتخاذ هذا الإجراء، وأمر الشركة بالكف عن الاستغلال غير المشروع، ولكنها لم تنتخب الوقت المناسب، إذ بعد أن تركت الشركة تستغل مع علمها بذلك، فقدمت فجأة وأمرتها بالكف عن ذلك الاستغلال"<sup>4</sup>.

1 - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 172.

2 - فارة سماح، المذكرة السابقة، ص 52.

3 - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 183.

4 - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 178.

ومن تطبيقات هذه الحالة أيضا، قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية " أوليفية زيمرمان " بمسؤولية الإدارة، وتتحصر وقائع هذه القضية في أن الإدارة قد تسرعت في تنفيذ حكم صادر لصالحها بصفة ابتدائية من مجلس الدولة، الذي انتهى بإلغاء الحكم الابتدائي، وذلك في 27 فيفري 1903 م<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن طرق الطعن العادية في الجزائر أيضا لها أثر موقوف، وذلك ما تضمنته المادة 323 من قانون إجراءات المدنية وإدارية.

### المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

"يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته".

ومن تطبيقاته أيضا، قضى مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الموظفين الذي يفصلون فجأة نتيجة الغاء قانون، وقد طبق ذلك المجلس بصدده حكمه الصادر في 11 ديسمبر 1903 في قضية "فيلناف"<sup>2</sup> والحقيقة أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذا لم يأت إلا بعد جهد كبير منه، فقد كانت القاعدة المسلم بها أن قرار فصل الموظفين هو قرار تقديري ليس بطبيعته أن يؤدي إلى مسؤولية الإدارة<sup>3</sup>.

أما بخصوص تطبيقاته في القضاء الجزائري، فقد طبق مجلس الدولة الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، وقضى بتعويض الشخص المضرور دون الغاء قرار الإدارة، لكون أن هذا الأخير مشروعاً، وذلك في قرار مجلس الدولة في 2001/01/07 في قضية (ل. إ) ضد رئيس بلدية حاسي بحبح<sup>4</sup>.

وتتلخص وقائع القضية في أن السيد (ل. إ) قد تم تسجيله في قائمة المستفيدين من السكنات التطورية الواقعة قرب المستشفى، وذلك بموجب قرار من بلدية حاسي بحبح في اجتماع لها في 24 /04 /1995، إلا أنه بعد مضي مدة طويلة، قامت البلدية بتعليق قائمة أخرى، ولكن بحذف اسم المستأنف؛ وبالتالي تكون الإدارة قد فاجأت المستأنف بقرارها التعسفي، ومن ثم قضى مجلس الدولة بتأييد حكم المحكمة الإدارية، والمتمثل في رفض طلبه المتضمن تسليمه السكن، والزام الإدارة بتعويضه بمبلغ 20.000 دج، تعويضا عن الضرر الذي لحق به من قرار الإدارة الفجائي.

1 - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص16.

2 - سليمان محد الطماوي، قضاء التعويض، المرجع السابق، ص191.

3 - المرجع نفسه، ص191.

4 - لحسين بن شيخ أت ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعة، الطبعة الثانية دار هومة الجزائر، 2006، ص28.

وفي ذلك قضي مجلس الدولة: "حيث أن الضرر الذي لحق به يتمثل في خيبة الأمل التي أحس بها بعد حذف اسمه من القائمة، وأن تسجل اسمه بالقائمة من بين المستفيدين من طرف البلدية ولد أملاً لديه، ولكن ليس بحق مكتسب، وعليه فإن مبلغ التعويض للممنوح لا للمستأنف كافياً، ويتناسب والضرر اللاحق به، مما ينبغي تأكيد القرار محل الاستئناف.

والملاحظ من هذه القضية أن القاضي الجزائري قد أعمل نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، لكن دون أن يشير إلى ذلك صراحة، ذلك لأن الإدارة لم ترتكب عملاً غير مشروع لأنها منحت السكنات لذوي الدخل المتوسط لأنهم يستطيعون اتمام الأشغال المتبقية وإتمام المساكن على أحسن ما يرام بدلاً من المستفيدين الأوائل الذي كانوا غير قادرين على اتمام البناء وبإمكانهم الاستفادة من السكنات الجاهزة لكن مفاجأتها للطعن بإزالة اسمه بطريقة فجائية و طول انتظاره حملها مسؤولة تعويضه عن الضرر الذي أصابه.

## 2/ الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ القرار

وهي الصورة العكسية للحالة السابقة، حيث تطرقنا في السابق إلى أن أبرز مظاهر السلطة التقديرية للإدارة تتمثل في حرية الإدارة في تقدير الوقت المناسب لإتخاذ قرارها، وأن حريتها في هذا الشأن لا تخضع لرقابة قضاء الإلغاء، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يرى أن عدم تحديد المشرع لوقت زمني محدد لإتخاذ القرار الإداري لا يعني حرية الإدارة المطلقة في هذا المجال، بل يتعين عليها حسن اختيار وقت تصرفها، لأن ضرورة استقرار المعاملات تستلزم الا تبقى المراكز القانونية غير محددة مدة طويلة<sup>1</sup>.

وطبقاً لهذا التوجه قضى مجلس الدولة الفرنسي في 1918/07/26 بالحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار يمنع أحد الأفراد من مزاوله مهنته الخطرة، والمتمثلة في تمرين الراغبين على اطلاق النار في الأحياء واصابة الهدف لأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر، وقد حدث بالفعل أن أصيبت إحدى المارات برصاصة طائشة في رأسها، فقضى مجلس الدولة في هذا الخصوص بالتعويض<sup>2</sup>. واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على هذه القاعدة، فحكم في حالات أخرى بمسؤولية الإدارة لتراخيها في اصدار القرار بإعفاء شاب من تطوعه للخدمة في الفرقة الأجنبية، مما أدى إلى وفاته في إحدى المعارك.

1 - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص192.

2 - المرجع نفسه، ص192.

وتراخي سلطات البوليس في الافراج عن كلب رغم مطالبة صاحبه به مما أدى إلى اعدام الكلب، وكذلك تأخر الإدارة أكثر من سنة دون مبرر عن تسليم أحد الأفراد ترخيصا بالبناء<sup>1</sup>.

### 3/ الحكم على الإدارة بالتعويض لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة

إن مسألة ملائمة العقوبة التأديبية للجريمة التأديبية هي مسألة تستقبل الإدارة في تقديرها، لكن مجلس الدولة الفرنسي أخضع ملائمة الإجراءات التأديبية لرقابته في مجال قضاء التعويض دون قضاء الإلغاء<sup>2</sup>.

ومن تطبيقاته نجد أشهر مثال على ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 20 يونيو 1913 في قضية "مارك"، فقد كان السيد "مارك" يشغل منصب مدير حديقة للنباتات في مدينة "ران" الفرنسية لكن فصلته الإدارة من منصبه لأسباب رأى أنها تعسفية، فرفع دعوى يطلب بإلغاء القرار الخاص بالفصل وطالب في نفس الوقت بتعويضه عن الضرر من اصدار القرار، لكن مجلس الدولة الفرنسي حكم بالتعويض لأن الأضرار التي ارتكبها السيد مارك لا تُبرر القرار الصادر والقاضي بفصله<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، فإنه لا يخضع ملائمة الإدارة في اختيار وقت اتخاذ قراراتها لرقابته كقاعدة عامة، إذ تملك السلطة الإدارية على حد قول الأستاذ "عمار عوابدي" حرية ملائمة وتقدير وقت التدخل لإصدار قرارات التعيين في الوظائف الإدارية، إذ تملك السلطة الإدارية المختصة ان تعين أو لا تعين إذا أرادت أن تتدخل لإصدار قرار التعيين، فلها حرية الملائمة والتقدير في اختيار وقت التعيين ومضمون التعيين دون معقب عليها من طرف القضاء الإداري فيما يخص اختيار وقت التدخل<sup>4</sup>.

أما عن تطبيقاته في القضاء الإداري الجزائري، فنجد أنها منعدمة، فلا تمارس نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية والأجدر لو كان القضاء الإداري الجزائري يعمل بها خاصة وأن قضاء الإلغاء يمتنع في كثير من الأحيان عن بسط رقابته على ركن المحل خاصة في مجال السلطة التقديرية، لا سيما اذا كان القرار الاداري مشروعاً و سلمت جميع اركانه وبالتالي فإن نظرية

1 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسات مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 192.

2 - حمد عمر حمد، المرجع السابق، 192.

3 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق ص 98.

4- عمار عوابدي، مبدأ تدرج السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 307.

التعسف ستكون خير حل لمنع الإدارة من التعسف في استعمال سلطتها التقديرية أمام عجز قضاء الإلغاء عن ذلك.

للإشارة فإن نظرية التعسف في الحقوق الإدارية تختلف عن نظرية الانحراف بالسلطة في أن هذه الأخيرة يكون مجالها في قضاء الإلغاء والتعويض على حدّ السواء، ولا يتم إعمالها إلا إذا كان القرار معيباً في هدفه أو غايته. أما نظرية التعسف في الحقوق الإدارية فنجد مجالها التعويض فقط، ويتم تطبيقها حتى ولو كان القرار سليماً في جميع أركانه ومشروع.

---

## المبحث الثاني

---

---

اساليب الرقابة القضائية على السلطة  
التقديرية للإدارة

---

## المبحث الثاني: اساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لقد تنوعت الأساليب التي اتبعتها القضاء في إطار بسطه للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، فكانت رقابته على ركن السبب خطوة تقليدية في هذا الصدد، حيث كانت البداية هي التثبت من حقيقة وجود الوقائع التي بنت عليها الإدارة قرارها، لينظر بعد ذلك مدى انسجام تلك الوقائع والنظم القانونية التي تحجبت بها الإدارة، وأخيرا يتأكد القاضي من مدى خطورة تلك الوقائع كسبب دافع بالإدارة لإصدار القرار الإداري.

لكن وأمام إحساس القضاء بعدم كفاية هذه الإتجاهات، أو عدم كفاية ما تنطوي عليه من أساليب رقابة ، لما تشتمل عليه من نقاط ضعف أو من ثغرات تسمح للإدارة في بعض الأحيان بأن تباشر سلطتها التقديرية بشكل تحكمي و تعسفي، خاصة في المجالات الحديثة للدولة المعاصرة، فقد خطا خطوات هامة في هذا المجال.

وتمثلت أولى تلك الخطوات، فيما يعرف برقابة الخطأ البين في التقدير، أما الخطوة الثانية فتمثلت في انتهاجه أسلوب الموازنة بين المنافع والأضرار في الرقابة.

وتبيننا لهذا الإجمال، نتناول فيما يلي ذكره في مطلبين أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، التقليدية منها ثم الحديثة.

---

## المطلب الأول

---

---

اساليب الرقابة القضائية على السلطة  
التقديرية للإدارة التقليدية

---

### المطلب الأول : اساليب الرقابة القضائية التقليدية

تعتبر رقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري من أهم الضمانات الأساسية لاحترام الإدارة لمبدأ المشروعية في قراراتها الإدارية، ذلك أن القرارات الصادرة عن الإدارة يجب ألا تصدر عن الهوى و التحكم، وإنما يجب أن تستند إلى أسباب صحيحة و واقعية تبرر إتخاذها. وإذا كان السبب ركنا في كل قرار إداري، فإن دوره يختلف من قرار إلى آخر، ذلك أن المشرع قد فرض على الإدارة ألا تتصرف إلا إذا قام سبب بعينه، وحينئذ يعد اختصاص الإدارة مقيدا. ولا بد أن يتحقق السبب بالشروط التي فرضها المشرع لكي يكون القرار مشروعاً، أما إذا لم يفرض على الإدارة سببا بعينه للتدخل فإن لها أن تختار ما تشاء من الأسباب التي تبرر تدخلها. لكن حرية الإدارة في اختيار سبب تدخلها - إذا لم يحدد المشرع سببا بعينه - لا يعني حرية الإدارة المطلقة في هذا الصدد، بل يتعين عليها أن تختار السبب الذي من شأنه أن يبرر تدخلها. وإن كان دور السبب - في مجال الرقابة القضائية - يتضاءل في حالة الاختصاص التقديري للإدارة خاصة في مجال الإثبات، إلا أن القضاء الإداري قد ابتكر وتدرج في أعمال رقابته على ركن السبب في مجالات السلطة التقديرية، فكانت البداية مراقبة الوجود المادي للوقائع التي تدعيها الإدارة ، ثم رقابة تكييفها القانوني ، وتبعاً لذلك سنتناول هذه الأساليب من خلال فرعين : - الفرع الأول : رقابة الوجود المادي للوقائع .

- الفرع الثاني : رقابة التكييف القانوني للوقائع .

#### الفرع الأول: رقابة الوجود المادي للوقائع

يتصل القرار الإداري مهما كان نوعه بواقعة مادية توجد في عالم الواقع ، وعندما يصدر القرار الإداري فإنه يأخذ في الاعتبار هذه الحالة المادية المعينة ، وإذا كانت القاعدة القانونية تتصف بالعموم والتجريد ، فإن الحالة المادية تشكل تجسيدا وتخصيصا يتيح وضع قاعدة القانون العامة والمجردة موضع التنفيذ<sup>1</sup>.

" فإذا لم توجد هذه الحالة المادية ، فإن معنى ذلك أن مضمون القاعدة القانونية لا يمكن أن يوضع موضع التنفيذ في مواجهة حالة موهومة أو مزعومة ليس لها قوام في الواقع "<sup>2</sup>. لذلك

1- مقالاتي منى وعمورة حكيمة، رقابة القاضي الإداري حول تحقق المنفعة العمومية ودورها في حماية حقوق الملاك، الملتقى

الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قلمة، 2011، ص 250.

2 - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة-، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412هـجري، ص

يتعين على القاضي بالضرورة أن يبحث فيما إذا وجدت حقا تلك الحالة المادية في الواقع ، والتي صدر القرار بهدف مواجهتها<sup>1</sup>. إذ تعتبر رقابة القضاء الإداري على وجود الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في إصدار قراراتها ، أول درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري، والحد الأدنى لهذه الرقابة في هذا الميدان<sup>2</sup>.

فقد ذهب مفوضو الحكومة في فرنسا إلى القول بأن : " **التحقق من الوجود المادي للوقائع، هو أحد عناصر الحد الأدنى من الرقابة ، الذي يجب على المجلس القيام به في جميع الحالات بصدد سائر القرارات الإدارية**<sup>3</sup>.

والوقائع التي نقصد فرض الرقابة القضائية عليها ، هي الوقائع التي لا أساس لها في القانون ؛ أي أنها ليست معتبرة كشرط يتطلبه القانون لاتخاذ قرار ما ، وإنما مجرد وقائع مادية تدرعت بها الإدارة من تلقاء نفسها واتخذتها سنداً لقراراتها ، وهو ما يمثل - كما ذكرنا - جوهر السلطة التقديرية للإدارة .

وعليه فإن التساؤل يطرح حول أساس الرقابة القضائية على مثل هذه الوقائع ؛ أي حول أساس رقابة القاضي الإداري لأسباب ووقائع لم يشترطها القانون للعمل الإداري . وتبيننا لكل ذلك ، سنتناول في نقطة أولى أساس الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع ، ثم نبين موقف القضاء المقارن والجزائري من هذه الرقابة .

### أولاً : أساس الرقابة على الوجود المادي للوقائع في مجال السلطة التقديرية :

لقد وجد مجلس الدولة الفرنسي في فكرة السبب القانوني *cause juridique*<sup>4</sup> تبريراً لفرض هذا النوع من الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية ، معتبراً أن الوقائع المدعاة من طرف الإدارة بمثابة سبب قانوني له ، فإذا لم تكن تلك الوقائع موجودة أصلاً أو كانت موجودة و لكنها غير صحيحة ، كان القرار مستنداً إلى سبب غير صحيح ومن ثم كان واجب الإلغاء<sup>5</sup> . أما عن الفقه ، فإنه لم

1 - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص324.

2 - عبد الغني سيوني عبد الله، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 250.

3 - محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص09.

4 - وهذا ما أفصح عنه مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ترييون"، بحيث أنكر على الحكومة أن تؤسس قرارها بإحالة المذكور على التقاعد بناء على سبب غير موجود فعلاً وحقيقة. ولهذا فقد ألغى ذلك القرار لاستناده - كما يقول الحكم - إلى سبب قانوني غير موجود *sur une cause juridique inexistante* - انظر في ذلك: رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 79.

5 - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، المرجع السابق، ص 67.

يسلك مسلكا واحدا في تفسير هذا الإتجاه القضائي الجديد . فبالنسبة لبعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه Duguít ' دوجي " ، فإنه لا وجود لعيب السبب في مجال القانون العام . ولقد استمد أفكاره من فكرة السبب إلى تحليله الخاص لعناصر العمل القانوني ونظرته إلى العمل الإداري على وجه العموم.

في حين اعترف فريق ثان من الفقهاء وعلى رأسهم " هوريو " وفوديل " بوجود السبب ، لكن ليس كعيب مستقل وقائم بذاته ، بل أدرجه ضمن وجه مخالفة القانون<sup>1</sup> سواء كان اختصاص الإدارة مقيدا أو تقديريا .

وثمة إتجاه ثالث ، برر مسلك القضاء الإداري في رقابة الوقائع التي تدعيها الإدارة لقراراتها ، بأنه يندرج في إطار عيب عدم الاختصاص ، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه Regalade ، حيث يذكر أن القانون حينما يخول الإدارة الإختصاص بإجراء تصرف ما ، فإن هذا القانون يتضمن في الوقت ذاته عدم مباشرة الاختصاص إلا إذا وجدت فعلا وحقيقة وقائع وأسباب مبررة لهذا التصرف بحيث لا ينعقد الاختصاص ، وبالتالي يكون التصرف باطلا إذا لم توجد هذه الوقائع أو تلك الأسباب ، حتى وإن كان المشرع قد ترك لرجل الإدارة قدرا من الحرية لاختيار الوقائع التي يؤسس عليها هذا التصرف .

غير أن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي هو الربط بين أركان القرار الإداري والعيوب التي يمكن أن تصيبه فتؤدي إلى إلغائه ، فاعتبر عيب السبب عيبا مستقلا عن كل من عيب مخالفة القانون الذي يرتبط بمحل القرار الإداري وعيب الاختصاص الذي يتصل بركن الاختصاص<sup>2</sup>، ونذكر من هؤلاء الفقهاء " دي لوبادير " ، و " ريفيرو " و " بونار " .<sup>3</sup>

يتضح من هذا العرض الموجز لمختلف الآراء التي قيلت لتبرير رقابة مجلس الدولة الفرنسي للوقائع التي تنتزع بها الإدارة كأساس للقرارات الصادرة عنها بمقتضى سلطتها التقديرية، أنها تنطلق من ان رقابة الوجود المادي للوقائع تدخل ضمن رقابة المشروعية<sup>4</sup>.

1 - بصياغة قراره و تنفيذه على المخاطبين به.انظر في ذلك: لحسين بن الشيخ أث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية- وسائل المشروعية-الطبعة الثانية، دار هومه،2006، ص 358 و 359 .

2 - لقد تأكد عيب السبب كعيب مستقل عند إصدار مجلس الدولة الفرنسي لقراره المؤرخ في 1 ديسمبر 1899، في قضية بنديال Bonduelle، فصار بذلك عيبا خامسا ومستقلا بذاته عن العيوب الأربعة الأخرى.

3 - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 405.

4 - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، المرجع السابق، ص 91.

أما بالنسبة لمسلك القضاء المصري ، فإن محكمة القضاء الإداري قد ترددت في أحكامها بين الاستناد إلى عيب مخالفة القانون في بعض الأحيان وإلى عيب إساءة السلطة أو الانحراف بها في أحيان أخرى ، وذلك إلى أن استقر بها المطاف في نهاية الأمر بإلحاق العيوب التي تصيب ماديات وقائع القرارات الإدارية بوجه الطعن بالإلغاء لمخالفة القانون. ولكن ذلك لم يمنع المحكمة الإدارية العليا من الإستناد إلى عيب السبب لإبطال كثير من القرارات الإدارية<sup>1</sup>.

أما عن موقف الفقه المصري من هذه المسألة ، فنجد أن الأستاذ " سليمان محمد الطماوي " يعترض على استقلال عيب السبب على الرغم من إقراره بركن السبب كركن مستقل . ويرى أن المشرع المصري لم يذكر سوى أربع أوجه للطعن بالإلغاء في قانون مجلس الدولة وأن عيب السبب يندرج في هذه العيوب الأربعة لأنه لا يعتبر عيباً قائماً بذاته ، فهو يندرج ضمن عيب مخالفة القانون إذا كان اختصاص الإدارة مقيداً ، أو عيب الانحراف بالسلطة إذا كان تقديرية<sup>2</sup>.

غير أن هذه النظرية منتقدة، ذلك أن السبب يختلف عن الغاية رغم ما بينهما من علاقة وطيدة ، فالسبب - وهو الحالة الموضوعية الخارجية التي تدفع إلى إصدار القرار - يتميز عن الغاية ، وهي الحالة النفسية لمصدر القرار ، وما تنطوي عليه من قصد لتحقيق هدف معين بإصداره<sup>3</sup>. فعيب الانحراف بالسلطة يصيب ركن الغاية من القرار وركن الغاية لا يختلط بركن السبب ، بل هو متميز ومنفصل عنه ، ونتيجة لذلك فإن العيب الذي يصيب أيًا منهما ، يجب أيضاً أن تكون له استقلالية عن العيب الذي يصيب الركن الآخر ، ولهذا لا يصح القول أن السبب والغرض و هما ركنان مستقلان وتميزان - كما ذكرنا - يصيبهما عيب واحد هو عيب الانحراف<sup>4</sup>.

وبالتالي كان الرأي الراجح في مصر هو الربط بين أركان القرار الإداري و العيوب التي يمكن أن تصيبه فتؤدي إلى إلغائه ، فاعتبروا عيب السبب مستقلاً عن كل من عيب مخالفة القانون

1 - ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 8 ماي 1997، الذي جاء فيه أنه: " إذا لم يسبب القرار ولم تكن هناك قاعدة تلزم الإدارة بذلك ،فإنما أن يكون للإدارة سلطة اختيار السبب وعدم الإعلان عنه، وفي هذه الحالة لا توجد إمكانية رقابة السبب ولا تفسر الرقابة إلا عن طريق تطبيق فكرة الباعث". ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 407 .

2 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 78 وما بعدها.

3 - يدعي البعض أن سبب القرار الإداري ليس شيئاً موضوعياً، وإنما هو ذو طبيعة شخصية. وذلك لأن السبب يتمثل في اعتبارات واقعية أو قانونية تدفع مصدر القرار إلى إصداره، وأمر تقدير هذه الاعتبارات وإصدار القرار أو عدم إصداره إنما يرجع لرجل الإدارة. أنظر في ذلك: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 410.

4 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 18 و 11.

والانحراف بالسلطة . ومن هؤلاء نجد " عبد الغني بسيوني عبد الله " و " ماجد راغب الحلو " و " محمد مصطفى حسن " و " إبراهيم عبد العزيز شيحا " ، حيث يقول هذا الأخير : " ... وهكذا يستقل عيب السبب عن وجه مخالفة القانون الذي يتصل بمحل القرار الإداري ، و عيب الانحراف بالسلطة ، الذي يرتبط بالغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار ، ومن باب أولى عن عيب الشكل وعيب عدم الاختصاص "<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لأساس الرقابة على الوجود المادي للوقائع في الجزائر، فقد أدخل الأستاذ " أحمد محيو<sup>2</sup> عيب السبب ضمن حالات عيب مخالفة القانون. وهو في ذلك يساند ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي وعلى رأسهم "هوريو" و "فوديل" . ويقول في ذلك: " يجب أن نفهم عبارة " مخالفة القانون " بمفهومها الواسع، و تشمل مخالفة الدستور، القوانين، اللوائح ... و عندما تتصرف الإدارة يجب أن تخضع لإلتزام مزدوج:- إلتزاما إيجابيا ، يفرض عليها تطبيق القاعدة القانونية بكل النتائج المتمخضة عنها. إلتزاما سلبيا، ويفرض عليها الإمتناع عن عمل ما هو محظور من طرف القانون، وإلا ارتكبت مخالفة للقانون تفتح طريق دعوى تجاوز السلطة".

لقد قسم الأستاذ " أحمد محيو " عيب مخالفة القانون إلى ثلاث حالات، وتتمثل الحالة الثالثة في " رقابة الأسباب " ، من غلط في القانون أو الوقائع ، وعلى ذلك فإنه يعتبر الخطأ في الوجود المادي للوقائع داخلا ضمن حالات عيب مخالفة القانون لكونه لا يعتبر عيب السبب عيبا مستقلا بذاته<sup>3</sup>.

### ثانيا: موقف القضاء من رقابة الوجود المادي للوقائع في مجال السلطة التقديرية للإدارة

لقد ظهرت رقابة الوجود المادي للوقائع في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد نشأته ب 35 عاما تقريبا، وكان ذلك بمقتضى قراره الصادر في قضية " Monod " أو مونو سنة 1907<sup>4</sup>.

1 - إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 123.

