

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

## الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

الدكتور:  
بنيني أحمد

الطالبة:  
نويري سامية

### أعضاء لجنة المناقشة:

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ مسعود شيهوب	أستاذ التعليم العالي	جامعة قسنطينة	رئيسا
د/ بنيني أحمد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة باتنة	مشرفا ومقررا
أ.د/ بريكي لحبيب	أستاذ التعليم العالي	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
د/ بو عبد الله مختار	أستاذ محاضر (أ)	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2012-2013

من المعروف عن السلطة التنفيذية أنها تتولى مهمة تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، مما يقتضي منها أن تعكس إرادة المشرع دون زيادة أو نقصان. وبهذا المعنى العام تكون مهام الإدارة مقيدة باستمرار.

بيد أن تزايد صلاحيات الإدارة الحديثة، خاصة بعد أن إرتادت مجالات واسعة من صنوف النشاط الإداري، قد أدى إلى تعذر تنظيم دقائق نشاطها بقواعد مسبقة ومحددة. فالإدارة ليست بالآلة الصماء، بل تتكون من أفراد مبصرين يواجهون أوضاعا متغيرة تقتضي مواجهة كل حالة وفقا لظروفها الخاصة بغية تحقيق الصالح العام على أتم وجه، ومن هنا ولدت السلطة التقديرية للإدارة.

لم يعد هناك جدل حول ضرورة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية. إذ يجمع كل من الفقه والقضاء بأن هذه السلطة أو ذلك القدر من الحرية الذي تتمتع به من أجل تحقيق الصالح العام، يعد بمثابة الشرط الأساسي لحياة وبقاء كل إدارة، خاصة بعد توسع وتداخل مجالات أنشطة هذه الأخيرة. إلا أنهم متفقون في نفس الوقت على أن هذه السلطة التقديرية لا بد أن تباشر في حدود القانون.

مهما قيل عن ضرورة السلطة التقديرية للإدارة ومهما قيل في تبريرها، فإن هذه السلطة لا يمكن أن تظهر في نظام لا يسوده مبدأ سيادة القانون، وإلا تحولت إلى سلطة تعسفية وتحكيمية. ومن هنا يظهر الارتباط وثيقا بين فكرة السلطة التقديرية ومبدأ المشروعية.

إذا كان مبدأ المشروعية الإدارية مسيجا بجملة من أشكال الرقابة الإدارية والسياسية والبرلمانية، فإن وجود رقابة قضائية على أعمال الإدارة بصفة عامة وسلطاتها التقديرية بصفة خاصة، يعتبر المظهر العملي والفعال لحماية مبدأ المشروعية.

من هذا المنطلق، يمكن القول أن الرقابة القضائية على حرية تقدير الإدارة لوقائع وظروف العمل الإداري تمثل مطلبا ملحا وأساسيا، وذلك من أجل حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف الإدارة واستبدادها المحتمل عند مباشرتها لتلك السلطة التقديرية.

## أولاً: أهمية الموضوع

يكتسي موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة أهمية نظرية وعملية بالغة.

### 1- الأهمية النظرية

يعتبر الموضوع من أكثر الدراسات دقة في نطاق القانون الإداري وعلم الإدارة الحديث، بسبب ارتباطه بالعديد من المسائل الهامة في مجال القانون الإداري ولاسيما موضوع القرار الإداري وممارسة صلاحيات الإدارة وتجدد وتعقد وتشابك النشاط الإداري.

تظهر الأهمية النظرية لهذه الدراسة، أيضاً، في أن تكريس القضاء الإداري الجزائري لرقابته على السلطة التقديرية للإدارة سوف يقود إلى إمعان النظر في بعض المفاهيم النظرية السائدة في القانون الإداري بصفة عامة. مما يسهم في تطوير القانون الإداري وتعزيز أحد خصائصه العامة، باعتباره قانونا مرنا

يتفاعل مع الظروف والمتغيرات ويستجيب للتطورات الحاصلة في الحياة الإدارية، بوصفه قانونا ذو طابع قضائي، يقوم القضاء الإداري بدور خلاق في إرساء قواعده وأحكامه.

## 2- الأهمية العملية

تستجيب هذه الدراسة على المستوى العملي لانشغالات المتقاضين. فبدون شك أن رقابة القضاء على تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة لتختار وقت ووسيلة تدخلها يمثل ضمانا أساسية لحرية الأفراد ومراكزهم القانونية؛ إذ كلما راقب القضاء الإدارة في استخدام سلطتها كلما أمن الأفراد تعسفا لأن تعنتها غير مأمون الجانب، وكلما تركها تتصرف بحرية فإن الباب يفسح أمامها للانحراف والاستبداد.

### ثانيا: أسباب اختيار الموضوع

لقد تم اختيار هذا الموضوع، لأسباب موضوعية وأخرى ذاتية.

#### 1- الأسباب الموضوعية

وتتمثل فيما يأتي:

- الموقف السلبي للقضاء تجاه السلطة التقديرية للإدارة، الذي أصبح منتقدا لما يحتويه من إضرار بمصالح المتقاضين وإنقاص للضمانات التي تكفل لهم حماية حقوقهم وحررياتهم، لما فيه من تشجيع على تعسف الإدارة.

- تزايد انحراف الإدارة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة وسوء استعمالها لهذه الآلية الاستثنائية. وبالتالي المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، خاصة وأن سلطات الإدارة في تطور واتساع مستمرين، وذلك ما بعث استياء كبيرا لدى المهتمين بالدراسات القانونية.

#### 2- الأسباب الذاتية: وتتمثل فيما يأتي:

- الرغبة في تزويد المكتبة الجزائرية بدراسة قانونية حول موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

- الرغبة في تفعيل دور القاضي الإداري الجزائري، ذلك أن هذا الأخير يجتهد ويبتكر الحلول الناجعة بما يتلاءم ويصون الحقوق والحرية في إطار المشروعية، غير أن سلطاته في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة محدودة مقارنة بنظيره الفرنسي والمصري.

### ثالثا: طرح الإشكالية

أجمعت مختلف الدراسات القانونية على أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ليست مطلقة أوجامدة، وإنما تعرف بعض القيود والحدود. فالرقابة المطلقة من شأنها شل حركة الإدارة مما يؤدي إلى عجزها عن الاضطلاع بالمهام المنوطة بها.

تنحصر هذه القيود في نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية أعمال السيادة والحكومة، وكذلك في السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في مواضع وحالات معينة. ولعل إدراج السلطة التقديرية ضمن الاستثناءات الموازنة لمبدأ المشروعية، قد يوحي بحصانتها من كل أشكال الرقابة القضائية، لكن سلطة

الإدارة حينئذ ستكون تحكمية لا تقديرية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن بسط القضاء لرقابته على هذه السلطة قد يوصف بأنه يشكل اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، لما فيه من إحلال لتقدير القاضي الإداري محل تقدير رجل الإدارة. ومن هنا كانت الإشكالية التي تعالجها هذه الدراسة:

**إلى أي مدى يمكن الجزم بوجود رقابة قضائية على السلطة التقديرية للإدارة بالجزائر؟ وهل أن هذه الرقابة كفيلة بحماية مبدأ المشروعية دون أن تشكل اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات؟**

#### رابعاً: أهداف الدراسة

ترمي هذه الدراسة إلى عدة أهداف، يمكن تقسيمها إلى أهداف نظرية وأخرى عملية.

#### 1- الأهداف النظرية

أمام قلة الدراسات المتخصصة في هذا المجال، كان هدفنا من وراء اختيار هذه الدراسة نظرياً بالدرجة الأولى، حتى نساهم في إثراء المكتبة القانونية ببحث جديد في المادة الإدارية ننير من خلاله درب طريق كل من القاضي والمتقاضي إلى فهم مضمون السلطة التقديرية للإدارة وحدودها، للوصول إلى توصيات توضح بعض النقاط لتكون مفتاحاً لدراسات أخرى في الموضوع أو في عنصر منه.

#### 2- الأهداف العملية

إن أي دراسة لن تكون ذات أهمية ما لم يجد جانبها النظري طريقه إلى الجانب العملي، لذلك ننشد من خلال هذه الدراسة الوصول إلى جملة من الأهداف العملية والمتمثلة في الوقوف على مضمون ومرتكزات الاتجاهات الحديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية. إضافة إلى كيفية إعمال تلك الاتجاهات. كي نضعها أمام مجلس دولتنا الفتى فيتوقف عن تقييد نفسه وإعادة إنتاج مواقف واجتهادات تخلى عنها أصحابها بعد أن ثبت عدم نجاعتها، خاصة وأن هذه الاتجاهات أصبحت مطلبا ملحا لمواجهة ما يثور من نزاعات إدارية في الواقع الجزائري، والتي برزت على إثر ما أصاب هذا المجتمع من تطورات على مختلف الأصعدة.

#### خامساً: الدراسات السابقة

رغم أهمية هذا الموضوع، إلا أنه لم يلق الاهتمام الفقهي الذي يستحقه، إذ ندرت الدراسات القانونية المتخصصة لهذا الموضوع. وما وجد من دراسات فلا يتعدى أن يكون مجرد مراجع عامة في القانون الإداري تناولت هذا الموضوع بصورة موجزة خاصة في الجزائر.

فإذا كان موضوع الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية قد تناولته أقلام كثيرة بالشرح والمعالجة؛ فإن مسألة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة أو ما يصطلح على تسميته برقابة الملاءمة، لم يلق مثل هذا الاهتمام، باستثناء بعض الدراسات الأكاديمية المنشورة، والتي تعد على أصابع اليد الواحدة.

لقد تمكنا - مع ذلك - من الحصول على مذكرة ماجستير مهداة لجامعة قالمة، موسومة ب: "السلطة التقديرية للإدارة" للأستاذ نذير أوهاب، الذي تناول فكرة السلطة التقديرية بالتحليل والمقارنة بين تطبيقها في القضاء السعودي والمصري والفقهاء الإسلاميين.

### سادسا: المناهج المعتمدة

بما أن موضوع الدراسة هو الذي يحدد طبيعة المنهج المتبع؛ فإن طبيعة هذا الموضوع تقتضي إتباع المناهج الآتية:

1- **المنهج الوصفي:** نظرا لأن الموضوع له جانب فقهي خاصة فيما يتعلق بالفصل الأول منه، مما يفرض سرد بعض المعلومات والمعطيات.

2- **المنهج التحليلي:** باعتباره المنهج المناسب لمعالجة مختلف العناصر الأساسية للبحث، المعتمدة على تحليل النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالموضوع ومحاولة إسقاطها على الواقع العملي، قصد استنباط الحلول الكفيلة بضمان ممارسة رقابة فعالة على السلطة التقديرية للإدارة تجسيدا لمبدأ الشرعية الدستورية. مع الإشارة إلى القرارات القضائية المدعمة لهذه الدراسة للوصول إلى النتائج المرجوة من البحث.

وقد تتخلل هذه الدراسة استعانة بأسلوب المقارنة في بعض جوانب الموضوع، بغرض الاستئناس بالاجتهاد القضائي والفقهي المصري والفرنسي، بسبب ندرة الاجتهاد القضائي الجزائري في هذه المادة، وهذا في بعض جوانب الموضوع فقط ومتى اقتضى الأمر ذلك.

### سابعا: الصعوبات المعترضة

اعترضت دراسة هذا الموضوع مشقة كبيرة، تمثلت في ندرة المراجع الفقهية المتخصصة في الموضوع في الفقه المقارن، وانعدامها بالنسبة للفقه الجزائري. زيادة على ندرة القرارات القضائية الجزائرية المتعلقة بالموضوع.

واجهت هذه الدراسة صعوبة أخرى، تمثلت في طبيعة عمل قضاء مجلس الدولة الجزائري مقارنة بالقضاء المقارن. إذ غالبا ما يكتفي القاضي الفاصل في المادة الإدارية الجزائري بإلغاء القرار الإداري دون ذكر وجه عدم المشروعية فيه. مما اضطرنا إلى البحث والدراسة العميقة في حيثيات القرار القضائي للوصول إلى العيب الذي يشوب القرار الإداري.

لمعالجة موضوع المذكرة، تم تقسيم موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة إلى فصلين، الأول وارد تحت عنوان: **ماهية السلطة التقديرية والرقابة القضائية.** أما الفصل الثاني من هذه المذكرة، فقد خصصناه لدراسة: **النظام القانوني للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.**

مع الإشارة إلى أن كل فصل تم تنزيهه بخلصة، وانتهت المذكرة بخاتمة تضمنت النتائج المتوصل إليها من خلال البحث مع ربطها بتوصيات قابلة للتطبيق العملي.

# الفصل الأول

ماهية السلطة التقديرية والرقابة القضائية

من المسلم به أن المشرع حين يقوم بتحديد إحدى اختصاصات الإدارة العامة، فإنه يكون مخيراً بين طريقتين: فهو إما أن يقوم بفرض ذلك الاختصاص بصفة أمرية وبطريقة محددة وملزمة، راسماً للإدارة الطريق الذي تسلكه في ممارسته ومحدداً لها الشروط التي تنقيد بها والإجراءات التي تتبعها بشأن ذلك الاختصاص، دون أن يترك لها أية حرية في اختيار الطريق أو في تحديد الشروط. بحيث لا يكون على الإدارة سوى أن تبادر بإصدار القرار اللزيم، واتخاذ الإجراءات المقررة لتنفيذه دون أي خيار، وهو ما يسمى بالاختصاص المقيد للإدارة.

وإما أن يقوم المشرع بتحديد ذلك الاختصاص بشكل تقديري بحت، بمعنى أن يترك للإدارة العامة سلطة تقدير وقت ممارسة ذلك الاختصاص، والطريقة التي تمارسها به، والشروط والإجراءات التي تتبعها بشأنه. وذلك حسب تقديرها لظروف كل حالة على حدة، دون أن يفرض عليها ذلك بصفة أمرية، وذلك ما يسمى بالسلطة التقديرية للإدارة.

إذا كان كل من الفقه والقضاء قد استقر على أن السلطة التقديرية أمر لازم للإدارة العامة في عصرنا الحالي، كضرورة لا غنى عنها لكي تتمكن من أداء مسؤولياتها الخطيرة وممارسة وظائفها المتنوعة. فقد استقر أيضاً على أن تجاوز الإدارة حدود سلطتها التقديرية أمر خطير، يؤدي إلى عواقب وخيمة تضر بالمصلحة العامة وبحسن سير المرافق العامة وبحقوق الأفراد وحررياتهم.

لذلك كانت الرقابة القضائية - أياً كان مداها - أفضل أسلوب لتحقيق التوازن الأمثل بين تمكين الإدارة من إدارة مرافقها بما يحقق الصالح العام، وبين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم.

إنطلاقاً من ذلك، فقد ارتأينا أن نتطرق خلال هذا الفصل إلى تحديد ماهية السلطة التقديرية للإدارة بكل جوانبها وتفصيلها من خلال المبحث الأول، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لتحديد كل ما يتعلق بماهية الرقابة القضائية على هذه السلطة التقديرية.

## المبحث الأول ماهية السلطة التقديرية للإدارة

يعتبر موضوع السلطة التقديرية للإدارة من أهم مواضيع القانون الإداري على الإطلاق. بل لا يعد القانون الإداري -كما ذهب الأستاذ فالين- أن يكون عن عبارة عن دراسة للسلطة التقديرية للإدارة وقيود ممارستها هذه السلطة. كما تعتبر من أكثر مواضيع القانون الإداري إثارة للنقاش والجدل بين الفقهاء والقضاة. فهو موضوع شائك ودقيق ويصعب صياغة نظرية شاملة محكمة تضع له قواعد واضحة ومحددة. لكننا حاولنا التنظير لهذه السلطة، وحتى نوضح معالمها فقد ارتأينا تقسيم الدراسة إلى ثلاث مطالب:

**المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.**

**المطلب الثاني: أساس السلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها.**

**المطلب الثالث: حدود السلطة التقديرية للإدارة.**

## المطلب الأول مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

تقوم كل جهة إدارية بمباشرة نشاطها وفقا للقانون، ويكون لها في حدوده سلطة تقديرية. فهي لا تتمتع بهذه الحرية إلا لأن القانون حولها سلطة تقدير مناسبة التصرف. فإذا تجاوزت هذا الحد تكون قد خرجت عن نطاق القانون، وبالتالي عن نطاق المشروعية.

إن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة؛ وإن كان علينا أن نكف تحكم الإدارة وتسليطها، فلا بد أن نجنبها أيضا الآلية الإدارية التي تتبع من تزلزلت رجل الإدارة بتطبيق قواعد موضوعية دون أن نترك له الحرية في التصرف.

حتى نتضح هذه الحرية في التصرف، سنتناول خلال هذا المطلب تعريف السلطة التقديرية للإدارة ثم نبين علاقتها ببعض الأفكار المتصلة بها، حتى نكون على بينة من مضمون هذه السلطة وحدودها.

## الفرع الأول تعريف السلطة التقديرية للإدارة

لقد أصبحت فكرة السلطة التقديرية للإدارة من أهم الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري في مختلف الدول - حتى في دول القضاء الموحد - فقد أدركت النظم المختلفة أن تقييد حرية الإدارة بالتشريعات المتعددة يؤدي إلى عواقب وخيمة ويشل حركة الإدارة و يكبت نشاطها ويقتل روح الابتكار فيها. تبعا لذلك سنحاول خلال هذا الفرع تعريف السلطة التقديرية للإدارة لغة واصطلاحا، ثم تعريفها من وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانوني، وأخيرا التعريف القضائي لهذه السلطة.

### أولا: تعريف السلطة التقديرية لغة واصطلاحا

#### 1- تعريف السلطة

السلطة لغة: من سلط، يسلط، سلاطة، والسلاطة القهر والحدة، والتسليط: إطلاق السلطان، وقد سلطه الله عليه فتسلط، والاسم سلطة، والسلطة بضم السين: التسلط والسيطرة والتحكم. والسلطة بكسر السين: السهم الطويل، والجمع سلاط. والسلطان: الحجة والبرهان وقدرة الملك، وقدرة من جعل له ذلك وإن لم يكن ملكا. والولي، وسلطان كل شيء: شدته وحدته سطوته. ويسمى السلطان سلطانا إما لتسلطه أو لأنه حجة من حجج الله في أرضه، ويقال للأمراء سلاطين، لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق. فالمادة إذن تدل على القوة والقهر والتمكن، وإن كان التمكن لازما للقوة والقهر، وتدل على التسليط وعلى إطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة<sup>(1)</sup>.

والسلطة في الفقه الإسلامي لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام<sup>(2)</sup>. أما اصطلاحا فإن السلطة تعني:

- مرادفة "السلطة" (pouvoir)، والامتياز، مجموعة سلطات .
- حائز هذه السلطات، مثلا السلطة العامة (pouvoir public) .

<sup>1</sup> - أنظر في ذلك: - ابن منظور، قاموس لسان العرب، مطبعة بيروت، 1969، ص320،321. والرائد/ جبران مسعود (قاموس لغوي معاصر)، دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة، بيروت، 1981، ص 382 و 383.

- أبو إبراهيم الفريابي، ديوان الأدب معجم لغوي تراثي، ترتيب وتحقيق عادل عبد الخيار الشاطي، 2003، ص 220 .

- المنجد الإعدادي، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان، دار المشرق، دون تاريخ، ص 308.

- المنجد الأبجدي، صادر عن دار المشرق العربي، الطبعة الثامنة، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 209.

<sup>2</sup> - ذهب بعض الباحثين إلى أن الشرع يستخدم مصطلح الولاية بديلا عن مصطلح (السلطة) لأنه يتفق مع مقاصد الإسلام الذي حث على اللطف بالخلق والرحمة بهم. لا الاستبداد والسلطة الذي حاربه الإسلام. بل رأى أن مصطلح الولاية أقوى في الدلالة على المراد منه من مصطلح السلطة. لمزيد من التفاصيل، انظر: محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 65 .