2 - Mahiou(A),cours du contentieux administratif, 2 Emme édition,1981,OPU Alger,p 112.

3 - أما بالنسبة للمؤلفين والكتاب في القانون الإداري الجزائري، فإننا نجدهم مسلمين بالإتجاه الحديث في فقه القانون الإداري الفرنسي الذي يعتبر عيب السبب عيبا مستقلا بذاته. نجد من ذلك: عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر و التوزيع، 2009، ص 179، ومحمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص102.

4 - تتلخص وقائعها في أنه قد صدر قرار بإحالة أحد المحافظين يدعى " مونو " إلى التقاعد. وقد استند هذا القرار إلى واقعة تقديم المحافظ المذكور طلبا بذلك في الوقت الذي لم يتقدم فيه بطلب كهذا على الإطلاق. ولهذا فقد طالب السيد "مونو" بإلغاء هذا القرار لاستناده إلى مجرد واقعة مدعاة من جانب الإدارة لا أساس لوجودها في الواقع. وقد كان على مجلس الدولة - طبقا لقضائه المستقر في هذا الخصوص - أن يرفض التصدي لواقعة تقديم الطلب التي ذكرت سببا للقرار، إلا انه لم يسلك هذا السبيل وتصدى بالفعل لهذه الواقعة وانتهى إلى صحتها.

وابتداءً من هذه القضية، بدأ مجلس الدولة الفرنسي في رقابته للوجود المادي للوقائع<sup>1</sup>؛ إذ أصبح يشترط لصحة قرارات الإدارة ضرورة استنادها إلى وقائع صحيحة سواء تعلق الأمر باختصاص تقديري للإدارة أم باختصاص مقيد .

أما في مجال السلطة التقديرية ، فقد أصبح القاضي الإداري يقضي بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بناء على سلطة تقديرية للإدارة متى كانت مؤسسة على وقائع غير موجودة مادياً . وذلك ما نلمسه من موقف مجلس الدولة الفرنسي في عدة قضايا لاحقة لقضية " مونو " ، ففي قضية مشابهة تدعى قضية " تريبون " انتهى إلى القول أنه : " يتبين من أوراق الملف أن الطاعن إذ لم يعرب عن رغبته في إحالته على التقاعد ... "

ومن الحثيات الهامة التي تذكر في هذا الصدد ، تلك التي تضمنها قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية camino الصادرة سنة 1916 ، " ذلك الحكم الذي يعتبره رجال الفقه الفيصل الحقيقي بين منهج مجلس الدولة في رفض بحث أو رقابة أية وقائع لم يشترطها القانون لتدخل الإدارة ، وبين منهجه في بسط تلك الرقابة على مثل هذه الوقائع "<sup>2</sup>.

وقد ورد في هذه الحثية أنه: " إذا كان مجلس الدولة لا يستطيع تقدير ملاءمة الإجراءات التي تعرض عليه بطريق دعوى مجاوزة السلطة، فإنه يملك التحقق من ماديات الوقائع التي بررت هذه الإجراءات "<sup>3</sup>.

انظر في ذلك: عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 250. وأشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، دون رقم الطبعة، القاهرة، 2005، ص 64.

1 - إن سبب امتناع مجلس الدولة في الماضي عن رقابة الوقائع، يتمثل في أن المجلس كان يعتبر نفسه بأنه قاض موضوع وليس قاض وقائع. ولقد اعتبر المجلس أنه لو قام بإلغاء قرار إداري بسبب عدم الصحة المادية للوقائع، فإنه يكون قد اعتدى على سلطات الإدارة. وذلك نظراً لما كان سائداً في مجال التمييز بين الوظيفة القضائية والإدارية. لمزيد من التفاصيل أنظر: Charles Debbasch, J-C Ricci, le contentieux administratif, 7 emme édition, Dalloz, p 691.

2 - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 326.

3 - تتلخص وقائع القضية في أن السيد "كامينو" عميد إحدى القرى، قد تم فصله بسبب اتهامه بعدم احترام جنازة كان يسير فيها، لكن مجلس الدولة الفرنسي ألغى قرار الفصل بعد أن ثبت له أن الاتهام الموجه للمذكور . والمتمثل في تنكره للاحترام الواجب للجنازة، ليس صحيحاً ولا أساس له من الواقع.

ولقد انتقد مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية، بأنه يجعل من القاضي الإداري قاضياً للوقائع وهذا ما ينبئ بشيء من الجرأة " فالقاضي لا يبقى في ميدانه العادي، والمتمثل في تطبيق القانون". أنظر: دريسية حسين، سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، 2006، ص 169.

وقد توالى القرارات التي أخذ فيها مجلس الدولة الفرنسي برقابة الوجود المادي للوقائع في حالة الاختصاص التقديري للإدارة ، ومن ثم يمكننا القول أن مجلس الدولة الفرنسي سجل بدءاً من عام 1907 تحولاً رئيسياً في منهجه الرقابي ، وذلك بفرض رقابته على الوقائع التي لا يشترطها القانون لتدخل الإدارة ؛ أي على الوقائع التي تثبتتها الإدارة بمحض اختيارها وبمطلق حريتها في التقدير كأساس لقراراتها ، واستقر في هذا الصدد على وجوب إلغاء القرار الإداري - بصرف النظر عن موضوعه- إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية<sup>1</sup>. ويستوي في ذلك أن تكون الإدارة حسنة النية؛ أي اعتقدت خطأ قيام الوقائع التي تدعيها، أو على العكس كانت سيئة النية ؛ أي كانت عالمة بانعدام هذه الوقائع ، ففي الحالتين يلغى القرار لاستناده إلى وقائع غير صحيحة<sup>2</sup>.

أما في مصر، فقد التزمت محكمة القضاء الإداري منذ إنشائها، على رقابة وجود وصحة الوقائع المادية التي تدعيها الإدارة لقراراتها<sup>3</sup>، بحيث أصبح هذا الإتجاه يشكل مبدأ عاماً ومستقراً يحد به القضاء الإداري من سلطة الإدارة التقديرية<sup>4</sup>.

أما بالنسبة لموقف القضاء الإداري الجزائري من رقابة مدى الوجود المادي للوقائع المدعية من جانب الإدارة، فحتى وإن لم يعترف القاضي الجزائري صراحة بوجود عيب السبب كعيب مستقل عن عيب مخالفة القانون، إلا أننا نجد الكثير من حالات هذا العيب في قرارات المجلس الأعلى والمحكمة العليا، وكذا في قرارات مجلس الدولة بعد سنة 1998. من ذلك قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادر عنها ب: 1984/7/11 في القضية التي جمعت السيد (أوعمران رابح) مدعي و السيد وزير الداخلية مدعى عليه، والتي تتلخص وقائعها في ما يأتي :

1 - تلحق بحالة انعدام الوجود المادي للوقائع المدعاة من طرف الإدارة حالة أخرى تسمى بحالة " السبب غير المؤكد " incertain، كأن تكون الادعاءات المقدمة من الإدارة لتبرير موقفها غامضة أو غير ثابتة. وأن الإثبات المحتشم الذي أتت به الإدارة لتبرير تلك الادعاءات من درجة تجعلها وكأنها منعدمة.

2 - أنظر: درسية حسين، المرجع السابق، ص 168، وقروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2006، ص 83.

3 - قروف جمال، المرجع نفسه، ص 89.

4 - وهذا الموقف ينطبق على العديد من الدول العربية، من ذلك قرار المحكمة العليا الليبية بإلغاء قرار تأديبي بمعاينة أحد المدرسين لاتهامه بالجمع بين وظيفته كمدرس والعمل بالتجارة، لانقضاء ثبوت قيامه بالبيع أو العمل في المحل التجاري الذي وجد فيه. أنظر في ذلك: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 327.

أن السيد " أوعمران " شاغل لفيلة واقعة ببئر خادم 3 نهج الإخوة جيلاني، قرر بناء سور يحيط بساحة مسكنه ، حيث استصدر رخصة مسبقة من رئيس المجلس الشعبي البلدي ببئر خادم بتاريخ 1978/10/28، ثم تحصل على قرار من هذا الأخير يتضمن رخصة للبناء مؤرخ في 16/01/1979، إلا أن رئيس دائرة " بئر مراد رابيس " أصدر قرارا بتاريخ 1979/5/29 بوقف الأشغال على أساس أن البناء المزمع انجازه من شأنه أن يمس بالنظام العام .

طعن المدعي في قرار المدعى عليه بالإلغاء لتجاوز السلطة مؤيدا طعنه بوجه يتمثل في أن المدعي قد تحصل على جميع الرخص الإدارية اللازمة لإحاطة سكنه، والسبب المتمسك به من جهة أخرى من طرف المدعى عليه غير مبرر .

ومما جاء في حيثيات هذا القرار " ... ولكن حيث أنه كان في الإمكان قانونا رفض تسليم رخصة البناء أو منحها مع التحفظ بخصوص وجوب مراعاة مقتضيات خاصة، وذلك في حالة ما إذا كانت طبيعة البناءات من شأنها أن تخل من حيث موقعها وأبعادها بالصحة العامة والأمن العام، فإنه يتعين على الإدارة معاينة وفحص كل حالة على إنفراد، لتتوصل وعلى ضوء خطورة المساس الذي يلحقه البناء بالصحة العامة أو بالأمن العام ، إلا إذا كان من الملائم رفض منح رخصة البناء ، أو الاكتفاء بالنص على وجوب اتباع هذا أو ذلك .

حيث أنه كان على الإدارة فحص هذه النقطة أثناء مباشرة التحقيق بخصوص طلب السيد ( أوعمران ) ، حيث أن الإدارة رأت فيما يتعلق بهذه القضية أنه لا مجال هناك لرفض منح رخصة البناء ، ولا تربطها باحترام مقتضيات خاصة ، ومن ثم فإن قرار رئيس دائرة بئر مراد رابيس مشوب بخطأ واضح وما دام كذلك ، مستوجب الإبطال " . وبناء على ما سبق ، صرح المجلس الأعلى ببطلان القرار السالف الذكر .

وهو ذات الأمر الذي قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة في قرار لها بتاريخ 6 أكتوبر 1991 قضية (س، ع) ضد والي ولاية بسكرة<sup>1</sup>. وتتخلص وقائع القضية في كون السيد (س، ع) قد استفاد من قطعة أرض قصد فلاحتها بموجب قرار استفاضة صادر عن والي ولاية بسكرة ب : 1985/12/09، و بتاريخ 22 مارس 1989 أصدر الوالي قرارا آخر ألغى بمقتضاه قرار الاستفاضة ، بدعوى عدم مبادرة المدعي في استغلال الأرض الممنوحة له، فرفع هذا الأخير دعوى يطالب فيها بإبطال قرار الوالي على أساس أنه شرع فعلا في فلاحه الأرض وذلك ما يؤكد محضر المعاينة

1 - المجلة القضائية، العدد الرابع، 1993، ص 198 وما بعدها.

، بالإضافة إلى حذف نص المادة 11 من القانون المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية ، والتي تحدد مدة 5 سنوات للفلاح للشروع في فلاحه الأرض الممنوحة له<sup>1</sup>.

فقضت المحكمة العليا بإجابة المدعي وأبطلت قرار الوالي. ومما جاء في القرار " حيث أن القرار المطعون فيه علل سبب تراجع والي الولاية عن قرار الاستفادة المذكور، كون الطاعنة وبقية المستفيدين لم يشروعوا في العمل ... حيث أن هذا التعليل غير صحيح، وبففيه محضر منفذ محكمة سيدي عقبة الذي يثبت استغلال الأرض من طرف الطاعن بفلاحه الحبوب ". وأضاف القول: " ... حيث أن القرار المطعون فيه جاء معيبا، وأن الوجه القانوني المثار من الطاعن وجيه ويجب الأخذ به، لذا يتعين إبطال القرار المطعون فيه ". .

يتبين بجلاء بأن والي ولاية بسكرة قد أخطأ في الوجود المادي لواقعة استصلاح الأرض، عندما أسس قراره على كون المدعي لم يبادر في استغلال الأرض الممنوحة له في حين أن محضر المعاينة المطروح بالملف يثبت أن المدعي قام بحفر بئر وغرس عدة نباتات في الأرض الممنوحة له، مما يؤكد الاستصلاح فعلا .

وفي قرار لمجلس الدولة بتاريخ 1999/02/01 (قضية والي ولاية تلمسان ضد بوسلاح ميلود)<sup>2</sup>، أيد هذا الأخير القرار المستأنف والذي صدر عن مجلس قضاء وهران (الغرفة الإدارية) ، المبطل لقرار الوالي المتضمن إلغاء استفادة المدعي من قطعة أرضية فلاحية لأن له سلوكا معاديا للثورة أثناء حرب التحرير .

ومما جاء في القرار: " ... ولكن حيث أن القرار الولائي موضوع الدعوى، جاء غير معقل ومدعما بأدلة كافية على ما نسب إلى المستأنف عليه، مما يجعله منعدم الأساس، بالإضافة إلى أن القانون رقم 90 / 51 ، يستوجب اللجوء إلى القضاء لإقصاء أحد أعضاء مستثمرة فلاحية ، حيث أن الاستئناف إذن غير مؤسس ، ويتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف " .

يلاحظ أن مجلس الدولة قد أيد قرار مجلس قضاء وهران الذي أبطل قرار والي ولاية تلمسان ، وذلك لوجود عيب من عيوب القرار الإداري وهو عيب السبب في صورته المتمثلة في انعدام الوجود المادي للوقائع . وقد عبر مجلس الدولة عن ذلك بعبارة " منعدم الأساس " و " عيب

1 - حيث تنص المادة 11 من القانون 80 / 18 المذكور أعلاه المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية على: " تمنح للمالك مدة 6 سنوات بإستثناء حالة القوة القاهرة لإنجاز برنامج استصلاح أراضييه ...".

2 - لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)، الطبعة الثانية، دار هومة، 2006، ص410.

اغتصاب السلطة " . وهو الصورة الجسمية لعيب عدم الاختصاص ؛ لأن الوالي بإلغائه قرار استنفاد المستأنف عليه يكون قد اعتدى على اختصاص السلطة القضائية لكون المرسوم رقم 90-51 أوجب اللجوء إلى القضاء لاقضاء أحد المستفيدين من المستثمرة الفلاحية وأن قرار الوالي في مركز القرار المنعوم<sup>1</sup>.

إذا كانت أغلب الأمثلة التي طرحناها حول موقف القضاء الإداري الجزائري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع ، قد اقتصر على الحالة التي تكون فيها سلطة الإدارة في إصدار القرار مقيدة وليست تقديرية ، إلا أننا نعتقد أن سلطة القاضي في بحث مدى صحة الوجود المادي للوقائع المدعاة من طرف الإدارة لا يختلف عما إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة أو تقديرية ، ذلك أن تقدير الإدارة للوجود المادي للوقائع لا يتعلق بحريتها في التصرف حتى يمكن الحديث عن سلطة تقديرية تنترك لها ، وإنما يتعلق بتقرير الواقعة كما كانت في الحياة ، فالواقعة إما أن تكون موجودة أو غير موجودة<sup>2</sup>، وبالتالي فإن الإدارة لا تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير الوقائع من الناحية المادية ، وهي تخضع دائماً لرقابة القضاء في هذا الصدد<sup>3</sup>.

### **الفرع الثاني: رقابة التكييف القانوني للوقائع**

يراقب القاضي الإداري في هذا الميدان -أي ميدان أو مجال السلطة التقديرية- الوصف القانوني للوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها، فإذا اتضح له أن الإدارة أخطأت في تكييفها القانوني لهذه الوقائع فإنه يحكم بإلغاء القرار الإداري لوجود عيب في سببه. وسوف ندرس فيما يأتي مفهوم رقابة التكييف القانوني وطبيعة الرقابة القضائية عليها، ثم سنتناول في نقطة أخرى إستثناءات رقابة التكييف القانوني، وفي نقطة أخيرة موقف القضاء.

### **أولاً: مفهوم التكييف القانوني للوقائع و طبيعة الرقابة القضائية عليه**

سنتناول فيما يأتي مفهوم التكييف القانوني للوقائع، ثم طبيعة الرقابة القضائية على هذا التكييف في مجال السلطة التقديرية للإدارة.

1 - نلاحظ هنا أن مجلس الدولة أشار في المحل الأول إلى عيب السبب وفي المحل الثاني إلى عيب عدم الاختصاص. وكان بإستطاعته ا لإكتفاء بهذا العيب الأخير دون التطرق لعيب السبب. كما يلاحظ أن مجلس الدولة يثير عيب مخالفة القانون حتى وإن ثبت عدم وجود الوقائع التي أسس عليها القرار.

2 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، 1996، ص 79.

3 - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة-، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص

**1- مفهوم التكييف القانوني للوقائع:**

تتطلب عملية التكييف القانوني للوقائع إخضاع واقعة معينة أو حالة خاصة لقاعدة القانون المراد تطبيقها، وذلك عن طريق نقل هذه القاعدة من وضع العمومية والتجريد إلى وضع الخصوصية والتجسيد للواقعة محل التكييف، فالمقصود من عملية التكييف هو " إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية"<sup>1</sup>.

فالتكييف القانوني هو: " إلحاق حالة واقعية بمبدأ قانوني، وذلك بتصنيف هذه الواقعة وردها الى الفئة القانونية التي تنطبق عليها"<sup>2</sup>. كما عرف التكييف القانوني على أنه: " عبارة عن مجموعة من العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المعروضة عليه بقاعدة قانونية يراها صالحة في نظره لحسم النزاع"<sup>3</sup>. فالتكييف إذن هو إخضاع الواقع لقاعدة قانونية معينة.

ويعرف "عصام عبد الوهاب البرزنجي" في رسالته عملية التكييف القانوني على أنها: " إعطاء الواقعة الثابتة لدى رجل الإدارة اسما وعنوانا يحدد موضعها داخل نطاق قاعدة القانون التي يراد تطبيقها ، أو يدخلها : الطائفة القانونية من المراكز أو الحالات المشار إليها في قاعدة القانون"<sup>4</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن عملية التكييف القانوني للواقعة ليست بالأمر الهين، وإنما تقتضي من القائم بها جهدا مزدوجا فيما يخص عنصرَي القانون والواقع.

**أ- عنصر القانون:** ويتمثل في تخصيص النص القانوني العام والمجرد، وذلك بإعطائه معنى أكثر تحديدا أو أقل عمومية مما هو عليه.

**ب- عنصر الواقع:** فيتمثل في تجريد الواقعة المادية التي يستند إليها القرار من فرديتها والوصول بها إلى مستوى عمومية القاعدة القانونية، وبالتالي فإنه " عن طريق تخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية، يمكن التوصل إلى قيام التطابق بينهما"<sup>5</sup>.

1 - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 329.

2- Marie Christine Rouault، Droit administratif. Galino éditeur ،Paris,2002,p 269.

3 - الغوثي بن ملح، أفكار حول الإجتهد القضائي، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1978، ص 325.

4 - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 98. وسليمان محمد الطماوي، التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 325.

5 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 113.

فإذا كان التكييف القانوني يتم بنقل قاعدة القانون من العمومية إلى التخصيص، والحالة الواقعية من الفردية أو التخصيص إلى العمومية، فإن رقابة التكييف القانوني تتمثل في " إخضاع الوقائع - بعد التأكد من وجودها المادي والتأكد من صحتها - لحكم القانون ليقرر ما إذا كانت تتفق مع ما قصد إليه المشرع ، أي رقابة مدى تبريرها للقرار الذي يستند إليها<sup>1</sup>.

وبعبارة أخرى ، فإن التكييف القانوني للوقائع هو عملية ذهنية تنتقل بقاعدة القانون من حالة السكون ؛ أي العمومية والتجريد ، إلى حالة الحركة أي الخصوصية والتجسيد ، وذلك بإنزال حكم القانون على الوقائع<sup>2</sup>.

فإذا ما بدر عن الموظف فعل ما وقدرت الجهة المختصة أنه ينطوي على إخلال بواجبات الوظيفة ، فإنه يقع على السلطة التأديبية واجب تكييف هذا الفعل من الناحية القانونية للتحقق مما إذا كان يشكل جريمة تأديبية في نظر القانون ، أم أنه مجرد واقعة عادية لا تندرج في مكونات ذلك التوجه ، مما ينفي عنه وصف الجريمة التأديبية<sup>3</sup>.

## 2- طبيعة الرقابة القضائية على التكييف القانوني للوقائع

إن رقابة القضاء الإداري على التكييف الذي أسبغته الإدارة على الوقائع التي استندت إليها في قراراتها الصادرة بمقتضى سلطتها التقديرية لا تتم في الواقع بشكل آلي ، وإنما تنطوي على قدر من الاجتهاد الشخصي للقاضي ؛ إذ يقوم عند مباشرته لتلك الرقابة بمراجعة وفحص الظروف التي تمت فيها الوقائع ، فإذا تبين له خطأ في الوصف الذي قدمته الإدارة على هذه الوقائع ، كان له أن يحل تقديره الشخصي محل تقدير رجل الإدارة .

من هذا المنطلق ، حق لنا أن نتساءل عن طبيعة هذه العملية ، وعمّا إذا كانت رقابة التكييف القانوني للوقائع تدخل في إطار رقابة المشروعية أم في إطار رقابة الملاءمة . و للإجابة عن هذا التساؤل ، ثار الجدل بين الفقهاء حول طبيعة الرقابة القضائية على التكييف القانوني لوقائع القرارات الإدارية المتخذة بناء على سلطة تقديرية للإدارة ، بين من يدخلها في إطار رقابة المشروعية ومن يدرجها في إطار رقابة الملاءمة .

### أ- رقابة التكييف في حالة السلطة التقديرية للإدارة رقابة مشروعية:

1 - زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القاضي الإداري

الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص120.

2 - خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 329.

3 - المرجع نفسه، ص 330.

لقد قال بهذا الرأي جانب كبير من الفقه الفرنسي وشايعهم في ذلك جانب من الفقه المصري، حيث يرى هؤلاء أن الدور الطبيعي للقاضي الإداري هو التحقق من مشروعية القرارات التي تتخذها الإدارة ، ولهذا فإن رقابة التكيف القانوني للوقائع التي تستند إليها تلك القرارات تعد إمتداداً طبيعياً لهذه الرقابة ، وبالتالي فهي تدخل في إطار رقابة المشروعية<sup>1</sup>.

وقد حاول الأستاذ " فالين " تفسير رقابة القاضي في هذه الحالة وإدراجها داخل إطار رقابة المشروعية وذلك باللجوء إلى فكرة الطائفة القانونية . فالغرض من عملية التكيف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية ، ويمكن القول أن القانون قد أوجد طائفة من القرارات كلما قام بترتيب آثار معينة على وجود مركز أو حالة واقعية معينة بالذات ، ومثال ذلك فكرة الأخطاء الوظيفية ، فهي طائفة قانونية مستقلة أوجدها المشرع بالنصوص التي تتيح للإدارة توقيع جزاءات معينة عند حدوث هذه الأخطاء ، وعلى القاضي حتى يتوصل إلى تطبيق هذه النصوص أن يقوم بتحديد معالم هذه الطائفة<sup>2</sup>.

ويخلص الأستاذ " فالين " إلى أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على تكيف الإدارة للوقائع ، إنما تنصب على مشروعية القرارات الإدارية لا على ملاءمتها<sup>3</sup>. ويتفق الأستاذان " دراجو " و " أوبي " مع الأستاذ " فالين " في هذا الرأي، حيث يقران أن الرقابة على التكيف القانوني للوقائع تندرج في إطار الرقابة على المشروعية ، حتى وإن كان القاضي الإداري يحل تقديره الشخصي محل تقدير رجل الإدارة ، ذلك أنه لا يفعل ذلك إلا في ضوء تفسيره لإرادة المشرع .

ويضيف الأستاذان أن هذا الرأي يتأكد من العبارات التي يستخدمها القاضي ذاته عند تصديده لرقابة التكيف، حيث يستخدم عبارة " التكيف القانوني للوقائع " ، وأن " الواقعة من طبيعة تبرر القرار المطعون فيه قانوناً " <sup>4</sup>.

ويؤيد جانب من الفقه المصري هذا الرأي، معتبراً أن عملية التكيف القانوني للوقائع عملية قانونية بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى ، ولايغير هذا الوصف أن تتدخل في تلك العملية

1- محمد أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، دون رقم الطبعة، دون دار النشر، القاهرة، 2005، ص 77.

2- المرجع نفسه، ص 77 و 78.

3- المرجع نفسه، ص 78.

4- المرجع نفسه، ص 78.

إعتبرات شخصية أو ظروف خاصة بالحالة محل البحث ، والتي مردها غموض النص حيث ينشط عندئذ دور القاضي في بيان مقاصد المشرع وتفسير الغامض من نصه<sup>1</sup>.

أما عن موقف الفقه الجزائري من هذه المسألة ، فإننا لم نستطع - للأسف - العثور عن إتجاه محدد أو وجهة نظر واضحة ؛ إذ أن معظم المؤلفات التي إستطعنا الإطلاع عليها قد إكتفت بالإشارة إلى رقابة التكييف القانوني للوقائع بإعتبارها صورة أو مرحلة من مراحل رقابة السبب ، دون أن تشير إلى طبيعة هذه الرقابة ، سواء كان إختصاص الإدارة في ذلك مقيدا أو تقديريا .

### ب - رقابة التكييف في حالة السلطة التقديرية رقابة ملائمة:

ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي والمصري إلى أن الرقابة القضائية للتكييف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها المتخذة بناء على سلطتها التقديرية، تدخل ضمن الرقابة على الملائمة . ولذلك ذهب الفقيه " دوبسون " إلى أن القاضي في رقابة التكييف يقوم بإحلال تقديره الشخصي للوقائع محل تقدير الإدارة ، و بهذا الوصف يتجاوز عمله إطار فحص الشرعية ويندرج تحت رقابة الملائمة<sup>2</sup>.

وهذا ما يؤكد الفقيه " جيز " ، حينما يقول أن الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري في مجال تكييف الوقائع هي رقابة على الملائمة<sup>3</sup>. تلك الرقابة التي تتم - كما يقول الأستاذ "كان" - في كل مرة يكون فيها إحلال من جانب القاضي لتقديره الشخصي محل تقدير جهة الإدارة . ففي قضاء المناظر الأثرية مثلا لا يخفى ما تتطوي عليه عملية التكييف من تقديرات شخصية تقوم بها جهة الادارة لتحديد ما إذا كان المنظر من قبيل المناظر الأثرية ، ثم يأتي دور القاضي بعد ذلك في الرقابة على صحة هذا التقدير . وذلك بالتحقق من صحة أو عدم صحة الوصف الذي إنتهت إليه جهة الإدارة وفقا لتقديره الخاص ، ودون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية ، ولذلك فإن الذي يفصل في توافر هذه الصفة هو خبير فني و ليس رجل قانون ، ومع ذلك فقد أقام مجلس الدولة الفرنسي من نفسه خبيرا فنيا و أخضع المسألة لحكمه<sup>4</sup>.

1 - محمد أشرف عبد الفتاح أبو المجد، المرجع السابق، ص 78.

2 - محمد حسين عبد العال، الرقابة القضائية على اعمال الضبط الاداري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 55 و 56.

3 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 142.

4 - المرجع نفسه ، ص 142 و 143.

وهو الرأي الذي انتهى إليه جانب من الفقه المصري ، حيث ذهب إلى أن رقابة القاضي الإداري للتكليف القانوني للوقائع تمثل رقابة على سلطة الإدارة التقديرية لا على حدودها ، بإعتبار التكليف القانوني للوقائع يعد مجالاً للملائمة المتروكة للإدارة تتصرف فيه بحرية تامة ، ومن ثمة فإن رقابة القاضي الإداري لهذا المجال الذي يعمل فيه تقديره الذاتي، تخرجه من حدوده الطبيعية في الرقابة على القرارات الإدارية ، وتدخله في مجال الرقابة على الملائمة<sup>1</sup>.

وبين الرأي القائل بأن رقابة التكليف القانوني لوقائع القرارات الإدارية المتخذة بناء على السلطة التقديرية هي رقابة مشروعية ، وبين الإتجاه القائل بأنها رقابة ملائمة للأسباب والحجج التي ذكرناها أعلاه، نجد إتجاهها ثالثاً يقف موقف وسط بين الحلين ، يمثلته الدكتور "محمد مصطفى حسن"<sup>2</sup>، الذي يرى بأن الرقابة القضائية على التكليف القانوني للوقائع في مجال السلطة التقديرية تدخل في نطاق رقابة المشروعية أو رقابة الملاءمة ، بحسب طبيعة النص الذي يمنح الإختصاص لرجل الإدارة ؛ إذ يقول في ذلك : " ... وليست مهمة القاضي واحدة في مجال التكليف : فقد يتحدد الوصف بالقانون أو اللائحة، فيكون الأمر سهلاً... وقد يكفي المشرع بالتحديد المجرد - كما في الجرائم التأديبية - ... فإذا باشر القاضي رقابة التكليف فعليه أن يحدد هذا المضمون بنفسه عن طريق انشاء ضوابط أو الاحتفاظ بسلطة تقدير كل عمل على حدة ، وفي كل مناسبة . وقد يصل الأمر بالقاضي إلى مباشرة دور إيجابي وهام ... فيستلهم الحل الذي سكت عنه المشرع من روح التشريع ثم يراقب ضوابط هذا الحل ... وقد يترك القضاء الإداري أمر التكليف للإدارة ، وذلك حينما يقترب التكليف من الملاءمة ، فيستشعر الحرج من التصديق على الإدارة ، ويبدو هذا واضحاً في مجال إجراءات الضبط العام المتعلقة بإقامة الأجانب وممارسة أنشطتهم داخل البلاد ... "<sup>3</sup> حيث يرى أن رقابة التكليف سابقة في ظهورها عن رقابة الوجود المادي للوقائع، على اعتبار أن الخطأ في التكليف يمثل خطأ في القانون، والخطأ في القانون كوسيلة متميزة للطعن بالالغاء قد ظهر في نهاية القرن 19، أي قبل ظهور رقابة الوجود المادي للوقائع.

1 - ومن بين الفقهاء المصريين الذين ساءروا هذا الإتجاه، نجد الدكتور رمضان محمد بطيخ، وقد أوضح وجهة نظره مستندا في ذلك إلى عدة حجج.

2 - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 255 و 256.

3 - المرجع نفسه، ص 254.

أما الأستاذان " أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد<sup>1</sup> " و " رمضان محمد بطيخ<sup>2</sup> "، فقد اعتبر أن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي حددها المشرع ؛ أي تلك التي تدخل ضمن السلطة المقيدة للإدارة ، تندرج ضمن رقابة المشروعية ، وأن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع التي لم يحددها المشرع ؛ أي تلك التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، هي رقابة ملاءمة . ذلك أن مناط هذه الرقابة ليس مدى تطابق تصرف الإدارة مع نص قانوني ، ولكن مناطها مدى ملاءمة تكييفها لهذه الوقائع. وبالتالي فإن الرقابة هنا هي رقابة ملاءمة وليست رقابة مشروعية .

### ثانياً : إستثناءات رقابة التكييف القانوني للوقائع

إن رقابة القضاء على التكييف القانوني للوقائع ليست مطلقة ، إذ قد يرفض أعمال هذه الرقابة في بعض الحالات الإستثنائية ، بحيث يقتصر في هذه الحالات على مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع دون أن يتطرق إلى بحث صحة التكييف الذي خلطته الإدارة عليها . ولقد قسمها الفقه إلى حالتين<sup>3</sup>، نذكرها فيما يأتي :

#### **1 - المسائل ذات الصبغة الفنية والعلمية :**

لقد رفض القضاء الإداري القيام برقابة التكييف القانوني فيما يتعلق بمجموعة من القرارات التي تتسم بطابع عملي معقد ، ذلك أن القضاء يكون عاجزاً عن مباشرة الرقابة بنفسه دون الإستعانة برأي الخبراء من أهل العلم و الإختصاص . لذلك يفضل القضاء رفض القيام برقابة تكييف الإدارة للوقائع بالنسبة لهذا النوع من القرارات ، مع أن دور القضاء في هذه الحالة من الناحية الفعلية سيقصر على مجرد إعتداد رأي الخبراء العلميين فقط<sup>4</sup>.

1 - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، المرجع السابق، ص 79 و 80.

2 - رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 145 وما بعدها.

3 - بالإضافة إلى هاتين الحالتين، يضيف مجلس الدولة الفرنسي بعض الإستثناءات الأخرى. من ذلك القرارات الخاصة بموضوع الوظيفة العامة فيما يتعلق بالاشتراك في المسابقات المعدة للدخول في الوظيفة العامة. فمجلس الدولة لا يبحث في التكييف القانوني للوقائع الخاصة بتقييم العمل. ولا في تقدير الوزير للإعتبارات التي دفعته لتحديد الشروط التي يمكن بموجبها تولية موظفي وزارته بعض الوظائف الخاصة...كما لا يمارس المجلس رقابته على قرارات الانعام بالأوسمة. فإذا كان الوسام المزمع الانعام به يتطلب ميزة شخصية، فإن تقدير جدارة المترشح هو تقدير تقوم به الإدارة على أساس من سلطتها التقديرية. أنظر في ذلك: نذير أوهاب، المذكرة السابقة، ص 250.

4 - سامي جمال الدين، دعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ. ص 392.

ومن هنا ، فقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة تكليف كثير من القرارات المتعلقة ببعض الأدوية أو المستحضرات الطبيعية ، سواء من حيث قيمتها العلاجية أو من حيث خطورتها على الأفراد . ومن ذلك إمتناعه عن رقابة التكليف القانوني لرفض لجنة القراء بالمرشح الكوميدي " فرانسيز " عرض مسرحية أدبية<sup>1</sup>.

ولقد انتهج مجلس الدولة المصري ذات المسلك الذي سار عليه القضاء الفرنسي ، حيث يمتنع عن اجراء رقابة التكليف القانوني في المسائل العلمية والفنية<sup>2</sup> إلا أنه لم يلتزم هذا المنهج على إطلاقه إذ اعتمد مسلكا مغايرا ، حيث قرر اخراج عدد من القرارات الصادرة في مسائل علمية وفنية وأخضعها لرقابة التكليف القانوني. وهي القرارات التي تمس الحريات الشخصية مستعينا في ذلك برأي أهل الخبرة والعلم ، ومن ذلك مثلا حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في يونيو 1952 الذي يقول فيه أنه : " إذا كانت سلطة مركز مراقبة الأمراض العقلية في تقدير ما إذا كان الشخص المصاب بمرض عقلي أم لا ، هي في الأصل سلطة تقديرية باعتبارها من الأمور الفنية ذات التقدير الموضوعي ، بحيث ما كان يجوز التعقيب عليها إلا عند إساءة استعمال السلطة ، إلا أنه لما كان الأمر يتعلق بالحرية الشخصية ، فمن ثم يجوز للقضاء الإداري اتخاذ ما يلزم للتحقق من قيام هذه الحالة المرضية أو عدم قيامها ، وله في هذا الصدد أن يندب من يراه من أهل الخبرة إذا قام لديهم من الشواهد ما يبرر ذلك "<sup>3</sup>.

أما في الجزائر، فنجد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قد أكدت في بعض قراراتها على إمتناعها عن رقابة التكليف القانوني للوقائع فيما يخص المسائل الفنية والعلمية، وخاصة في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية. حيث تجد المحكمة العليا نفسها عاجزة عن مباشرة الرقابة بنفسها فيما يخص مدى ملائمة اختيار الأرض محل نزع الملكية دون الإستعانة بخبراء في هذا

1 - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، المرجع السابق. ص 329.

2 - من أشهر التطبيقات القضائية لهذا النوع من القرارات في مصر تقدير درجة الإمتحان. حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن التصحيح وتقدير درجات الإجابة عملية فنية بحتة، لا يجوز قانونا أن تخضع لرقابة القضاء الإداري. حيث يؤدي ذلك إلى التدخل في أمور فنية تقديرية من إختصاص الإدارة.

أنظر في ذلك: زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 28.

3 - رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 132.

المجال. وهذا ما يقرره أحد قراراتها رقم 66960 الصادر في: 1990/04/21<sup>1</sup>، الذي قضت فيه : " من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزاع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي المنفعة العامة . ومن ثم النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله " .

2- قرارات الضبط الخاصة بنشاط الأجانب وإقامتهم:

لقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن فرض رقابة التكييف في بعض مجالات الضبط وترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة بشأنها ، واقتصر دوره فقط على الرقابة على الوجود المادي للوقائع دون بحث التكييف ، ومن هذه الإستثناءات : القرارات الصادرة لتنظيم إقامة ونشاط الأجانب في فرنسا ، كمنع الأجانب من الدخول إلى فرنسا وتقييد إقامتهم فيها ، وحل الجمعيات المؤسسة من قبل الأجانب<sup>2</sup>، وكذلك طرد الأجانب ، والقرارات الخاصة بمنع ترويج وتوزيع وبيع الصحف والمحررات الأخرى من مصدر أجنبي ، و قرارات منح الترخيص اللازم لممارسة الأجنبي للأعمال التجارية في فرنسا<sup>3</sup>. بل وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، بأن منع رقابة التكييف القانوني على قرارات الضبط المتعلقة بالترخيص للأفراد بالسفر إلى خارج البلاد، بالإمتناع عن منحهم جوازات السفر اللازمة لذلك<sup>4</sup>.

وقد سار القضاء الجزائري على دربه في قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 38541 المؤرخ في 1983 /03/15، في قضية ( حاج. ق) ضد دائرة بوفاريك<sup>5</sup>، حيث جاء في منطوق القرار : "... وأنه يجوز للإدارة من حيث المبدأ رفض أو تمديد أجل جواز السفر لأحد الرعايا الجزائريين إذا ما رأت بأن تنقله إلى الخارج من شأنه أن يمس بالأمن العام ، وأن التقدير الذي تقوم به الإدارة غير قابل للمناقشة أمام قاض تجاوز السلطة " .

1 - المجلة القضائية، العدد الثاني، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 158.

2 - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 316.

3 - نذير أوهاب، المذكرة السابقة، ص 249 و 250. بحيث قرر مجلس الدولة الفرنسي أن القرارات الصادرة عن وزير الداخلية في هذا الصدد، بنيت على وقائع تتعلق بالأمن العام، وأن هذه الوقائع لا يجوز مناقشتها أمام المجلس. انظر في ذلك: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 120.

4 - دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قالمة، 2006، ص 172.

5 - المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الرابع، 1989، ص 227.

**ثالثاً: موقف القضاء من رقابة التكييف القانوني للوقائع:**

ان هذا النوع من الرقابة قد وجد مكانه في كافة الأنظمة القانونية تقريباً، فهو يعد في النظام الإنجليزي امتداداً لفكرة الحقائق القضائية، وهي نفسها فكرة الرقابة على مشروعية الأسباب في النظام الفرنسي والمصري<sup>1</sup>.

حيث ظهرت رقابة التكييف القانوني في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1914 ، في حكم " جوميل " الشهير<sup>2</sup>، إذ انطلقاً من هذه القضية منح للإدارة الحق في فرض بعض القيود على أصحاب العقارات قصد حماية المناظر ذات الأهمية الأثرية والتاريخية ، وفي هذه الحالة لا يكون قرار الإدارة بفرض بعض القيود على أصحاب العقارات صحيحاً إلا إذا كان تقديرها وتكييفها للمناظر أو المواقع التاريخية الأثرية صحيحاً من الناحية العملية والفنية<sup>3</sup>، فإذا كان ما ذهبت إليه الإدارة مجرد إدعاء غير قائم على أسس علمية وفنية فإن قرارها بفرض القيود على الأفراد لحماية المنظر أو المكان ، يكون قابلاً للإلغاء لعدم التكييف الصحيح للواقعة المادية التي يستند إليها<sup>4</sup>. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا القضاء على المنازعات التي عرضت عليه سواء في الوظيفة العامة أم في مجال النشر والصحافة والسينما، وخاصة الرقابة على الجوانب الأخلاقية في هذه الأعمال<sup>5</sup>.

ففي مادة الوظيف العمومي، نجد قضية الآنسة " ويس " في قرار مجلس الدولة في 28 أبريل 1938 ، وتتمثل وقائعها في كون معلمة متربصة قامت بواسطة رسالة شخصية بدعوة تلميذ معلم élève maitre للحضور أثناء العطلة للاستماع لمحاضرات ذات طابع ديني ، ولقد اعتبر المجلس

1 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 112.

2 - تتلخص وقائعها في أن السيد " جوميل " قد طلب الترخيص له بالبناء في ميدان " بوفو " بباريس. فرفضت الإدارة طلبه لما يحدثه البناء في هذا الميدان من مساس بأحد المعالم الأثرية. وعندما بحث مجلس الدولة الفرنسي هذا الأمر وجد أن الميدان المذكور لا يدخل في عداد المعالم الأثرية، وألغى بذلك قرار الإدارة لما شابهه من خطأ في التكييف القانوني للوقائع التي قام عليها. أنظر في ذلك: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 330. وأشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، 2005، ص 76.

3 - يرى الأستاذ chapus أن قرار جوميل يمثل أكبر خطوة خطأها مجلس الدولة الفرنسي في طريق رقابة مشروعية القرار. أنظر في ذلك:

René Chapus, Droit administratif général, tome 1, Montchestien, 9 eme édition, p 917 à 920.

4 - عبد الله طلبه، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 290.

5 - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري-قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 255.

بأن ذلك لا يعتبر خرقاً لمبدأ الحياد المدرسي ، وقام تبعاً لذلك بإبطال القرار الرفض ترسيمها في وظيفتها<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بالقضاء الإداري المصري فقد بسط رقابته على التكييف في معظم الأحوال، ليضمن إلى انطباق الوصف القانوني الذي قالت به الإدارة على الوقائع، وامتدت هذه الرقابة إلى العديد من المجالات وخاصة في ميدان الوظيفة العمومية وكل ما يتصل بها من ترقية وتأديب واستقالة وإحالة على المعاش... الخ.

ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا وفي حكم يتعلق بفصل أحد الموظفين من الخدمة بينت المحكمة أن قيام الموظف بتغيير ديانته من المسيحية إلى الإسلام لتحقيق غرض خاص، ثم ارتداده بعد ذلك إلى المسيحية يمكن تكييفه بأنه من قبيل سوء السلوك الشديد الذي يبزر فصله<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، فقد أرسى أسس هذه الرقابة وذلك في كل حالة تخضع فيها سلطة الإدارة في إتخاذ قرار معين إلى ضرورة توافر شروط واقعية معينة ينص عليها القانون، بحيث يحق للقاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب إلى جانب الوجود المادي لهذه الوقائع، التكييف القانوني الذي تصفيه الإدارة عليها ليتحقق من أنها تتدرج فعلاً داخل إطار الفكرة القانونية التي يتضمنها النص، وهو ما يعني الرقابة على تقدير الإدارة لمدى توافر الوصف القانوني في الوقائع التي استند إليها القرار.

ومن أهم تطبيقات الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الجزائري:

أ- **القرارات المتعلقة بالتأميم:** لقد ألغت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى العديد من القرارات الإدارية لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع المستندة إليها، منها قرارها الصادر في قضية "تومارون" ، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ الجزائر أصدر قراراً بتأميم أملاك السيد "تومارون" تطبيقاً للمرسوم المتعلق بتأميم الاستغلالات الزراعية العائدة للأجانب ، إلا أن الأملاك هنا مخصصة للإستعمال السكني ، وهنا ألغى المجلس الأعلى قرار محافظ الجزائر لوجود خطأ في التكييف القانوني للوقائع ، والذي صححه القاضي بإلغاء قرار المحافظ<sup>3</sup>.

1- René chapus ، op .cit ، p 918.

2 - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 256.

3- Bouchahda (H) et Kheloufi (R)، Recueil d'arrêts، jurisprudence administrative، OPU.Alger، 1985 P9.

كما ألغى المجلس الأعلى-الغرفة الإدارية-قراراً مماثلاً تم إصداره من وزير الفلاحة، حيث استند على نفس المرسوم الصادر في: 1963/10/01، لإتخاذ عقوبات في مواجهة الصندوق المركزي لإعادة التأمين والتعاقد الفلاحي (CCRMA)، إلا أنه على الرغم من أن أنشطة الصندوق تتعلق بالقطاع الفلاحي، إلا أنها لا تدخل ضمن الإستغلالات الزراعية، وبالتالي فمن الخطأ تطبيق المرسوم المشار إليه، وتبعاً لذلك قام المجلس الأعلى بإلغاء هذا القرار لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع<sup>1</sup>.

ب - **القرارات المتعلقة بنزع الملكية:** كذلك استقر المجلس الأعلى على إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بخطأ في التكييف القانوني، حيث قضى بأنه: "من المقرر قانوناً أن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة يعود للأشخاص العامة المعنوية ومختلف الهيئات في إطار إنجاز عمليات معينة طبقاً لما هو محدد فيهما لأجل المنفعة العمومية، ومن ثم فإن هذه الطريقة في اكتساب العقارات أو الحقوق العينية العقارية لا تستخدم إلا في فائدة الكيانات القانونية الآتية الذكر، وليس لصالح هيئات المدولة فيه.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قرار الوالي نص على أن المستفيد من إجراء نزع الملكية هو المجلس الشعبي البلدي، فإن بالنص على استفادة مقررة لصالح هيئة تداولية اشتمل على خطأ القانوني... ومتى كان كذلك إستوجب إبطال القرار المطعون فيه بالبطلان<sup>2</sup>.

ومن العرض السابق، يتضح لنا مدى اتساع سلطات القاضي الإداري في رقابته على صحة تكييف الإدارة للوقائع، وشمول هذه الرقابة لغالبية صور القرارات الإدارية، بحيث أصبحت تمثل رقابة الحد الأدنى التي يمارسها القضاء في الطعن بتجاوز السلطة.

لكن تجدر الإشارة إلى أن القضايا التي راقب فيها القاضي الجزائري التكييف القانوني للوقائع تعد نادرة، وعليه لا يمكن الجزم بأن هذه الرقابة تعد قاعدة عامة في القضاء الجزائري، خاصة وأن هذا الأخير لم يلعب دوراً كبيراً في الرقابة على الوجود المادي للوقائع.

1 - أحمد محيو، (ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد)، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008، ص 189.

2 - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 37404، الصادر في: 1989/12/29، المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص 206.

---

## المطلب الثاني

---

# اساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة الحديثة

---

## المطلب الثاني:

### أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة الحديثة

دفعت التطورات السريعة والمتلاحقة للنشاط الإداري للدولة الحديثة في المجالات والبيادين المختلفة بمجلس الدولة الفرنسي إلى توسيع نطاق رقابته القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في سبيل مواكبة هذه التطورات والتصدي للانحرافات والتجاوزات التي قد ترتكبها الإدارة في حق الأفراد، واضعا في الحسبان تحقيق توازن معقول بين المصلحة العامة من جهة وحقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى.

وقد أسفر ذلك في العقود الأخيرة من القرن الماضي، من إبتكار المجلس لأساليب حديثة فنية يفرض بها رقابة عميقة على تقديرات السلطات الإدارية، وتبلور ذلك في نظريتين أساسيتين هما: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

وقبل أن نشرع في دراسة النظريتين، يتعين علينا أن نتطرق أولا إلى الخطوط العريضة لرقابة التناسب ومحاولة ضبطها في نطاق رقابة القضاء الإداري على التقدير الإداري، كي نتمكن بعد ذلك من إلقاء الضوء على الملامح العامة لتلك النظريتين، واللتين يجمعهما رابط هذه الرقابة - رقابة التناسب -، بإعتبارهما تجديدا قضائيا في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، جوهره فكرة ورقابة التناسب.

### الفرع الأول: رقابة الملائمة للوقائع ورقابة التناسب.

فإن كان الأصل العام في الرقابة القضائية على قرارات السلطة الإدارية هو قصرها على التأكد من الوجود المادي للوقائع - المكونة لسبب القرار والتي إتخذتها هذه السلطة أساسا لقرارها، وصحة التكيف القانوني لهذه الوقائع أو ما يسمى بالرقابة على التكيف القانوني للوقائع ، إضافة إلى عدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية ، دون أن يتعدى القاضي في ذلك إلى البحث في أهمية و خطورة الوقائع - التي قدرتها الإدارة - إلا أن هذا الأصل طرأ عليه إستثناء هام أصبح بمقتضاه يجوز للقاضي الإداري مراقبة تقدير الإدارة لخطورة و أهمية الوقائع من جهة وتقديره - بالمراقبة - لمدى التناسب بينها و بين الإجراءات المتخذة على أساسها ، أي محل القرار الإداري ومضمونه من جهة أخرى<sup>1</sup>.

1- Waline (M)، Etendue et imites du contrôle du juge administrative sur les actes de Administration, op. Cit, P 27.

انظر ايضا - عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 495.

وهذا ما تجسد بالطبع من خلال تطور القضاء الإداري بحيث كان يزيد من إختصاصه في الرقابة خطوة بعد خطوة وفي هدوء وثبات وهذا ما أدى إلى إتساع رقابته تدريجيا لتشمل في الأخير ما يعرف " بالرقابة على الملائمة " والتي كانت محظورة على القاضي الإداري فيما سبق وعليه فإن تقدير الخطورة والأهمية هو أحد عناصر الملائمة والعنصر الثاني هو محل القرار الإداري، وبالتالي " فالملائمة " لا تعني سوى التطابق بين السبب والمحل وهو ما يسميه الفقيه Merikoski- بقاعدة أو مبدأ التناسب وصولاً إلى الحل العادل<sup>1</sup>.

### **أولاً: الرقابة على الملائمة للوقائع -فكرة الملائمة -**

إذا كان الأصل أن دور القاضي الإداري يقتصر على مراقبة ثبوت الوقائع وصحة تكييفها فإن القضاء الفرنسي قد سمح لنفسه إستثناءاً بأن يقدر أهمية وخطورة الوقائع وبالتالي ينظر في تلاؤمها مع القرار الذي صدر على أساسها وذلك عندما تكون الملائمة شرطاً من شروط المشروعية خصوصاً في المجالات التي فيها مساس بالحريات العامة للأفراد<sup>2</sup>.