- إمكانية القيادة، في بعض الأحوال استخدام امتيازات الإدارة، انظر الأولوية ( primauté )، التبعية القانونية (Subordination juridique) .
- تفوق واقعي، سيطرة، هيمنة:
- التفوق الاقتصادي puissance économique، بالنسبة إلى مؤسسة ما، قوة، سيطرة اقتصادية، سلطة فرض قانونها على السوق ( على مورديها أو زبائنها أو منافسيها ).
- سلطة الزوج ( puissance maritale ) .
- سلطة الأب ( puissance paternelle ) مجموعة حقوق تعود للأب على شخص أولاده القصر وأموالهم.
- السلطة العامة (puissance publique) .
- مجموعة سلطات الدولة والأشخاص العموميين الآخرين، مثلا ممارسة السلطة العامة، انظر السيادة "souveraineté".
- الدول والأشخاص العموميين الآخرين<sup>(1)</sup>.

## 2- معنى التقدير

- التقدير لغة:** من قدر يقدر، وبابه نصر ضرب، والقدر والقدرة والمقدار: القوة، الغنى واليسار، وهو من ذلك لأن كنه قوة، وقدر كل شيء ومقداره: مقياسه، و قدر الشيء بالشيء وقدره: قاسه.
- والتقدير على وجوه من المعاني :
- أولها: التروي والتفكير في تسوية أمر وتهيته.
  - الثاني: تقديره بعلامات يقطعه عليها.
  - الثالث: أن تتوي أمرا بعقدك، نقول : قدرت أمر كذا وكذا وكذا، أي نويته وعقدت عليه، ويقال قدرت الأمر كذا أقدر له، وأقدر قدرا: إذا نظرت فيه ودبرته وقايسته، و قدرت أي هيأت وأطلقت وملكت. وقدر عليه الشيء أي ضيقه<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك :

- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع، ص 308.

-Charle Debbasch , Yves Daudet : Lexique de termes politiques, 2 eme edition, Dalloz, Paris,1978, p 315.

- Ibrahim Dajjar : Nouveau dictionnaire juridique, Liban,2006 , p 228.

-Paul Robert, le petit Robert ,Paris, p 115.

<sup>2</sup> - أنظر في ذلك :

- ابن منظور، قاموس لسان العرب، مطبعة بيروت،1969، ص 62 .

- المنجد الإعدادي، الطبعة الرابعة، دار المشرق، بيروت، لبنان، دون تاريخ، ص 95.

أما اصطلاحاً: فإن التقدير عن اللاتينية (appretiato) من الفعل (appretiare) : قوم (بشد السين).

- بالمعنى الضيق: تقويم يقضي بتخمين مال بقيمه الصحيحة لتحديد ثمنه، (évaluation).
- نمط قرار مبني على الأخذ في الاعتبار معايير موضوعية مرنة (ملاءمة، مصالح... الخ)، يترك وزنها بالضرورة لمن يقدر حرية معينة (متفاقمة بذاتها)، ولذلك كانت العبارات الآتية : سلطة التقدير، وحرية وهامشه ، وهذا هو المعنى الذي يهمننا في بحثنا .
- على وجه أكثر تقنية، مجموعة عمليات فكرية تركز بالنسبة إلى القضاة على ضبط الوقائع المتنازع فيها من أجل التثبت من وجودها ووزن مداها وخطورتها وقيمتها وخاصيتها، تشمل التقديرات بهذا المعنى إثباتات الواقعة التي يفترق أحيانا بعضها عن بعضها الآخر.
- نتيجة حكم له قيمة المديح، مثلاً تقدير لموظف من قبل رئيسته التسلسلي.<sup>(1)</sup>
- تقديري، استنباطي (discretionnaire)، تخميني (estimatif).

يستنتج مما سبق أن السلطة التقديرية تدل لغة على القوة والصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل، ومقاسيته على أمور أخرى، فالسلطة التقديرية أساسها العمل العقلي والنشاط الذهني بمختلف وجوهه.

أما اصطلاحاً: فإن السلطة التقديرية هي امتياز اتخاذ قرار مبني على الأخذ في الاعتبار لمعايير موضوعية مرنة (ملاءمة ، مصالح... الخ).

هذا وقد تناول فقهاء المسلمين بيان مجال أعمال السلطة التقديرية، عند بحثهم لأنواع الحكم التكليفي وبيان الأحكام التي يجوز فيها الاجتهاد. إذ يتنوع الحكم التكليفي باعتبار طلب الفعل أو الترك أو التخيير بينهما عند الجمهور إلى خمسة أنواع: الإيجاب، التحريم، الاستحسان، الكراهية والإباحة، والمباح هو المجال الرئيسي للسلطة التقديرية، حيث يكون لمصدر القرار حرية الاختيار أو التقدير دون التقيد بإرادة أخرى غير إرادته، لعدم تقيده بقواعد ملزمة منصوص عليها<sup>(2)</sup>. ومن ثم يمكن القول بأن السلطة التقديرية موجودة في الشريعة الإسلامية. وتجد مجال أعمالها حيث لا يوجد في المسألة حكم شرعي بالترك أو الفعل على وجه الحتم.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك :

- جيرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص 49 .

- Ibrahim Dajjar : Nouveau dictionnaire juridique, Liban, 2006, p 5.

<sup>2</sup> - سعيد الحكيم، المرجع السابق، ص 126.

وعليه فإن السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي تعني: " الصلاحية التي يتمتع بها المجتهد للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة عليه في جميع مراحلها"<sup>(1)</sup>.

انطلاقاً من ذلك، فقد عرفها الدكتور مصطفى كمال وصفي بقوله: " حيز يتركه النص (أو الدليل الشرعي) للملاءمة بين تطبيق النص (أو الدليل) وبين الواقع "<sup>(2)</sup>.

كما عرفها الدكتور الدريني: " تلك التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحددها، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتديبير شؤونها ورعاية الصالح العام، وبالجملة من كل ما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة على مقتضى من روح الشريعة، ومقاصدها العامة، ولو لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية "<sup>(3)</sup> بالرجوع إلى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة أو إلى الأثر، نجد بأن أدلة مشروعية السلطة التقديرية متعددة، نذكر من ذلك :

قوله تعالى : " وداود وسليمان إذ يحكمان إذ نفضت فيه غم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكماً وعلماً "<sup>(4)</sup>.

كذلك نجد قوله تعالى : " والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وإن الله لمع المحسنين "<sup>(5)</sup>.

كذلك نجد قوله تعالى " فاعتبروا يا أولي الأبصار " <sup>(6)</sup>.

من السنة النبوية المطهرة نجد قوله - صلى الله عليه وسلم - : "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر"، وفي بعض الروايات أن للمصيب "عشرة أجور"<sup>(7)</sup>.  
والحديث صريح في دعوة الحاكم إلى الاجتهاد، وإن له أجراً حتى ولو أخطأ.

<sup>1</sup> - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 81 .

<sup>2</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412هـ، ص 11.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 11.

<sup>4</sup> - سورة الأنبياء، الآية 78 و 79. إذ دلت الآية على أنهما عليهما السلام اجتهدا وكان كل واحد منهما على حكم وعلم، وثبت الحكمان بموجب اجتهادهما، ثم نسخ حكم داود بعد ثبوته ونزل النص بتقرير حكم سليمان، والله سبحانه وتعالى أثنى على سليمان بإصابته وجه الحكم. أنظر في ذلك: محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 83.

<sup>5</sup> - سورة العنكبوت، الآية رقم 69. تدل الآية على بذل الجهد في القيام بالحق والعدل، لأن الله وعد من يفعل ذلك بأن يهديه سبيله ويكون معه إن كان من المحسنين. المرجع نفسه، ص 84.

<sup>6</sup> - سورة الحشر، الآية رقم 2. والأبصار والعقول - و الآية و إن نزلت للاعتبار بما حل ببني النضير. فإنها تدعو أهل الأبصار للاعتناظ والتدبر والنظر في الأمور للاعتبار، أي للعبور بها إلى أمور أخرى من جنسها لا حكم فيها، فيوقعون عليها نفس الحكم السابق. فالاعتبار رد الشيء إلى نظيره، والمقايضة والقياس من أوجه الاجتهاد.

<sup>7</sup> - الرواية الأولى عند البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة: "باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ".

وليس معنى الخطأ هنا أنه أخطأ ما كلف، ولكن أنه أخطأ النص فلم يصبه بعد بذل كبير مجهوده، والاجتهاد لا يكون إلا من العالم أهل الاجتهاد، وإلا فالجاهل ليس له أن يجتهد ابتداء ولا انتهاء<sup>(1)</sup>.  
إتضح بجلاء منح السلطة التقديرية للإدارة، وإن لم يستخدم الفقهاء المسلمون مصطلح " السلطة التقديرية " الذي انتشر كثيرا في كتب القانونيين، فإنهم قالوا بها تحت مصطلحات تبين أوجها وآثارا من هذه السلطة. ومما استخدموه: " (رأي)، (نظر)، (سلطة)، (تقدير)، (الاجتهاد)، (حكم)، وهذه المصطلحات بما بينها من تداخلات كبيرة فإنها تعد أوجها لشيء واحد نسميه حاليا " بالسلطة التقديرية "<sup>(2)</sup>.  
إن السلطة التقديرية للإدارة ليست مطلقة، وإنما يجب على هذه الأخيرة أن تتوخى دائما تحقيق المصلحة العامة؛ إذ لا يحل لها أن تتصرف إلا بما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسده. فنظر الإمام مقيد بالمصلحة<sup>(3)</sup>. ومن هذا المنطلق وجب أن تكون ممارسة السلطة التقديرية في حدود تحقيق المصلحة العامة. فالسلطة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت تمارس في نطاق وحدود الغرض الذين منحت من أجله<sup>(4)</sup>.

## ثانيا : تعريف السلطة التقديرية فقها

اختلف الفقه حول تعريف السلطة التقديرية للإدارة. ويرجع السبب في هذا الاختلاف إلى عدم اتفاقهم حول مصدر التقدير الإداري وما إذا كان يكمن في إرادة المشرع. حيث يأخذ تعريف السلطة التقديرية مفهومها ايجابيا. أم في إرادة القاضي الإداري ومن ثم يأخذ هذا التعريف مفهومها سلبيا<sup>(5)</sup>.  
وهذا ما سنبينه تباعا فيما يأتي ثم نعقبه برأينا في الموضوع.

### 1- التعريف الايجابي للسلطة التقديرية

لقد ذهب جانب من الفقه<sup>(6)</sup> إلى القول بأن مصدر التقدير الإداري للإدارة يكمن في إرادة المشرع وحدها. مما يعني أن المشرع في نظرهم هو صاحب القول الفصل فيما إذا كان للإدارة تجاه نشاط معين قدر

<sup>1</sup> - سعيد الحكيم، المرجع السابق، ص 134.

<sup>2</sup> - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 95.

<sup>3</sup> - تجدر الإشارة إلى أن المصلحة العامة التي تضبط وتقيّد تصرف الإدارة من خلال سلطتها التقديرية منوطة بجبايى الدنيا والآخرة معا. بل أن النظرة إلى مصالح الدنيا محكومة بسلامة مصالح الآخرة. بخلاف ميزان المصالح في النظم الوضعية الذي اتخذته الفلاسفة وعلماء الأخلاق. فهو محدود بعمر الدنيا فحسب وقاصر على اللذة المادية فقط. أنظر في ذلك: - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 215.

<sup>4</sup> - بعد أن ثبتت مشروعية منح السلطة التقديرية للإدارة في الفقه الإسلامي، يتأكد بشكل قاطع سبق الإسلام في العديد من ميادين العلوم. وإن كان مثار الشبهة في أذهان من يعتقد خلاف ذلك هو تقصير المسلمين في دراستهم للعلوم التنظيمية والإدارية. وبالتالي قصور قدرتهم على طرح ما لديهم من ذخائر علمية بأساليب تناسب كل عصر وزمان. انظر في ذلك: محمود حلمي، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة، الطبعة السابعة، القاهرة، 1986، ص 173. وكذلك نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 57.

<sup>5</sup> - رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدول الفرنسى للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصدر منها، دار

النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 36.

<sup>6</sup> - من هؤلاء نجد " ميشو "، و " بونار ".

من الحرية في التقدير من عدمه. وذلك بتدخله أو عدم تدخله بتنظيم ذلك النشاط أو بتحديد عناصره تحديداً دقيقاً<sup>(1)</sup>.

من هنا فقد أعطى هذا الجانب الفقهي للسلطة التقديرية تعريف إيجابياً، معتبراً إياها 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 نشاطاً معيناً. وبالتالي يرى أنه من الأفضل أن يترك لها قدراً من الحرية والاستقلالية في مباشرة أعمالها حتى تتمكن من أداء دورها على أكمل وجه<sup>(2)</sup>.

لم يلتفت أنصار هذا الجانب الفقهي عند تعريف السلطة التقديرية أو عند وضع معيار لها إلا إلى الحالة التي يكون عليها التشريع تجاه مسألة معينة، وذلك كالاتي<sup>(3)</sup> :

- فمن ناحية لا يكون هنالك سلطة تقديرية للإدارة إلا في حالة عدم وجود تشريع خاص بهذه المسألة. ومن هنا يقال أن للإدارة سلطة تقديرية بالترك أو الإغفال.

- من ناحية أخرى، إذا كان هناك تشريع خاص بتلك المسألة فإن الإدارة لا تتمتع بأي سلطة تقديرية في خصوصها، إلا إذا كان هذا التشريع متسماً بعدم التحديد أو بعدم الإلزام للإدارة. وهنا يقال بأن للإدارة سلطة التقديرية بالإنابة.

من أنصار هذا الاتجاه في تعريف السلطة التقديرية للإدارة، نذكر الفقيه "دي لوبالدير" (DeLaubadère)، الذي عرف السلطة التقديرية بأنها: "السلطة التقديرية هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه"<sup>(4)</sup>. وهو التعريف الذي صاغه الأستاذ "ميشو"، حينما عرفها بأنها: "توجد سلطة تقديرية في كل حالة تتمتع فيها الإدارة بحرية التصرف دون أن تكون هناك قاعدة قانونية تلزمها مقدماً بالتصرف على نحو معين"<sup>(5)</sup>.

كما عرفها الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب على أنها: "تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية أو استثنائية<sup>(6)</sup> في الحالات التي يترك لها فيها القانون حرية تقدير الظروف الواقعية التي تواجهها، فيكون

<sup>1</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري: التعريف والمقومات، النفاذ والانقضاء، دار الفكر الجامعي، القاهرة، دون تاريخ، ص 216.

<sup>2</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 36.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 38.

<sup>4</sup> - « C'est le pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire la marge de liberté que les sources de la légalité peuvent laisser à l'administrateur dans son activité ». voir : Delaubadère, Yves gaudement, traité de droit administratif, tome 1, 4eme édition Libraire général de droit de jurisprudence, 16 Emme édition, Paris, 1999.

<sup>5</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 280.

<sup>6</sup> - يطلق القضاء الإداري اللبناني على السلطة التقديرية تسمية "السلطة الاستثنائية".

لها الحق في أن تتدخل بإصدار القرار أو لا تتدخل ولا تصدر أي قرار، كما يكون لها إذا رأت أن تتدخل، أن تختار بحرية نوعية القرار الذي تراه ملائماً لهذه الظروف الواقعية<sup>(1)</sup>.

في نفس المجال، عرفها مجلس شورى الدولة اللبنانية: "هي التي تتيح للإدارة اتخاذ التدبير بحرية مطلقة من كل قيد قانوني، وتنشأ إما عن نص صريح في القانون والأنظمة يوليها هذه السلطة، وإما عن انتفاء القواعد والأحكام القانونية التي تحد من سلطتها التقديرية في ممارسة عملها الإداري"<sup>(2)</sup>.

في هذا السياق، يقول الأستاذ "عمار بوضياف"<sup>(3)</sup>: "... ابتداء نقول أن مناط التمييز بين الإرادة الحرة للإدارة (السلطة التقديرية) والإرادة المقيدة (السلطة المقيدة) تحددها النصوص القانونية أو التنظيمية، فقواعد القانون أو التنظيم هي التي تبرز لنا متى نكون أمام إرادة حرة أو إرادة مقيدة..."<sup>(4)</sup>.

بناء على ما تقدم من هذه التعريفات الإيجابية للسلطة التقديرية للإدارة، نجدتها تتفق جميعاً على الربط بين السلطة التقديرية وبين مبدأ المشروعية الذي يحكم النشاط الإداري في مجموعه. حيث أن هذه السلطة لا توجد أو لا تتمتع بها الإدارة إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم المسألة<sup>(5)</sup>. فحيثما تخلو قواعد القانون مما يلزم الإدارة بالتصرف على نحو معين، يكون للإدارة حرية التقدير. وتدور معظم تعريفات السلطة التقديرية في هذا الإطار مع الاختلاف بينها في معنى قواعد القانون؛ حيث يأخذ البعض بالمعنى الضيق، بينما يأخذ آخرون بالمعنى الواسع.<sup>(6)</sup>

غير أن "فينيزيا" يعلق على هذا الإتجاه، بأن: "عدم التحديد هو مجرد ظاهرة ثانوية، ويتساءل: هل التنظيم القانوني والسلطة التقديرية فكرتان تستبعد إحداهما الأخرى؟"، و يجيب على هذا السؤال بأنه: "غير مقبول القول أن هناك عدم تحديد في التنظيم القانوني، ذلك أن عدم التحديد ليس سبباً للسلطة التقديرية، بل هو نتيجة لها وعلامة على وجودها"<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 587. كما عرفها محمد عبد الجواد حسين: "حرية الإدارة في تقدير أهمية الحالة الواقعية أو القانونية مما تراه محتملاً أن يحدث عنها من خطر. وحرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها وحرية الإدارة في اختيار الوسيلة التي تواجه بها حالة واقعية أو قانونية". انظر في ذلك: محمد عبد الجواد حسين، بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، السنة الرابعة، 1953، ص 211.

<sup>2</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 12.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جصور للنشر والتوزيع، 2009، ص 36.

<sup>4</sup> - إن غالبية الفقه العربي يساند هذا الإتجاه في تعريف السلطة التقديرية. انظر في ذلك: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، 1976، ص 120. ومحمد عبد الجواد حسين، المقال السابق، 212.

<sup>5</sup> - انظر في ذلك: قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، شعبة القانون الإداري والمؤسسات الدستورية، عنابة،

2006، ص 199. حيث يقول بصدد تعريفه للسلطة التقديرية بأنها: "في حقيقة الأمر وسيلة لتطبيق القانون والالتزام بمبدأ المشروعية".

<sup>6</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 280.

<sup>7</sup> - محمد مصطفى حسين، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 50.

كما ينتقد الدكتور سليمان الطماوي<sup>(1)</sup> هذه الآراء على أساس أن "المسلم به، أنه إذا لم يحدد المشرع أفكار معينة في تشريع يصدره، فليس معنى ذلك استقلال الإدارة بتضمين تلك الفكرة ما تشاء من أحكام"<sup>(2)</sup>. فإذا ضمن المشرع قانونا معنيا فكرة غير محددة، فإن الإدارة تحددها وتطبقها تحت رقابة القضاء. فمفهوم دولة القانون يفرض إخضاع مجموعة قرارات الإدارة من حيث الأصل إلى رقابة القضاء إلا إذا قدر هذا الأخير أن بعض الأعمال تخرج عن ولاية رقابته.<sup>(3)</sup>

## 2- التعريف السلبي للسلطة التقديرية

اتجه جانب من الفقه إلى أن تعريف السلطة التقديرية يجب أن يرتبط أساسا بالقيود التي يضعها القضاء الإداري على نشاط الإدارة وهو بصدد مراقباته لهذا النشاط؛ أي في إطار ما هو معترف به للقضاء من دور في إنشاء قواعد قانونية جديدة ومستقلة عن إرادة المشرع الصريحة أو المفترضة. ولهذا فإنهم ينتهون إلى تعريف تلك السلطة بطريقة سلبية بالنسبة لهذا الدور؛ أي بالنسبة لما يباشره القضاء الإداري من رقابة على الأعمال الإدارية. على أساس أن السلطة التقديرية لا تتحقق أو لا يعترف بها للإدارة إلا فيما لا يخضع من تصرفاتها لرقابة هذا القضاء<sup>(4)</sup>.