وهكذا استمرت وتكررت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال و المساس بالحريات العامة للأفراد على تقدير مدى أهمية و خطورة الوقائع في قرارات سلطة الضبط خصوصاً، و الملاحظة هنا أن بداية هذا النوع من الرقابة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إنطلق بفرضها في " مجال قرارات الضبط الإداري " ، أي يراقب السلطات الإدارية فيما يتعلق بتقديرها لمدى أهمية و خطورة الوقائع المتعلقة بعملية المحافظة على النظام العام .

وعليه للتوضيح أكثر فسوف نتطرق إلى دراسة الجانب النظري " لفكرة الملائمة " والرقابة القائمة على أساسها، ليسهل علينا الإنتهاء إلى " مبدأ التناسب " الذي قامت عليه النظريات الحديثة لتطويق والحد من السلطة التقديرية.

### **2- ماهية فكرة الملائمة والرقابة عليها**

يقصد بالملائمة في نطاق القرارات الإدارية، توافق القرار مع الظروف الخاصة التي دعت إلى إصداره والأوضاع السائدة وقت إتخاذه والملاسات المصاحبة لذلك، حتى يخرج القرار ملائماً

1- Lino Diguál, op. Cit., 51.

2 - عمري بوقليجة ، المرجع السابق، ص128.

لظروف الزمان والمكان والإعتبارات الأخرى المختلفة، كإصداره في الوقت المناسب، وبالكيفية المطلوبة، وأن يكون ملائماً لمواجهة الحالة التي أتخذ من أجلها وغير ذلك من الأمور<sup>1</sup>. وهناك من يرى بأن الملاءمة في نطاق القرار الإداري تكون صفة له، يكتسبها نتيجة إتخاذه بطريقة يراعي فيها جوانب إصداره المختلفة، وعدد من الأمور والأوضاع تتعلق غالباً بعناصر ثلاثة هي: تقدير وجوب التدخل أو الإمتناع، وإختيار وقت التدخل، وأخيراً تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب<sup>2</sup>.

فالملاءمة تعني في معناها العام وباختصار، التوافق بعدم وجود تناقض أو تعارض يذكر، أي أن التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث الزمان، والمكان، والظروف والإعتبارات المحيطة.

ومن خلال إتضاح فكرة الملائمة و"من أجل التمييز بينها و بين فكرة التناسب"، يتبين أن التناسب والذي سوف نتطرق إليه لاحقاً، على أنه واحد من أمور عديدة وعنصر من عناصر عديدة إذا ما روعيت وصف القرار بأنه ملائم، فالتناسب يشير إلى الصلة الداخلية بين بعض عناصر - مكونات و أركان- القرار الإداري، وبالتحديد بين سببه و محله<sup>3</sup> وأحياناً غايته ، فإذا كانت فكرة الملاءمة تعني توافق القرار الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بإصداره من كافة جوانبه، فإن فكرة التناسب لا تعني سوى توافق الإجراء المتخذ -أي محل القرار- مع السبب المصاحب له وأحياناً غايته. وبالتالي فهي تنصب على أحد جوانب فكرة الملائمة وليس على جميع جوانبها، فالتناسب بهذه المثابة أحد ملائمتات القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة<sup>4</sup>.

ونخلص في الأخير أنه لا يوجد تطابق تام بين إصطلاح الملائمة و التناسب، فالتناسب هو أحد جوانب الملائمة في القرار الإداري ويتجلى ويظهر ذلك في التوافق بين سبب القرار و محله ، بينما الملائمة هي نتيجة مراعاة جوانب متعددة في القرار الإداري إذ يتعين على الإدارة أخذها بعين الإعتبار عند ممارسة سلطتها التقديرية فالعلاقة بينهما علاقة الكل بالجزء .

1 - محمد فريد سليمان الزهيري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحقوق بالمنصورة - 1989، ص 31.

2 - محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الاداري و دعوى الالغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص72.

3 - جورجى شفيق ساري، رقابة المناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 23.

4 - محمد فريد سليمان الزهيري، المرجع السابق، ص 32-34.

وهكذا تم التمييز بين فكرة الملائمة وفكرة التناسب الذي بنيت على أساسها نظريات من أهم النظريات في الفقه والقضاء الإداري.

وكما قلنا بداية بأن إصطلاح " الملائمة " هو أكثر الإصطلاحات القانونية التي تختلط و تتداخل مع إصطلاح " التناسب " ، فهذا الخلط والتداخل يشمل أيضا مصطلح " السلطة التقديرية" أساس الدراسة .

ولعله من الأنسب هنا الوقوف على بعض النقاط والملاحظات من أجل الربط والتمييز بين هذه المصطلحات الثلاثة معا وهي:

\* ليس هناك تطابق بين التناسب والملائمة، فكل منها معناه الخاص، فالسلطة التقديرية هي المجال الذي تباشر فيه الإدارة إختصاصها بحرية، فهي أشمل وأوسع من التناسب، وهذا الأخير- التناسب -يعتبر جزء من الكل -السلطة التقديرية -.

\* أما عن الملائمة، فهي صفة للقرار الإداري تلحق به، إذا ما روعيت فيه بعض الأمور، كحسن التقدير أو الملائمة من حيث الزمان، أو المكان، وملائمته للظروف المحيطة، فهي تقع داخل مجال السلطة التقديرية للإدارة، فالتناسب جزء من الملائمة، والملائمة جزء من السلطة التقديرية.

\* يمكن أن نعبر على هذه النقاط بالمعادلة التالية:

" السلطة التقديرية " أكبر " الملائمة " أكبر " التناسب " .

## 2- جوهر فكرة الملائمة:

تقوم فكرة الملائمة أساسا على ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية في ممارسة نشاطها الإداري ، بما تتضمنه من حرية إختيار أفضل الحلول بالتدخل أو عدمه وأحسن الأوقات و أكثرهم ملائمة في إتخاذ قراراتها ، وما يوافقها من إجراءات مناسبة فالإدارة ملزمة بأن تبذل أقصى جهدها في تقدير الظروف وإختيار أفضل الظروف بما يكفل تحقيق الصالح العام ، و هذا الإلتزام لا يزال محل خلاف في الفقه حول مضمونه ، وجزء الإخلال به ، لدى فقد برزت في هذا الشأن ثلاث نظريات نعرضها فيما يلي بإيجاز، حتى نخلص ونقف من خلالها على جوهر فكرة الملائمة في نطاق القانون الإداري و بالتالي ننتهي آليا إلى جوهر فكرة التناسب أيضا بإعتبارها أهم عناصر وجوانب فكرة الملائمة .

1- النظرية الأولى : ومضمونها حتمية ووجوب التزام الإدارة بإصدار أفضل القرارات ملائمة تحقيقا للصالح العام ، إذ لا يكفي أن يكون قرارها ملائما فحسب ، بل يجب أن يكون أفضلها و أكثرها

ملائمة على الإطلاق ، مع خضوعها في ذلك لرقابة القضاء الإداري ، غير أنه نظرا لصعوبة تحديد أفضل القرارات وأكثرها ملائمة ، فإن هذه النظرية تعرضت لنقد جانب من الفقه ، خاصة وأن الأخذ بها يجعل من القاضي رئيسا أعلى للإدارة فيخرجه عن حدود مهمته كقاضي مشروعية من جهة ويشل ويعيق فعالية العمل الإداري من أخرى.

**ب- النظرية الثانية:** وقوامها حتمية ووجوب التزام الإدارة بإصدار أفضل القرارات وأكثر ملائمة لكن دون أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء الإداري، وبالنظر لما تؤدي إليه هذه النظرية من وضع الأفراد بما فيها حقوقهم وحررياتهم تحت رحمة الإدارة لعدم إقترانها بأي جزاء قانوني أي التضحية بالحقوق والحرريات الشخصية لحساب فاعلية العمل الإداري، فلم تجد هذه النظرية قبولا وتعرضت لنقد جانب من الفقه كسابقتها.

**ج- النظرية الثالثة:** مفادها حتمية التزام الإدارة بنيل أقصى جهد لاتخاذ أفضل القرارات وأكثرها ملائمة، وأن هذا الإلتزام هو التزام قانوني، يخضع لرقابة القضاء في حالة الإخلال الواضح به، وهو ما يعني:

- التزام الإدارة بأن تدرس بعناية فائقة ظروف كل حالة على حدة للتوصل إلى أكثر القرارات ملائمة.

- إلتزام الإدارة ببذل أقصى جهدها لإتخاذ أكثر القرارات ملائمة وعليه فإن إتسام القرار بعدم الملائمة الظاهرة في التقدير، يعد إخلالا من الإدارة بالتزامها القانوني ببذل أقصى جهدها في دراسة ظروف كل حالة على حدة بهدف التوصل إلى أفضل القرارات وأكثرها ملائمة.

ومن الواضح أن هذه النظرية الأكثر قبولا في الفقه، لأنها تحقق توازنا معقولا ومنطقيا بين فاعلية العمل الإداري وضمنان حقوق وحرريات الأفراد، كما أنها تضم وتحوي المرونة اللازمة لممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، وبالتالي فهي النظرية الأقرب للتعبير عن جوهر فكرة الملائمة وفكرة التناسب من بعدها.

### ثانيا: رقابة التناسب - الرقابة على التناسب -

سنتناول في هذا الفرع ماهية الرقابة على التناسب وتطوره، إضافة إلى المصدر القانوني لهذه الرقابة والضوابط العملية لتطبيق التناسب على التقدير الإداري، مروراً بالرقابة على التناسب بين المشروعية والملائمة، ونخلص إلى طبيعة عدم التناسب والتطبيقات القضائية على هذه الرقابة في القضاء الجزائري.

**1- ماهية مبدأ التناسب وتطوره:****أ- مفهوم مبدأ التناسب:**

لم يستقر فقه القانون الإداري على تعريف واضح جامع وشامل للتناسب نظرا لخصوصيته، فهو على الرغم من بساطته ووضوح فهمه، إلا أنه شيء صعب تعريفه<sup>1</sup>. ويمكن على ضوء ذلك تحديد معنى التناسب في " الإصلاح القانوني " بوجه عام بأنه "تعبير عن الصلة التوافقية بين حالة معينة وأخرى مناظرة لها، نتيجتها توازن مقبول ومعقول بينهما".  
**فالتعريف العام للتناسب** يدور إذن حول عنصرين، أحدهما ثابت يشتمل على العلاقة بين طرفي قياس، والآخر متغير يتمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ولكن تبقى هناك خاصية مشتركة تجمع بينهما تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب كالمعقولية و التوازن و التناغم و الإنسجام، أو تصور مجرد سلبي كالمفرط و المغالي فيه و المتجاوز للحد، وبين هذين التصورين تتجسد أسقف التناسب بمعناه النسبي وليس الدقيق أو المطلق<sup>2</sup>.

أما في دراستنا هذه فسوف نتبع ونرجح جهة غالبية الفقه التي حددها بأنها علاقة بين **عنصري السبب والمحل**.

وعليه فالتناسب في مجال القرارات الإدارية، هو تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحلله أو هو إشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها. ويمكن أن ينشأ التناسب من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، كما يمكن أن ينشأ نتيجة للمنافع والأضرار ودرجة خطورة الحالة وأهمية الهدف الواجب الوصول إليه. وعليه فالتناسب فكرة من أفكار القانون الإداري، ويمكن تحليلها إلى عناصر ثلاث: وهي القرار الصادر، والحالة الواقعية، والغاية المستهدفة.  
**ب- تطور مبدأ التناسب :**

فقد استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على الإعراف للإدارة بسلطة تقدير الملائمة والتناسب في تصرفاتها القانونية دون تدخل القضاء في هذه الملائمة.

1- Philippe Xavie, le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle et administrative française, presse université d'aix Marseille, 1990, p7.

2- Philippe Xavie, op. Cit, P 9.

إلا أن القضاء سواء في فرنسا أو في مصر لم يلتزم بهذه القاعدة كما رأينا سابقاً، ورأى ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لإتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار، تأسيساً على أن " مبدأ التناسب " من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الإلتزام بها في تصرفاتها دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب، دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاضي للمشروعية. ويرى الفقه أن القضاء الإداري يطبق " مبدأ التناسب " على العديد من القرارات الإدارية ومنها قرارات الضبط الإداري غير أنه وفي سبيل ضبط الإصطلاحات والتمييز بين المبادئ العامة، فإن المبدأ الذي تخضع له قرارات الضبط الإداري هو " مبدأ ضرورة الإجراء أو لزومه "، وهو مبدأ يتجاوز حدود التناسب وأكثر إتساعاً منه .

وبالتالي فالميدان الرئيسي لتطبيق مبدأ التناسب في القضاء الإداري يتمثل في مجال القرارات التأديبية إلى جانب بعض الموضوعات الأخرى مثل تقدير كفاية الموظف العام وهذا ما يتجلى من خلال متابعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري.

وبما أن الملائمة بصفة عامة تعني التناسب بين سبب القرار و محله ففي المجال التأديبي تعني التناسب بين الذنب الإداري- السبب - و بين الجزاء و مقداره - المحل - ، أي يجب أن يتكافأ غلط العقوبة مع غلط الجريمة<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري المصري كان الأسبق في الأخذ " بمبدأ التناسب " في ميدان التأديب من خلال " نظرية الغلو في استعمال السلطة " وهذا ما سوف نتعرض إليه من خلال تطور مبدأ التناسب في القضاء الإداري الفرنسي ومن ثم القضاء المصري.

### \* في القضاء الإداري الفرنسي:

جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر وحتى وقت قريب على أن إختيار العقوبة المناسبة والملائمة للذنب الإداري ، من إطلاقات الإدارة التي لا تخضع فيها لرقابة القضاء أي كان يرفض الرقابة على التناسب بين العقوبة التأديبية مع المخالفة التي يرتكبها الموظف<sup>2</sup> ، بإستثناء الإنحراف بالسلطة أي يتأكد وبشكل واضح أن سلطة الإدارة الواسعة تقف عند حدود

1- نوفان العقيل العجارمة، سلطات تأديب الموظف العام-دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص141  
2- محمد بكر حسين، الغلو في توقيع الجزاء الاداري والرقابة القضائية-دراسة مقارنة-، مكتبة السعادة طنطا، 1991، ص23.

تحقيق المصلحة العامة و لا تتعداها ، إضافة إلى أن المجلس كان يبسط رقابته على الأسباب التي قام عليها الجزاء التأديبي ويقضي ببطلان القرار التأديبي الصادر بالجزاء إذا لم يكن مسببا<sup>1</sup>. ولكن الإتجاه الحديث لقضاء مجلس الدولة الفرنسي أخضع مدى ملائمة الجزاء التأديبي مع الذنب الإداري المقترف لرقابته وهذا من خلال التعديل في أحكامه الحديثة مستعينا " بنظرية الخطأ الظاهر " في المجال التأديبي.

ولقد لعب القضاء المدني الفرنسي دورا في تطوير قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، فقد كان القضاء المدني في رقابته للجزاءات التي توقع على العمال اللذين ينطبق عليهم القانون الخاص ، يكتفي برقابة شرعية العقوبة دون الخوض في ملائمة الجزاء مع الذنب.

وهكذا تعددت واضطردت أحكام " مجلس الدولة الفرنسي " في هذا المجال وعلى نفس المنهج مع تأييد الفقه للملائمة ، وبات يمكن إلغاء القرار الإداري التأديبي الذي يحل بهذا التناسب ليس بسبب الخطأ الظاهر في التقدير و لكن لسبب الخطأ في القانون ، حيث أصبح التكليف القانوني لخطورة " العقوبة التأديبية وليس فقط " المخالفة التأديبية " خاضعا لرقابة القاضي الإداري و هو ما يعني حقيقة الرقابة على الملائمة .

### \*في القضاء الإداري المصري:

أما موقف قضاء مجلس الدولة المصري فقد تطورت سياسته منتهيا هو الآخر بالأخذ بمبدأ الملائمة، حيث تم " إرساء قضاء الغلو " في مجال العقوبة التأديبية وكان سابقا فيه لقضاء مجلس الدولة الفرنسي كما أشرنا سابقا . ففي بادئ الأمر سلكت " محكمة القضاء الإداري " ذات النهج الذي سبق وأن سلكه " مجلس الدولة الفرنسي " ، حيث قضت بأن إختيار العقوبة الملائمة للذنب الإداري المقترف هو من إطلاقات الإدارة ، والتي لا تخضع فيها لرقابة القضاء ، وأن رقابتها تقتصر على بحث مدى مطابقة تلك القرارات للقوانين واللوائح و لا تمتد إلى مسألة الملائمة طالما ثبت لديها أن العقوبة هي إحدى العقوبات الواردة على سبيل الحصر في القانون<sup>2</sup>.

وبعد إنشاء " المحكمة الإدارية العليا " ففي بادئ الأمر ، سارت هي التالية على ذات النهج الذي سلكته " محكمة القضاء الإداري " ، حيث أرست قاعدة عامة ، مفادها أن للسلطة التأديبية الحرية الكاملة في تقدير خطورة الذنب الإداري وإختيارها ما يناسبه من جزاء في حدود النصاب

1 - نوفان العقيل العجامة، المرجع السابق، ص79.

2 - المرجع نفسه، ص145.

القانوني<sup>1</sup> ، ولكن نظرا لخطورة إطلاق سلطة الإدارة التقديرية في توقيع الجزاءات التأديبية لما تمثله نوعية هذه القرارات من حساسية خاصة ، لإتصالها بشكل مباشر بمصالح جوهرية للموظفين<sup>2</sup>، وإسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطتها التأديبية مع التفاوت الكبير بين الجزاءات التأديبية ونوع المخالفات التأديبية فكان أن رأّت " المحكمة الإدارية العليا " الأخذ بمبدأ أن عدم التناسب " بين المخالفة التأديبية و الجزاء الموقع عليها هو مخالفة نشوب قرار التأديب وتوجب إلغائه ، باعتباره من مقتضيات العدالة وإقامة التوازن بين إعتبارات الصالح العام وصالح الموظف<sup>3</sup>. وعلى الرغم من إختلاف الفقه بين مؤيد و معارض<sup>4</sup> " لقضاء المحكمة العليا " إلا أن أحكام القضاء اضطرت على الأخذ " بنظرية الغلو "

وتجدر الإشارة أن النظرية الغلو المصرية كما لنظرية الخطأ الظاهر أو البين الفرنسية، وجهين: فإما أن يكون عدم التناسب ناجما عن الإفراط في الشدة والقسوة، أو يكون ناجما عن التساهل أو الإمعان بالرأفة والشفقة .

ومن التطبيقات القضائية للوجه الثاني ما قضت به " المحكمة الإدارية العليا " في حكمها الصادر بتاريخ 11 مارس 1973 -بالطعن رقم 811، المجموعة ، السنة 13 ، ص 304- بعدم ملائمة الجزاء الموقع على صراف أحد البنوك ، من المحكمة التأديبية بخفض راتبه فقط ، رغم إرتكابه الأفعال التي ثبتت بحقه والتي أدت إلى إحداث فوضى بفرع البنك ، ولهذا فقد عدلت المحكمة الجزاء من خفض الراتب إلى عقوبة الفصل من الخدمة<sup>5</sup>.

## 2- المصدر القانوني لرقابة التناسب و الضوابط العملية لتطبيقها

### 1- المصدر القانوني لرقابة التناسب:

تعد المبادئ العامة للقانون من أهم القواعد القانونية التي يعود الفضل للقضاء الإداري في إبرازها وإحاقها ضمن منظومة القانوني الوضعي، والتي تبرز عن طريق الدور الإنشائي الخلاق للقاضي الإداري من حالة السكون إلى حالة الحركة، وتنفيذ بمقتضى ذلك إلى ساحة القواعد القانونية

1 - نوفان العقيل العجارمة ، المرجع السابق، ص145-146.

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه، المرجع السابق، ص170.

3 - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص261.

4 - للتفصيل انظر: محمد بكر حسين، المرجع السابق، ص53 وما بعدها.

5 - نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص147.

الوضعية بقوة ضاربة لتضفي على المصادر الرسمية للقانون الإداري مزيداً من المرونة والتطور ، ولهذا إعتبارها الأستاذ ريفيرو أنها أحد أصول القانون الإداري .

وعليه يمكن تعريف المبادئ العامة للقانون من زاوية القانون الإداري بأنها مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستخلصها القاضي الإداري من مجموع النظام القانوني السائد في المجتمع ومن ثم يدخلها إلى دائرة القانون الوضعي ، لتكون بذلك قاعدة قانونية وضعية ، تتسم بالعمومية والتجريد ، تلتزم الإدارة بإحترامها بإعتبارها أحد مصادر المشروعية الإدارية ، وقد تكون هذه المبادئ خاصة بدولة معينة ، أو بمجموعة معينة من الدول تعكس القيم القانونية السائدة فيها كما قد تكون هذه المبادئ مشتركة بين النظم القانونية للدول جميعاً مثل " فكرة المساواة"<sup>1</sup>.

ومن المسلم به في الفقه والقضاء على أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بالقوة الإلزامية، بإعتبارها من القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة، وتتدخل ضمن كتلة المشروعية الإدارية ، غير أن الفقه اختلف حول تحديد المرتبة القانونية لهذه المبادئ في سلم تدرج القواعد القانونية حيث إعتبرها :

- فريق أول من الفقه في مرتبة القواعد الدستورية.
- بينما وضعها فريق ثاني في مرتبة وسط بين الدستور والقانون، إذ تعلو على قوة القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور<sup>2</sup>.
- وجعلها فريق ثالث في نفس مرتبة القانون العادي<sup>3</sup>.
- في حين عدها فريق رابع في مركز وسط بين القانون والتنظيم - اللائحة - أي مرتبة أعلى من التنظيم وأدنى من القانون<sup>4</sup>.
- وميز فريق آخر بين ما إذا كانت هذه المبادئ مستمدة من مجموع القواعد الدستورية، وبين ما إذا كانت مستخلصة من روح التشريع العام، حيث إعتبرها في الحالة الأولى مماثلة في قوتها للقواعد الدستورية، وإعتبرها في الحالة الثانية مماثلة لقوة القانون.

1- محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، الدار الحامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص 15 وما بعدها.

2 - مصطفى ابو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 735.

3 - محمود حافظ، المرجع السابق، ص 40.

4 - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 154 وما بعدها.

والرأي الراجح في الفقه والقضاء الإداريين، سواء في فرنسا أو في مصر هو ما ذهب إليه الفريق الثالث، الذي جعل المبادئ العامة للقانون في مرتبة وقوة القانون العادي في سلم تدرج القواعد القانونية<sup>1</sup>.

ونخلص إلى أنه على الإدارة الإلتزام بمقتضى هذه المبادئ فيما تقوم به من أعمال قانونية أو مادية في مختلف أوجه نشاطها ، باعتبار أن هذه المبادئ تعد مصدرا من مصادر المشروعية الإدارية ، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية الأخرى التي تشكل " كتلة المشروعية الإدارية " ، فإذا ما خرجت عنها الإدارة وقع عملها في دائرة عدم المشروعية ، وهكذا يمكن القول بأن فكرة التناسب التي ابتدعتها القضاء الإداري من خلال دوره الفعال في إنشاء قواعد القانون الإداري ، ترتد في جذورها إلى فكرة المساواة القانونية بما تعنيه من حماية قانونية متكافئة في مواجهة التمييز الذي ينقصه التبرير الموضوعي وعليه يمكن القول بأن التناسب مبدأ فرعي مشتق من مبدأ أعم وأشمل هو مبدأ المساواة أمام القانون بمفهومه المرن لا الجامد الذي يقيم تناسبا معقولا مرنا وليس دقيقا جامدا ، وبالتالي يندرج التناسب ضمن كتلة قواعد المشروعية الإدارية لا بوصفه نصا قانونيا ، وإنما باعتباره أحد مكونات نظرية المبادئ العامة للقانون التي تتشكل باستمرار و تساهم في تطوير أحكام القانون الإداري لتضمن مسايرته لما يستجد في الحياة الإدارية .

#### ب - الضوابط العملية لتطبيق مبدأ التناسب على التقدير الإداري:

باعتبار أن السلطة التقديرية للإدارة، حتى وإن تعلقت بجانب من جوانب الملائمة في العمل الإداري، فإنها غير معصومة من رقابة القضاء الذي تقتصر مهمته على التأكد بأن ممارسته تلك السلطة قد نمت في إطار حدود المشروعية، وقد أشار الفقه إلى هذه الحدود التي وضعها القضاء بهذا الصدد ونوجزها فيما يأتي<sup>2</sup>:

- **الحد الأقصى للمعقولة:** ومؤدى ذلك أن المنطق يتطلب من الإدارة وهي تمارس سلطتها التقديرية ألا تتجاوز أقصى الحدود المعقولة، وهذه الحدود المعقولة تصبح بفعل فكرة التناسب التي تقوم على تحقيق التوازن بين فاعلية العمل الإداري وحقوق الأفراد حدودا قانونية للسلطة التقديرية.

- **مبدأ حسن الإدارة:** وهذا المبدأ يعتبر تطبيقا لقاعدة تتعلق بأخلاقيات الإدارة، بحيث إذا كان يمكن إتخاذ القرار الإداري بإجراء أكثر يسرا وأقل إفراطا وتشددا، فإن إتخاذه بإجراء أكثر عسرا

1 - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص257.

2 - محمد عصفور، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابداع، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957، ص118.

وأشد إفراطاً وتشدداً ، من شأنه جعل القرار غير مناسب لعدم الملائمة الظاهرة أو الخطأ الظاهر في التقدير الذي يشوبه<sup>1</sup>.

- مبدأ المساواة: ومفاده أن تمارس الإدارة سلطتها التقديرية بطريقة موحدة لا تمايز فيها بين الحالات المتماثلة، دون أن يعني ذلك تحقيق مساواة حسابية وإنما مساواة فعلية ، تأخذ بالإعتبار عناصر التفاوت بين الحالات المختلفة بما يصاحبها من تنوع في الظروف و الملابسات .

وهذه باختصار الضوابط العملية التي فرضها القضاء الإداري لتطبق فكرة التناسب على التقدير الإداري بإعتبارها حد جديداً على السلطة التقديرية للإدارة.

### 3 - التناسب بين المشروعية والملائمة:

يكاد يجمع فقه القانون الإداري بأن " القاعدة العامة " في رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة هي رقابة مشروعية في نطاق قضاء الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة كما يطلق عليها في فرنسا ، أي أنها تقتصر على فحص مشروعية القرارات الإدارية ، وتقرير موافقتها أو عدم موافقتها لقواعد القانون ، والتي تشكل كتلة المشروعية الإدارية - المذكورة سابقاً- وذلك دون أن تمتد هذه الرقابة الى بحث مدى ملائمة تلك القرارات ، لعدم جواز تدخل القاضي في جوانب الملائمة المتروكة لتقدير الإدارة وحدها ، ومقتضى هذه القاعدة وكما أشرنا سابقاً أنه يجب على القاضي الإداري الإمتناع عن مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية و خطورة الوقائع التي إستندت إليها كسبب لقرارها ، ومدى التناسب بين هذا السبب والاجراء المتخذ على أساسه ، إذ أن القاضي الإداري إذا فعل ذلك ، فإنه يكون قد مارس أحد إختصاصات الإدارة و يصبح هنا رئيساً أعلى للإدارة من جهة وبالتالي تعارض رقابة الملائمة مع مبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى . وهذا " لإعتبارين " دفعا ببعض الفقه الى القول بتعارض الملائمة مع مبدأ الفصل بين السلطات، وهما النظرة الجامدة للمبدأ أولاً ، والتي تفسره تفسيراً ضيقاً ، والتشكيك في قدرة القاضي على القيام بهذه الرقابة ثانياً<sup>2</sup>. ومن خلال ذلك تظهر لنا أن الحدود الفاصلة بين نطاق المشروعية ونطاق الملائمة، ليست ثابتة وإنما متحركة<sup>3</sup> ، تدفعها قوة القضاء الإداري ، بفعل مرونته واستجابته السريعة لمتطلبات

1 - محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص73.

2 -حاجة عبد العال، المذكرة السابقة، ص 90.

3 - محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 132.

الحياة الإدارية بما فيها من مستجدات وتطورات ، وهذا ما عبر عنه البعض بقولهم أن رقابة قاضي الإلغاء في حالة مد ، تقابلها حالة جزر للسلطة التقديرية لرجل الإدارة .

كما نضيف أيضا ردا على الإعتبارين السابقين واللذين دفعا ببعض الفقه إلى القول بتعارض الملائمة مع مبدأ الفصل بين السلطات، غير أن غالبية الفقه يرى العكس أي بأنه لا يوجد تعارض بين الملائمة ومبدأ الفصل بين السلطات ونحن نتفق معهم في ذلك .

وعليه وما يستتبط أخيرا، لما كان التناسب، هو أحد جوانب الملائمة في القرار الإداري ، و التي تتمثل في تقدير وجوب التدخل أو الإمتناع ، و إختيار وقت هذا التدخل ، و أخيرا تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة و أهمية السبب ، فإن التناسب بهذه المثابة يكون واحدا من الجوانب المذكورة التي تقوم عليها الملائمة ، والذي أدمج وأضيف عن طريق القضاء في نطاق المشروعية ، وذلك لتحقيق التوازن بين إعتبرات فاعلية الإدارة من جهة ، وبين مقتضيات ضمان حقوق وحرية الأفراد من جهة أخرى .

وهكذا تم إلحاق التناسب، الذي يعد أحد جوانب الملائمة ، بنطاق المشروعية كشرط من شروط مشروعية القرار الإداري ، ومن ثم خضوعه لرقابة المشروعية التي يمارسها القضاء الإداري على أعمال الإدارة .

#### 4 - طبيعة عيب عدم التناسب:

لعل أن الخلاف الحقيقي في شأن " رقابة التناسب " أو " قضاء الغلو " كما يسميه الفقه المصري، إنما يكمن في تحديد الطبيعة القانونية لعيب عدم التناسب أو كما يقول الفقه المصري بشأنها " التكييف القانوني لقضاء الغلو " وبمعنى آخر تحديد موطن العيب الذي يعتري القرار الإداري المشوب بعيب عدم التناسب أو الغلو. وعليه فهناك من يرى أن عدم التناسب هو ذاته عيب إساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بها -أي يتصل بعيب الغاية-، بينما ذهب رأي آخر على أنه يدخل في نطاق الرقابة على السبب -أي يتصل بعنصر السبب-، واتجه رأي ثالث إلى ربط عيب عدم التناسب بعنصر المحل أي عيب مخالفة القانون.

#### الفرع الثاني: رقابة الخطأ الظاهر (نظرية الخطأ البين)

" L'appréciation D'erreur Manifeste "

رغم القيود التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي ونظيره المصري للحد من السلطة التقديرية للإدارة إلا أنها لم تكن في الواقع قيودا كافية، إذا بقيت حالات كثيرة وهامة تدخل من مطلق حرية تقدير الإدارة حيث تباشرها دون أية رقابة عليها من جانب القضاء.

وإن كانت القيود التي درسناها سابقا كافية وتتلاءم مع المنازعات التي تثور في المجالات التقديرية كالمنازعات الوطنية العامة و الضبط الإداري و الإجراءات التأديبية إلا أنها لم تعد تتلائم وحدها مع المنازعات التي تثور في المجالات الحديثة كالمجالات الاقتصادية و الاجتماعية والبيئية و العمرانية ، وهذا لإتسامها بالمرونة و الحيوية و بسرعة التغيير بحيث تتمتع الإدارة في مواجهتها بحرية أوسع وسلطة أكبر في التقدير و التقييم فكما يقال " كلما تطورت و توسعت سلطة القاضي في رقابة السلطة التقديرية كلما اتسعت و تغيرت مجالات توسع هذه السلطة "<sup>1</sup> مما جعل مجلس الدولة الفرنسي يجتهد أكثر وخلص في الأخير إلى خلق نظريتين لتجسيد مبدأ التناسب . و بداية نتطرق إلى أولى النظريتين و هي نظرية الخطأ الواضح.

### أولا : مفهوم وتطور النظرية

#### 1-نشأة وتطور نظرية الخطأ الظاهر:

نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لم تظهر فجأة مرة واحدة في قضاء "مجلس الدولة الفرنسي"، وإنما تم التمهيد لها وتطبيقها تدريجيا حتى شملت مجالات عديدة من أوجه النشاط الإداري في تطورها الأخير، بل أن القضاء الدستوري<sup>2</sup> قد إستعارها وطبقها في ميدان الرقابة الدستورية على أعمال السلطة التشريعية .

ويشير الفقه إلى أن بوادر ظهور هذه النظرية قد بدأت منذ عام 1953 مع توسع القضاء الإداري في بسط رقابته على الوجود المادي للوقائع ، واشترط أن تلتزم الإدارة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال التي تكفل لها صحة تقديرها لملائمة قرارها الإداري ، وأن تجر به بروح موضوعية بعيدا عن البواعث الشخصية ، وبشرط أن يتوافر لديها العناصر اللازمة لإجرائه<sup>3</sup> ، وبحلول عام 1960 بدأت فكرة الخطأ الظاهر في تقدير تظهر تلميحا أو ضمنا في أحكام " مجلس

1 - العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، العدد الثامن، 2008، ص 121 - 122.

2 - لتفصيل أكثر حول الأخذ بنظرية الخطأ الظاهر في القضاء الدستوري أنظر: - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 341-342.

3 - Pacteau ( B ) , op. cit. , P236 .

الدولة " حيث أوضح مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ 2 مارس 1960 في قضية " جيسبرث -Gesbert- " بعدم وجود خطأ ظاهر في التقدير من قبل الإدارة " .

وقد قيل أن هذه الفترة فترة الستينات بداية من 1961 بدأ فيها الدور التقليدي لفكرة الخطأ الظاهر ( الغلط البين ) ، عندما اتجه " مجلس الدولة الفرنسي " إلى فرض رقابته على التكيف القانوني للوقائع في حالات التي كانت مستثناة في قضائه من ذلك ، كما هو الشأن بالنسبة لمجموعة قرارات الضبط الإداري العليا والمتصلة بسلامة أمن الدولة و المحافظة عليها ، ومجموعة القرارات ذات الطابع العلمي و الفني المعقد والسالفين الذكر في مطلب الرقابة على التكيف القانوني للوقائع وهذا في ظل الرقابة العادية المفروضة على عنصر السبب. وقد سميت في هذه الحالة برقابة " الخطأ الظاهر في تكيف الوقائع " أو رقابة الخطأ الواضح أو الجسيم في تكيف الوقائع "le contrôle de l'erreur manifeste de qualification des fait"<sup>1</sup>

ومع التدعيم القضائي المستمر لنظرية الخطأ الظاهر ( الغلط البين ) أدى بها إلى تجاوز و تخطي مرحلة الدور التقليدي ، إذ مد " مجلس الدولة الفرنسي " سياسته القضائية المنتهجة تطبيق هذه النظرية الى مجال آخر كان محجوبا عن رقابته كأصل عام لتنفيذ في الأخير إلى صميم التقدير الإداري نفسه أي ما يتعلق بتقدير أو تقييم مدى أهمية و خطورة الوقائع التي تدعيها الإدارة وما إذا كانت تبرر القرار من عدمه ، ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها ، والتي كان يتمتع القاضي الإداري - كقاعدة عامة- عن أعمال رقابته في خصوصها. وقد أطلق على هذا الوجه الجديد أو هذه الحالة " رقابة الخطأ الظاهر في التقييم "le contrôle manifeste d'application"<sup>2</sup>

وغدت هذه الرقابة من النظريات المستقرة فقها وقضاء في فرنسا بالرغم من الخلط بينها و بين بعض المبادئ العامة للقانون التي أسلفنا دراستها مثل مبدأ التناسب بين عنصري السبب و المحل والمبدأ أو النظرية التي سوف نتطرق إليها لاحقا وهي نظرية أو مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار .

وحيث إمتد نطاق تطبيق هذه النظرية إلى كافة الميادين واستقرت أحكام " مجلس الدولة الفرنسي " على الأخذ بمبدأ الخطأ الظاهر في التقدير وطبقه في جميع المجالات مثل تقدير الإشهار الطبي أو في مجال السياسة الاقتصادية ، فأن " مجلس الدولة المصري " كان له فضل السبق في

1 - العربي زروق، المرجع السابق، ص 123

2- المرجع نفسه، ص 123.

تطبيق نظرية الخطأ الظاهر في أحد مجالات النشاط الإداري ألا وهو مجال التأديب فيما أطلق عليه تسمية " قضاء الغلو " سواء في الشدة أو اللين ، على إثر الحكم الشهير الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 1961 في الطعن رقم (7/563 ق) والمشار إليه في مطلب رقابة التناسب ، غير أنه لم يتم بتعميم تطبيقها على سائر مجالات النشاط الإداري الأخرى حينها.

ومن الملاحظ هنا أن نشأة هذه النظرية وتطورها في فرنسا مرتبط بتطور الرقابة على الوقائع في دعوى الإلغاء إذا لم تقف الرقابة على الوقائع عن حد رقابة صحة وجودها المادي ، فانتسعت لرقابة التكيف القانوني لها مع استثناء بعض الحالات من رقابة هذه الأخيرة ، وصولاً إلى فرض الرقابة على التقدير الإداري بذاته لهذه الوقائع بل وإختيارها لقراراتها أيضاً مزيلاً لكل الإستثناءات السابقة فتشكلت أخيراً نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

ونتيجة لهذا التطور القضائي ، أصبح " الخطأ الظاهر في التقدير " يستخدم في أحكام القضاء الإداري إلى جانب الخطأ في الوقائع و الخطأ في القانون و تجاوز السلطة حيث يستخدم مجلس الدولة الفرنسي في الغالب التعبير الأتي " إذا مارست السلطة الإدارية المختصة حرية تقدير أعمالها في حالة تمتعها بالسلطة التقديرية ، فإن القرارات التي تتخذها يجب أن لا يشوبها إنعدام للوجود المادي للوقائع ، أو خطأ في القانون ، أو خطأ ظاهر في التقدير ، أو انحراف في السلطة"<sup>1</sup>، وهذا ما صاغه " مجلس الدولة الفرنسي " في أحد أحكامه الصادرة بتاريخ 1979/3/23 في قضية "société coopérative de production"

واستخدم القضاء الإداري المصري تعبير "عدم الملائمة الظاهر" في أحكامه بدلاً من الخطأ الظاهر في التقدير، وذلك للدلالة على عدم مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بتأديب الموظفين<sup>2</sup>، وهذا كان سواء في صياغة أحكام " محكمة القضاء الإداري " وأحكام " المحكمة الإدارية العليا " بعد تأسيسها ونشير إلى أحد أحكام هذه الأخيرة في حكمها الصادر بتاريخ 5 جانفي 1963 - قضية (8 ق / 987)، ص 450 - حيث قضت بتعبيرها الأتي " .... تقدير العقوبة للذنب الإداري الذي ثبت حق الموظف، هو أيضاً من سلطة الإدارة لا رقابة للقضاء فيه عليها، إلا إذا اتسم بعدم الملائمة الظاهرة، أي سوء استعمال السلطة"<sup>3</sup>.

1 - مصلح الصرايرة، المرجع السابق، ص 178.

أنظر أيضاً: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 335.

2 - سامي جمال الدين، المرجع السابق ، ص 339.

3 - مصلح الصرايرة، المرجع السابق، ص 179.

## 2 - مفهوم نظرية الخطأ الظاهر

وبعد أن اتضحت فكرة الخطأ الظاهر على أنها نظرية عامة في الرقابة على مختلف الأعمال القانونية التي تجريها الإدارة بناء على سلطتها التقديرية، فما هو إذا مفهوم الخطأ الظاهر؟ وكيف تتحقق به الرقابة على التناسب في القرار الإداري؟

لم تورد أحكام " مجلس الدولة الفرنسي " تعريفاً للخطأ الظاهر " ، واكتفت بالإشارة إلى الفكرة التي يقوم عليها ، بترديد بعض عبارات أصبحت شبه مستقرة ، مفادها أن تقدير الإدارة في هذا الشأن أو ذاك ، لا يكون خاضعاً لرقابة القاضي الإداري إلا إذا قام على وقائع مادية غير موجودة ، أو شابه خطأ في القانون ، أو إنحراف في السلطة ، أو بني على غلط بين أو خطأ ظاهر ، وذلك دون أي محاولة مباشرة من المجلس تذكر لتحديد ماهية وتعريف الخطأ الظاهر .

وبناء على ذلك تصدى الفقه الإداري لتعريف الخطأ الظاهر ، فعرّفه الأستاذان أوبي و دراجو - Auby et Drago - " بأنه إجراء يهدف إلى توسيع مجال رقابة الحد الأدنى الذي يعد الإطار الذي تنحصر فيه رقابة القاضي ، ويقع الخطأ الظاهر ضمن مجال متطور في الرقابة يهدف إلى الحد من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة ، يشكل إجراء مرناً لرقابة الحد الأدنى بأن تمتد لتشمل الرقابة على التكيف القانوني للوقائع في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بالسلطة التقديرية " ، ويشترط الفقيهان بأنه حتى يكون الخطأ ظاهراً " يجب أن يكون جسيماً و فاحشاً و بيناً في التقدير يسمح للقاضي بالرقابة على التكيف القانوني للوقائع حتى لا يتصف القضاء بإنكار العدالة في حالة إقتصاره على رقابة الحد الأدنى "1.

ويفهم من تعريف الأستاذان بأن الخطأ الواضح أو الجسيم والخطير هو الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون.

كما عرّفه الأستاذان فيدل وديفولفيه "Vedel et Delvolve" بأنه " الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه، ومن أول وهلة، وهو خطأ ظاهر للعيان دون الحاجة إلى الإستعانة بأهل الخبرة في إكتشافه"2.

ويلاحظ أن هذين التعريفين السابقين إعتدما على المعنى اللغوي كأساس لتعريف الخطأ الظاهر بإبراز صفات هذا الخطأ دون التمعن في مضمونه ، لهذا إتجه جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى

1 - محمد متولي صبحي، حدود رقابة قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 18، العدد 02، 1974، ص403 - 404

2- Vedel (G) et Delvolve (P)، Droit administratif، Paris، P.U.F. ، 1982 ، P 800.

تعريفه معتمدا الطابع الموضوعي في تعريفه حيث ذهب مفوض الحكومة الأستاذ بودوين - Boudouin- في تقريره المقدم في قضية "Sieur Guy" إلى القول بأنه " لا ينبغي البحث عن معيار الخطأ الظاهر في مدى هذا الخطأ أو خطورته و لا حتى في كونه حدث بارز و ظاهر ، وإنما يجب أن يجري البحث عن هذا المعيار في إطار درجة عدم الانضباط و عدم الكفاية بالنسبة للعوامل الأخرى التي كانت تحت نظرة الإدارة عند إجراء تقديرها"<sup>1</sup>.

ويلاحظ من هذه التعاريف السابقة أن صياغتها تتسم بنوع من المرونة الموضوعية مقارنة بالتعريفات السابقة التي تعرض إليها الفقه الفرنسي.

وتجدر الإشارة إلى أنه بمقتضى الأخذ بهذه النظرية، إتسع مفهومي الحد الأدنى والحد العادي الطبيعي للرقابة على أعمال الإدارة ليضاف إليهما عنصر جديد، ألا وهو " وجود غلط بين في التقدير " والذي أعتبر بمثابة أقصى صور الرقابة على الوقائع، وهذا رأي الأستاذ دارجو الذي يستنتج من خلال تعريفه لنظرية الخطأ الظاهر .

إلا أن الواقع غير الذي ذهب إليه دارجو، بل تدخل في الرقابة الأدنى من جانب القاضي الإداري إذ يعد الخطأ الظاهر معيارا قانونيا يتضمن تغييرا في السياسة القضائية ، ويجب أن يستخدم بحذر لأن القاضي الإداري مطالب بالبقاء في مجال رقابة الحد الأدنى ، و إلا سوف يقع التناقض، وهذا ما يراه الفقيه أودنت - Odent- " رقابة على ملائمة قرار ، ويرفض رقابة التكيف القانوني"<sup>2</sup> ، وبهذا أصبحت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، عنصر أساسيا من عناصر القدر الأدنى للرقابة ، ذلك القدر الذي يراقبه القاضي الإداري في كل دعوى ترفع أمامه ، أيا كانت طبيعتها وأيا كان موضوعها .

وعليه فالخطأ الظاهر بهذه المثابة ، هو الأداة الفنية التي يتوسل بها القضاء الإداري في ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ، فيما يتعلق بعنصري السبب و المحل في القرار الإداري ، ومما تقدم عرضه يتبين أن نظرية الخطأ الظاهر ، هي إحدى الوسائل الفنية لمباشرة القضاء الإداري رقابته على التناسب والتي ابتكرها " مجلس الدولة الفرنسي " لمواجهة حالات الإخلال الواضح في التقدير الذي تمارسه الإدارة في مختلف مجالات نشاطها الإداري ، و بالتالي فهي تتصل بمجال الملائمة ، حيث تنصب الرقابة التي تجسدها النظرية على ملائمة التقدير

1- Boudouin Concl. Sous l'affaire Guye, C.E. 6 Novembre 1970, R.D.P., 1971, P 517.

2- Odent(M),contentieux administratif,1970-1971,P1572

الإداري ، ومن ثم فإنه يمكن إسناد الخطأ الظاهر إلى مبدأ التناسب وهذا ما ذهب إليه الأستاذ شانتا "chanta"<sup>1</sup>، كذلك هذه النظرية تجيز للقاضي الإداري التأكد من أن القرار المتخذ لا يحتوي عبر الروابط بين جوانبه التقديرية ، عن تباين أو خلل شديد ، يمكن أن يتبينه شخص متوسط الذكاء ، فهو ينص على تقدير وقائع القرار ، أو بعبارة أخرى مطابقة موجبات الوقائع إلى أسباب القانون ، وهذا يشمل محل القرار ، أيضا من المحتمل غايته عندما تنص على ذلك قاعدة قانونية ، غير أنه ليست الملائمة أو المطابقة هي التي تفتح باب رقابة الخطأ الظاهر، وإنما التباين والإختلال بين الموقف الفعلي ومبررات القرار ومن ثمة فإن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير هي التعبير عن رقابة التناسب في شكلها السلبي الأكثر مرونة ، أي الخطأ و التباين الظاهر<sup>2</sup>. وما يفهم هنا فالخطأ الظاهر بمثابة الميزان في رقابة التناسب على السلطة التقديرية للإدارة. وهكذا يمكن أن نخلص بأن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إتخذها القضاء الإداري كأداة فنية يتوسل بها في بسط رقابته على التناسب في القرار، و وسع نطاق تطبيقها ليشمل أغلبية الميادين المختلفة من النشاط الإداري .

## ثانيا: خصائص ومضمون نظرية الخطأ الواضح

### 1- خصائص الخطأ الظاهر في التقدير:

يستخدم القضاء الإدارية نظرية الخطأ الظاهر في التقدير كأحد أنماط الرقابة القضائية على جوانب التقدير الإداري ، بهدف تقسيم هذا التقدير ، و وضع حد للتحكم في إجراءاته ، قوامه ألا يكون ذلك التقدير مشوبا بخطأ ظاهر ، وإن دل هذا على شيء فإنه يدل على أن سلامة تقدير السلطة الإدارية مرهون بأن لا يكون تقديرها مغاليا فيه وظاهر الخطأ ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا جاء ذلك التقدير غير مشوب " بدرجة واضحة من التفاوت الصارخ أو الجسيم " ، وعليه فهاتين التسميتين : " الوضوح " و " التفاوت الصارخ أو الجسيم " ، هما خاصيتي نظرية الخطأ الظاهر .

ا- **خاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم:**

فمن خلال ما سبق نستنبط أن التفاوت الصارخ يتحقق كلما انتفي أو استبعد التوافق أو التوازن أو التعادل بين عناصر التقدير في العمل القانوني العام للإدارة ، وهو ما يقود بشكل آلي إلى عدم التناسب غير ذلك لا يعني لزوم تحقق التوافق التام أو الكامل ، إذ أن هناك قدرا من التفاوت مسموح به ، وهو بالطبع القدر الذي لا يكون صارخا أو جسيما ، فخاصية التفاوت الصارخ أو

1- Braiban(G),Op.cit,P302-304.

2- Philippe,Xavier,Op.cit,P166.

الجسيم تتجسد في بلوغ الخطأ في التقدير أو عدم التناسب درجة من الجسامة تفوق درجة الخطأ البسيط الذي يكمن التفاضلي عنه ، أي أن يصل هذا التفاوت في التقدير درجة غير عادية يمكن أن يتبينها شخص متوسط الذكاء .

وعليه يكون التفاوت الصارخ أو الجسيم بذلك، خاصة ملازمة للخطأ الظاهر في التقدير بإعتبار أن هذا الخطأ يجسد وضع إستثنائي غير عادي ، يتعين أن يتسم التفاوت فيه بقدر من الجسامة يجعله صارخا وجسيما ، ويتجاوز الحدود وكما يقال بما تأباه الفطرة السليمة .

### ب- خاصة الظهور و الوضوح:

خاصية الظهور والوضوح في نظرية الخطأ الظاهر وإن كان من الممكن أن تغني عنها في بعض الحالات خاصة التفاوت الصارخ أو الجسيم، بحيث تعتبر الجسامة في تفاوت التقدير الإداري ، كافية وحدها للدلالة على وقوع خطأ ظاهر في التقدير ، إلا أن خاصة الظهور والوضوح قد تساعد القاضي الإداري ، على اكتشاف تلك الجسامة من أول وهلة و نظرة ، إضافة إلى سرعة التوصل إلى أن هناك تباين أو تفاوت أو عدم تناسب في التقدير<sup>1</sup> ، وهذا دون حاجة لإجراء تحقيق تكميلي أو بحث متعمق لملف الدعوى .