إذا كان القضاء الإداري مصدرا لتقييد الإدارة، فإنه يعد أيضا مصدرا للتقدير الإداري؛ إذ لا يكفي أن تتخلف النصوص القانونية الآمرة حتى نكون أمام اختصاص تقديري. بل يلزم فوق ذلك أن يعتمد القضاء مسلك هذه النصوص. فلا يضيف من عنده قيودا جديدة يراها لازمة لتحقيق العدالة ولكفالة حسن سير المرافق العامة. لأنه يكون بذلك قد ضيق من نطاق هذا الاختصاص التقديري<sup>(5)</sup>.

من أنصار هذا الإتجاه في تعريف السلطة التقديرية، نجد الأستاذ "دويز" (dwez) الذي يرى بأن السلطة التقديرية توجد حيث لا تكون قيود المشروعية، وحيث تقف الرقابة القضائية<sup>(6)</sup>. ويسانده في ذلك الأستاذ "لودوفيسي"، الذي يرى بأن "السلطة التقديرية للإدارة لا تبدأ إلا حيث تقف الرقابة القضائية"<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - لقد رحح الأستاذ نذير أوهاب في مذكرته حول السلطة التقديرية للإدارة التعريف الذي أعطاه الدكتور "سليمان محمد الطماوي" للسلطة التقديرية في كتابه "التعسف في استعمال السلطة". معتبرا إياه تعريفا جامعا ومائعا لتحديد وضبطه لماهية هذه السلطة بدقة. والذي تمثل في: "هي نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث، ولاختيار وقت تدخلها، و لتقدير أصلح الوسائل لمواجهة هذه الحالة." أنظر مؤلفه: سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 57.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية-دراسة مقارنة-، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 52. وكذلك: حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 98.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 36.

<sup>4</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجمعي، القاهرة، 2008، ص 87.

<sup>5</sup> - طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة، 1963، ص 131.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 127.

<sup>7</sup> - المرجع نفسه، ص 127.

أما عن الفقه الجزائري فقد عرفها الدكتور " حسين فريجة " على أنها : " تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها ووسيلة التدخل".<sup>(1)</sup> فهذا التعريف يصب في الاتجاه القائل باستبعاد الرقابة القضائية على ذلك القدر من الحرية الذي تتمتع به الإدارة؛ أي السلطة التقديرية.

بالنسبة لهذا الاتجاه الذي يقرر مفهوما سلبيا للسلطة التقديرية، بحيث يرى أن هذه السلطة لا توجد إلا عند تخلف الرقابة القضائية. فإنه اتجاه يؤدي في الواقع إلى الاعتقاد بأن كلا من فكري الرقابة القضائية والسلطة التقديرية تستبعد الواحدة منهما الأخرى. ومعنى ذلك أن هذا الاتجاه يقر بأن تعريف كل من هاتين الفكرتين يتحدد على أساس وجود أو عدم وجود الفكرة الأخرى. وهذا يتنافى في الواقع مع التعريف العلمي السليم، الذي يجب أن يجد مضمون الفكرة في ذاتها لا بأمر خارج عنها. إذ لا يمكن القول أن السلطة التقديرية هي ما لا يخضع للرقابة القضائية، وأن الرقابة القضائية هي ما لا علاقة له بالسلطة التقديرية. خاصة وأن تصفح أحكام القضاء الفاصل في المادة الإدارية الجزائري في هذا الخصوص تبين أن القضاء الإداري يضع في كثير من الأحيان حدودا للرقابة التي يباشرها على اختصاصات الإدارة، كما يبين كذلك القدر الواجب تركه من هذه الاختصاصات لحرية تقدير الإدارة<sup>(2)</sup>.

الأمر الذي يعني عدم انضباط هذه التعريفات، ومن ثم عدم إحاطتها بكافة المسائل التي تتدرج في إطار السلطة التقديرية للإدارة. كما أن "عدم خضوع الإدارة لرقابة القضاء بمناسبة ممارسة اختصاص ما، إنما هو نتيجة لكون هذا الاختصاص تقديريا وليس العكس، وعلى هذا الأساس يجب أن يحدد مقدما نوع الاختصاص لمعرفة ما إذا كان مقيدا، فتخضع الإدارة في ممارسته للقضاء، أو تقديريا فتمارسه الإدارة دون معقب عليها من القضاء".<sup>(3)</sup>

لذلك نرى أنه لكي نضع معيارا دقيقا للسلطة التقديرية<sup>(4)</sup>، يجب أن نأخذ في الاعتبار مضمون كل من من الاتجاهين السابقين، وهو ما يعبر عنه بمعيار " التنظيم القانوني"، ذلك المعيار الذي يجسد في ذات الوقت كلا من القواعد التشريعية والقواعد القضائية كمصدرين متكاملين للسلطة التقديرية. بحيث لا نكون أمام سلطة تقديرية إلا إذا لم تقيد القواعد التشريعية والقواعد القضائية مجتمعة الإدارة في التصرف.<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - حسين فريجة، السلطة التقديرية واجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، 2005، ص 87.

<sup>2</sup> - علي خطار الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الثقافة، 2004، ص 68.

<sup>3</sup> - حمد عمر حمد، المرجع السابق، 98.

<sup>4</sup> - وفي سياق آخر عرفت رئيسة مجلس الدولة السابقة " فريدة أبركان" السلطة التقديرية على أنها: " 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، والمثال على ذلك سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو أو الوسام". انظر في ذلك :- فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 01 ، 2002 ، ص 37.

<sup>5</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 94.

لا يكفي إذن للاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة أن تكون النصوص التشريعية غير محددة أو مشحونة بالثغرات أو النفاث، بل لابد كذلك من النظر فيما إذا كان القضاء قد وضع من القواعد ما حد بها من إطلاق النصوص التشريعية وسد بها ما وجد من ثغرات.<sup>(1)</sup> لكن ذلك لا يعني أن الإدارة خارج تلك القيود التشريعية والقضائية طليقة من كل قيد بحجة أنها تتمتع بسلطة تقديرية. إذ لابد من توفر حد أدنى من القواعد التي يتعين احترامها<sup>(2)</sup> وإلا كنا أمام سلطة استبدادية مطلقة. فعندما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تطبيق القانون فإنها لا تتبشر في ذلك سلطة مطلقة ولكنها تخضع لمبدأ المشروعية وتخضع كذلك لرقابة القضاء، وهو الأمين على احترام وصيانة هذا المبدأ<sup>(3)</sup>.

نستطيع تعريف السلطة التقديرية بأنها: "الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة القاضي والمشرع على السواء"<sup>(4)</sup>. ويساندنا في ذلك الأستاذ نذير أوهاب، حيث يقول: "ومن ثم كان القول بأن وجود السلطة التقديرية للإدارة ناتج من علاقتها بالقواعد القانونية، اعتمادا على ضرورة إفساح القانون والقضاء مجالا تتمتع فيه الإدارة بحرية التصرف - هو المسمى بالسلطة التقديرية-"<sup>(5)</sup>

### ثالثا: تعريف السلطة التقديرية قضاء

يلعب القضاء إلى جانب التشريع والفقهاء دورا هاما في إعطاء تعريفات لمختلف التصورات القانونية. وهو الدور الذي لعبه كل من القضاء الجزائري والمقارن، فقد قدمت محكمة القضاء الإداري المصري ما يمكن اعتباره تعريفا للسلطة التقديرية، وذلك في قرار لها بتاريخ 1952/2/20<sup>(6)</sup>. و مما جاء فيه : "... ليس... ليس للمحكمة أية رقابة على المناسبات التي تحمل الإدارة على تقدير الملاءمة أو عدم الملاءمة في إصدار قراراتها، أو على الاعتبارات التي تراعيها في ذلك إلا إذا قام الدليل المقنع على أن هذه المناسبات والاعتبارات تنطوي في ذاتها على إساءة استعمال السلطة... ذلك أن الإدارة في تقدير ظروف الأمر الإداري وملاءمة إصداره، تحتاج بطبيعة وظيفتها إلى قسط كبير من حرية تقدير مناسبات العمل وملابساته ووزن مختلف السبل التي تصح أن تسلكها لتتخير منها أفضلها فيما تجريه من تصرفات..."<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 57 و 58.

<sup>2</sup> - فريدة أيركان، المقال السابق، ص 37.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 31 و ما بعدها.

<sup>4</sup> - وهو ذات التعريف الذي خلص إليه الأستاذ "سليمان محمد الطماوي". أنظر مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 44.

<sup>5</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 54.

<sup>6</sup> - الدعوى رقم 33 ، السنة الرابعة قضائية، بجلسة: 1952/2/20 .

<sup>7</sup> - تلخص وقائع تلك القضية في أن السيدة "عائشة راتب" كانت قد حصلت على إجازة القوانين المصرية عام 1999 بتقدير جيد جدا. وهي من الدرجات التي تؤهلها لشغل إحدى الوظائف القضائية. وقد تقدمت للتعين في إحدى الوظائف نظرا لترتيبها المتقدم بين أقرانها المتقدمين للتعين في تلك السنة. إلا أن قرار التعيين صدر خاليا من اسمها، مما ينطوي على إساءة استعمال السلطة. لذلك طعن في تعيين الطالب الذي حل محلها في هذا القرار وقد تناولت المدعية في عريضة الدعوى التي تقدمت بها حقوق المرأة وما وصلت إليه منها في البلاد الأجنبية. وأنها بلغت آخر مراحل العلم، وانتهت من هذا العرض إلى أن عدم تعيينها ينطوي على إساءة استعمال السلطة، مما سيتوجب الإلغاء والتعويض. انظر في ذلك:- خالد محمد العتريس، دور مجلس الدولة المصري في التصدي للمسائل المتعلقة بالوظيفة العامة، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص بمنازعات الوظيفة العامة، 2007، ص 24.

لقد اعتبرت المحكمة بأن السلطة التقديرية للإدارة هي ذلك القسط الكبير من حرية تقدير مناسبات العمل وملابساته. التي لا بد منها للإدارة كي تستطيع القيام بوظيفتها من حيث ملاءمة إصدار قرارها أو عدم إصداره، ولا يمكن أن تستقيم إذا أخضعت للرقابة من ناحية تقدير الأفضلية<sup>(1)</sup>. وإلا أدى ذلك إلى عرقلة الدولاب الإداري.<sup>(2)</sup>

أما بالنسبة للقضاء الفاصل في المادة الإدارية الجزائرية، فإننا نجد قد كرس فكرة السلطة التقديرية للإدارة لكنه لم يقدم تعريفا محدد لها، مكتفيا بتقديم بعض الأمثلة والنماذج عنها. من ذلك قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 76732 المؤرخ في 1991/3/24 في قضية والي ولاية بشار ضد (ي ب)<sup>(3)</sup>، حيث اعترف للوالي بتجريد موظف من منصب نوعي، ولم يجز لهذا الأخير الطعن في هذا القرار بعنوان الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية. ومما جاء فيه : "متى كان من المقرر قانونا أن تعيين مدير مؤسسة ولائية يتم بموجب مقرر من الوالي، فإن مقرر العزل لمدير عام مؤسسة عمومية محلية يخضع للسلطة التقديرية للوالي باعتباره منصبا نوعيا، ومتى كان كذلك، سيتوجب رفض الطعن "<sup>(4)</sup>.

في قرار آخر صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى<sup>(5)</sup> تحت رقم: 39742 بتاريخ: 1985/6/1، ذهب المجلس إلى أن: "مسؤولية الإدارة المرفقية، قد تدفع بها حرصا منها على مصلحة المرفق عند الاقتضاء، اتخاذ إجراءات ضد موظفيها، مخولة لها بعنوان سلطتها التقديرية ". وتبعا لذلك قضت الغرفة بحق السلطة المختصة - عندما تقتضي مصلحة المرفق ذلك - إبعاد الموظف مؤقتا عن عمله إلى غاية البت في أمره<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - لقد ذهب الأستاذ خالد محمد العتريس في تعليقه على هذا الحكم إلى أن للإدارة أن تقدر - في غير تعسف - ما إذا كان الوقت لم يحن بسبب بعض الاعتبارات الاجتماعية لتتولى المرأة بعض المناصب والوظائف العامة. وترخص الإدارة في ذلك بمقتضى سلطتها التقديرية في وزن المناسبات والملابسات التي تحيط بهذه الأعمال، مستهدية في ذلك بظروف البيئة، وبما تفرضه التقاليد من أوضاع وحدود. انظر: مقاله السابق، ص 25 وما بعدها.

<sup>2</sup> - في نفس السياق، اعتبر القضاء الإداري المصري بأن تقدير اقتصار شغل بعض الوظائف على الرجال دون النساء داخلا ضمن السلطة التقديرية للإدارة ولا معقب عليها في ذلك من قبل القضاء. ومنها على سبيل المثال: مهنة المأذونين، سائقي الطائرات والقضاء.

<sup>3</sup> - انظر: المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، قسم المستندات، العدد الأول، 1993، ص 146 .

<sup>4</sup> - تتمثل وقائع القضية في أن السيد (ي ب ) طعن بالبطلان في قرار تم اتخاذه من والي ولاية بشار بتاريخ 1989/5/15 الذي أوقفه عن مهامه كمدير عام لمكتب الدراسات التقنية متعددة الخدمات بولاية بشار. وأسس طعنه بأنه أوفى بكل التزاماته المهنية، وأن قرار التوقيف بني على نزاع آخر بخصوص سكن وظيفي.

<sup>5</sup> - انظر: المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، قسم المستندات، العدد الثالث، 1989، ص 132.

<sup>6</sup> - إن أكبر مجال تظهر فيه السلطة التقديرية للإدارة هو مجال الوظيفة العمومية. وبالأخص في مجال العقوبات التأديبية لأن السلطة المختصة لها صلاحية تقدير مدى خطورة الخطأ المرتكب وتقدير العقوبة المناسبة، إذ تنص المادة 161 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة على: " يتوقف تحديد العقوبة التأديبية المطبقة على الموظف على درجة جسامة الخطأ، والظروف التي ارتكب فيها، ومسؤولية الموظف المعني والنتائج المترتبة على سير المصلحة، وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة أو بالمستفيدين من المرفق العام ". انظر في ذلك - - مزياي فريدة، سلطات القاضي الإداري في رقابة سبب القرار الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، قامة، 2011، ص 08.

## الفرع الثاني

### تمييز السلطة التقديرية عن بعض الأفكار المتصلة بها

لقد سبق أن ذكرنا بأن السلطة التقديرية تقابل مفهوم السلطة المقيدة؛ أي أنه لا بد من أن نفهم جيدا مفهوم السلطة المقيدة حتى نتضح معالم السلطة التقديرية. وتبعاً لذلك كان لزاماً علينا أن نميز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة. كما قد يختلط مفهوم السلطة التقديرية بفكرة الأعمال التقديرية، ولذلك أيضاً قمنا بتمييزها عن هذه الأخيرة.

إذا 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.

### أولاً: تمييز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة

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 التفرقة والتمييز بين هاتين السلطتين، وفي سبيل ذلك سنبين ماهية كل سلطة وأوجه الاشتراك والاختلاف بينهما، ثم نتطرق في نقطة ثالثة إلى آثار هذه التفرقة أو التمييز:

#### 1- تعريف السلطة المقيدة

لقد أعطيت عدة تعريفات للسلطة المقيدة للإدارة، و بالتالي سنكتفي بعرض البعض منها فيما يأتي: 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 مقدماً، 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>.

<sup>1</sup>- André Delaulraderé , Yves gaudement , traité de droit administratif , tome 1, 16 éme édition , paris , 1999 , p 232

<sup>2</sup>- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 31 .

<sup>3</sup>- المرجع نفسه، ص31.

بالتالي فإن السلطة المقيدة للإدارة توجد حينما يرسم القانون القرار الذي يجب على الموظف اتخاذه اتجاه حالة معينة. وهذا ما عبر عنه الأستاذ "جيرو" "Géraud"<sup>(1)</sup> بقوله: "إن السلطة المقيدة أو المحدودة توجد حينما لا يترك القانون للإدارة أي حرية في التقدير، بل يفرض عليها بنص أمر التصرف الذي يجب عليها أن تسيّر وفقا له، فهي تشبه في هذه الحالة عامل المسرح الذي يلتزم بأن يجلس كل متفرج في مكانه المحدد له".

وقد عرفها الأستاذ سليمان محمد الطماوي بأنها: "عندما يفرض القانون على رجل الإدارة بطريقة آمرة وعلى سبيل الإلزام، الهدف المعين الذي يجب عليه أن يسعى إلى تحقيقه، ويحدد له الأوضاع التي يجب عليه أن يخضع لها للوصول إلى هذا الهدف، فإذا سلك المشرع هذا الطريق، فإنه يملي مقدما على رجل الإدارة فحوى القرار الذي يجب عليه اتخاذه، و تسمى سلطاته واختصاصاته محددة أو مقيدة"<sup>(2)</sup>.

وفي نفس السياق عرفها الدكتور عمار بوضياف: "إذا قيد القانون إرادة الإدارة وألزمها باتخاذ القرار بتوافر ظروف واجتماع عناصر ووقائع معينة، كنا أمام إرادة مقيدة"<sup>(3)</sup>.

كما عرفتها فريدة أبركان: "إنها الوضعية التي تكون فيها الإدارة ملزمة بالتصرف أو برفض التصرف عندما تتوفر بعض الشروط ذات الصلة بالواقع أو بالقانون، فليس للإدارة هنا أي سلطة للتقدير، وسلوكها مفروض عليها، والمثال على ذلك وجوب إحالة موظف بلغ السن القانونية على التقاعد"<sup>(4)</sup>.

لذلك قضت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بأن عدم مراعاة الإدارة المعنية للمهلة القانونية بشأن رخص البناء يعد تجاوزا للسلطة<sup>(5)</sup>. ذلك أن القانون حين يلزم الراغب في الحصول على رخصة بناء التقرب من جهة إدارية حددها النص. كما يتكفل بتبيان الملف المطلوب وشروط الاستفادة من قرار الإدارة، ويلزمها بالتصريح بموقفها بشأن الملف المقدم إن قبولا أو رفضا، فإنه بذلك يكون قد قيد إرادتها، مما يسهل على القاضي عند رفع الأمر إليه إخضاعها للرقابة من منطلق أن إرادتها مقيدة<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 31.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 31.

<sup>3</sup> - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جصور، 2009، ص 38. ويسانده في ذلك الأستاذ حمدي ياسين عكاشة، حيث يعرف السلطة المقيدة على أنها: "إذا لم يترك القانون للإدارة أي حرية في التقدير فيفرض عليها بطريقة آمرة التصرف الذي يجب عليها مراعاته". انظر في ذلك: حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 659.

<sup>4</sup> - فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2001، ص 37.

<sup>5</sup> - أنظر في ذلك: قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف 68240، بتاريخ 1990/7/28، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 153 وما بعدها.

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/3/11، الغرفة الثالثة، الملف 007736، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 148.

<sup>6</sup> - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق، ص 38.