فخاصية الظهور والوضوح تشير إلى ضرورة أن يكون الخطأ في التقدير أو عدم التناسب جليا بينا، يستطيع أن يدركه بوضوح ودون جهد الشخص العادي لا أكثر، فهو بمثابة الجرم المشهود على حد تفسير بعض الفقه، ومع هذا فإنه لا يمكن إستبعاد هذه الخاصة كلية من النظرية والإكتفاء بخاصية التفاوت الصارخ أو الجسيم ، إذ لا تلازم بينهما في جميع الأحوال ، ولكن في نفس الوقت لا تعارض جلي بينهما<sup>2</sup>.

وعليه يتضح لنا مما تقدم أن خاصة " صراحة أو جسامة التفاوت " هي الخاصة الأساسية والأصلية في نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وأن " خاصة الظهور و الوضوح " تعد خاصة تبعية و مكملة للخاصية الأولى في النظرية.

### 2- مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تتيح نظرية الخطأ الظاهر في التقدير للقاضي الإداري من خلال ممارسة رقابته على تناسب العمل الإداري من التحقق من أن القرار الذي إتخذته الإدارة لا يحتوي عبر الروابط بين عناصره

1 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق ، ص 118 .

2 - يحي الجمل، المرجع السابق ، ص 444 .

الداخلية (أي السبب و المحل و إحتماية الغرض) على خطأ واضح جلي يمكن أن يدركه دون جهد الشخص العادي متوسط الذكاء كما تنصب رقابة الخطأ الظاهر التي يباشرها القاضي الإداري على التحقق من معقولية تقدير الإدارة " لأهمية الوقائع " التي بنيت عليه قرارها مقارنة بمضمون القرار ، أي مدى مطابقة موجبات الوقائع مع أسباب القانون و هذا لا يقتصر على قيام التناسب بين محل القرار و سببه فحسب ، باعتبار أن المحل ينبع عن الأسباب و يجب أن يطابقها ، وإنما قد يمتد أيضا إلى غرض القرار وغايته عندما تنص على ذلك قواعد قانونية<sup>1</sup>.

وكما أشرنا سابقا، ليست المطابقة أو التناسب هي التي تفتح باب الرقابة القضائية ، وإنما التفاوت الصارخ بين الموقف الفعلي ومبررات القرار ، فرقابة الخطأ الظاهر في التقدير هي التعبير عن رقابة التناسب في شكلها السلبي الأكثر مرونة ، إذ أن القاضي الإداري لا يراقب في الحقيقة التناسب وإنما التفاوت و التباين و مدى بلوغه للحد الغير معقول بحسبان أن تجاوز الخطأ في التقدير درجة غير عادية يتم عن إختلال واضح و تفاوت صارخ بين روابط القرار عبر عناصره الداخلية التي بني عليها التقدير الإداري<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى مضمون هذه النظرية بأنه يمكن أن تنصب رقابة الخطأ الظاهر على تقدير أهمية الوقائع في حد ذاتها، فقد يخطئ صانع القرار ومنتخذه في تقدير أهمية وخطورة بعض الوقائع.

كما يمكن أن ينتج الخطأ الظاهر في التقدير عن إختلال واضح في مضمون قرار مقارنة بأسبابه ، كأن تكون الوقائع التي أخذها متخذ القرار صحيحة ، ولكن بمقارنتها مع مضمون القرار ينتج عنها تباين شديد وبالتالي تفاوت صارخ و جسيم بين سبب القرار و محله و هذا ما شبهه الأستاذ "إكزافير" فيليب بوضع طبيب أمام مريض ، فهو في المرحلة الأولى يبحث عن علامات المرض الذي يريد تقدير خطورته ، وفي مرحلة ثانية يختار علاجاً لهذا المرض أخذاً في الإعتبار كل ما لاحظته ، والأمر هكذا بالنسبة للخطأ الظاهر ، الذي يمكن أن يشوب الوصفة الطبية ، كما يمكن أن يشوب العلاج المقترح ( مضمون القرار )<sup>3</sup>.

1 - Philippe , Xavier , op cit . , P 167 .

2 - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة و الجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 125 و ما بعدها

3- Philippe . Xavier , op . cit . , P 167 .

وعليه صنف جانب من الفقه الإداري رقابة الخطأ الظاهر في التقدير إلى ثلاثة مستويات<sup>1</sup> :

أ-المستوى الأول: رقابة الخطأ الظاهر في تقييم الوقائع ذاتها أو في وصفها القانوني إذ لم تكن هناك نصوص واضحة أو محددة لذلك ، كما هو الشأن بالنسبة لقرارات الضبط مثل قرارات إبعاد الأجانب .

ب-المستوى الثاني: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على التكييف القانوني للوقائع ، وهي تثار عندما تكون هناك نصوص قانونية واضحة ومحددة ، ولكن لأسباب فنية يتعذر إعمال الرقابة العادية في خصوصها ، كما هو الشأن في منازعات رخص البناء .

ج-المستوى الثالث: رقابة الخطأ الظاهر في التقدير بين سبب القرار و محله ، و أوضح مثال يتجسد في التحقق من التناسب بين العقوبة المسلطة و الجريمة المرتكبة في مجال التأديب .

والملاحظ من هذه المستويات الثلاثة التي تجسد نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، يجمع بينهما عامل مشترك وهو غياب تناسب معقول في القرار عبر الروابط بين عناصره التقديرية التي تأسس عليها ، وعليه فرقابة التناسب هي التي تترجم نظرية الخطأ الظاهر في التقدير على أرض الواقع باعتبار أن الخطأ الظاهر كما أشرنا سابقا هي الأداة التي يتوسل بها القضاء الإداري لفرض رقابته على التناسب في العمل الإداري .

### ثالثا: معيار الخطأ الظاهر في التقدير و إثباته

#### 1- معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير:

على إثر ما تقدم دراسته لخاصيتي نظرية الخطأ الظاهر يتبين لنا بأن الخاصيتين تتصفان بالنسبية، إذ تختلف الآراء حول ما إذا كان هذا التفاوت أو ذاك جسيما من عدمه ، وما إذا كان ظاهرا أم خفيا ، الأمر الذي اقتضى ضبطهما بمعيار يبعد بهما عن الذاتية ، وهو ما يقودنا إلى التطرق إلى تحديد المعيار الذي تقوم عليه نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، وتبدو أهمية تحديد هذا المعيار ، في أن هذا التحديد سوف ييسر السبيل للتحقق من قيام خطأ ظاهر في التقدير الإداري باعتباره معيار يجسد إطار النظرية.

كما ان وضع معيار نظرية الخطأ الظاهر لا يقصد به أن لهذه النظرية معيارا محددًا وثابتًا يمكن بمقتضاه الوقوف على تحقيق أو تخلف الخطأ الظاهر والبيان في جميع الحالات ، وإنما ينصرف إلى الكيفية التي يتم بها الاستدلال على تقدير التفاوت أو التباين في القرار الإداري عبر

1 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 235 و ما بعدها .

الروابط بين عناصره الداخلية ومدى جسامته هذا التفاوت أو التباين ووضوحه ، وأن ذلك لا يخضع للتقدير الذاتي للقاضي وإلا حل بذلك التحكم القضائي محل التحكم الإداري ، وإنما عماد ذلك معيار موضوعي واقعي ، قوامه الشخص المعتاد آخذاً في الاعتبار كافة الظروف المحيطة به ، ويستخلص غالباً وأساساً من ملف الدعوى وأوراقها<sup>1</sup>.

فالمعيار الذي تقوم عليه هذه النظرية، ينبغي أن يستلهم أولاً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، بإعتباره مبتكر النظرية ثم نتعرض إلى معيار الفقه الإداري .

### 1- المعيار الذي إعتده مجلس الدولة الفرنسي:

فالواضح من إستقراء أحكام "مجلس الدولة الفرنسي" ، انه إتجه إلى وضع معيار موضوعي لنظرية الخطأ الظاهر بحيث لا يعتمد تقدير وجود الخطأ الظاهر على حسن نية أو سوء نية الإدارة من ناحية ، وبحيث لا يكون أمره متروكاً لمحض إرادة القاضي من ناحية أخرى ، وإنما يقوم الخطأ على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير<sup>2</sup> ، بحيث يحكم بالإلغاء في كل حالة يتبين فيها أن تقدير الإدارة جاء مشوباً بخطأ ظاهر ، يفسد هذا التقدير ويكون مجاوزاً لحدود المعقول<sup>3</sup> ، ففي نطاق معادلة الوظائف مثلاً ذهب " مجلس الدولة الفرنسي " إلى أن حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة في " نطاق معادلة الوظائف " يجب أن لا يكون مبنياً على عدم تعادل ظاهر<sup>4</sup> ، وعليه فتقدير القاضي لقيام التعادل بين الوظائف ، على إعتبارات موضوعية يستقيها من عناصر الدعوى ، ويقوم الخطأ الظاهر الذي يشوب تقدير الإدارة إذا جاء هذا التقدير مجاوزاً لحدود المعقول .

وعلى هذا الأساس تتجسد " موضوعية المعيار " الذي يعتمد عليه " مجلس الدولة الفرنسي " في التحقق من مدى وقوع خطأ في التقدير الإداري من عدمه على ضوء كافة الظروف و الإعتبارات المحيطة بالعمل القانوني العام، وهو ذات المعيار الذي أخذ به " مجلس الدولة المصري " في أحدث أحكامه في 1994/12/03 في مجال الرقابة على المسائل الفنية و العلمية<sup>5</sup>.

1 - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص 49.

2 - يحي الجمل، المرجع السابق، ص 444.

3 - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص 49.

4 - يحي الجمل، المرجع السابق، ص 428 .

5 - قرار المحكمة العليا في مصر رقم 243/1640، المؤرخ في 03 ديسمبر 1994، و هو حكم متعلق بقضية " سفر الآثار لليابان " . قرار مشار إليه عند: -حاجة عبد العالي، المذكرة السابقة، ص 116 .

وفي نطاق التناسب بين الجريمة و العقوبة التأديبية ، فقد تساءل جانب من الفقه الفرنسي عن الدرجة التي يمكن معها القول بوجود عدم تناسب في هذا الشأن ، لدى كانت الإجابة ، بأن بلوغ العقوبة مدى إستثنائيا ، أو حدا غير عاديا ، يتجاوز الحد المسموح به من الأخطاء العادية يشكل عدم التناسب بين العقوبة و الجريمة التأديبية ، وهو ينم بهذه المثابة عن التباين الشديد بين مقدار العقوبة الموقعة ونوعه ، وبين جسامة الجريمة المرتكبة وخطورتها وبالتالي يشير إلى الإختلال والتفاوت الحاصل بينهما ، مما يتبينه الشخص العادي دون عناء ، فالمعيار الذي إتبعه " مجلس الدولة الفرنسي " في المجال التأديبي هو " معيار الخطأ الجسيم " "Grossier" .

وقد إنتهجت " المحكمة الإدارية العليا " في مصر نفس المعيار "المعيار الجسيم" بل وكانت هي السباقة إلى الأخذ به بحكم سبقها بفرض رقابتها على التناسب في المجال التأديبي ، وهو معيار يميز الغلط البين في التقدير ، وهو الغلط الذي يكون مرئيا لغير المختصين أي يمكن معرفة حقيقته للرجل العادي<sup>1</sup>.

أما القضاء الجزائري فقد إتبع معيار الجسامة أيضا مثل نظيره القضاء المصري وهذا ما سنوضحه في الفرع الرابع من الدراسة .

#### ب- موقف الفقه من معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير:

فمن خلال تعاريف الفقه لنظرية الخطأ الظاهر نستخلص أن الفقهاء قد اختلفوا في موضوع تحديد معيار مميز وموحد للخطأ البين فمنهم من أخذ " بمعيار الجسامة " مثل الأستاذان " أوبي و دراجو " إذ أن الخطأ الظاهر في التقدير عندهما هو الخطأ الواضح flagrante والجسيم Grossier والذي يكون مرئيا حتى بالنسبة لغير المختصين من رجال القانون ، وهو ما ذهب إليه الأستاذان " فيدل و ديفولفيه " إذ هو الخطأ الظاهر للعيان ودون الحاجة إلى الإستعانة إلى " خبرة كبيرة " في إكتشافه كما إتجه البعض من الفقه إلى الأخذ " بمعيار عدم المعقولية Dérisonnable و أمثاله الدكتور "محمود سلامة جبر" قائلا في تعريفه بأن " الخطأ الظاهر هو الذي يبدو ... على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول ... " ، وهذا ما ذهب إليه الأستاذ "رمضان محمد بطيخ" قائلا في تعريفه بأن " الخطأ الظاهر هو ... والتي يجري فيها التقدير ، تجاوزا لحدود المعقولية ... " .

1 - زكي محمود النجار ، المرجع نفسه ، ص 45.

والواقع أنه وإن اختلفت معايير الفقهاء فإن جميعها صحيحة، إذ كل منها يعبر عن خصائص النظرية ، فالخطأ الظاهر أو الغلط البين فكرة غنية بمضمونها ، و من ثم لا يلزم أن يحدد معناها بجانب واحد من جوانبها الكثيرة أي أن مجالات تطبيق هذه النظرية كثيرة فلا يمكن و لا يجوز أن تحدد بمعيار واحد يشمل جميع هذه المجالات .

## 2- إثبات الخطأ الظاهر في التقدير:

من إستقراء أحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر، نجد أن الخطأ الظاهر في التقدير ليس عيبا متعلقا بالنظام العام ، ومن ثم فإن القاضي لا يلتزم بإثارته من تلقاء نفسه، بل يتعين على المدعي أن يقوم بإثباته وهو ما يعني أن إثبات الخطأ الظاهر يخضع للقواعد العامة للإثبات الإداري .

ومن المعلوم أيضا أن المشرع الجزائري لم يحدد طرقا معينة للإثبات أمام القاضي الإداري لها قوة وحجية معينة، ولم تنظم عبئ الإثبات أمامه فيما عدى بعض النصوص التي أشارت إجمالاً إلى بعض وسائل الإثبات ، وعليه فإن القاضي الإداري قد تحرر من أية نصوص ، حيث يترك لتقديره تنظيم طرق وعبئ الإثبات ، بما يتفق وطبيعة الدعوى الإدارية وتكوين عقيدته ، و بالتالي فإن مذهب الإثبات في القانون الإداري هو مذهب الإثبات الحر المطلق ، وهذا ما أضفى على الإجراءات الإدارية الطابع الايجابي التحقيقي<sup>1</sup>.

ضف إلى ذلك من جهة أخرى أن الدعوى الإدارية أحد أطرافها دائما شخص إداري عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة.

أما واتجاه قرينة المشروعية والصحة المصاحبة للقرارات الإدارية (أي قرينة سلامة القرارات الإدارية و هي قرينة من إبتداع القضاء) فإن عبئ الإثبات حسب هذه القرينة يقع في الأصل على عاتق المدعي الذي ينازع في صحة القرار وسلامته ، فإذا قدم من الحجج و الإدعاءات ما يمكن أن يزعم تلك القرينة أو إتضح من أوراق الدعوى أن هناك ما يزحزح تلك القرينة فإن عبئ إثبات مشروعية القرار تنتقل بذلك إلى عاتق الإدارة ، التي يقع عليها واجب تبرير قرارها من جميع الجوانب المنازع فيها سواء من حيث الواقع أو القانون .

1 - حجة عبد العالي، المذكرة السابقة، ص 117. نقلا عن : - وزارة العدل ، صلاحيات القاضي على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، نشرة القضاء ، العدد 54 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1999 ، ص 178 - 179 .

ولهذا فإن القاضي الإداري لا يلتزم بأقوال الإدارة كما هي، وإنما له الإطلاع على أصول الأوراق المبررة لقرارها ليتسنى له الحكم على مقتضاها، وله في سبيل الوصول إلى الحقيقة اللجوء للخبرة أو الانتقال للمعاينة إذا اقتضى الأمر ، كما تساهم خصائص الخطأ الظاهر في تيسير إثباته<sup>1</sup>.

كما أنه من دراستنا لمعيار النظرية فيما تقدم فإن " المعيار الموضوعي " من شأنه أن ينيب الطريق أمام إثبات الخطأ الظاهر في التقدير إذ تتيح موضوعية المعيار أمام المتقاضي و القاضي السبيل للإستدلال على توافر الخطأ الظاهر من عدمه.

وهكذا بات من المسلم به فقها وقضاء أنه يمكن للقاضي الإداري الأمر بالوسائل العامة للإثبات ، وهذا من مستلزمات تحقيق العدالة الإدارية و لا تتضمن مساسا بإستقلال الإدارة أو مبدأ الفصل بين السلطات كما صار من الممكن للقاضي الإداري أن يصدر أوامر للإدارة أثناء سير الدعوى بإيداع المستندات أو بالإفصاح عن أسباب القرار أو عن صحة القرارات من الناحية الشكلية ، بحيث إذا لم تمتثل الإدارة لهذه الأوامر يلغي القاضي قرارها ، وعليه فقد توصل الفقه إلى القول إلى أنه من الناحية الواقعية فإن الأوامر والتوجيهات التي يصدرها القاضي الإداري في نطاق التحضير أو الإثبات تقترب وتشبه من أوامر و توجيهات السلطات الرئاسية العليا الموجهة إلى الأدنى منها في مدارج التدرج الرئاسي .

#### رابعاً: موقف وتطبيقات نظرية الخطأ في التقدير في القضاء الجزائري.

كما أشرنا سابقاً أن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير إستطاعت أن تشق طريقها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بدعم الإجتهد القضائي ، لتستقر في النهاية كمبدأ من المبادئ العامة للقانون ، يترتب على تخلفه أن يشوب القرار الإداري عيب مخالفة القانون ، كما أنها باتت تطبق في جميع المجالات التي من شأنها أن تدخل في النشاط الإداري ، وفي مصر لم يكن مجلس الدولة المصري بمعزل عن هذه التطورات القضائية فقد باشر منذ إنشائه رقابته على الخطأ الظاهر في التكييف القانوني لتقدير الوقائع ، وإن لم يكن يستعمل تعبير الخطأ الظاهر أو كما يترجمه فقهاء في مصر " الغلط البين " ولكنه أعمل بمضمون ونتائج النظرية واستعمل مصطلح عدم الملائمة الظاهرة " .

1 - زكي محمود النجار ، المرجع السابق ، ص 55.

أما القضاء الإداري الجزائري فقد طبق أحكام هذه النظرية في مجالات متعددة وخاصة في المجال التأديبي ، إذ أصبح يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة في المجال التأديبي ، تنصب على تقدير الوقائع من الإدارة ، وذلك من خلال الرقابة على الخطأ الواضح في التقدير ، المعروف كذلك بإسم الرقابة الضيقة .

وترى المستشارة "فريدة أبركان" رئيسة مجلس الدولة الجزائري سابقا أن هذا العيب هو بمثابة صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف الإدارة فيها صراحة بسلطتها التقديرية . وفي الأخير فإن مجلس الدولة الجزائري وإن كانت لم تستقر في ظل هذه النظرية بعد إلا أنه قد إستجاب لهذا التطور وذلك بتطبيق بعض نتائج نظرية الخطأ في التقدير في بعض المجالات على الرغم من أنها مازالت قاصرة وغير قادرة على مجارات التطورات العصرية وما صاحبها من إتساع مجال السلطة التقديرية .

### **الفرع الثاني: نظرية الموازنة بين المزايا و التكاليف-Cout- Le principe du bilan :Avantage**

أشرنا فيما سبق إلى أن التطورات القضائية المتلاحقة التي مر بها مجلس الدولة الفرنسي في العقود الأخيرة من القرن الماضي - الثلاثة الأخيرة- أدت إلى إبتداع و إبتكار أدوات فنية جديدة يتوسل بها في تحقيق رقابة عميقة على تقديرات السلطة الإدارية في شتى مجالات نشاطها الإداري ، ومن بين تلك الأدوات إلى جانب نظرية الخطأ الظاهر في التقدير التي درسناها في المطلب السابق ، نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار ، وهي نظرية تقييمية ظهرت كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإداري ، و منه سنستعرض هذه النظرية بداية بالتطرق إلى مفهومها و نشأتها .

#### **أولاً: مفهوم و تطور نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار**

##### **1- مفهوم النظرية:**

ينصب تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار أو بين التكاليف و المزايا أساسا على محل القرار الإداري أي على الأثر القانوني الذي تتجه الإدارة إلى إحداثه من خلال إصدار هذا القرار سواء عن طريق إنشاء مركز قانوني أو إلغائه شريطة أن يتم تطبيق هذه النظرية إلا إذا كانت الإدارة تتمتع في هذه الشأن بسلطة تقديرية ، وذلك إذا منح لها المشرع قدرا من حرية الإختيار

بين عدة حلول ، أو تخليه عن وضع آية حلول مكثفيا بتحديد الغاية من القرار<sup>1</sup>، وهنا تكمن خطورة السلطة التقديرية للإدارة .

وابتكرت هذه النظرية في الأصل ، لما عجزت وسائل الرقابة الأخرى في مواجهة قرارات تحوي في مضمونها على أضرار ، أو إذا بلغت بها درجات كبيرة وملحوظة من عدم التوازن أو التكافؤ ، وبالتالي أتاحت هذه النظرية للقضاء أن يأخذ في إعتباره عند تقييم مضمون قرار ما لكافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون أو على الأقل ، كل ما له أهمية في هذا الصدد سواء فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه أو المزايا المترتبة عليه حتى يتمكن بعد ذلك من إجراء عملية الموازنة بين هذه وتلك من جهة ، وبين الغاية أو الهدف من ذلك القرار من الجهة الأخرى ، فإذا انتهت عملية الموازنة هذه إلى ترجيح الأضرار يتعين على القضاء الحكم بإلغاء هذا القرار ، أما إذا كانت المزايا هي الراجحة حكم بالصحة ومشروعية هذا القرار<sup>2</sup> ، وفي نفس سياق هذا التعريف أشار الأستاذ "سامي جمال الدين" محاولا تعريف هذه النظرية أو المبدأ حسب تعريفه بقوله " كانت ثمرة إجتهد الفقه والقضاء ، الإعلان عن مبدأ الموازنة أو التوازن بين المزايا و الأضرار المترتبة على القرارات الإدارية ، بحيث يتعين المضاهاة الصريحة بينهما ، فإذا كانت الأضرار هي المرجحة ، تعين عليه الحكم بإلغاء هذا القرار لعدم مشروعيتها<sup>3</sup> "، وهكذا نفهم أن مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار أنه يتطلب من القاضي أن يضع الآثار الناجمة عن القرار الإداري في ميزان العدالة ، مزاياه في كفة وأضراره في الكفة الأخرى ، و ذلك قبل أن يقرر أيهما أولى بالرعاية والتفضيل .

### 1- نشأة و تطور النظرية:

ان الميدان الذي ولد فيه مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار بإعتباره أحد المبادئ العامة للقانون ، ويمثل بالتالي مجاله الرئيسي في التطبيق ، هو ميدان مسائل نزع الملكية للمنفعة العامة ، وعلى الأخص قرارات إعلان المنفعة العامة فيها ، فقبل 1971 لم يكن للقاضي الإداري أن يفحص الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل حالة على حدة ، وإنما كان يعتمد على التأكد فقط من هدف هذه العملية ، وهو بالطبع تحقيق المنفعة العامة ، مثل بناء مستشفى حكومي أو مدرسة

1 - العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار)، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 132.

2 - العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار)، المرجع السابق، ص 133.

3 - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 275.

أو مكتب بريد أو شق طريق أو جسر ، وعموما كافة المتطلبات العقارية اللازمة لسير المرافق العامة بانتظام<sup>1</sup>.

وعليه فقد كانت رقابة مجلس الدولة الفرنسي قبل هذا العام ، أي في قضائه التقليدي بشأن قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة لا تتعدى حدود ما إذا كان من شأن عملية النزع تحقيق المنفعة العامة أم لا ، ولهذا فإن تقدير المجلس لتحقيق شرط المنفعة العامة كان يتم بصفة مجردة ، أي أنه ينظر إلى عملية نزع الملكية للمنفعة العامة في ذاتها ، بغض النظر عن الظروف المحيطة بها و الأضرار التي تلحقها بالملكية الخاصة للأفراد ، أو بمصالح أخرى إن وجدت ، أو بتكاليف وأعباء المشروع المالية ، وذلك طبعاً لتعلق هذه الأمور بالملائمة المتروكة لمحض تقدير الإدارة. وبذلك كانت رقابته على قرارات المنفعة العامة لا تتجاوز حدود الرقابة التقليدية، حيث تقتصر فقط على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها قرار المنفعة العامة، والتكييف القانوني لهذه الوقائع<sup>2</sup>.

وفي مواجهة التقدم العلمي المتزايد، وتعدد المسائل العلمية والفنية، خاصة في المجالات الإقتصادية، وما ترتب على ذلك من إتساع نطاق السلطة التقديرية للإدارة في تلك المجالات، كان على القضاء الإداري أن يعمل على الحد من احتمالات تعسف الإدارة وتحكمها في هذه المسائل، لاسيما إذا اتصل الأمر بالأموال الخاصة والملكية العقارية<sup>3</sup> ، وبالتالي كان من ثمره ذلك ظهور نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار على أساس أنها في الأصل هي مبدأ من مبادئ القانون العامة .