## 2- أوجه الاختلاف بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة<sup>(1)</sup>

تختلف السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة من عدة جوانب، وقد حاولنا تقديم البعض منها في النقاط الآتية:

### أ- من حيث دور المشرع

إن السلطة المقيدة هي تلك السلطة التي يستطيع المشرع فيها أن يحدد للإدارة شروطا لممارسة الاختصاص، ويرسم لها حدوده ويجبرها على التدخل في حالة توافر هذه الشروط. أما السلطة التقديرية فهي التي يترك فيها المشرع للإدارة قدرا من حرية التقدير، سواء بالنسبة لاتخاذ الإجراء أو عدم اتخاذه أو بالنسبة لأسباب اتخاذه. بحيث تملك الإدارة في هذه السلطة-التقديرية- تقدير ملاءمة التصرف واختيار الوقت المناسب لذلك<sup>(2)</sup>.

وتطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية المصاغة صياغة جامدة، يعني أن اختصاصها الوارد في هذه القواعد هو اختصاص مقيد. أما تطبيقها للقواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة، فإنه يعني أن الإدارة تباشر في ذلك اختصاصا تقديريا أو سلطة تقديرية<sup>(3)</sup>. ومن ثم يلزم فهم الاختصاص المقيد بوضوح حتى نتبين المدلول الحقيقي للسلطة التقديرية.

من أمثلة السلطة المقيدة والصياغة القانونية الجامدة: استخدام الأرقام والحسابات في صياغة القواعد القانونية المحددة لهذا الاختصاص. كما يحدث مثلا في نطاق القانون الضريبي. فالقاعدة التي تلزم الممولين بدفع ضريبة محددة بنسبة معينة من صافي الدخل أو الربح، تجعل سلطة الإدارة في تطبيق هذه القواعد سلطة مقيدة لا تملك الإدارة حيالها أي سلطة تقديرية؛ إذ أن تحقيق الممول لربح أو دخل معين يحتم على الإدارة فرض ضريبة بنسبة محددة من هذا الدخل أو الربح<sup>(4)</sup>.

يسوق الفقه الفرنسي مثلا تقليديا على الاختصاص المقيد، يتمثل في حالة الحصول على تراخيص أسلحة الصيد؛ إذ يتعين على الإدارة منح هذا الترخيص لكل شخص يطلبه طالما قد استوفى جميع الشروط التي يتطلبها القانون. دون أن يكون للإدارة حق بحث ملاءمة أو عدم ملاءمة منح هذا الترخيص أو رفض ذلك على أساس أن طالبه مثلا لا يحسن الرماية بالسلاح. كما لا يكون من حق الإدارة إضافة شروط أخرى جديدة خلافا للشروط التي تتطلبها القانون<sup>(5)</sup>.

---

<sup>1</sup> - بالرغم من أن معنى " السلطة " le pouvoir " يخالف معنى الاختصاص "la compétence" إذ يعني المصطلح الأخير مجموع الصلاحيات المخولة لجهة الإدارة، أو مجموعة ما حولت الإدارة القيام به من أعمال. بينما تعني "السلطة" مباشرة الاختصاص وتنفيذه أي ترجمته إلى عمل معين، إلا أن الفقه الفرنسي - على وجه الخصوص - درج على استعمال مصطلحي " الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية". في حين كان يتعين استعمال عبارة " سلطة تقديرية أو السلطة مقيدة". انظر في ذلك: محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 47 .

<sup>2</sup> - حسين فريجة ، السلطة التقديرية واجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القاضي، العدد الثاني، بسكرة، 2005، ص 206 .

<sup>3</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، دون تاريخ، ص 589 .

<sup>4</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري: الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 212.

<sup>5</sup> - إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني - مجلس شورى الدولة- ، الدار الجامعية، بيروت، 1996، ص 119.

من أمثلة الصياغة القانونية الجامدة كذلك الصياغة بطريق الحصر. وهو ما يتحقق في معظم القواعد الإجرائية، كقواعد الإجراءات أمام القضاء الإداري<sup>(1)</sup>. مما ينفي احتمال السلطة التقديرية بشأنها حيث يتعلق الأمر غالباً بمواعيد وإجراءات لا يتصور بشأنها عدم التحديد الواضح الدقيق<sup>(2)</sup>.

الأمر الذي يبرر اللجوء إلى أسلوب الاختصاص المقيد هو تحقيق الاستقرار في المعاملات، لأن المخاطبين بأحكام القواعد المنظمة لهذا الاختصاص يستطيعون العلم بكيفية تطبيقها والأثر القانوني الذي سيترتب على هذا التطبيق. حيث أن تطبيق هذه القواعد هو تطبيق منطقي آلي، إذ لا يقوم المختص بتطبيقها بأي جهد عقلي إرادي، ومن ثم لا يباشر أي سلطة تقديرية<sup>(3)</sup>.

أما عن السلطة التقديرية، فمن الأمثلة التي يسوقها الفقه الفرنسي في هذا الصدد، نجد حالة منح الأوسمة التنفيذية. أو أن تقوم الإدارة بترقية الموظفين بالاقتدار دون أن يقوم المشرع بضبطها بضوابط وقواعد معينة<sup>(4)</sup>. وحالة الترخيص للأجانب بالإقامة المؤقتة. حيث تستقل الإدارة في تقدير مناسبتها بسلطة مطلقة في حدود ما تراه متفقاً مع المصلحة العامة. فالإقامة العابرة لا تعدو أن تكون صلة وقتية عابرة سمحت بها الإدارة<sup>(5)</sup>. أو في سلطة رئيس الجمهورية بمنح وسام أو العفو. أو تعديل أو إنشاء سلك من أسلاك الموظفين<sup>(6)</sup>. وسلطة الإدارة في تقدير الكفاءة العلمية لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات كشرط لازم للترقية<sup>(7)</sup>.

نجد أن الفارق بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة من حيث دور المشرع، هو أن هذا الأخير استطاع في الحالة الأولى تحديد الوقائع التي تحقق فيها للقرار غرضه الموضوعي. لذلك قيد الإدارة بمراعاة هذه الوقائع وألزمها باتخاذ القرار عند توافرها. أما في السلطة التقديرية فقد عجز المشرع عن تحديد هذه

<sup>1</sup> - فالنص الإجرائي نص أعمى كما يقال.

<sup>2</sup> - من قبيل الأمثلة أيضاً، القرارات الصادرة بشأن منح تراخيص إنشاء الصيدليات. حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1978/1/28: "أن سلطة وزارة الصحة في إصدار تراخيص إنشاء الصيدليات سلطة مقيدة لا مجال فيها للتقدير... ويتعين إصدار القرار بالتراخيص متى ثبت توافر الشروط التي يتطلبها القانون في الصيدلية". أشار إليه: - إبراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص 119.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 213.

<sup>4</sup> - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، طبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 104.

<sup>5</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 72.

<sup>6</sup> - فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، المقال السابق، ص 37.

<sup>7</sup> - وإن كان الأستاذ "حسين فريجة" يرى أنه لا بد من وضع مقاييس مسبقة يجب أن تعتمدها اللجنة العلمية لترقية الأساتذة. لأن المعايير غير المحددة جعلت هذه اللجان تلجأ في كل مرة لوضع معايير وفق المنهاج الذي تراه. كما أن الإدارة تلجأ في كل مرة لتكوين لجان ترقية الأساتذة. وهذه اللجان تكون مشكلة وفقاً لهوى ومعايير الإدارة المركزية. وهذا قد يلحق ظلماً بأعضاء هيئة التدريس، وقد يرقى من لا يحتاج إلى الترقية ويخرج منها من يحتاج إليها. أنظر في ذلك: حسين فريجة، المقال السابق، ص 206.

الوقائع والحالات المبررة لإصدار القرار. وبذلك يكون قد أحل الإدارة محله في تقدير الوقائع، وخول لها السلطة في هذا التقدير في الحدود وبالمعايير التي يجري بها تقديره<sup>(1)</sup>.

### ب- من حيث سهولة التطبيق

تتميز القواعد المنظمة للاختصاص المقيد بسهولة التطبيق بالنسبة للموظف المختص بذلك. وهي سهولة لازمة نظرا لتعدد الروابط الإدارية وتشابكها وتزايد احتمالات المنازعة بشأنها. فإذا حدد القانون مثلا أن كل من لديه الكفاءة الفنية والعلمية التي تتصل بعمل معين يولى الوظيفة العامة المخصصة لهذا العمل، لأدى ذلك إلى تعطيل وإعاقة الإدارة وعدم تمكنها من الحصول على عمل الراغبين في تولي الوظائف العامة إلا بعد إرهاق وأبحاث دقيقة مضنية. أما مع وجود القاعدة التي تحدد صلاحية الموظف الفنية والعلمية بحصوله على شهادة دراسية متخصصة معينة تؤهله للعمل في الوظيفة المخصصة له، فإنه يكفي أن تتأكد الإدارة من حصول المتقدم للوظيفة على هذه الشهادة لتعتبره مؤهلا لشغل الوظيفة، ما لم يثبت عكس ذلك أثناء الاختبار<sup>(2)</sup>. لذلك فإن الصياغة الجادة للقاعدة القانونية قد لا تحقق العدل في بعض الحالات القليلة، ولكنها تحقق العدل في معظم الأحوال<sup>(3)</sup>، وتحقق الاستقرار واليسر في كل الحالات<sup>(4)</sup>.

### ج- من حيث الأولوية في التطبيق

1- le droit laisse à l'administration un libre pouvoir d'appréciation pour décider si elle doit agir ou ne pas agir, et si elle agit, pour déterminer elle même le sens de sa décision. sa conduite n'est pas dictée à l'avance par le droit. C'est l'administration qui fixe ici librement, face à une situation de fait déterminée, son attitude, alors qu'en compétence liée c'est le droit qui détermine son attitude. Voir : <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr.vu> le :27/11/2012.

<sup>2</sup>- فقد حدد الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية طرق التوظيف. ففصل بين طريقة التوظيف العادية، والتي خصص لها فصلا معنونا ب: "التوظيف" تضمن المواد من 74 إلى 82. وطريقة التوظيف الاستثنائية التي أورد لها فصلا معنونا ب: "الأئمة القانونية الأخرى للعمل". الذي يحتوي على المواد من 19 إلى 23. تهدف في مجملها إلى بيان وضبط معايير التوظيف. حيث نصت المادة 80 مثلا من الأمر السابق الذكر على ما يلي: "يتم الالتحاق بالوظيفة العمومية عن طريق: (1) المسابقة على أساس الاختبارات. (2) المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة لبعض أسلاك الموظفين (3) الفحص المهني (4) التوظيف المباشر من بين المترشحين الذين تابعوا تكوينا متخصصا منصوبا عليه في القوانين الأساسية لدى مؤسسات التكوين المؤهلة".

<sup>3</sup>- يقول الدكتور سليمان محمد الطماوي في هذا الصدد أن القوانين الحديثة توسع شيئا فشيئا من نطاق السلطة المقيدة لترد غائلة الإدارة في بعض الإختصاصات التي أكثرت من التعسف فيها أو الانحراف بها عن الطريق السوي. انظر مؤلفه: - النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص130.

<sup>4</sup>- سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 241.

فيما يتعلق بمدى كل من السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، فإن السلطة التقديرية هي الأصل في مزاولة الإدارة لنشاطها. أما الاختصاص المقيد فهو الاستثناء<sup>(1)</sup>. بمعنى أنه لا يمكن تقييد اختصاص الإدارة إلا بناء على نص قانوني محدد. وحرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة تختلف ضيقا واتساعا بحسب الظروف والاعتبارات. على أنه حتى في الحالات التي يبدو فيها اختصاص الإدارة مقيدا إلى حد بعيد، فإنها مع ذلك تتمتع بقدر ضئيل من السلطة التقديرية<sup>(2)</sup>. ولمنع التصادم بين السلطتين، فقد وضع الفقه معيارين لتقرير الحالات التي يكون اختصاص الإدارة فيها مقيدا، وهما:

- الحالات التي ينص فيها القانون نفسه على القيد، ويمكن أن يطلق على هذه الحالات اسم " السلطة المقيدة عن طريق المشرع"<sup>(3)</sup>.

- الحالات التي يضيف فيها القضاء قيودا، وغالبا ما تكون متعلقة بالإجراءات الإدارية المقيدة للحريات العامة. ويمكن أن يطلق عليها اسم " السلطة المقيدة عن طريق القضاء". وفيما عدا ذلك فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في إصدار قراراتها<sup>(4)</sup>.

#### د- من حيث إنشاء الحق والكشف عنه

لا يعتبر القرار الإداري مصدرا للحق إلا إذا كان صادرا عن السلطة التقديرية للجهة التي أصدرته. وعلى العكس من ذلك نجد في حالة السلطة المقيدة أن القرار الإداري لا يعتبر مصدرا للحق. والسلطة التقديرية بالمعنى السابق بيانه هي التي تجعل القرار الإداري كافيا ولازما لإنشاء الحق. فهي تعني أن رجل الإدارة قام بعمل إداري يستحق معه أن ينسب إليه الأثر الذي ترتب على قراره. أما إذا لم يباشر رجل الإدارة السلطة التقديرية في إصدار القرار، وقام بتطبيق القانون آليا في حدود اختصاصه المقيد، فإن الأثر الذي يترتب على قراره في هذه الحالة لا يعد ناشئا عن القرار ذاته، وإنما يعد ناشئا عن القانون مباشرة<sup>(5)</sup>.

#### هـ- من حيث ضمان حريات الأفراد وحقوقهم

إذا كان الاختصاص المقيد يتمثل في الحالة التي تفرض فيها القاعدة القانونية على الإدارة اتخاذ قرار معين عندما تتوفر الشروط التي حددتها. أما السلطة التقديرية فتتمثل في الحالة التي تترك فيها القاعدة القانونية للإدارة حرية التقدير في ممارسة الاختصاص<sup>(6)</sup>. فلا جدال أن الاختصاص المقيد بهذا الشكل يعد الأسلوب الأمثل من زاوية حقوق وحريات الأفراد، ما دام أن القاعدة القانونية قد حددت نطاق اختصاص

<sup>1</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 147.

<sup>2</sup> - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 106.

<sup>3</sup> - شحاتة توفيق، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1955، ص 194.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 194.

<sup>5</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، 1995، ص 19.

<sup>6</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 587.

الإدارة بطريقة دقيقة، بحيث لم تترك لها مجالاً لإعمال التحكم والاستبداد<sup>(1)</sup>. إذ كلما قيد القانون الإدارة في استخدام سلطاتها كلما أمن الأفراد تعسفها، لأن تعنتها غير مأمون الجانب. وكلما أفسح لها في الحرية، كلما انفسح الباب للتعسف والانحراف<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فإن السلطة المقيدة أو المحددة، يتجسم فيها أكبر ضمان لحرية الأفراد وحمايتهم من تعسف الإدارة، مما يمكن حدوثه عند ممارسة السلطة التقديرية. إذ يكفي أن يثبت الفرد هنا الشروط المادية التي يتطلبها القانون حتى يتحتم على الإدارة أن تستجيب لطلباته. فإذا هي عذفت عن الطريق السوي في أمر من الأمور، فما أسهل أن يردها القضاء إلى جادة الصواب دون أن يكون لها من حريتها درع تستر خلفه تعسفها<sup>(3)</sup>. لهذا نرى القوانين الحديثة توسع شيئاً فشيئاً من نطاق السلطات المقيدة حتى ترد الإدارة إلى طريق الصواب في بعض الاختصاصات التي أكثرت من التعسف فيها والانحراف بها عن الطريق السوي<sup>(4)</sup>. لكن مهما كانت حاجة الأفراد إلى وضع قيود على حرية الإدارة في التصرف، فإن الإسراف في التقييد يترتب عليه أوجع العواقب، لأنه يؤدي إلى شل حركة الإدارة وإلى كبت نشاطها وإعدام روح الابتكار فيها، ويبت الآلية البغيضة في أنحائها. فالسلطة التقديرية إذن لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المقيدة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم<sup>(5)</sup>.

### 3- نتائج التفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة

يترتب على عملية التفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة العديد من النتائج القانونية المهمة على الصعيد الإداري والقضائي. وهي تتجلى في النقاط الآتية:

أ- من حيث الميعاد المقرر لسحب القرار الغير مشروع<sup>(6)</sup>

1- مراد بدران، الرقابة القضائية على الإدارة في ظل الظروف الإستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 72.

2- حسين فريجة، السلطة التقديرية واجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، 2005، ص 208.

3- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 32.

4- لهذا نجد بأن المشرع في الأمر رقم 133/66 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة قد حدد العقوبات التأديبية وترك لجهة الإدارة الحرية في تقدير الأخطاء التأديبية وتعسفها. لكنه عدل عن ذلك في ظل الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. فحاول تعريف الأخطاء التأديبية وحددها تحديداً غير حصري في المواد من 177 إلى 184 من هذا الأمر.

5- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 33.

6- يعود التأصيل الفقهي والقانوني لحق الإدارة في سحب قراراتها غير المشروعة إلى كون المشرفين على تدبير أمور الإدارة والممارسين لسلطة التسيير فيها هم بشر. وهؤلاء البشر قد يخطفون في تقدير الواقعة وقد يخطفون حتى في تطبيق القانون. ومن هنا وجب أن نعترف للإدارة بحقها في سحب قرارها غير المشروع وتصحيح الوضعية وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإصدار. - انظر: - عمار بوضياف، القرار الإداري، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 235.

إذا كانت سلطة السحب بالنسبة للإدارة يفرضها مبدأ المشروعية، فإن هذه السلطة ذات الآثار الخطيرة على مراكز الأفراد المعنيين بالقرار، ينبغي أن تمارس خلال مدة زمنية معينة، إن تجاوزتها اكتسب القرار الإداري حصانة ضد السحب.

لقد استقر الرأي فقها وقضاء أن المدة القانونية المخولة لجهة الإدارة لسحب قراراتها هي ذات المدة الممنوحة للقضاء لإلغاء القرار الإداري<sup>(1)</sup>. وبذلك لا تملك التعرض لقراراتها غير المشروعة بعد فوات ميعاد الطعن، فيعامل القرار غير المشروع معاملة القرارات السليمة. لهذا يبرز التساؤل عن إمكانية سحب القرارات غير المشروعة الصادرة استنادا لسلطة مقيدة دون التقيد بميعاد الطعن القضائي.

باستقراء قضاء محكمة العدل العليا المصرية<sup>(2)</sup>، نجد أنها أقامت التفرقة بين القرارات الإدارية الصادرة استنادا لسلطة تقديرية والقرارات الصادرة استنادا لصلاحيه مقيدة، فقد أجازت سحب القرارات المعيبة الصادرة استنادا لصلاحيه مقيدة دون التقيد بميعاد الطعن القضائي، حتى ولو كانت منشئة لحقوق مكتسبة للغير<sup>(3)</sup>.

بالتالي فإن اختصاص الإدارة إذا كان مقيدا، فإن القرار المعيب لا يكتسب أي حصانة ضد الإلغاء، بحيث يجوز سحبه في أي وقت دون التقيد بمدة معينة، وعلة ذلك أن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة في حدود اختصاصاتها المقيدة لا تنشأ حقا بذاتها، وإنما تقرر حقا يستمد منه صاحب الشأن من القانون رأسا، وليس القرار حينئذ إلا كاشفا عن الحق مسجلا له، لا منشأ له<sup>(4)</sup>.

أما عن موقف القضاء الفاصل في المادة الإدارية الجزائري من هذا الاتجاه الحديث لمحكمة العدل العليا المصرية. والمتمثل في جواز سحب القرارات الغير المشروعة الصادرة بناء على سلطة الإدارة المقيدة دون التقيد بميعاد الطعن القضائي. فإننا لم نجد - حسب قرارات مجلس الدولة التي استطعنا الإطلاع عليها- أي قضية تؤكد هذا التوجه، حيث اقتصرت تطبيقاته على الاستثناءات التقليدية الواردة على مدة السحب.

<sup>1</sup> - تأسيس ذلك أن ما لا يجوز للقضاء لا يجوز من باب أولى للإدارة. فإذا مضت المدة المقررة داخل الدولة لرفع دعوى الإلغاء، فإن هذه المدة كفيلا أن تغل يد الإدارة وتقيدها. فلا يجوز لها بعد انقضاء المدة ممارسة السحب. المرجع نفسه، ص 238.