وعليه ففي هذا الحكم أكد مجلس الدولة مشروعية قرار إعلان المنفعة العامة لمشروع إنشاء مدينة جديدة في شرق مدينة "ليل"، لأن فوائد هذا المشروع كانت أكثر من أضراره.

ويشير الأستاذ "سامي جمال الدين" على ما تقدم فلن يكون غريباً على القضاء الإداري المصري الأخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار في القرارات الإدارية، وخاصة ما يمس و منها بالمصالح الإقتصادية للأفراد، وهي مصالح جديرة بالمراعاة دون ريب، كما أنه وفي تقديره يوجد بين المبادئ العامة للقانون في مصر ، ما يعد سنداً قانونياً لذلك متمثلاً في المبدأ المستمد

1 - المرجع نفسه ، ص 277.

2 - رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق ، ص 308 .

3 - سامي جمال الدين ، الوسيط في دعوى إلغاء القرارات ، المرجع السابق ، ص 667.

من الشريعة الإسلامية ومقتضاه " لا ضرر و لا ضرار " حيث يرى أن مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ القانونية العامة الملزمة للكافة في مصر<sup>1</sup>.

### ثانياً: مراحل رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ومعيار الموازنة

#### 1- مراحل رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار:

وكما رأينا فيما تقدم بأنه بعد تبني القضاء الفرنسي لهذه النظرية فإن رقابته لم تعد تقليدية قاصرة على التحقق من الوجود المادي للوقائع والتكييف القانوني لها ، وباتت تمتد إلى ما تتضمنه هذه القرارات من مزايا و أضرار وذلك على ضوء كافة الإعتبارات والظروف البيئية والإجتماعية والمالية والإقتصادية السائدة والقائمة وقت تقدير وتقييم مضمون القرار ، وبهذا أصبحت رقابة القاضي الإداري لقرارات المنفعة العامة بناء على هذه النظرية أو هذا المبدأ تمر بثلاثة مراحل وهي<sup>2</sup>:

أ- المرحلة الأولى : وفيها يتأكد القاضي الإداري من أن هناك حقا منفعة عامة وفعلية تبرز بوضوح من جراء نزع الملكية ، وعليه ففي هذه المرحلة دور القاضي يتجسد في مجرد التأكد من أن عملية نزع الملكية ليس من ورائها هدف سوى تحقيق المنفعة العامة ، فإذا ثبت له ذلك إنتقل إلى المرحلة الثانية .

ب- المرحلة الثانية : وفيها يتأكد القاضي الإداري من أن نزع ملكية العقار الذي تطالب به الإدارة أمر ضروري ولازم لتحقيق المنفعة العامة ، إذ يراقب ما إذا كان المشروع المراد إنجازه لن يحقق منفعة عامة إلا إذا أقيم في ذات الموقع أي موقع العقار الذي ستنزع ملكيته، ولهذا توصل " مجلس الدولة الفرنسي " إلى قاعدة مفادها : "العمل نفسه قد يعتبر من قبيل المنفعة العامة في حالة معينة ، وقد لا يعتبر كذلك في حالة أخرى" .

ج- المرحلة الثالثة : وتمثل هذه الأخيرة قمة و حداثة تطور الرقابة القضائية المتضمنة منفعة عامة ، بحيث بالإضافة إلى رقابة المرحلتين السابقتين امتدت رقابة القاضي الإداري إلى ما إذا كان المشروع الذي تطالب الإدارة بنزع الملكية من أجل إنجازه يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب وأضرار، وهذا هو جوهر ولب نظرية الموازنة وهذا بما يسمى برقابة الموازنة بين

1- المرجع نفسه ، ص 283 .

2 - العربي زروق ، المرجع السابق ، من 134 - 136 .

المنافع و الأضرار أو التكاليف و المزايا ، وهي رقابة قضائية تحرص إلى الوصول لهدف أسمى يسعى دائما القضاء إلى تحقيقه وهو " عقلنة الإختيارات التقديرية للإدارة " .

## 2- معيار الموازنة بين المنافع و الأضرار :

يقوم القاضي الإداري بالترجيح بين المنافع و الأضرار المترتبة على التقدير الإداري في قرارات نزع الملكية على أساس أكثر من معيار فهو يعتمد على مقدار المنفعة و المضرة، وعلى قيمة التكاليف المالية من عائدات وأعباء ، كما يرى في ذلك ما يصيب الملكية الخاصة من أضرار وما يقابل المنفعة العامة من فوائد ، فضلا عما ينجم عن ذلك من آثار إجتماعية و إقتصادية و بيئية و سياسية ، فيفهم بأنه يأخذ بعين الإعتبار كافة العناصر الإيجابية والسلبية للقرار من جميع النواحي والموازنة بينهما لترجيح كل منها بمقداره ، والضابط في كل هذا هو عدم حدوث تناسب معقول بين ما يحققه القرار من منافع وما يترتب عليه من مضار ، وعليه فالمعايير التي يجب أن تأخذ بعين الإعتبار عند تقرير الموازنة للترجيح بإيجاز هي <sup>1</sup> :

أ- معيار التكاليف المالية للعملية : يستوجب على القاضي الإداري أن يأخذ بعين الإعتبار و الحسابان عند تقييم العملية التكاليف التي تستحملها الجهة المنفذة للمشروع وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ ، إذ لا يكفي عند تقدير هذه التكاليف وحسب بل يعقب على المقدرة المالية للجهة القائمة على التنفيذ ، وهل بمقدرتها تحمل هذه التكاليف أم لا ليتبين له من بعدها حقيقة أمرها لإمكانية الترجيح .

ب- معيار حق الملكية الخاصة : وفقا لهذا المعيار يقارن القاضي بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الملكية الخاصة نتيجة نزع الملكية للمصلحة العامة ، وبين الفوائد التي قد تترتب عن نزعها لإنجاز المشروع .

ج- معيار التكاليف الإجتماعية للمشروع : ويتمثل في الآثار الإجتماعية التي قد يتسبب هذا المشروع بإلحاقها سواء بالأفراد أو البيئة وهو معيار لا يقل أهمية عن المعايير الأخرى، فالإدارة غالبا ما تضع تدرجا لهذه المعايير حتى تتمكن في تقديرها لمدى أهمية كل معيار منها على حدى ، أما بالنسبة للقاضي الإداري في موازنته هذه بين المزايا و العيوب لإعلان المنفعة العامة، فيكون على أساس لما يراه مناسبا و ملائما لحقيقة الواقع الإجتماعي .

1 - العربي زروق، المرجع السابق ، ص 136 - 137 .

### ثالثاً: تقييم و تمييز نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار

على الرغم مما حققته رقابة الموازنة من مزايا ، أقلها في الحد وكبح جماح ونزوات التقديرات التحكيمية الغير مدروسة للإدارة في مجالات نزع الملكية ، مما يؤدي إلى حماية حقوق الأفراد عامة والملكية الخاصة خاصة ، إلا أنها لم تسلم وتعرضت للنقد من عدة نواحي ، أهمها أن من شأن قضاء الموازنة أن يجعل من القاضي رئيساً أعلى على الإدارة بحلولة محل الإدارة في التقدير وهذا ما يخرجها من دائرة المشروعية ، وبالتالي المساس بمبدأ الفصل بين السلطات كما رأينا في شأن معظم أشكال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة ، فضلاً عما يؤدي إليه ذلك من إعطاء فرصة كبيرة للتقديرات الشخصية للقاضي بما يعني إمكانية إختلاف الحلول القضائية تبعاً لكل قضية وكذلك بحسب كل قاضي أو تشكيلة قضائية بحد ذاتها ، إضافة إلى الصعوبات الفنية التي تحيط بالموازنة ، إذ كيف يتسنى مقارنة الأشياء الغير مثلية كأن تتم المقارنة بين إنشاء جزء من طريق سريع مع هدم جزء من مستشفى<sup>1</sup> وهذا من جهة .

ومن جهة أخرى يخلط جانب كبير من الفقه الفرنسي بين نظرية ( مبدأ ) الموازنة بين المنافع والأضرار من ناحية وبين مبدأ التناسب و نظرية الخطأ الظاهر في التقدير من ناحية أخرى<sup>2</sup> ، في حين ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار مبدأ الموازنة من المبادئ القانونية العامة المستقلة عن مبدأ التناسب وعن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير<sup>3</sup>.

**رابعاً: تطبيقات رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء الإداري الجزائري ومدى تأثيره بها**  
من خلال تصفح أحكام مجلس الدولة الجزائري الفتوي والحديث يتبين أنه لم يتأثر بالتطور الذي أصاب قضاء " مجلس الدولة الفرنسي" فيما يخص الرقابة على نزع الملكية للمنفعة العامة وبالذات التطور الناتج عن الأخذ بمبدأ الموازنة بين المزايا والتكاليف أو المنافع والأضرار والذي طبق في مجال الرقابة على تقديرات الإدارة في مجال نزعها للملكية من أجل المنفعة العامة.

ويقول الأستاذ "العربي زروق" : " بالرغم من خروج رقابة القاضي عن الأسلوب التقليدي لها فإنها لم تلجأ إلى الأسلوب الحديث في الرقابة وهو أسلوب الموازنة ، إلا في حالات ضيقة جداً

1- لتفصيل أكثر حول هذه الانتقادات والرد عليها أنظر : رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 350 و ما بعدها.

2- Auby (J -M) et Drago (R) , Op . Cit. , P 204 .

3 - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 276.

وبطريقة استثنائية ومحتشمة بما تناسب وحقوق والحريات الأساسية للأفراد وبتوسيع مجال المشروعية إلى مجال الملائمة<sup>1</sup>.

ونلاحظ هنا أن بأن القاضي الإداري الجزائري لا يعمل بجوهر نظرية الموازنة إلا للضرورة الملحة و أن أعماله هذا يكون جزئي وغير واضح وبالتالي لا يجسد أبعاد وأهداف أعمال النظرية التي وجدت وابتكرت أصلا من أجلها، كما أن فكرة توسيعه للمشروعية إلى مجال الملائمة، فهي في حقيقة الأمر وكما شهدنا سابقا فكرة خاطئة إذ أن الملائمة تدخل في إطار المشروعية إذا كانت شرط من شروطها.

ومما سبق تمكن البعض من القول بأن القضاء الإداري قد أخذ في قضائه ببعض أحكام نظرية الموازنة وطبقها في مجالها الأصلي مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إلا أن هذا التطبيق كان في أحد جوانبه يأخذ بأحكام نظرية الخطأ الظاهر في التقدير. وهذا كنتيجة لما أكدته الأستاذة "فريدة أبركان" بقولها " يمكننا التقريب بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير و بين نظرية الحصيلة -نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار- المطبقة في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. فقاضي تجاوز السلطة ينتهت هنا من مدى تحقيق الشرط المتعلق بالمنفعة العامة أم لا ومن جهة أخرى سيتخلص ويأخذ بنتائج هذا القرار بعين الاعتبار وفي الواقع العملي فإن المسعى الملموس للقاضي عندما يقدر هذا القرار قريب جدا من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير بمعنى أن القاضي سيراقب العمليات غير المعقولة المبالغ فيها بصورة كبيرة"<sup>2</sup>.

وعليه فإن أعمال القاضي الإداري الجزائري لأحكام نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار فيما يتعلق بنزع الملكية متوقف وقائم على وجود خطأ ظاهر في التقدير يشوب القرار الإداري، وبالتالي فقضاءنا يربط بين نظرية الخطأ في الظاهر في التقدير وبين نظرية موازنة بين المنافع والأضرار، إذ لا يطبق نظرية الموازنة إلا إذا شاب القرار خطأ ظاهر و بارز وصارخ في التقدير.

ومن التطبيقات لهذه النظرية في القضاء الإداري الجزائري، ما قرره " الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا في قرارها الصادر في 13 جانفي 1991 - قضية (س) ضد والي تيزي

1 - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى إحترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة بالمنفعة العامة. مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 10 وما بعدها.

2 - العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 139.

وزو<sup>1</sup> ، " حيث أنه يستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجة من حاجيات المنفعة العمومية و إنما هي في صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل الطريق، " حيث أن الهدف المتوخى في العملية أي إشباع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن". وعليه قضت الغرفة الإدارية بإلغاء قرار نزع الملكية لأنه مشوب بخطأ ظاهر في التقدير وهو ما يستخلص من القضية في عبارة " لا تستجيب لأية حاجة من حاجيات المنفعة العمومية وإنما هي في صالح عائلة واحدة " وفي نفس الوقت يمكن أن نقول أن هذا الإلغاء قام على أساس الموازنة والترجيح بين المنافع و الأضرار، فكانت نتيجته وفقاً للخطأ الظاهر المشار إليه إذ رجح كفة الأضرار على كفة المنافع فألغى القرار.

1 - قضية مشار إليها عند : - فريدة أبركان ، المرجع السابق ، ص 40 - 41.

---

# خاتمة البحث

---

## الخاتمة :

ختاماً لبحثنا هذا الذي عرضناه في فصلين مفصلين كان كل همننا فيه منصبا حول معرفة مدى فعالية آلية الرقابة القضائية المطبقة على السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة وهي الإشكالية التي طرحناها في مقدمة عملنا هذا، فبعد أن عرفنا أولاً أن السلطة التقديرية للإدارة وبمسماها هذا يعتقد السامع لأول مرة -خاصة من لا ينتمي للأسرة القانونية- انها خروج عن مبدأ المشروعية وهي وضع للإدارة يمكنها لأول وهلة ان توصف من خلاله على انها فوق القانون، لأنها قدر من الحرية ترك للإدارة كي تباشر اختصاصاتها لتقدر الظروف والوقت المناسبين لتتخذ على ضوءهما القرار المناسب، غير أن الحقيقة هي على العكس من ذلك تماماً إذ لا تتمتع الإدارة بهذه الحرية إلا لأن القانون هو من حولها هذه السلطة في تقدير مناسبة التصرف ، و إذا تجاوزت هذا الحد تكون قد أساءت التصرف و خرجت عن نطاق القانون، بالتالي عن نطاق المشروعية.

فمرجع وجود الإدارة في حالة سلطة تقديرية هو القانون نفسه، فالمشرع يكتفي بالنص على المبادئ الكلية التي تتناول الاحكام الأساسية العامة التي تخضع لها الإدارة ويترك للإدارة مكنة التقدير في بقية الجزئيات التطبيقية المحتملة. و وجود الإدارة متحررة في مجال سلطة تقديرية لا يعني تحررها تماماً من الخضوع للقانون والمشروعية، و لا تحررها من رقابة القضاء.

هذا المجال من الحرية الذي منحه المشرع للإدارة و هي تمارس اختصاصها انما لازم و هو بغرض حسن تسيير الإدارة و تصريف شؤونها و حفظ حقوق و حريات الافراد، لأن التقييد و المشروعية تثقل كاهل الإدارة و تقوض من فعاليتها لحد ما، فلا يجب الافراط فيه -المشروعية- كما و انه من الواجب تجنب الآلية الإدارية الناجمة عن تطبيق قواعد موضوعية دون ترك حرية التصرف فيها لرجل الإدارة، حتى لا نقتل روح الابتكار لدى الإدارة و ندفعها للركود و الشلل.

هذا و رأينا جلياً أن الاعتراف للإدارة بهذه السلطة التقديرية يؤكد ان الدولة التي تركت هذه السلطة التقديرية لجهازها الإداري انما هي دولة قانونية معتنقة لمبدأ المشروعية و سيادة القانون، و تجدر الإشارة هنا أن الدولة غير القانونية -الاستبدادية- تكون للإدارة فيها سلطة تقديرية أوسع و غير مقيدة، لكنها ليست سلطة تقديرية فعلية انما هي سلطة تحكيمية.

و بالغوص و التوغل في كنف السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة في الدولة القانونية و قفنا على أنها في حقيقة الأمر و سيلة لتطبيق القانون لا للإفلات منه و هي التزام بمبدأ المشروعية، مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة، و أن التعارض و الاختلاف كما رأينا بين السلطة التقديرية و

الاختصاص المقيد هو اختلاف في الدرجة ليس اختلافا في الجوهر أو الطبيعة، فهو اختلاف نسبي فلا سلطة تقديرية مطلقة في الواقع ولا اختصاص مقيد بصفة مطلقة.

أما عن مشروعية امتياز الإدارة لميزة السلطة التقديرية (التي رأينا عيوبها ومزاياها) في ذيل الفصل الأول من هذا البحث، فهي تثبت للإدارة عندما لا يكون مسلكها محدد سلفا أو منصوص عليه بنص قانوني، وبالتالي فإن المرجع في تمتع الإدارة بسلطة التقدير هو القانون في معناه الواسع، أي مجمل القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون. و تتميز السلطة التقديرية - بهذا المعنى - عن بعض الأفكار المشابهة لها أو المتصلة بها، كالسلطة المقيدة والأعمال التقديرية. بالإضافة إلى باقي الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية؛ أي نظرية أعمال السيادة والأعمال الدستورية ونظرية الظروف الاستثنائية.

فقد توصلنا إلى أنها تشترك معها في صدورهما عن السلطة التنفيذية وأنها جميعها نظريات قضائية، لكنها تختلف عنها في جوانب عدة، ولعل أهمها أن الأعمال الإدارية -في إطار السلطة التقديرية - يجوز طلب إلغاؤها، أما بالنسبة لباقي استثناءات مبدأ المشروعية، فإنها محصنة تماما من الرقابة القضائية، خاصة فيما يتعلق بأعمال السيادة، لأنها تتضمن خروجاً صريحاً واعتداءً صارخاً على القانون، بل وتجاهلاً تاماً له.

تناولنا بعد ذلك أساس السلطة التقديرية للإدارة ومختلف النظريات والآراء التي وردت في هذا الصدد، فتوصلنا إلى أن هذه النظريات لم تسلم جميعها من الانتقادات.

كما بينا مبررات منح السلطة التقديرية للإدارة حيث تلخصت في مبررات عملية وأخرى فنية؛ تمثلت المبررات العملية في اعتبار السلطة التقديرية ضرورة اجتماعية لا غنى عنها ووسيلة مثلى لتحقيق المصلحة العامة. أما المبررات الفنية، فتركزت حول اعتبار خبرة الإدارة بالعمل وظروفه المتغيرة تجعلها أقدر من غيرها على تقدير مناسبة الأعمال المختلفة.

وبتعمقنا أكثر في موضوع دراستنا هذا وجدنا أن السلطة التقديرية لا تظهر في جميع عناصر القرار الإداري، فلا علاقة بين السلطة التقديرية و عنصر الاختصاص، بينما لمسنا قدراً قليلاً من التقدير في عنصر الشكل في حال لم ينص المشرع على شكل القرار، أما عن عناصر المشروعية الداخلية (المحل، السبب، و الغاية) فهي الميدان الحقيقي للسلطة التقديرية.

و قد بينا أن السلطة التقديرية يجب أن تجد لها حدوداً حتى لا تتحول إلى تعسف و استبداد، فهي تخضع لضوابط خارجية و أخرى داخلية، ففيما يتعلق بالحدود الخارجية التي تظهر في أركان القرار الإداري من الاختصاص و الشكل و الغاية، نجد أن سلطة الإدارة التقديرية تضيق بشكل

واضح حتى تكاد تكون منعدمة في إطارها، و على العكس من ذلك فالحدود الداخلية المتمثلة في ركني المحل و السبب، تتجلى فيها بشكل واضح مظاهر السلطة التقديرية، مالم يتدخل المشرع في تحديد كل منها بدقة، أو يتدخل القاضي ليفرض رقابة على اختيار السبب أو المحل لاعتبارات معينة.

و حتى لا ينقلب مفهوم السلطة التقديرية للإدارة - إذا زاد عن حده - الى ضد ما جعل لاجله فلا يجب ان يباشر خارج الاطار و النظام القانوني للدولة ضمانا لحماية حرية و حقوق الافراد و اقرارات لدولة القانون و ليس هناك افضل من رقابة القضاء عليها.

و لما كان القضاء هو الضامن الوحيد و الأقوى من كل صور الرقابة الأخرى القادر على كبح جموح و تعسف و تسلط الإدارة و في تعامله مع سلطة الإدارة التقديرية فانه القادر على إيضاحها و تمييزها و حصرها في نطاقها، و إخضاع تصرفاتها لفحص المشروعية، فبيننا قبل الخوض فيه موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، أين انقسم بين مؤيد و معارض، و لكل اتجاه حججه.

فانطلق رافضو هذه الرقابة من نقطة واحدة، أن القاضي الإداري لا يراقب سوى مشروعية القرارات الإدارية. لكننا انتهينا إلى أنه لا تعارض على الإطلاق بين أن يكون للإدارة سلطة تقديرية و بين أن يراقب القاضي الإداري كيفية مباشرة الإدارة لهذه السلطة، خاصة أن هذه الرقابة تعد الضمان الوحيد لعدم تحول السلطة التقديرية إلى سلطة استبدادية.

اعتمدت الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة على مجموعة من الوسائل تمثلت خاصة في دعوى الإلغاء و دعوى التعويض.

ففيما يتعلق بدعوى الإلغاء، نجد أن القرارات الإدارية مهما كانت درجة التقدير فيها، فهي تخضع لقيدهام، وهو ضرورة صدورها عن سلطة مختصة ووفقا للشكليات والإجراءات القانونية، وإلا كانت باطلة. ومن ثم يمارس القضاء رقابة صارمة على أوجه المشروعية الخارجية؛ أي ركني الاختصاص والشكل والإجراءات، سواء كان اختصاص الإدارة في إصدار القرار الإداري مقيدا أو تقديريا.

أما عن أوجه المشروعية الداخلية، فقد وجدنا أن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية قد امتدت إلى ركن السبب ولكن بصفة محتشمة وفي نطاق ضيق جدا، لم يتعد مجرد الرقابة على الوجود المادي والتكليف القانوني للوقائع. بل أن نطاقها يتوقف -أحيانا- عند العنصر الأول من الرقابة فقط. بالإضافة إلى الرقابة على ركن المحل التي تكاد تكون منعدمة، ذلك أن هذا الأخير

يمثل مجال السلطة التقديرية وأبرز عناصرها. مما أدى إلى تحصنه في كثير من الحالات ضد دعوى الإلغاء. لكن إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة قرارها الإداري وملاءمته حين تصدره بناء على سلطتها التقديرية، بحيث لا يكون محلاً لرقابة أو تعقيب من جانب القضاء، فإنه يجب أن نلاحظ أن استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في هذا الشأن، لا بد أن يكون بعيداً عن إساءة استعمال السلطة وإلا شاب عملها البطلان .

و أمام تزايد تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية، فقد عمد القضاء الإداري المقارن لبسط رقابته على هذه السلطة، بعدما كان يتمتع تماماً عن ذلك. حيث أقر لنفسه الحق في رقابة كافة وقائع القرارات الإدارية، بعد أن كان يتخذ موقفاً سلبياً تجاهها، فبدأ ذلك برقابة صحة الوجود المادي لتلك الوقائع، معممًا رقابته على كافة القرارات الإدارية دون استثناء.

ثم بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع، لكنه أورد على هذه الرقابة استثناءات عديدة تمثلت في مجالات معينة: كالضبط الإداري والمجالات ذات السمة الفنية أو التقنية، تاركاً للإدارة في هذا الخصوص حرية إجراء عملية التكييف القانوني دون أن يفرض رقابته عليها.

ثم اتسعت رقابة القاضي تدريجياً لتشمل الرقابة على التناسب، أي رقابته على تقدير الإدارة لأهمية وخطورة الوقائع التي تدعيها لقراراتها ومدى تناسب الإجراءات المتخذ مع هذا التقدير، والتي بدأت في مجال الرقابة على قرارات الضبط الإداري والقرارات التأديبية لتشمل بعد ذلك معظم القرارات الإدارية.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، يبدو أنه لم يستقر بعد على تطبيق مبدأ التناسب. ومع ذلك فهو قد أخذ ببعض أحكام نظرية التناسب بشأن قرارات الإدارة الصادرة في مجال الجزاءات التأديبية أسوة بالقضاء الفرنسي والمصري، دون أن يعممها لتشمل المجالات الحديثة التي أصبحت الإدارة تخوضها اليوم.

لقد مثلت رقابة الوجود المادي للوقائع ورقابة التكييف ورقابة التناسب في رأينا- الاتجاهات التقليدية للقضاء الإداري للحد من سلطة الإدارة التقديرية. لكن تزايد نشاط الدولة وتطور وظائفها ومن ثم تعدد مجالات العمل الإداري، أظهر ضعف وقصور أنماط الاتجاهات التقليدية في الرقابة القضائية. وقد أدرك مجلس الدولة الفرنسي هذا الوضع، مما دفعه إلى ابتداء نظرية رقابة الخطأ البين ليواجه بها المجالات التي امتنع في خصوصها عن رقابة التكييف القانوني للوقائع، ثم مدها بعد ذلك إلى كافة مجالات العمل الإداري. بيد أن الوقوف على حقيقة هذا البناء القضائي الحديث،

اقتضى تحديد ماهيته وبيان مضمونه ومعياري أعماله، خاصة أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي قد خلت من وضع تعريف للخطأ البين أو مختلف العناصر المبينة له.