<sup>2</sup> - إذ يجب عند النظر لسلطة السحب مراعاة مبدأين إثنين هما: مبدأ المشروعية ومبدأ استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وأن يوازن بينهما. وهو ما يفرض تقييد سلطة السحب من حيث الزمن. وهذا الزمن ينبغي ألا يطول. ذلك أن تمكين الإدارة من سحب قرارها ولو بعد سنة واحدة، سينجم عنه المساس بالحقوق المكتسبة والمراكز القانونية الناتجة عن تنفيذ القرار غير المشروع. أنظر: - عمار بوضياف، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 237 .

<sup>3</sup> - فقد قضت محكمة العدل العليا بأنه: "...حيث أن الإدارة وهي تطبق نصوصا قانونية معينة إنما تتصرف عن إرادة مقيدة بتلك النصوص المعنية، وأنه إذا ثبت فيما بعد أن عملها كان معيبا وتصرفها كان خاطئا ومخالفا للنصوص التي يتطلبها القانون. فلها سحب القرار دون التقيد بميعاد، لأن تصرفات الإدارة الصادرة بناء على السلطة مقيدة، تكون مشروطة بقانونية هذه التصرفات، ولا تكون هذه التصرفات قانونية إلا باحترام الإدارة لهذه الشروط التي يتطلبها القانون واتخاذ القرار الإداري والامتناع عنه. و لا يرد القول هنا أن هناك حقوقا مكتسبة لا يجوز المساس بها...". أنظر في ذلك: - علي خطار الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الثقافة، 2004، ص 80 و 81.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 81.

والتي تمثلت في حالة القرار المنعقد،<sup>(1)</sup> الذي يجوز سحبه في أي وقت دون الاحتجاج بانقضاء المدة، والقرار المبني على غش أو تدليس، بالإضافة إلى القرارات الإدارية التي لم تنشر أو تعلن، والتي استقر القضاء بشأنها على أن لجهة الإدارة حق سحبها في أي وقت.

وعليه فإننا نأمل أن يساير الإجتهد القضائي الجزائري نظيره المصري في هذا التوجه، فيمنح الإدارة سلطة سحب قراراتها غير المشروعة الصادرة بناء على سلطة مقيدة دون التقيد بميعاد الطعن القضائي، للأسباب والمبررات التي سقناها أعلاه.

### ب- من حيث ميعاد الطعن القضائي

يتعين على الطاعن أن يقدم دعوى تجاوز السلطة في مدة أربعة اشهر من تاريخ تبليغ القرارات الإداري أو نشره. وذلك ما كرسه المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة اشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي ".

تبعاً لذلك فإن الدعوى ترفض شكلاً بفوات الميعاد ما لم يكن القرار منعقدًا<sup>(2)</sup>. وأضافت محكمة العدل العليا المصرية استثناء آخر يتعلق بالقرارات الصادرة استناداً لصلاحيه مقيدة، بحيث لا يتقيد الطعن في هذه القرارات بميعاد الطعن القضائي.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن الحالة الوحيدة التي تجعل آجال الطعن القضائي مفتوحة هي الوضعية التي نصت عليها المادة 831 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث جاء فيها: " لا يحتج

---

<sup>1</sup> - والقرار المنعقد هو قرار والعدم سواء، فهو غير موجود على الساحة القانونية، عكس القرار الباطل الموجود والذي ينتج آثاره القانونية، فإذا كان عدم الاختصاص جسيماً في مصدر القرار الإداري وهو ما يسمى باغتصاب السلطة، كان القرار المتخذ بهذه الصيغة منعقدًا، كحالة صدور القرار الإداري من فرد عادي ليست له أية علاقة بالوظيفة الإدارية، أو كأن تصدر الإدارة قراراً يدخل ضمن الاختصاصات الخاصة للسلطة التشريعية أو القضائية. أما عدم الاختصاص البسيط والعيوب الموجودة في الأركان الأخرى فإنها تؤدي إلى البطلان، ما دام أنها تمت في إطار الوظيفة الإدارية، كأن تمارس هيئة إدارية عملاً يدخل في إطار اختصاصات هيئة أخرى، أو أن يكون الاختصاص للرئيس ويزاوله المرؤوس أو العكس، أو قيام السلطة الوصائية بعمل يدخل في اختصاص الهيئة المحلية أو العكس. و لقد أوضح الأستاذ بودريو عبد الكريم - في تعليقه عن قرارين صادرين عن مجلس الدولة في هذا الصدد - بأن مجلس الدولة الجزائري يخلط بين مصطلحي البطلان والانعدام في القرارات الصادرة عنه رغم الاختلاف الخطير بين آثار البطلان والانعدام في القرار الإداري، إذ أن مسألة انعدام القرار الإداري من النظام العام بحيث أنه يمكن إثارتها أمام أية درجة من درجات التقاضي، كما يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، بالإضافة إلى كون القرار المعدوم لا يستفيد من الحصانة بعد انقضاء المدة القانونية لرفع دعوى الإلغاء من المخاطب بالقرار أو السحب من طرف الإدارة، علماً أن القرار المشوب بالبطلان يتحصن بفوات الميعاد القانوني (4 أشهر). أين يتم رفض الدعوى شكلاً، كما لا يمكن للإدارة سحبه بعد فوات المدة خاصة في حالة إنشائه حقاً. - لمزيد من التفاصيل انظر:

- بودريو عبد الكريم ، جزء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية، درجات البطلان في القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004 ،

ص 105. ومحمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، مجلس الدولة، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص 106 و 107.

<sup>2</sup> - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، عنابة، 2005، ص 119.

بأجل الطعن المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه، إلا إذا أشير إليه في تبليغ القرار المطعون فيه<sup>(1)</sup>.

قررت هذه المادة عدم الاحتجاج بأجل الطعن القضائي المنصوص عليه في المادة 829 من ذات القانون، عندما لا يشار إليه في مقرر تبليغ القرار الإداري المطعون فيه. وهذا يعني أنه في حالة عدم الإشارة إلى آجال الطعن القضائي في سند تبليغ القرار المطعون فيه، تكون الآجال مفتوحة حتى ولو حصل بالفعل تبليغ القرار المطعون فيه.<sup>(2)</sup>

### ج- من حيث نطاق الرقابة القضائية

يرتبط الاختصاص المقيد للإدارة بفكرة المشروعية ارتباطاً وثيقاً، وبالتالي يكون مضمون الرقابة القضائية على عمل الإدارة في التحقق من مدى مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون، ويكون للقضاء بالتالي أن يعطل أعمال الإدارة غير المشروعة؛ أي المخالفة لما نص عليه القانون.<sup>(3)</sup>

أما السلطة التقديرية فإنها ترتبط بفكرة الملاءمة<sup>(4)</sup>؛ إذ أن القانون عندما يمنح الإدارة سلطة تقديرية، فإنه بذلك يترك لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها. وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء إلا في حدود ضيقة، على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية وليس قاض ملاءمة.<sup>(5)</sup>

من هنا، فإن سلطة القاضي في مراقبة أعمال الإدارة الانفرادية تختلف في مجال تمتعت فيه الإدارة بسلطة تقديرية معترف بها بموجب نص عنه عما إذا كانت سلطتها مقيدة. فإذا كان من اليسير على رافع الدعوى الإدارية أن يثبت تعسف جهة الإدارة وخرقها للقانون في حالة ما إذا كانت إرادتها مقيدة، فالأمر لا يكون كذلك في حالة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - علي خطار الشنطاوي، المرجع السابق، ص 81 .

<sup>2</sup> - يرى الأستاذ "غناي رمضان" بأن لهذا الموقف نتائج جد مهمة. فهو من جهة يحمي حقوق المتقاضين من خلال الالتزام بتحديد آجال الطعن القضائي في سندات تبليغ القرارات الإدارية. وهذا تحت طائلة عدم الاحتجاج بها. ومن جهة أخرى هو موقف يلزم القضاء الإداري بالتخلي عن الأخذ بقريئة العلم اليقيني. فالأخذ بهذه القريئة كان ولا يزال يعتبر سبباً لرفض القاضي الإداري الطعون بالإلغاء لإتيانها خارج المواعيد، كلما تبين أن الطاعن كان على علم بالقرار المطعون فيه. وأن الطعن القضائي حصل بعد فوات الآجال المقررة له محتسبة من تاريخ حصول العلم ولو قبل تبليغ القرار الإداري المطعون فيه. انظر في ذلك: - غناي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة محس الدولة، العدد 09، سنة 2009. و لمزيد من التفاصيل حول نظرية العلم اليقيني انظر: - غناي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من نظرية العلم اليقيني، تعليق على القرار 160507، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، 2002، ص 121 و ما بعدها.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 148.

<sup>4</sup> - مزياني فريدة، سلطات القاضي الإداري في رقابة سبب القرار الإداري، مداخلة للمشاركة في الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعة الإدارية، قالمة، 2011، ص 08 .

<sup>5</sup> - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية، الرياض، 2003، ص 107.

<sup>6</sup> - ياسين قوتال، المرجع السابق، ص 79 .

لنا للاستدلال على درجة صعوبة رقابة القاضي الإداري لأعمال تمتعت فيها الإدارة بقدر من الحرية في التصرف وأعمال قيدت فيها إرادتها، أن نضرب المثال التالي<sup>(1)</sup>: إذا بادر شخص إلى رفع دعوى ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لرفضه منحه رخصة بناء، فالقاضي يراقب تصرف الإدارة من خلال تطبيقها لنصوص القانون بشأن منح رخص البناء. فإذا تأكدت جهة القضاء الإداري أن رئيس المجلس الشعبي البلدي تعسف في إصدار قرار الرفض، وليس له مقتضى من التشريع أو التنظيم أو صدر مخالفا لهما، تعين حينئذ التصريح قضاء بإلغاء القرار الإداري الصادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي. بينما إذا رفع شخص دعوى ضد جهة إدارية موضوعها المطالبة بدرجة وظيفية أعلى بعنوان الترقيّة، وكان القانون أو التنظيم قد بنى أساس الترقيّة على معيار الكفاءة، وحصل رافع الدعوى على تنقيط "متوسط أو ضعيف"، فمن الصعب في دعوى الحال أن يثبت رافع الدعوى تعسف جهة الإدارة. ومن الصعب أن يقتنع القضاء الإداري بموضوعها اعتبارا من أن الإدارة في هذا المجال تتمتع بسلطة تقديرية .

بالرجوع إلى القضاء الفاصل في المادة الإدارية الجزائري، نجده قد مارس رقابته على الاختصاص المقيد للإدارة بشكل واضح في المجال التأديبي<sup>(2)</sup>. إذ حماية للموظف المسؤول تأديبيا، ألزم المشرع جهة الإدارة بتوفير جملة من الضمانات، منها حق الموظف في الإطلاع على الملف التأديبي. فإن أصدرت الإدارة قرارا تأديبيا دون مراعاة هذه الضمانة ودون إتباع هذا الإجراء عد قرارها معيبا. ففي قرار لها صدر بتاريخ 1990/04/21، ملف رقم 502-75، (ف ب) ضد وزير العدل<sup>(3)</sup>، ذهبت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى:

" من المقرر قانونا أنه يحق لكل موظف الذي يحال على لجنة الموظفين التي تجتمع في مجلس تأديبي أن يطلع على ملفه التأديبي فور الشروع في إجراءات القضية التأديبية، ويمكن أن يقدم أي توضيح كتابي أو شفوي، كما أن يعين بأي مدافع يختاره للدفاع عنه. ومن ثم فإن قرار فصل الطاعنة المتخذ دون احترام المقتضيات القانونية والتنظيمية، يعد مشوبا بعيب تجاوز السلطة ."

من خلال هذا القرار يتضح لنا أن القاضي الإداري تمكن من مراقبة أعمال الإدارة في صورة ما إذا كانت إرادتها مقيدة بإلزام القانون لها بإتباع إجراءات أو مراعاة ضمانات. فإن حادت عليها نطق القاضي الإداري بإبطال القرار الإداري الصادر عنها .

ذات الأمر ينطبق على إجراءات منح رخص البناء، إذ أن هذه الأخيرة تدخل ضمن الاختصاص المقيد لرئيس المجلس الشعبي البلدي، وبالتالي يسهل على القضاء الفاصل في المادة الإدارية بسط رقابته عليها. وهو الأمر الذي قضى به مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 2008/04/30، تحت رقم 038284<sup>(4)</sup>،

<sup>1</sup> - عمار بوضيف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر و لتوزيع، الجزائر، 2007، ص 110.

<sup>2</sup> - ياسين قوتال، المرجع السابق، ص 78 .

<sup>3</sup> - انظر: المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات بالمحكمة العليا، العدد الثالث، 1992، ص151.

038284<sup>(1)</sup>، ومما جاء فيه: " إن إجراء تسليم رخصة البناء يخضع لكيفيات منح وثائق التعمير والتهيئة، وبالتالي الحصول على رخصة البناء مقابل تنازل المستفيد عن الدين الداخل في ذمة البلدية لصالحه يعد تصرفاً مخالفاً للقانون، ويترتب عليه بطلان الرخصة ".

تجدر الإشارة إلى أن الإدارة إذا كانت حرة في ظل الاختصاص التقديري في وضع الشروط التي تمارس في نطاقها أعمالها. غير أنها وبعد تحديدها بكل حرية لهذه الشروط تكون ملزمة بالامتثال للقواعد التي وضعتها مسبقاً؛ أي أن سلطتها في هذه الحالة تصبح مقيدة بالشروط التي فرضتها بمقتضى سلطتها التقديرية. وهو الأمر الذي قرره الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 1992/2/20 في قضية بين (س) ضد وزير العدل<sup>(2)</sup>، ومما جاء في القرار: " حيث أن وزير العدل في قضية الحال أعلن عن طريق الصحافة عن تنظيم مسابقة وطنية للالتحاق بسلك الموثقين، وأن قرار فتح المسابقة الذي حدد الشروط الواجب توافرها في المرشحين الجدد ينص على أن كل ملف ناقص أو غير مطابق للشروط المذكورة أعلاه لا يلتفت إليه.

وأن ملف (س) قد قبل بدون تحفظ، وأن هذا الأخير وبعدهما أدى الامتحان الكتابي والشفوي قوبل برفض منحه شهادته .... والإدارة بالشروط التي وضعتها حددت نطاق اختصاصاتها وحدود سلوكها، وبالتالي فهي ملزمة بالامتثال له ".

على الرغم من كل هذه الفروقات بين السلطتين التقديرية والمقيدة، وكذا الآثار المترتبة على هذا التمييز والتفرقة. إلا أن الواقع هو أن الاختلاف بين السلطتين إنما هو اختلاف في الدرجة وليس اختلافاً في الطبيعة أو الجوهر، أي أن الاختلاف والتعارض بينهما نسبي<sup>(3)</sup>. بل إنه يمكن القول بأن الاختصاص المقيد بالكامل هو أمر في غاية الندرة، وأن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقاً واتساعاً بحسب الظروف والاعتبارات التي يقدرها القانون. بينما الاختصاص المقيد هو الاستثناء<sup>(4)</sup>.

لذلك فإن كل عمل إداري يحتوي على قدر من السلطة التقديرية والسلطة المقيدة معاً<sup>(5)</sup>. وقد تصل السلطة التقديرية أحياناً في إطلاقها إلى حد بعيد وقد تتضاءل أحياناً أخرى لحد شديد، بحيث تغطي عليها

<sup>1</sup> - قرار صادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة، منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009 .

<sup>2</sup> - فريدة أبركان (ترجمة عبد العزيز أمقران)، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص 38 .

<sup>3</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 590. ومحمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 109 .

<sup>4</sup> - حسين فريجة، السلطة التقديرية واجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، 2005، ص 208.

<sup>5</sup> - وتذهب المدرسة النمساوية التي تنتسب للفقيه Kelsen، إلى أنه ليس ثمة مجال منفصل لكل من السلطتين التقديرية والمقيدة. بل توجد السلطتان معاً في كل عمل إداري. وأن التمييز بين التقدير والتقييد في سلطات الإدارة مسألة نسبية. والفارق بينهما فارق في الكم Quantitative لا في الكيفية Qualitative . أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 92.

فكرة الاختصاص المقيد. ولكن يتعذر القول بوجود عمل يحتوي على سلطة تقديرية مطلقة أو سلطة مقيدة خالصة<sup>(1)</sup>.

### ثانيا : تمييز السلطة التقديرية عن الأعمال التقديرية

لابد من التفرقة في هذا المجال بين ما كان يسمى بالأعمال التقديرية Les actes discrétionnaire وبين ما يسمى اليوم "بالسلطة التقديرية". ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي قبل أن يطبق نظرية السلطة التقديرية أخذ في أول الأمر بفكرة الأعمال التقديرية التي سبقتها فكرة أخرى وهي ما يعرف "بأعمال الإدارة البحتة" أو قرارات الإدارة البحتة. "les actes de pure administration"<sup>(2)</sup> بحيث تم إفراد طائفة من القرارات الإدارية التي تستقل الإدارة بتقدير أهميتها بميزة خاصة هي العصمة من كل رقابة قضائية. وقد كانت تعد في الواقع عنوانا وتجسيدا للسلطة الواسعة والمطلقة التي كانت تتمتع بها الإدارة آنذاك<sup>(3)</sup>.

وقد زاد من حرية الإدارة واستقلالها، أن كافة القرارات التي كانت تصدر عنها في تلك الفترة كانت تعتبر من قبيل قرارات الإدارة البحتة<sup>(4)</sup>. إلا ما كان منها ماسا بحق شخصي أو حق مكتسب؛ إذ كان يجوز لصاحب المصلحة في هذه الحالة الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري. بل وقد تم تجاوز هذا القيد في حالة ما إذا كان القرار متعلقا بمصلحة عامة تهدف الإدارة إلى تحقيقها أو حمايتها؛ أي أن القرارات الإدارية التي تهدف الإدارة من ورائها إلى تحقيق مصلحة عامة، كانت تعد من قبيل قرارات الإدارة البحتة. وبالتالي لا يجوز الطعن فيها قضائيا بأي شكل من الأشكال، وإن كانت تمس حقوقا شخصية أو مكتسبة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، 218.

<sup>2</sup> - يذكر الفقه ثلاثة مراحل مرت بها السلطة التقديرية للإدارة وهي بإيجاز: - مرحلة قرارات الإدارة البحتة: وكانت سلطة الإدارة خلالها غاية في الاتساع بل وشبه مطلقة. حيث لم تكن قراراتها خاضعة للرقابة القضائية إلا إذا انتهكت حقا شخصا أو مكتسبا لصاحب الشأن. - مرحلة القرارات التقديرية: وفيها بدأ التقدير الإداري في التقلص تدريجيا، حيث مد مجلس الدولة رقبته على عنصري الشكل والاختصاص في القرار الإداري. -ج- مرحلة السلطة التقديرية: وفيها بسط القضاء الإداري رقبته على عناصر السبب والغاية والمحل في القرار الإداري، وبهذا وضعت ملامح السلطة التقديرية للإدارة في صورتها الحالية، وأصبحت بذلك جميع القرارات الإدارية قابلة للطعن فيها بالإلغاء استنادا إلى أي عيب من عيوب المشروعية دون اشتراط مساسها بحق مكتسب مضار. انظر في ذلك: - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009، ص 280.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 14 .

<sup>4</sup> - لقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي أعمال الإدارة البحتة لحرصه على عدم إساءة الظن به، ومن ثم استمراره وبقائه خوفا من خطر إلغائه من قبل السلطة التنفيذية. وذلك ما أعطى للإدارة إمكانية الاستقلال باتخاذ كثير من القرارات بعيدا عن رقابة القضاء. لمزيد من التفاصيل انظر :

- (A) Delaubadère, Yves gaudement, traité de droit administratif, tome 1, Libraire général de droit de jurisprudence, 16 Emme édition, Paris, 1999. p 225 et suivantes.

<sup>5</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1412هـ، ص 58.

هكذا ظلت الإدارة في الربع الأول من القرن 19 تتمتع بحرية واسعة بل ومطلقة في كثير من الأحيان في تقدير ملاءمة أعمالها دون معقب أو رقيب عليها<sup>(1)</sup>. وقد ترتب على الوضع السابق أن بقيت حقوق الأفراد وحررياتهم دون حماية فعالة، بل وعرضة لخطر التجاوز دائما. خاصة أنه لم يكن هناك أية التزامات قانونية على عاتق الإدارة اتجاه قرارات الإدارة البحتة، كما لم تكن هناك أية قيود تشريعية تحد من السلطة الواسعة المعترف بها للهيئات الإدارية في هذا الشأن<sup>(2)</sup>.

من هنا، بدأ مجلس الدولة الفرنسي يبتدع الحلول للتطيف من تلك الآثار. فاتجه صوب فكرة الاختصاص وجعل منها سببا لإلغاء قرارات الإدارة البحتة. وذلك دون أن يتدخل في مجال الإدارة العامة؛ أي دون أن يتدخل بالبحث في مضمون القرار وفحواه. إذ كان يكفي في هذه الحالة بإلغاء القرار الإداري كلما تبين له أنه مخالف للقوانين واللوائح المتعلقة بموضوع الاختصاص فقط<sup>(3)</sup>.

ثم أخذ مجلس الدولة يوسع من نطاق هذا العيب (عيب الاختصاص) فجعله شاملا أيضا لعيب الشكل. مبررا قضاءه في هذا الشأن بأن الإدارة لا تكون مختصة بإصدار قرار ما إلا إذا راعت قواعد الشكل والإجراءات المحددة قانونا لذلك، وإلا اعتبرت خارجة عن حدود هذا الاختصاص<sup>(4)</sup>.

هكذا يمكن القول أن عيب الشكل ظهر مشتقا من عيب عدم الاختصاص<sup>(5)</sup>. ويظهر عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل كسببين للطعن في القرار الإداري، اختفت فكرة "أعمال الإدارة البحتة". وظهرت نظرية "الأعمال التقديرية" التي لا تقبل الطعن إلا لعيب في الشكل أو الاختصاص<sup>(6)</sup>.

---

<sup>1</sup> - إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود رقابة إدارية على هذه الأعمال. فقد أناط مثلا قانون 14/7 أكتوبر 1790 برئيس الجمهورية والوزراء كل فيما يخصه، الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة المركزية بسبب نشاط إداري. وكذلك الأمر بالنسبة للمنازعات التي ثور بين الأفراد والإدارات المحلية والإقليمية، حيث عهد بالنظر فيها لمدراء الأقاليم وفقا للقانون 11/6 سنة 1790، مع ملاحظة أن هذه الرقابة كانت تحرك بتوجيه أصحاب الشأن التماسات إلى ذات الموظف المسؤول عن التصرف أو إلى رئيسه الأعلى. وكان يطبق على هذا النظام آنذاك نظام "الإدارة القاضية". لمزيد من التفاصيل انظر: - رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، دار النهضة العربية، 1996، ص 28.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 28.

<sup>3</sup> - السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، الطبعة الأولى، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية، 1963، ص 12.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 12 و 13.

<sup>5</sup> - مع ذلك فإن قبول دعوى الإلغاء ضد قرارات الإدارة البحتة على أساس مخالفتها لقواعد الاختصاص والشكل، وإن كانت تعد خطوة هامة في سبيل صياغة أفضل لحقوق الأفراد وحررياتهم، إلا أن ما كان يعيب هذا الاتجاه هو اشتراط مجلس الدولة لقبول الطعن في تلك القرارات أن تكون قد مست حقا شخصيا أو مكتسبا لصاحب الشأن. لهذا لم يتردد مجلس الدولة - بعد أن رست دعائمه بزوال الملكية وعودة الإمبراطورية الثانية - أن يتخلى عن شرط المساس بحق مكتسب كعنصر أساسي لقبول دعوى الإلغاء. واكتفى فقط بشرط المصلحة الشخصية المباشرة أو المصلحة البسيطة. انظر في ذلك: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 29.

<sup>6</sup> - يشير "دي كال" بأن هذا التحول نما في الفترة ما بين 1764 و 1868، عندما أعلن مفوضو الدولة أنه في بعض الحالات يكفي -تبريرا للطعن بالإلغاء- قيام المصلحة البسيطة. وهذا ما يحدث عندما توجد مخالفة لشكل أوجبه القانون حماية لمصالح يعينها. انظر في ذلك: -محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 55.

لقد عرف الفقيه " دي كال " القرار التقديري بأنه: " القرار الذي يتخذ بواسطة السلطة المختصة، وفي الشكل المقرر بالقوانين واللوائح، في صدد ممارسة تقدير حر، سواء فيما يخص السبب أو المحل أو الغرض، فهو لا يختلف إذن عن أعمال الحكومة (السيادة) إلا فيما يتعلق بتسليط الرقابة على الشكل والاختصاص."<sup>(1)</sup>

إذا كان المشرع الفرنسي قد اعترف بهذا القضاء وسجله صراحة في المادة 09 من قانون 23 ماي 1872، إلا أن مجلس الدولة لم يتوقف عند هذا الحد، وإنما بدأ يطور رقابته على القرارات الإدارية. وذلك بأن اعترف لنفسه بالحق في تجاوز الرقابة الشكلية أو الخارجية لتلك القرارات والمتعلقة بعيب الاختصاص والشكل. وهي ما يصطلح عليه برقابة المشروعية الخارجية أو الشكلية، لتمتد رقابته إلى ما يصطلح عليه بالمشروعية الداخلية أو الموضوعية للقرارات الإدارية. فتبنى أولاً عيب الانحراف بالسلطة معتبراً أن كل قرار تقديري ينبغي أن يستهدف مصدره تحقيق المصلحة العامة، فإن انحرف عنها كان القرار باطلاً.<sup>(2)</sup> وبعد أن أتم مجلس الدولة الفرنسي هذه المرحلة الهامة من تدرج التقييد، انتقل الاجتهاد إلى درجة جديدة من الرقابة وذلك بمد رقابته إلى عيب المحل فظهر بذلك عيب مخالفة القانون.<sup>(3)</sup>

وقد عدل مجلس الدولة الفرنسي عن فكرة الأعمال التقديرية في حكمه الشهير في قضية "grazietti" في 31 مارس 1902.<sup>(4)</sup> وقد أبان العميد "هوريو" في تعليقه على هذا الحكم عن خطأ فكرة الأعمال

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 55.

<sup>2</sup> - يشير بعض الفقهاء إلى أن عيب الانحراف كان مختلطاً بعيب عدم الاختصاص، على أساس أن استهداف رجل الإدارة لغرض معين ليس له الحق في استهدافه بعد تجاوزاً منه لحدود اختصاصه، و بعبارة أخرى يصف " laferrière " عيب الانحراف بالسلطة في هذه الأثناء:

« l'illégalité qui résulte de ce que l'administrateur poursuit un but qu'il n'a pas le droit de poursuivre par les moyens qu'il emploie ou qui lui est même complètement interdit comme étant en dehors des attributions de l'administration. 56 المرجع نفسه، ص 56

<sup>3</sup> - مخالفة القانون قد تكون مباشرة، حينما يخالف القرار النصوص التي تضع الشروط والحدود للعمل الإداري. وتكون غير مباشرة عند غياب النص المخول للسلطة. وقد باشر مجلس الدولة الفرنسي ابتداء من سنة 1906 بحث عيب مخالفة القانون استقلالاً عن أي حق مكتسب. أنظر في ذلك: محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 59.

<sup>4</sup> - يتعلق هذا الحكم بإلغاء قرار أصدرته الحكومة الفرنسية ( رئيس الدولة ) بجل أحد المجالس البلدية استناداً إلى القانون الصادر في 1884. وكانت هذه القرارات تعد من قبيل الأعمال التقديرية التي لا تخضع للرقابة القضائية. وفي هذا الحكم عدل مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق وقضى بإلغاء مرسوم الحل، واكتفى المجلس بقبول الطعن بعيب الانحراف بالسلطة في هذا المرسوم بمجرد توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن. وقد تحقق ذلك بانتماء الطاعن إلى عضوية المجلس الشعبي البلدي الذي مسه مرسوم الحل. وذات الحل تبناه مجلس الدولة أيضاً بالنسبة لعيب مخالفة القانون، إذ اكتفى بقبول الطعن بشرط المصلحة المضارة دون ضرورة وجود حق مكتسب مسه القرار المطعون فيه. انظر: - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 93 .

التقديرية، وأن ما يوجد هو ما يسمى بالسلطة التقديرية، وإن اختلف مداها بالنسبة للإدارة من قرار إلى آخر.<sup>(1)</sup>

يتضح مما سبق طرحه أن فكرة السلطة التقديرية تختلف عما كان يسمى بالأعمال التقديرية من حيث نطاق الرقابة القضائية. فإذا كانت الأعمال التقديرية كما سبق وأن أشرنا أعلاه لا تقبل الطعن بالإلغاء إلا لوجود عيب في الاختصاص أو في الشكل<sup>(2)</sup>، فإن القرارات الإدارية الصادرة بناء على سلطة تقديرية تقبل الطعن بالإلغاء أيا كان وجه عدم المشروعية في القرار الإداري، أي سواء تعلق الأمر بعيوب المشروعية الخارجية ( الشكل و الاختصاص)، أو بعيوب المشروعية الداخلية ( المحل والسبب والغاية)<sup>(3)</sup>.

من هنا، فإن السلطة التقديرية لا تمارس في هامش القانون أو النظام القانوني في مجمله كما كانت تمارس طائفة الأعمال التقديرية. فالسلطة التقديرية ليست إلا وسيلة اعترف القانون بوجودها، كما أنها ليست إلا تنفيذا للقانون بما يتفق مع ظروف الحال والواقع.<sup>(4)</sup>

### ثالثا: تمييز السلطة التقديرية عن أعمال السيادة والحكومة

تعد نظرية " أعمال السيادة والحكومة " من صنع القضاء الإداري الفرنسي<sup>(5)</sup>. فقد كان مجلس الدولة الفرنسي في خطر بعد سقوط "نابليون بونابرت" وإعادة الملكية في فرنسا<sup>(6)</sup>، إذ سعت الحكومة الملكية إلى الحد من سلطات المجلس بكل الوسائل باعتباره من مخلفات نابليون<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، 1955 ، ص 66.

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة إلى أنه لم تعد توجد في فرنسا اليوم أعمال تقديرية أو أعمال إدارية خالصة، أي لم تعد توجد أعمال إدارية غير قابلة للإلغاء ، وفي ذلك يقول " Duguit "

« Qu'aujourd'hui, en France, il n'ya plus d'actes discrétionnaires ou de pure administration, c'est-à-dire d'actes pour lesquels l'intéressé ne serait pas recevable à demander l'annulation au conseil d'Etat. » voir : <http://www.ao-academy.org>.

<sup>3</sup> - وذلك ما ستناوله بالتفصيل في موضعه.

<sup>4</sup> - <http://www.ao-academy.org>.

<sup>5</sup> - Delaubadère, Yves gaudement, traité de droit administratif, tome 1, Libraire général de droit de jurisprudence, 16 Emme édition, Paris,1999,p 244.

<sup>6</sup> - إن الباحث في القانون الفرنسي لا يجد أثرا لهذا النوع من الأعمال في ظل الثورة الفرنسية والإمبراطورية الأولى، ولعل مرجع ذلك أن فكرة أعمال السيادة بوضعها الحاضر لم يكن لها أية فائدة. فالقاعدة السائدة في ذلك الوقت هي عدم مسؤولية الإدارة عن أعمالها. كما أن قاعدة الفصل بين السلطات حسب التفسير الفرنسي لها كانت تمنع القاضي العادي من النظر في كل ما يتعلق بالإدارة، وتوكل الأمر في ذلك كله إلى الإدارة العاملة نفسها لتتصرف فيه برأيها.

لمزيد من التفاصيل أنظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976 ، ص 134 .

<sup>7</sup> - المرجع نفسه، ص 139 .

أمام ذلك، رأى المجلس ألا يصطدم بالعهد الجديد<sup>(1)</sup>، فحرص على مجاملته قضائياً باستبعاد الأعمال التي تثير حفيظته السياسية من الخضوع للرقابة القضائية<sup>(2)</sup>. واستسلم بذلك لاتجاه الحكم الملكي وسلم بنظريته في أعمال الحكومة. فوجدت الحكومة فيها تبريراً لمنع القضاء من رقابة بعض أعمالها، كما اعتبرها مجلس الدولة بمثابة فدية بسيطة مقابل عدم إقدام السلطة الجديدة على إلغائه<sup>(3)</sup>.

يبدو أن نشأة هذه النظرية تعود للظروف التي أحاطت بمجلس الدولة الفرنسي، وما طرأ على مركزه القانوني من تطور، استوجب منه أن يلتزم سياسة قضائية تجنبه قدر الإمكان الاصطدام بالحكومة<sup>(4)</sup>. وحتى بعد أن أصبح قضاء مجلس الدولة مفوضاً، فإنه لم يتخلى عن نظرية أعمال السيادة. فهو لا يتعرض للتصرفات التي تتعلق بكيان الدولة الداخلي والخارجي، ولهذا فقد حدث رد فعل مضاد لهذه النظرية، وأخذ الفقهاء يهاجمونها ويحاولون الحد منها على قدر الإمكان<sup>(5)</sup>.

## 1- تعريف أعمال السيادة والحكومة

لقد أعطيت عدة تعريفات لهذه النظرية، وبالتالي سنعطي لمحة عن البعض منها فيما يلي ذكره :

---

<sup>1</sup> - بدأت فكرة عمل السيادة في الظهور لأول مرة في ظل ملكية يوليو. إذ كان أول حكم طبق هذه الفكرة هو قرار مجلس الدولة الصادر في أول ماي 1822 في قضية " Laffitte " - انظر: محمد تقي، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 144.

<sup>2</sup> - عدنان عمرو، مبدأ المشروعية - دراسة مقارنة -، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 90.

<sup>3</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 78 .

<sup>4</sup> - عبد الله طلبة، القانون الإداري : الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1980، ص 207 .

<sup>5</sup> - من الفقهاء من أراد القضاء كلية على "أعمال السيادة" والاستغناء عنها وتعويضها بأفكار أخرى أكثر قبولاً واتفاقاً مع مقتضيات العدالة والمساواة أمام التكاليف العامة. ومن قبيل ذلك ما ذهب إليه البعض ( مثل ميشو ) من الاستغناء عن هذه النظرية التي تؤدي إلى تقرير عدم الاختصاص بالدعوى أو عدم قبولها دون التعرض للموضوع بالمرّة. ويرى الاستعاضة عنها بفكرة سلطة الإدارة التقديرية التي تعطي الإدارة بمقتضاها سلطة واسعة في تقدير هذه الأعمال التي تسمى الآن بأعمال السيادة. وهذه السلطة تؤدي إلى رفض دعوى المسؤولية موضوعياً على أسوء الفروض، لا الحكم بعدم الاختصاص الذي يشعر المدعي بقصور في تحقيق العدالة ونكول عن القضاء. - انظر في ذلك : عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1962 ، ص 167.

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى تضييق الأعمال التي تدخل في طائفة أعمال السيادة. ومن الأعمال التي نزع عنها هذه الصفة نجد التصرفات المتعلقة بالغانم البحرية ( حكمه الصادر في 1946/1/11 - في قضية الشركة البلجيكية ( 83 . 1948 . R . D . P ) وقرارات رئيس الجمهورية الخاصة باستعمال حق العفو. - انظر في ذلك: عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 209 .

فقد عرفها الدكتور ما جد راغب الحلو: " أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية أخرجها القضاء الإداري الفرنسي من ولايته لأسباب يغلب عليها الطابع التاريخي"<sup>(1)</sup>.

كما عرفت على أنها: " أعمال السيادة هي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها"<sup>(2)</sup>.

أما الأستاذ رشيد خلوفي، فقد عرفها بأنها: " إن أعمال السيادة أو أعمال الحكومة، كما يسميها بعض الفقهاء هي قرارات إدارية تحتوي على جميع عناصر القرار الإداري، لكن لا يستطيع القاضي إلغائها"<sup>(3)</sup>.

وعرفها الدكتور مراد بدران: " يقصد بأعمال الحكومة أو كما يسميها البعض أعمال السيادة تلك الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء، والتي لا القاضي الإداري ولا القاضي العادي يعتبر نفسه مختصا بنظرها، و بالتالي تخرج كلية عن الرقابة القضائية "<sup>(4)</sup>.

كما عرفت: "... وباختصار يقصد بأعمال السيادة وأعمال الحكومة كل القرارات التي تتخذها الحكومة ممثلة في رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو أحد الوزراء، تطبيقا لتوجه سياسي معين أو اختيار حكومي محدد، وكذا الشأن بالنسبة لأعمال المؤسسات السيادية الأخرى كالقضاء والبرلمان والمجلس الدستوري، فمتى تقررت صفة عمل السيادة، فليس للقاضي الإداري إلا الحكم بعدم الاختصاص أيا كانت طلبات المدعي في دعواه، أي سواء تعلقت بالإلغاء أو التعويض"<sup>(5)</sup>.

الملاحظة التي يمكن إيدؤها في هذا الصدد، تتمثل في أن المحاولات الفقهية السابقة، بدلا من أن تقوم بإعطاء تعريف دقيق لنظرية أعمال السيادة بطريقة موضوعية. اكتفت جميعها بذكر النتيجة المترتبة على إعمال هذه النظرية ألا وهي استحالة الرقابة القضائية.

وقد اختلف الفقهاء بشأن المعيار الواجب إعماله وتطبيقه للقول أن هذا العمل من أعمال السيادة وبالتالي يحصن من الرقابة القضائية، أم أنه عمل إداري عادي يخضع لرقابة القاضي الإداري. وقد تمثلت هذه المعايير في معيار الباعث السياسي، معيار طبيعة العمل أو موضوعه، و معيار استحالة الرقابة القضائية.

<sup>1</sup> - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 41.

<sup>2</sup> - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 44.

<sup>3</sup> - رشيد خلوفي: قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 41.

<sup>4</sup> - مراد بدران، المرجع السابق، ص 77 .

<sup>5</sup> - عبد العزيز نويري، المنازعة الإدارية في الجزائر-تطورها و خصائصها-، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 83.

وقد أخذ القضاء الجزائري بمعيار الباعث السياسي في قضية ( ي ج ب ) ضد وزير المالية، وهي القضية المعروفة باستبدال الورقة النقدية من فئة 500 دج<sup>(1)</sup>، وذلك في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1984/1/7<sup>(2)</sup> وقد ارتكز القاضي على الحثيات التالية للفصل في هذا الموضوع<sup>(3)</sup>: " حيث أن الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري على أعمال الإدارة لا يمكن أن تكون عامة ومطلقة ... حيث أن إصدار وتداول وسحب العملة يعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة... حيث أن القرار المستوحى بالتالي من باعث سياسي غير قابل للطعن فيه بأي من طرق الطعن، وأن القرار الحكومي المؤرخ في 1982/4/8 والقاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج من التداول وكذلك قرار فاتح جوان 1982 الصادر عن وزير المالية المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالتبديل خارج الأجل، هما قراران سياسيان يكتسبان طابع أعمال الحكومة، ومن ثمة فإنه ليس من اختصاص المجلس الأعلى الإفصاح عن مدى شرعيتها و لا مباشرة رقابة على مدى التطبيق".