لكن مجلس الدولة الفرنسي ما لبث أن خلق بناء قضائيا جديدا أكثر جرأة، ألا وهو ما يعرف برقابة الموازنة بين المنافع والأضرار، وهي الرقابة التي تتيح للقاضي أن يأخذ في اعتباره - عند تقييم مضمون القرار - كافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون، فيما يخص المساوي المترتبة عليه أو المزايا الناجمة عنه، فإذا انتهت هذه الموازنة بترجيح الأضرار تعين الحكم بإلغاء القرار. أما إذا كانت المزايا هي الراجحة، يعلن القاضي عن صحة ومشروعية ذلك القرار. بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري، فإنه قد تبنى الاتجاهات التقليدية التي استقرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي دون أن تشمل رقابته جميع المجالات، حيث اقتصر على القرارات التأديبية فحسب.

وبشأن الاتجاهات الحديثة للقضاء الفرنسي، والتي تمثلت في رقابة الخطأ البين ورقابة الموازنة، فإن القاضي الإداري الجزائري لم يطبق حتى الآن هذه النظريات بشكل حاسم. إذ اقتصر في تطبيقها على المجال التأديبي وفي بعض القضايا والحالات النادرة فقط.

و خلاصة لما بحثنا فيه عن موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة فقد أوصلنا بحثنا هذا لاستخلاص النتائج التالية :

- السلطة التقديرية للإدارة هي مجال من الحرية ترك للإدارة في تقدير مناسبة التصرف ، و إذا تجاوزت هذا الحد تكون قد أساءت التصرف و خرجت عن نطاق القانون، بالتالي عن نطاق المشروعية.

- لا تتمتع الإدارة بهذه الحرية إلا لأن القانون هو من حولها هذه السلطة.

- السلطة التقديرية للإدارة ليس خروجاً عن مبدأ المشروعية.

- السلطة التقديرية للإدارة هي ضرورة لازمة لسد الفراغ الموجود في مجمل المنظومة القانونية في الدولة، بسبب عدم قدرة المشرع على التنبؤ بالظروف المحيطة بكل تصرف.

- السلطة التقديرية للإدارة ضمان للسير الحسن للإدارة.

- السلطة التقديرية للإدارة ليست رخصة لها، بل هو التزام مبرره تحقيق إدارة خبيرة و قادرة على إيجاد الحلول المثلى.

- نظرية أعمال السيادة و الحكومة هي ثغرة خطيرة في البناء القانوني تشكل تهديدا لمبدأ المشروعية، لأنها تتضمن خروجاً صريحاً و اعتداءً على القانون.

- عدم استقرار القضاء الجزائري على اعتماد عيب انحراف السلطة صراحة وبشكل حاسم، حيث يأخذ به تارة و ينكره وجوده بالقرار الإداري تارة أخرى.
- الإدارة الجزائرية غير ملزمة بمبدأ التسبب الوجوبي لقراراتها، وبخاصة في مجال سلطتها التقديرية.
- الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة هي رقابة ملاءمة وليست رقابة مشروعية.
- الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة لا تمس بمبدأ الفصل بين السلطات.
- عدم تبني القاضي الإداري الجزائري لموقف واضح يمكن على أساسه القول انه اخذ بالاتجاهات التقليدية التي استقرت في القضاء المقارن.
- أساليب رقابة القضاء الإداري الجزائري على السلطة التقديرية للإدارة لم تعد تتماشى و وظائف الدولة الحديثة، نتيجة تدخلها في كل الميادين و على كل الأصعدة.
- أساليب الرقابة الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة غرضين اثنين: الحيلولة دون اصدار قرارات متعجلة وغير منطقية، والزام الجهات الإدارية المختلفة بتقديم مبررات جدية لقراراتها.
- بعض تطبيقات القضاء الإداري الجزائري أن عمليات نزع الملكية لا تتم الا إذا جاءت تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية.
- و من هذه النتائج المستخلصة من هذه الدراسة رأينا أن نقدم هذه التوصيات:
- من الاحسن لمجلس الدولة الجزائري عدم تقييد نفسه بما أسماه الاعمال الدستورية كقيد على اختصاصاته القضائية.
- تحسيس المواطنين عامة والمتقاضين خاصة، بأنه في حالة امتناع الإدارة عن إصدار قرارات الضبط الإداري يجوز مقاضاتها، وأن ذلك لا يعود لسلطتها التقديرية لأنها هي المسؤولة على الحفاظ على النظام العام.
- دعوة القضاء الجزائري إلى الابتعاد عن تقييد نفسه بإدراج رقابة السلطة التقديرية ضمن رقابة المشروعية، بحجة أن القاضي الإداري لا يستطيع الغوص في مجال الملاءمة. لأن ذلك يعد عملاً لا أساس له، مادام المشرع لا يمنعه من ممارسة هذه السلطة.
- دعوة الإدارة إلى الالتزام بتسبب قراراتها الإدارية الصادرة بناء على سلطتها التقديرية. ذلك أن التزامها بالتسبب سيدعم موقفها، من جهة، كما أن ذلك يمكن ذوي الشأن من إلزامها بتقديم المستندات والأوراق المتعلقة بالإثبات في الدعوى، من جهة ثانية، ويمكن القضاء، من جهة ثالثة وأخيرة، من ممارسة رقابته على أكمل وجه.

- يفضل أن يلتفت القضاء الإداري الجزائري إلى نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، وأن يأخذها بعين الاعتبار في تطبيقاته. لأن هذه النظرية تعتبر الوسيلة الفعالة لمواجهة الاتساع غير المحدود والخطير للسلطة التقديرية للإدارة. خاصة وأن قضاء الإلغاء لم يستطع أن يوقف هذه السلطة عند حدها إلى أن أصبحت رقابة المشروعية غير كافية وحدها للحد من هذه السلطة.
  - نأمل أن يتبنى قضاءنا الإداري موقفا واضحا بشأن أساليب الرقابة التقليدية على السلطة التقديرية للإدارة. وأن يساير ركب التطور الذي وصل إليه نظيره الفرنسي في هذا المجال، بحيث يسارع تطبيقها في كافة المجالات الحديثة التي تخوضها الإدارة اليوم.
  - ضرورة اعتماد القضاء الجزائري لنظرية الخطأ البين كنظرية عامة في مجال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دون أن يقصرها على مجال القرارات التأديبية، بحيث يوسعها لتشمل جميع المجالات نظرا لتزايد نشاط الدولة وتطور وظائفها، ومن ثم تعدد مجالات العمل الإداري.
  - يجب ألا يبقى مفهوم المنفعة العامة بدون توضيح. بحيث يمارس القاضي الإداري هذه المهمة بعمق أحكامه، عكس ما هو معمول به من الناحية الواقعية، وهو ترك الهيئات الإدارية حرة في التحقق من وجود المنفعة العامة من عدمها.
  - نأمل أن يتم تعميم الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية لتشمل جميع المجالات، دون أن يقصرها القضاء الإداري الجزائري على القرارات الصادرة في المادة التأديبية.
- ونخلص في النهاية إلى انه يرجى أن يستدرك مجلس الدولة الجزائري النقائص التي تعترى عمله. بدءا بتحديد العيب الذي يكتنف القرار الإداري بدقة، وتبرير قراراته ومناقشتها، وتبيان الأساس الذي يستند إليه من بين مصادر القانون الإداري، واستعمال المصطلحات الدقيقة. وذلك لوضع القضاء الإداري الحديث النشأة في إطار الآمال والأهداف المنشود بلوغها، والارتقاء إلى المكانة التي يستحقها، كما يجب على الدولة أن تطور آليات العمل القضائي من خلال الاهتمام بالعنصر البشري كما ونوعا (العدد والتخصص) وسلطة، وإذا كانت هذه التوصية صالحة للجهاز القضائي ككل، فإنها تكون موجهة إلى القضاء الإداري من باب أولى، نظرا لحدائثة عهد الجزائر بالازدواجية القضائية الذي يحتاج إلى اهتمام أوسع .

# قائمة المصادر

و المراجع

## قائمة المصادر والمراجع المعتمدة:

### أولاً: القوانين والقرارات والتنظيمات و الأحكام القضائية:

1. حكم المحكمة الادارية العليا رقم 1679 ل سنة2 القضائية، المجموعة السنة الاولى ص1006.
2. المرسوم الرئاسي رقم 98-191- المؤرخ في 3 جوان 1998 يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية لولاية الأغواط للانتخاب الجزئي لعضو مجلس الأمة. (الجريدة الرسمية رقم 39 ل سنة1998)
3. المرسوم الرئاسي رقم 02-106- المؤرخ في 3 أبريل 2002 المتضمن استدعاء البرلمان المنعقد بغرفتيه (الجريدة الرسمية رقم 22 لسنة 2002).
4. نص الدستور في جريدة الوقائع العراقية العدد 4012 في 28 كانون الاول عام 2005.
5. نص المادة 117 والمادة 122 من دستور 1964 وكذلك انظر نص المادة 144 والمادة 146 من دستور 1971
6. قرار المحكمة العليا في مصر رقم 243/1640 ، المؤرخ في 03 ديسمبر 1994 ، و هو حكم متعلق بقضية " سفر الآثار لليابان " . قرار مشار إليه عند : - حاجة عبد العالي ، المذكرة السابقة ، ص 116.
7. حكم محكمة القضاء الإداري في 16/11/1947 مجموعة من المبادئ، محكمة القضاء الإداري السلطة الثابتة رقم 10، ص 56. ن حكمها في القضية رقم 834 لسنة 7 ق في 2/1/1966 مج س 11 ص 263.
8. القرار المؤرخ في 17/01/1987، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة، فهم عبد الكريم أبو العثم ، القضاء الإداري، الكتاب الأول : مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003 .
9. قانون 91/11 المؤرخ في 27/04/1991 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر العدد 21، سنة 1990. المادة 02 مذكورة أعلاه. ولقد حرص المشرع الجزائري على تنظيم كيفية ممارسة السلطة الإدارية لهذا الامتياز وضمانا لحماية الملكية الخاصة من خلال النصوص التنظيمية المتعلقة بكيفية تطبيق القانون م ت رقم 93/186 المؤرخ في 27/07/1993 المتضمن كيفية تطبيق القانون رقم 91/11 ح ر العدد 51 سنة 1993، المتمم . ت 05/248
10. مرسوم رئاسي رقم 436/96 المؤرخ في 07/12/1996 المتضمن الدستور، ج ر ع 76 سنة 1996.
11. لمؤرخ في 10/07/2005 ج ر العدد 48 سنة 2005، والمتمم م ت رقم 08/202 المؤرخ في 07/07/2008، ج ر ت العدد 39 ، سنة 2008.
12. حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 6 فبراير سنة 1951، السنة الخامسة ص 566.
13. قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 37404، الصادر في: 29/12/1989، المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص 206.

**ثانياً: الكتب باللغة العربية.**

1. ابراهيم السيد أحمد، رقابة القضاء الاداري على الوقائع في دعاوى الالغاء، الطبعة الاولى.مطابع جريدة السفير.الاسكندرية.1963.
2. ابراهيم عبد العزيز شيحا.مبدأ السلطة التقديرية مبادئ وأحكام القضاء الإداري للبناني. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1999 .
- ابراهيم عبد العزيز شيحا، مبدأ المشروعية في تنظيم القضاء الإداري.
- ابراهيم عبدالعزیز شيحا ,اصول القانون الاداري للبناني, الدار الجامعية, بيروت, 1981,
3. ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر
4. إسماعيل البدوي، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية. دار التأليف، القاهرة، 1992، ص.
5. اشرف عبد الفتاح أبو المجد ، تسبیب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007.
6. بوديوة عبد الكريم، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية درجات البطلان في القرارات الإدارية.
7. بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
8. جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
9. خالد سيد محمد حماد ، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية – دراسة مقارنة- طبع دار أبو المجد، الطبعة الثانية، 2013.
10. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
11. د. ثروت عبدالعال أحمد، حدود رقابة المشروعية والملاءمة في قضاء الدستورية، 1999.
12. رشيد خلوفي، قانون المسؤولية المدنية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994
- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
13. رمضان محمد بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري مها، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1994.
14. زكي محمد النجار، الوجيز في تأديب العاملين بالحكومة والقطاع العام، ط1، بدون دار نشر، 1984.
15. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، نشأة المعارف للنشر، الإسكندرية. سامي جمال الدين، الرقابة على اعمال الإدارة.
- سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2003.
- سامي جمال الدين، قضاء الملامة والسلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1992
16. سعد عصفور، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية.

17. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991.
- سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسات مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991.
- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف- الانحراف بالسلطة- دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996
- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي القاهرة، 1996.
18. سيد صبري - مبادئ القانون الدستوري \_ من دون ذكر اسم المطبعة . عام 1949 .
19. شعبان عبد العاطي عطية ، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية، مصر .
20. عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة. عالم الكتب، القاهرة، 1984.
21. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية (إجراءات رفع الدعوى وتحضيرها) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
22. عبد العزيز عبد المنعم خليفة. أوجه الطعن بالإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2002.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري و طلبات إيقاف تنفيذه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
23. عبد الغاني بسيوني عبد الله . القضاء الإداري، منشأة المقارن .الإسكندرية، 1996
- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، مشأة المعارف، الإسكندرية 1997 .
24. عبد الله طلبه، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
25. عبد المجيد إبراهيم سليم . السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة . طبع الدار الجامعية الجديدة، 2012
26. عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية و الرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2014 .
27. عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1962.
28. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، مصر، 1971
29. علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
30. علي خطار الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، ط4 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2011

- علي خطار شنطاوي موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
31. عمار بوضياف، القرار الإداري دراسة تشريعية قضائية فقهية، جسور للنشر والتوزيع الجزائر، 2007.
32. عمار عوابدي، النظرية العامة المنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوة الإدارية) الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4، الجزائر، 2005.
- عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982.
- عمار عوابدي، نظرية القرار الإداري بين علم الإرادة والقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
33. فارة سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قالمة، 2005.
34. لحسين بن شيخ آيت ملويا، الملتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة للنشر، الجزائر، 2002.
- لحسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المنازعات الإدارية ( وسائل المشروعية)، الطبعة الثانية، دار هومة، 2006.
35. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية. 2008.
- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 .
36. مايا محمد نزار ابو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 .
37. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.
38. محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية و القضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004 .
39. محمد بكر حسين، الغلو في توقيع الجزاء الإداري و الرقابة القضائية-دراسة مقارنة-، مكتبة السعادة طنطا، 1991.
40. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- محمد حسين عبد العال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
41. محمد رفعت عبد الوهاب القضاء الإداري. دار الجامعة الجديدة للنشر. الاسكندرية. 2007.
- محمد رفعت عبد الوهاب المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1992.
- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية.

42. محمد رمضان بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
43. محمد عصفور، مذاهب المحكمة الادارية العليا في الرقابة والتفسير والابداع، المطبعة العالمية، القاهرة، 1957.
44. محمد فؤاد عبد الباسط ، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 .
45. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة - دراسة مقارنة - الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968
46. محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري -مبدأ المشروعية- وتنظيم مجلس الدولة - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
47. محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، مصر، 1974.
48. محمود الحيودي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
49. محمود سلامة جبر ، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء .
50. محمود عاطف البنا ، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة ،المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، مكتبة القاهرة الحديثة
51. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري -دراسة مقارنة- الطبعة الرابعة، دار العربية، القاهرة.
52. مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
53. مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، الطبعة الخامسة .
54. مصطفى عبد العزيز الطواولة، القرائن القضائية للإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه دراسة مقارنة، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2011.
55. ناصر لعباد ، الوجيز في القانون الإداري ، سطيف ، الطبعة الاولى ، 2006.
56. نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة -دراسة مقارنة- جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412هـ
57. نواف كنعان ، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010
58. نوفان العقيل العجارمة، سلطات تأديب الموظف العام-دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007 .

### ثالثا : الرسائل و المذكرات و البحوث و الملتقيات

1. ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005.
2. بوالنج عادل، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع تنظيم إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبسة ، 2013/2014 .
3. خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016 .

4. دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قالمة، 2006.
5. فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2011
6. لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة و مدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون تخصص قانون إداري معمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسن، 2016/2015
7. محمد فريد سليمان الزهيري ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة الحقوق بالمنصورة ، 1989 .
8. مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008.
9. مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية في اصدار القرارات، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2001.
10. نويري سامية ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013/2012.
11. ياسن قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005 .
12. Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire, R.G.A., 1924,
13. Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, R.G.A., 1914, III
14. Lino Diquai, pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, colloque du 5 mars, 1977.
15. MICHAUD (J), Etudes sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, Tome 3, 1914.
16. San devoir Etudes sur le recours de pleine juridction paris 1964
17. traité des actes administratifs, Sirey, 1973 .Du recours pour excès du pouvoir 1967.

## رابعاً : المصادر و المراجع باللغة الأجنبية

1. Ahmed Mahiou, cours contentieux administratif , 4édition, o.p.u,1981 .
2. André de laubadère, Yves Gaudement,
3. André De Laubadère, Yves Gaudemet, Traité droit administratif.Tome 01, Libraire général de droit de jurisprudence, 16e édition, Paris, 1999.
  - André Delaulraderé . Yves gaudement, traité de droit administratif, tome 1. 16 ème édition,paris 1999 .
4. BONNARD (F), Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R.D.P, 1923.
5. Bouchahda (H) et Kheloufi (R), Recueil d'arrêts, jurisprudence administrative, OPU.Alger, 1985.
6. Charles debbash et jean Claude Ricci , contentieux administratif , 7eme édition , 1999 .
7. Charles Debbasch, J-C Ricci, le contentieux administratif,7 ème édition, Dalloz.
8. DE LAUBADERE (A) et GAUDEMMENT (Y), traité de droit administratif, tome 1, 16 ème éd, LGDJ, Paris, 1999
9. De laubadère, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire da la jurisprudence récente du conseil d'Etat, Mélange Waline,1974 VEDEL, droit administratif, P.U.F., Paris, 1982
- 10.EISENEMANN (CH), Cours de droit administratif, LGDJ, Paris, 1949,  
George Vlachos, Principes Gnérals du droit dministratif. Edition maeketing, Paris,1993.
11. Hauriou.pr'ecis de droit adminstratif 12e ed, 1933,Paris, 1999.
12. J. HAMSON, Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, L.G.D.J., 1958 .
13. Jean Claude. Venezia, Les pouvoirs discrétionnaire, Paris, L.G.D.J., 1958.
14. l'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire, thèse.
15. Mahiou(A),cours du contentieux administratif, 2 Emme édition,1981,OPU Alger.
16. Maurice. Hauriou, Précis de droit administratif, 12° éd., 1933.  
Odent(M),contentieux administratif,1970-1971.
17. stavroula Ktistaki, l'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte Administratif, L.G.D.J. 1991 P.328.
18. Vedel ( G ) et Delvolve ( P ) , Droit administratif , Paris , P.U.F. , 1982.

## خامسا : المجلات و المقالات و العناوين الإلكترونية.

1. - وزارة العدل ، صلاحيات القاضي على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، نشرة القضاة ، العدد 54 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1999 .
2. أبركان فريدة ، " رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة " ، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002.
3. أحمد محمد محيو، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008
4. ثروت بدري ، الدولة القانونية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد 3.
5. زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة ، العدد الثامن، 2006.
6. سامي جمال الدين، القرار الإداري للسلطة التقديرية للإدارة (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الامارات العربية المتحدة. العدد 03، 1989.
7. الصرايرة مصلح، " مدى تطبيق محكمة العدل العليا المبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابة السلطة التقديرية للإدارة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، 2009.
8. العربي زروق ، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القضاء الإداري الجزائري بها ، مجلة مجلس الدولة ، العدد الثامن العاشر، 2008،  
العربي زروق ، مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا ( بين المنافع و الأضرار ) ، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، العدد الثامن ، 2006 .
9. الغوثي بن ملحة، أفكار حول الإجتهد القضائي، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1978.
10. ليلي زروقي ، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى إحترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة . مجلة مجلس الدولة ، العدد الثالث ، 2003 .
11. المجلة القضائية العدد الثاني، 1995.
12. المجلة القضائية، العدد الثالث، صادر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا 1989. ص 190 وما بعدها
13. المجلة القضائية، العدد الثاني، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
14. المجلة القضائية، العدد الرابع، 1113، ص 198 و ما بعدها.
15. المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الرابع، 1989، ص 227.
16. مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004.
17. محسن عبد الجواد حسين، «بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد» . مجلة مجلس الدولة، السنة 04 ، القاهرة، يناير 1953

18. محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع.
19. محمد طه حسين الحسيني، معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة ونطاقها، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العراق.
20. محمد متولي صبحي ، حدود رقابة قضاء الإلغاء ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة 18 ، العدد 02 ، 1974 .
21. محي الدين صابر، المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، تونس، 1988.
22. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التربية، 1420هـ، 1999.
23. مقالاتي منى وعمورة حكيمة، رقابة القاضي الإداري حول تحقق المنفعة العمومية ودورها في حماية حقوق الملاك، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالم، 2011
24. مهند نوح، مقال " السلطة التقديرية للإدارة" ، الموسوعة العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة، مجلد 04، سنة 2022
25. LAUN (R), Le pouvoir discrétionnaire, rapport au congrès de l'Institut International de Droit public, publié dans l'annuaire dudit Institut, 1935.
26. ban abdellah mokhtar, le pouvoir du juge statuant en matière administratives a travers le critère organique et les principes constitutionnelles, communication au séminaire national « les autorités de juge administratif » université de Guelma, 2011
27. Voir : W.W.W.arpe-paca. org. Et: w.w.w.fr. wiikipedia. org/ laresp. De l'ad française.-
28. Waline ( M ) , Etendue et imites du contrôle du juge administrative sur les actes de l'administration.

## الفهرس

1	مقدمة.....
11	<u>الفصل الأول :</u> .....
11	<u>الإطار النظري لفكرة السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
13	<u>المبحث الأول : ماهية السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
16	<u>المطلب الأول : مفهوم السلطة التقديرية للإدارة :</u> .....
16	<u>الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
29	<u>الفرع الثاني : التمييز بين السلطة التقديرية و الأفكار المتشابهة</u> .....
47	<u>الفرع الثالث : نطاق السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
55	<u>المطلب الثاني : أساس و مبررات الأخذ بفكرة السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
56	<u>الفرع الأول : أساس السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
56	<u>الفقرة الأولى : النظرية السلبية</u> .....
58	<u>الفقرة الثانية: النظرية الإيجابية</u> .....
64	<u>الفرع الثاني : مبررات السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
67	<u>الفرع الثالث : مزايا، عيوب ، و ضوابط السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
70	<u>المبحث الثاني: مجال التقدير والتقييد لعناصر للقرار الإداري:</u> .....
72	<u>المطلب الأول:</u> .....
72	<u>جوانب التقدير والتقييد في أوجه المشروعية الخارجية للقرار الإداري</u> .....
72	<u>الفرع الأول: جوانب التقدير والتقييد في عنصر الاختصاص</u> .....
77	<u>الفرع الثاني : جوانب التقدير والتقييد في عنصر الشكل والإجراءات:</u> .....
82	<u>المطلب الثاني: جوانب التقدير والتقييد في أوجه المشروعية الداخلية للقرار الإداري</u> .....
82	<u>الفرع الأول : جوانب التقدير والتقييد في عنصر المحل:</u> .....
84	<u>الفرع الثاني : جوانب التقدير والتقييد في عنصر السبب:</u> .....
87	<u>الفرع الثالث : جوانب التقدير والتقييد في عنصر الغاية:</u> .....
91	<u>الفصل الثاني:</u> .....
91	<u>آلية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة</u> .....
93	<u>المبحث الأول : وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية:</u> .....
95	<u>المطلب الأول : الطعن بالإلغاء القضائي في القرارات التقديرية</u> .....
95	<u>الفرع الأول : عيوب المشروعية الخارجية</u> .....
104	<u>الفرع الثاني: أوجه عدم المشروعية الداخلية</u> .....
117	<u>المطلب الثاني : الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية</u> .....
117	<u>الفرع الأول: مفهوم الطعن بالتعويض في القرارات الإدارية التقديرية:</u> .....
119	<u>الفرع الثاني: شروط رفع الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية:</u> .....
120	<u>الفرع الثالث: أساس رفع الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية:</u> .....
132	<u>المبحث الثاني: اساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة</u> .....

- 134.....المطلب الاول : اساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة التقليدية
- 134.....الفرع الأول: رقابة الوجود المادي للوقائع
- 143.....الفرع الثاني : رقابة التكيف القانوني للوقائع
- 156.....المطلب الثاني : أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة الحديثة
- 157156.....الفرع الاول: رقابة الملائمة للوقائع و رقابة التناسب
- 169.....الفرع الثاني : رقابة الخطأ الظاهر
- 191.....خاتمة :