فقد صرحت الغرفة الإدارية بوضوح عن موقفها اتجاه مسألة تحديد أعمال السيادة ، بحيث استعملت الباعث السياسي كمعيار لتحديد أعمال السيادة<sup>(4)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الجزائري - حسب علمنا - ومنذ تأسيسه لم يسبق وأن أتيحت له الفرصة للتعبير عن موقفه من أعمال السيادة والحكومة. ويرى الدكتور " نصر الدين بن طيفور": " أن ذلك ليس راجعا إلى رغبة هذا القضاء في بسط رقابته على كل أعمال الإدارة وعدم تحصين أي منها، بقدر ما قد يكون راجعا إلى عدم توصله بأي طعن في قرار ذي أهمية خاصة"<sup>(5)</sup>.

## 2- أوجه الاختلاف بين نظرية السلطة التقديرية وأعمال الحكومة

<sup>1</sup> - نصر الدين بن طيفور، الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثر ذلك على حماية الحقوق والحريات، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 32.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، القرار رقم 36473 المؤرخ في 7 جانفي 1984، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 4، لسنة 1989، ص 211.

<sup>3</sup> - تلخص وقائع القضية في أن السيد ( ي ج ب ) تغيب خارج التراب الوطني من تاريخ 1982/4/8. وفي 1982/4/13 علم وهو خارج الوطن أن السلطة الإدارية الجزائرية اتخذت إجراء سحب الورقة 500 دج من التداول في الفترة ما بين 10 و 1982/4/12. وبالتالي فإن السيد ( ي ج ب ) لم يتمكن من تبديل الأوراق من صنف 500 دج التي كانت بحوزته. فرفع تظلما إداريا لوزير المالية ومحافظ البنك المركزي الجزائري، وبعد رفض تظلمه توجه إلى المجلس الأعلى يطلب بطلان القرار الذي رفض تظلمه الإداري .

<sup>4</sup> - بشأن هذه القضية، يقول الأستاذ رشيد خلوي: " وما يمكن قوله في هذا الموضوع هو عدم تطابق مبدأ دولة القانون الذي يفرض رقابة على احترام مبدأ المشروعية على كل الأشخاص القانونية والطابع اللين للباعث السياسي الذي ترتكز عليه الغرفة الإدارية للمحكمة العليا " - انظر رشيد خلوي، قانون المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 46 .

<sup>5</sup> - نصر الدين بن طيفور، الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثر ذلك على حماية الحقوق والحريات، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 23.

إذا كانت نظرية أعمال الحكومة تتشابه مع نظرية السلطة التقديرية في كون الأعمال في كلتا النظريتين تصدر عن السلطة التنفيذية وأن كل نظرية منهما تعد نظرية قضائية. وأن كلا النظريتين تعملان في ميدان واحد وهو اختصاصات السلطة التنفيذية. كما تشترك النظريتان في كون تطبيقهما جائز في أي وقت، إذ لا يتوقف إعمالهما على ظرف معين شأن الظروف الاستثنائية<sup>(1)</sup>، كما سنرى فيما بعد.

لكن بعض الفقهاء يرى بأن أعمال السيادة أو الحكومة هي ما تبقى من الأعمال التقديرية<sup>(2)</sup>. أما السلطة التقديرية، فمحلها عنصر أو عناصر معينة من القرارات الإدارية<sup>(3)</sup>.

انطلاقاً من ذلك يتضح أن أعمال السيادة تفتقر عن السلطة التقديرية في الجوانب الآتية :

أ- إذا توافرت الشروط الشكلية في الدعوى التي يرفعها الشخص على أساس نظرية السلطة التقديرية، فإن القاضي يبحث في الموضوع ليقرر الإلغاء أو عدم الإلغاء. أما بالنسبة للدعوى المرفوعة على أساس نظرية أعمال الحكومة فإن القاضي لا يبحث موضوعها إذا ما اعتبر أن العمل المطعون فيه ينتمي إلى أعمال الحكومة. ومعنى ذلك أن الإدارة إعمالاً لسلطتها التقديرية تبقى خاضعة للرقابة القضائية. وهذا على خلاف نظرية أعمال الحكومة التي تعتبر استثناء حقيقياً على مبدأ المشروعية<sup>(4)</sup>، بحيث لا تخضع الإدارة في مباشرتها إلى أي رقابة<sup>(5)</sup>. هذا في حين تخول السلطة التقديرية للإدارة قدراً لازماً من الحرية في حدود قواعد المشروعية فهي لا تتال من المشروعية، بل تتكامل معها<sup>(6)</sup>.

ب- إن تقرير نظرية السلطة التقديرية يرجع إلى أسباب عملية يمكن التأكد من وجودها أو عدم وجودها. وذلك بالرجوع إلى النص القانوني أو الحكم القضائي الذي يحكم المسألة، للتأكد فيما إذا كان الأمر داخلاً في نطاق السلطة التقديرية للإدارة. أما نظرية أعمال الحكومة فإنها ترجع في الغالب إلى أسباب سياسية، لأن إعفاء مثل هذا التصرفات من كل رقابة قضائية تبقى تبريراته سياسية أكثر منها قانونية<sup>(7)</sup>.

---

1- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2003، ص 51 .

2- لقد سبق وأن أشرنا إليها في إطار تمييزنا بين السلطة التقديرية الأعمال التقديرية.

3- محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 85 .

4- سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 179.

5- " و من هنا اعتبرت أعمال السيادة و الحكومة نقطة سوداء في جبين المشروعية ". انظر سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 93 .

6- محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 86.

7- عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، بدون تاريخ، ص 211.

ج- إن الضمانات التي يتمتع بها الأفراد خلال ممارسة السلطة التقديرية أقوى من الضمانات التي يتمتع بها الأفراد في حالة أعمال الحكومة. إذ يسمح للأفراد الطعن في القرارات الصادرة بناء على سلطة تقديرية للإدارة. أما بالنسبة لأعمال الحكومة فإن الضمانة الوحيدة التي يتمتع بها الأفراد تتمثل في أن القاضي هو الذي يكيف عمل الإدارة الذي ادعته بأنه من أعمال الحكومة<sup>(1)</sup>.

د- إن الأعمال الصادرة في إطار السلطة التقديرية يجوز طلب إلغائها، كما يجوز طلب التعويض عنها. فالرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية هي رقابة داخلية يعمق بها القاضي إلى موضوع القرار. حيث يبحث سببه ومحلّه والغاية منه محققاً في ذلك الولاية الكاملة لقواعد المشروعية<sup>(2)</sup>. أما بالنسبة لأعمال الحكومة، فإنها محصنة تماماً من الرقابة القضائية سواء عن طريق الإلغاء أو عن طريق التعويض، وأياً كان الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية<sup>(3)</sup>.

#### رابعا: تمييز السلطة التقديرية عن الأعمال الدستورية

إلى جانب أعمال السيادة والحكومة، نجد أن قرارات المجلس الدستوري<sup>(4)</sup> في الجزائر تخرج عن الرقابة القضائية. وهو ما نصت عليه المادة 49 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري حيث جاء فيها أن: "أراء المجلس الدستوري ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية، وغير قابلة لأي طعن"<sup>(5)</sup>.

---

<sup>1</sup> - في ذلك تقول المحكمة العليا المصرية: "إن العبرة في تحديد التكييف القانوني لأي عمل تجرّيه السلطة التنفيذية لمعرفة ما إذا كان من أعمال السيادة أو عملاً إدارياً، هو بطبيعة العمل ذاته، فلا تتقيد الحكومة وهي بصدد إعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذي يخلعه المشرع على التصرفات الحكومية وأعمالها، متى كانت طبيعتها تتنافى مع هذا الوصف و تطوي على إهدار حق من الحقوق التي كفلها الدستور". انظر: محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 86 .

<sup>3</sup> - بالنسبة لمسلك القضاء الجزائري، فإن الدكتور نصر الدين بن طيفور يستغرب بعض الكتابات القانونية الجزائرية التي تذهب إلى إطلاق وصف أعمال السيادة أو الحكومة على بعض الأعمال. مثل قرارات إعلان الحالة الاستثنائية وحالتي الطوارئ أو الحصار بأنها من الأعمال السيادة، دون أن يكون القضاء قد قال كلمته فيها. إذ يقول: " فكيف يمكن أن تسمح لنا أنفسنا إعطاء القاضي مبرراً لم يمنحه له المشرع ولم يفصح هو عن رأيه فيه ". انظر: -نصر الدين بن طيفور، الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثر ذلك على حماية الحقوق والحريات، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 32 .

<sup>4</sup> - المجلس الدستوري هو مؤسسة دستورية صنفها المؤسس الدستوري ضمن المؤسسات الرقابية الاستشارية. حيث يضطلع دون سواه من المؤسسات الدستورية باختصاص الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات والتنظيمات طبقاً للمادة 165 من الدستور. ويتكون المجلس الدستوري من 09 أعضاء (3 أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، وباقي الأعضاء الستة تنتخبهم كل من السلطة التشريعية (عضوان يتم انتخابهما من طرف المجلس الشعبي الوطني، و عضوان منتخبان من مجلس الأمة) و القضائية (عضو من المحكمة العليا وعضو من مجلس الدولة).و قد وصفه الأستاذ بن سهلة بن علي بأنه: "نمط متأصل بخصوصياته". وأنه "أسلوب حديث في تطبيق الرقابة الدستورية". مقال منشور في مجلة "إدارة"، الصادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، 2001، تحت عنوان المجلس الدستوري بين الرقابيتين السياسية والقضائية ودراسة مقارنة على ضوء التطور الدستوري في الجزائر، ص 93.

<sup>5</sup> - إن القيمة القانونية للنظام الداخلي للمجلس الدستوري مستمدة من نص المادة 167 فقرة 2 من الدستور التي تكرس حق المجلس الدستوري في تحديد قواعد عمله".

فمن طعن في قرار أصدره المجلس الدستوري، تضمن رفض قبول ترشح أحد المرشحين للانتخابات الرئاسية لسنة 1999<sup>(1)</sup> لعدم توفره على الشروط الواردة في المادة 73 من دستور 1996<sup>(2)</sup>. قضى مجلس الدولة بتاريخ: 2001/11/12 بأنه: "حيث من الثابت أن المجلس الدستوري مكلف بموجب أحكام المادة 163 من الدستور بالسهر على صحة عمليات انتخاب رئيس الجمهورية، ومنها مراقبة الشروط المحددة في المادة 73 من الدستور وتفسيرها، وحيث أن القرار الصادر في هذا الإطار يندرج ضمن الأعمال الدستورية التي لا تخضع نظرا لطبيعتها، لمراقبة مجلس الدولة كما استقر عليه اجتهاده، مما يتعين التصريح بعدم اختصاصه للفصل في الطعن المرفوع"<sup>(3)</sup>.

طبقا لهذا الاجتهاد الحديث نوعا ما لمجلس الدولة الجزائري فإن قرارات المجلس الدستوري تخرج عن الرقابة القضائية شأنها في ذلك شأن أعمال السيادة.

إذا سايرنا موقف مجلس الدولة في قضية الحال فإن القرارات التي يصدرها المجلس الدستوري في إطار مراقبته لصحة عمليات الانتخابات الرئاسية وفقا لنص المادة 73 من الدستور. فإنها تخرج عن رقابة القاضي الإداري لاعتبارها أعمالا دستورية<sup>(4)</sup>. لكن الأستاذ "غناي رمضان" في تعليقه على هذا القرار الصادر عن مجلس الدولة، وإن كان يتفق مع هذا الأخير في عدم قابلية قرارات المجلس الدستوري لرقابة مجلس الدولة، إلا أنه لا يرجع ذلك إلى كون هذه القرارات تندرج ضمن الأعمال الدستورية، كما ذهب إليه قرار المجلس، وإنما في كونها على حد قوله<sup>(5)</sup>:

أولاً: من أعمال المطابقة مع أحكام الدستور التي يختص بها المجلس الدستوري دون سواه من المؤسسات الدستورية غير قابلة للرقابة القضائية.

<sup>1</sup> - رغم أن ذلك المرشح كان المجلس الدستوري قد سبق وأن قبل ترشحه للانتخابات السابقة لسنة 1995 في ظل دستور 1989. أنظر في ذلك: نوري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر - تطورها وخصائصها - م، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، 2006، ص 71.

<sup>2</sup> - تشترط المادة 73 من دستور 1996: - أن يكون المرشح من جنسية جزائرية أصلية - أن يدين بالإسلام - أن يبلغ من العمر 40 سنة فأكثر - أن يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية - أن يثبت الجنسية الجزائرية لزوجته - أن يثبت مشاركته في ثورة التحرير بالنسبة للمولودين قبل شهر جويلية 1942 - أن يثبت عدم تورط أبويه في أعمال ضد ثورة التحرير بالنسبة للمولودين بعد جويلية 1942 - أن يقدم التصريح العلي بممتلكاته العقارية. وبالإضافة إلى هذه الشروط تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على إمكانية إضافة القانون لشروط أخرى.

<sup>3</sup> - قرار صادر عن مجلس الدولة تحت رقم 002871 بتاريخ: 12-11-2001، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 79.

<sup>2</sup> - يصدر المجلس الدستوري أعماله بمناسبة ممارسته لاختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات والتنظيمات في شكل قرارات و آراء: -قرارات الرقابة الدستورية: يصدرها بمناسبة ممارسة الرقابة الدستورية على المعاهدات والقوانين والتنظيمات. عندما تكون واجبة التنفيذ(المادة 165 فقرة 01 من الدستور)، أي بعد إصدارها من رئيس الجمهورية و نشرها في الجريدة الرسمية. وهذه الأعمال غير قابلة لرقابة القاضي الفاصل في المادة الإدارية. -آراء الرقابة الدستورية: ويتعلق الأمر بالرقابة الاختيارية لدستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، عندما تكون غير واجبة التنفيذ(المادة 165 فقرة 01). والرقابة الوجوبية لدستورية القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان (المادة 165 فقرة 2 و 3 من الدستور).

<sup>5</sup> - غناي رمضان، عن قابلية خضوع أعمال المجلس الدستوري لرقابة القاضي الإداري - تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2001/11/12 مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003، ص 76.

ثانياً: مرتبطة باختصاص مراقبة صحة العمليات الانتخابية التي هي من احتكار المجلس الدستوري، بعد ما كانت من نصيب المحكمة العليا في غرفتها الإدارية، في ظل دستور 1976 ومن نصيب لجنة وطنية في ظل دستور 1989.

زد على ذلك، فإن عدم قابلية هذه الأعمال للرقابة القضائية يمكن استخراجها من مجموعة من الاعتبارات<sup>(1)</sup>:

1- أن الرقابة القضائية على هته الأعمال قد تؤدي إلى ضرب مسعى المؤسس الدستوري الذي ضمانا للنزاهة المطلوبة في العمليات الانتخابية منح اختصاص مراقبة هذه العمليات إلى المجلس الدستوري. للصفة التي يتحلى بها، كونه مؤسسة دستورية مستقلة، يفترض أنها مؤهلة أكثر من غيرها لضمان هذه النزاهة.

2- أن هذا الاختيار الدستوري يحسم مسألة عدم وجوب خضوع أعمال مراقبة العمليات الانتخابية لرقابة القاضي الإداري. والعكس يكون صحيحاً، لو أن المؤسس الدستوري حول هذا الاختصاص إلى أجهزة السلطة التنفيذية، أو أي سلطة مستقلة بسبب أن أعمالها تخضع لرقابة القاضي الإداري استعمالاً لمختلف معايير الاختصاص القانونية والقضائية .

3- إن رجال القانون يرفضون فكرة إخضاع هذه القرارات لرقابة القاضي الإداري. ذلك أن هذه القرارات لا تندرج ضمن المهام الإدارية، وإنما ضمن النشاطات الدستورية التي تباشرها السلطات العامة. والتي تخرج بفعلها هذا عن رقابة القضاء<sup>(2)</sup>. وفي هذا الصدد اعتبر الأستاذ "عبد الرزاق زوينة" أن القرارات والآراء الصادرة عن المجلس الدستوري محصنة بالحجية المطلقة<sup>(3)</sup>.

هذا فيما يخص قرارات المجلس الدستوري الصادرة عنه في إطار ممارسة اختصاص السهر على صحة عمليات الانتخابات الرئاسية. أما فيما يتعلق بالأعمال الاستشارية التي يصدرها المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية وفق الحالات والمسائل المذكورة في صلب الدستور<sup>(4)</sup>. فإن هذه الآراء وإن كانت لا تنتمي إلى فئة الآراء الصادرة عن المجلس الدستوري في إطار ممارسة الرقابة الدستورية، فإنها رغم ذلك لا يمكن أن تكون موضوع الرقابة من قبل القاضي الإداري لسببين:

<sup>1</sup> - المقال نفسه، ص 76 و 77.

<sup>2</sup> - محمد تقي، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على أعمال الإدارة، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 147.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق زوينة، الرأي الاستشاري لمجلس الدولة: ولادة كاملة ومهمة مبتورة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، سنة 2002، ص 27.

<sup>4</sup> - بالنسبة للأعمال الاستشارية فإن المجلس الدستوري يصدرها في الحالات التالية:

- عندما يستشار من قبل رئيس الجمهورية بشأن إعلان حالي الطوارئ والحصار وكذا الحالة الاستثنائية طبقاً للمواد 90 فقرة 4 والمادة 93 فقرة 2 من الدستور.

- عندما يستشار من قبل رئيس الجمهورية فيما إذا كان مشروع تعديل الدستور لا يحس المبادئ الدستورية العامة، طبقاً للمادة 176 من الدستور.

- عندما يستشار بشأن تمديد مهمة البرلمان عندما يتعذر إجراء انتخابات عادية لحدوث ظروف خطيرة، طبقاً للمادة 102 من الدستور.

أولاً: أنها مجرد آراء استشارية ليس بوسعها تغيير المراكز القانونية. بمعنى أنها لا تنتج آثاراً قانونية في مواجهة من تعينهم، لكونها تفتقر إلى أهم مواصفات القرار الإداري وفق ما استقر عليه الاجتهاد القضائي، ألا وهي خاصية النفاذ<sup>(1)</sup>.

ثانياً: أنها أعمال لاحقة لقرار رئيس الجمهورية، الذي بواسطته يلتمس من المجلس الدستوري إبداء رأيه حول المسألة المعروضة عليه. هذا القرار هو قرار سيادي يمنحه الدستور خصيصاً لرئيس الجمهورية، الذي له سلطة الملاءمة في اتخاذه أو عدم اتخاذه، دون أن يكون في ذلك معرضاً للرقابة القضائية.

وعليه فإن قرار مجلس الدولة السابق الذكر لا يمكن تعميمه على كافة أعمال المجلس الدستوري وذلك لأن: <sup>(2)</sup> مجلس الدولة لم يرفض اختصاصه بالنسبة لجميع أعمال المجلس الدستوري. بل رفضه فيما يخص القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في إطار اختصاص السهر على صحة العمليات الانتخابية الرئاسية.

ضف إلى ذلك أن أعمال المجلس لا تنحصر في مجال ممارسة الاختصاصات الدستورية فقط، بل تصدر عنه أعمال ذات طابع إداري. وذلك عندما يتصرف بصفته شخصاً اعتبارياً عاماً. يحتوي على أمانة عامة، وموظفين وأعاون عموميين له ذمة مالية مستقلة، ويتمتع بأهلية الجوب والأداء. وذلك إذا ما افترضنا أخذ المجلس الدستوري في حكم الهيئات العمومية الوطنية التي تدخل قراراتها ضمن مجال اختصاص مجلس الدولة عملاً بنص المادة 09 من القانون العضوي 98-01<sup>(3)</sup>.

تبعاً لكل ما سبق طرحه، فإن رفض مجلس الدولة اختصاصه بدعوى أن قرار المجلس الدستوري المعروف على رقابته هو من "الأعمال الدستورية" هو رفض لا يتناسب مع ما لمجلس الدولة من اختصاص في رقابة أعمال المؤسسات الدستورية الأخرى، كما هو الشأن بالنسبة لقرارات مجلس المحاسبة<sup>(4)</sup> التي تقبل الطعن بالنقض فيها أمام مجلس الدولة بموجب نص المادة 11 من القانون العضوي 98/01.

ونفس الملاحظة يمكن إبدائها بالنسبة للقرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء<sup>(5)</sup>، كما أن مجلس المحاسبة والمجلس الأعلى للقضاء يستمدان اختصاصاتهما من أحكام الدستور، تماماً كما هو

<sup>1</sup> - فريدة أركان، مدى رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 115.

<sup>2</sup> - غنای رمضان، المقال السابق، ص 81 و 82.

<sup>3</sup> - القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله. المعدل والمتمم بالقانون العضوي 13/11 المؤرخ في 26 يونيو 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 43، سنة 2011.

<sup>4</sup> - غنای رمضان، المقال السابق، ص 82.

<sup>5</sup> - كان مجلس الدولة إلى غاية جوان 2005 مستقراً على أن قرارات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية قابلة للطعن بالبطلان. معتبراً إياها أنها صادرة عن سلطة إدارية مركزية. وذلك في قرار له بتاريخ: 27-07-1998، تحت رقم 172994، منشور في العدد الأول من مجلة مجلس الدولة، ص 83. وفي 07 جوان 2005 صدر قرار عن الغرف المجتمعة تحت رقم 016886 غير هذا الاجتهاد، وكرس مبدأ جديداً مفاده أن قرارات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية تكتسي طابعاً قضائياً. وبهذه الصفة لا يمكن الطعن فيها بالبطلان، وإنما عن طريق النقض.

الحال بالنسبة للمجلس الدستوري. ولو كان معيار الأعمال الدستورية موفقا لدخلت أعمال مجلس المحاسبة والمجلس الأعلى للقضاء في دائرة الأعمال التي تخرج عن رقابة القاضي الإداري<sup>(1)</sup>.

من خلال ما سبق طرحه، يتضح أن الأعمال الدستورية تفتقر عن السلطة التقديرية من ناحيتين: أولا: من ناحية الحجية: أن القرارات التي يصدرها المجلس الدستوري في إطار مراقبته لصحة عمليات الانتخابات الرئاسية تكتسي حجية مطلقة<sup>(2)</sup>، بينما لا تكتسي القرارات الصادرة عن الإدارة بناء على سلطتها التقديرية مثل هذه الحجية، ذلك أن هذه القرارات كما سبق وأن أشرنا أعلاه لا تتدرج ضمن المهام الإدارية، وإنما ضمن النشاطات الدستورية.

ثانيا: من ناحية الرقابة القضائية: أن القاضي عندما يتأكد له أنه أمام عمل من الأعمال الدستورية، فليس له إلا أن يقضي بعدم اختصاصه أي كانت طلبات المدعي في دعواه. أي سواء تعلق الأمر بالإلغاء أو التعويض<sup>(3)</sup>. أما السلطة التقديرية فلا ينطبق عليها مثل هذا الوصف، لأن القاضي الفاصل في المادة الإدارية يمارس عليها رقابته<sup>(4)</sup>.

#### خامسا : تمييز السلطة التقديرية عن الظروف الاستثنائية

إذا كان على الإدارة واجب احترام القواعد القانونية عند قيامها بوظائفها، فإن هذه القواعد عادة ما تتناسب مع الظروف العادية فحسب. فإذا طرأت ظروف استثنائية كحالة حرب أو فتنة أو كارثة أو وباء، وجدت الإدارة نفسها مضطرة في سبيل القيام بواجباتها - في حفظ النظام العام وتسيير المرافق العامة - إلى مخالفة بعض هذه القواعد والخروج على مقتضى مبدأ المشروعية كما هو معروف في الظروف العادية. ولا تثريب عليها في ذلك من حيث المبدأ. إذ أن القاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" التي أكدت الشرعية الإسلامية تعد من القواعد المنطقية التي تمليها طبيعة الأمور<sup>(5)</sup>.

لمعالجة حالات الضرورة التي يمكن أن تواجهها الإدارة أقام مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية. ونظرا لأن غالبية فقهاء القانون الإداري يصنفون هذه النظرية ضمن استثناءات مبدأ المشروعية شأنها في ذلك شأن فكرة السلطة التقديرية. فقد ارتأينا أن نحدد المقصود بهذه النظرية ومضمونها، ومدى

<sup>1</sup> - مصطلح "الأعمال الدستورية" يفيد معنيين لدى عموم فقهاء القانون الدستوري: إما أن يكون العمل مطابقا لمقتضيات الدستور وإما مستمدا منه.

<sup>2</sup> - إن عدم تحديد الدستور لحجية قرارات المجلس الدستوري الصادرة عنه في إطار ممارسة اختصاص مراقبة مدى صحة العمليات الانتخابية، يدفع الباحث إلى استقصاء موقف المؤسس الدستوري الفرنسي من هذه النقطة. بحكم أن اختصاصات المجلس الدستوري الجزائري تماثل اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي الذي تعتبر قراراته في مجال مراقبة صحة العمليات الانتخابية نائية بحكم المادة 6 من دستور الجمهورية الرابعة.

<sup>3</sup> - نويري عبد العزيز، المقال السابق، ص 83.

<sup>4</sup> - وذلك ما سنعرض له بالتفصيل خلال الفصل الثاني.

<sup>5</sup> - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 47.

الرقابة القضائية عليها. حتى نقف على أوجه الاختلاف بينها وبين السلطة التقديرية، منعا للخلط بين المفهومين.

## 1- نشأة نظرية الظروف الاستثنائية

يكاد يجمع فقهاء القانون الإداري الفرنسي على أن نظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي<sup>(1)</sup>. الذي قام بإنشائها من أجل سد العجز في القوانين، لكي تتمكن الإدارة من مواجهة الظروف الصعبة التي تمر بها البلاد<sup>(2)</sup>.

فقد لاحظ مجلس الدولة الفرنسي أن النصوص القانونية التي وضعها المشرع لا يمكن تطبيقها إلا من خلال إتباع شروط وإجراءات معينة. وأن تلك الشروط والإجراءات قد تستغرق مدة زمنية في بعض الحالات؛ إذ أن ذلك سيحول دون التصرف السريع الذي تقتضيه مواجهة الظروف الصعبة. هذا بالإضافة إلى أن تلك القوانين مهما كانت دقيقة، فإنه ليس بإمكانها أن تلم بكل الظروف الاستثنائية التي تمر بها الدولة؛ لذلك اعتبر القاضي الإداري أن الإجراءات الاستثنائية التي قامت بها الإدارة خلال تلك الظروف تعد مشروعة حتى ولو خالفت القواعد القائمة. ومن هنا نشأت نظرية الظروف الاستثنائية<sup>(3)</sup>.

وقد أكد الأستاذ " Delaubadère " على هذه الخاصية؛ إذ اعتبر أن نظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية قضائية أنشأها مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الظروف الخطيرة التي مرت بها فرنسا خلال الحرب العالمية الأولى<sup>(4)</sup>. ومقتضى هذه النظرية اعتبار إجراءات البوليس الإداري غير المشروعة - نظرا لمخافتها للقوانين - بمثابة إجراءات مشروعة بسبب الظروف التي تمر بها الدولة. وذلك من أجل حماية النظام العام وضمان استمرارية خدمات المرفق العام خلال تلك الظروف<sup>(5)</sup>.

---

<sup>1</sup> - لكن الدكتور سامي جمال الدين يذهب إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية أو كما يسميها " نظرية الضرورة"، بدأت في الظهور في القانون العام في الفقه الألماني أولا، ثم تبعهم في ذلك الفقه الفرنسي. أنظر: سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 118.

<sup>2</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، 2008، ص 21.

<sup>3</sup> - Charles Debbach, droit administratif, 6ème édition, Economica, Paris, 2003, p 384.

<sup>4</sup> - لذلك كانت النظرية تطبق من قبل القاضي الفرنسي تحت ما عرف باسم " سلطات الحرب ". لتتبلور وتصبح فيما بعد نظرية الظروف الاستثنائية. ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف بالنظرية عند ظرف الحرب، بل سحب نظرية الظروف الاستثنائية إلى فترة الشدة التي أعقبت الحربين العالميتين. وطبقها أيضا في الأوقات الصعبة التي يتعرض لها المجتمع في فترة السلم. انظر في ذلك : ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد، ص 179 .

<sup>5</sup> - Delaubadère, Yves gaudement, traité de droit administratif, tome 1, Librairie général de droit de jurisprudence, 16 Emme édition, Paris, 1999, p 276.

## 2- تعريف نظرية الظروف الاستثنائية

إذا كان القضاء الفرنسي - كما رأينا - هو الذي قام بتأصيل نظرية الظروف الاستثنائية، إلا أنه لم يبق على الرغم من ذلك بوضع تعريف محدد لها أو لحالاتها أو بوضع معيار عام لها. والسبب في ذلك راجع إلى مرونة الفكرة؛ إذ يمكنها أن تستوعب صوراً كثيرة من الأزمات التي تمر بها الدولة<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فإنه أسوأ بنظيره الفرنسي لم يعرف نظرية الظروف الاستثنائية بل أشار - هو الآخر - إليها فقط. إذ اعتبرها من صنع القضاء. وقد كان ذلك في قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 20 جانفي 1967 في قضية بين الصندوق المركزي لإعادة تأمين التعاضديات الفلاحية (C. C. R . M . A) ووزارة الفلاحة والإصلاح الزراعي<sup>(2)</sup>. فقد أكد القاضي في إحدى حيثياته أن نظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية ذات مصدر قضائي<sup>(3)</sup>. وبالتالي فإن القاضي الجزائري يكون قد أقر بأن النظرية من صنع القضاء الفرنسي، على اعتبار أن هذه القضية جاءت مباشرة بعد الاستقلال، فإن القاضي الجزائري كان يقصد دون أن يشعر القاضي الفرنسي<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - مراد بدران، المرجع السابق، ص 26 .

<sup>2</sup> - انظر القرار التالي:

C . S 20 janvier 1967 C.C.R.M.A , Ministre de l' agriculture et de la réforme agraire R.A.J.A.  
Bouchahda (H) et Kheloufi (R), Recueil d'arrêts, jurisprudence administrative, OPU Alger,  
1985.

<sup>3</sup> - ولقد جاء في القرار ما يلي:

" Attendu que la théorie... des circonstances exceptionnelles (est une) création empirique de la jurisprudence... Attendu que la théorie des circonstances exceptionnelles n'a eu pour champ d'application que les décisions administratives prises notamment en temps de guerre, sans que les prescriptions de la loi eussent été respectées, la situation du moment empêchant de le faire. Attendu que cette constatation ne les soustrait d'ailleurs point au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, qu'elle permet seulement de couvrir des nullités que l'on viendrait à tirer de l'inobservation des règles prescrites pour leur validité dans les conditions normales."

<sup>4</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الصياغة التي كان يستعملها القاضي الجزائري بعد الاستقلال مباشرة تعد صياغة دالة وواضحة، كما تدل على تمتعه بثقافة قانونية واسعة. ولكن بعد ذلك وخاصة بعد الأزمة السياسية التي عرفتها الجزائر من خلال إلغاء الانتخابات التشريعية لسنة 1991 وحل الجبهة الإسلامية للإنقاذ، نجد بأن القرارات القضائية ترددت في استعمال مصطلح "الظروف الاستثنائية". حيث استعملت بعض القرارات عبارة " القوة القاهرة" لتبرير تلك المخالفات، على الرغم من أن الأمر لا يتعلق بالقوة القاهرة. انظر في ذلك: مراد بدران، المرجع السابق، ص 28 .

إذا كان القضاء قد امتنع عن وضع تعريف للظروف الاستثنائية ، فإن بعض الفقه قد حاول إعطاء تعريف لها وذلك من خلال محاولة الدخول في أعماق العبارة. فقد عرفها الأستاذ " ريفيرو " على أنها : "الأوضاع الفعلية التي تؤدي إلى نتيجتين : وقف العمل بالقواعد العادية اتجاه الإدارة، وذلك بتطبيق مشروعية خاصة اتجاه هذه القواعد، و يقوم القاضي بتحديد مقتضيات هذه المشروعية الخاصة" (1).

أما الأستاذ " Delaubadère "، فلقد اعتبر أن نظرية الظروف الاستثنائية تعد: " بناء قانونيا وضعه مجلس الدولة الفرنسي، و الذي بمقتضاه فإن بعض أعمال الإدارة التي تعتبر غير شرعية في الظروف العادية، يمكن أن تصبح أعمالا شرعية في بعض الظروف نظرا لأنها ضرورية لحماية النظام العام، وسير المرافق العامة" (2).

أما الأستاذان " Rivero " و " waline " فقد اعتبرا أن الظروف الاستثنائية هي عبارة عن " حالات مادية ذات أثر مزدوج، فهي تؤدي من جهة إلى توقيف سلطة القواعد العادية اتجاه الإدارة، كما أنها تؤدي من جهة أخرى إلى تطبيق شرعية خاصة يحدد القاضي متطلباتها على تلك الأعمال" (3).

في نفس السياق، عرفها الأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا كما يلي: " يقصد بعبارة الظروف الاستثنائية، والتي هي ذات مصدر قضائي، كل إخلال أو تشويش خطير للحياة الاجتماعية، وينتج عن ذلك على الخصوص أنه يستحيل على السلطات العامة احترام كل متطلبات الشرعية، فإذا كان الهدف من الشرعية هو ضمان النظام في المجتمع المدني، فإنه بإمكان الظروف المضطربة أن تبرر المساس بالشرعية بغية إعادة النظام الاجتماعي كما كان في السابق" (4).

إن الملاحظة التي يمكن إبدائها في هذا الصدد، تتمثل في أن المحاولات الفقهية السابقة بدلا من أن تقوم بإعطاء تعريف دقيق لنظرية الظروف الاستثنائية بطريقة موضوعية، فإنها ركزت على عناصر أو شروط الظروف الاستثنائية والمتمثلة في:- وجود أحداث حظيرة واستحالة أو صعوبة كبيرة في التصرف طبقا لقواعد الشرعية العادية، وضرورة التصرف بسرعة للحفاظ على مصلحة عامة مهددة بشكل كبير (5). وانطلاقا

---

<sup>1</sup>- " par circonstances exceptionnelles, on entend ... certaines situations de fait qui ont le double effet , de suspendre l'autorité des règles ordinaires à l'égard de l'administration et de déclencher l'application à ces actes d'une légalité particulière dont le juge définit les exigences." Voir : Jean Rivero, Jean Waline, droit administratif, 14 Emme édition, Dalloz, Paris, 1999 ,p 88

<sup>2</sup>- André Delaubadère, opcit, p 94.

<sup>3</sup>- Jean Rivero, Jean Waline, opcit, p 7.

<sup>4</sup>- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومه، 2006 ، ص 10.

<sup>5</sup>- مراد بدران، المرجع السابق، ص 33 .

من ذلك، فإن جانباً من الفقه قد ذهب إلى أنه لا يمكن إعطاء تعريف لفكرة الظروف الاستثنائية، اعتباراً من أنها فكرة غير واضحة، فهي تختلف من حالة إلى أخرى<sup>(1)</sup>.

### 3- أساليب تنظيم نظرية الظروف الاستثنائية في الجزائر

لقد اعترفت الدساتير لرؤساء الدول باتخاذ إجراءات لحماية الأرواح والممتلكات عند المساس بالجانب الأمني. فمن حق الرئيس تقرير الوضع غير العادي بإعلان حالة الحصار أو الطوارئ أو الحالة الاستثنائية أو حالة الحرب. بحيث تتخذ السلطة التنفيذية من التدابير ما يكفل استتباب الأمن داخل الدولة<sup>(2)</sup>.

من أهم صلاحيات رئيس الجمهورية الحفاظ على أمن الدولة بموجب سلطاته الدستورية في اتخاذ التدابير والإجراءات في مجال الضبط الإداري الوطني (البوليس الإداري). وبالرجوع إلى الدستور الجزائري، نجد أن لرئيس الجمهورية أن يتخذ في حالة تهديد الأمن والاستقرار الوطني التدابير المناسبة والإجراءات الكفيلة بدرء ذلك الخطر. وبالتالي الحفاظ على النظام العام<sup>(3)</sup>.

من أهم الوسائل القانونية لتحقيق ذلك، نجد السلطات القانونية المخولة لرئيس الجمهورية في إعلان حالة الحصار، حالة الطوارئ، الحالة الاستثنائية و حالة الحرب<sup>(4)</sup>.

---

<sup>1</sup> - هناك من الفقهاء من يخلط بين نظرية الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة رغم الاختلاف بينهما. فشرط هذه الأخيرة تعد أكثر تشدداً من شروط النظرية الأولى. لأن القضاء يتطلب في حالة القوة القاهرة استحالة مواجهة الخطر بالإجراءات العادية. أما في حالة الظروف الاستثنائية فإنه يكفي بوجود صعوبة كبيرة في إتباع قواعد الشرعية العادية. ومن جهة أخرى، فإن الواقعة المنشئة للقوة القاهرة يجب أن تكون مستقلة دائماً عن إرادة المتعاقد الذي يتمسك بها، في حين أن الظروف الاستثنائية من المتصور أن يكون للإدارة دخل في حدوثها. كأن تجتاح البلاد اضطرابات تهدد سلامتها نتيجة صدور بعض القرارات الاقتصادية. انظر في ذلك: تقيده عبد الرحمان، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 1980، ص 101.

<sup>2</sup> - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، جسر للنشر، 2007، ص 198.

<sup>3</sup> - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم، عنابة، 2004، ص 267.

<sup>4</sup> - بالنسبة لدستور 1963، فقد اكتفى بالنص في المادة 59 على السلطات المتعلقة بالاستثنائية فقط. حيث جاء فيها ما يلي: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية". أما دستور سنة 1976 فقد نص على عدة حالات في المواد من 119 إلى 123، والتي تميز بين الحالات التالية: حالة الطوارئ، حالة الحصار، الحالة الاستثنائية وحالة الحرب. أما دستور 1989 فقد أعاد تبني هذه الحالات في مواد من 86 إلى 91 التي تنص على هذه الظروف الاستثنائية، والتي تندرج خطورتها كما يلي: حالة الطوارئ، حالة الحصار، الحالة الاستثنائية وحالة الحرب. وقد احتفظ دستور 1996 في مواد من 91 إلى 96 بنفس الحالات. - انظر في ذلك: ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد، الجزائر، بدون تاريخ، ص 181.

## أ- حالة الحصار و حالة الطوارئ

لم يميز الدستور الجزائري في المادة 91 منه بين حالة الحصار وحالة الطوارئ. إذ لا نجد أي فرق بين الحالتين، ما دام أن الجهة المختصة بتقرير الحالتين واحدة. والشروط الموضوعية لتقرير الحالتين واحدة كذلك (الضرورة الملحة). وإجراءات ومدة الحالتين والجهة المختصة باتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة الحالتين تعد واحدة هي الأخرى. كما أن تمديد الحالتين يكون بنفس الطريقة<sup>(1)</sup>.

بالنسبة لحالة الحصار، فقد أعلنت ف الجزائر في 4 جوان 1991 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 196/91 الذي نظم حالة الحصار<sup>(2)</sup>. حيث خولت المادة 02 منه: " لرئيس الجمهورية أن يتخذ كافة الإجراءات القانونية والتنظيمية بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة، واستعادة النظام والتسيير العادي للمرافق العمومية". وبناء على ذلك فقد خولت السلطات العسكرية صلاحيات واسعة تتمثل فيما يأتي<sup>(3)</sup>:

- إمكانية إجراء تفتيشات ليلية ونهارية في المحال العمومية والخاصة وكذلك المساكن.

- منع إصدار المنشورات والاجتماعات والنداءات العمومية التي يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن.

- الأمر بتسليم الأسلحة والذخائر .

تتسم حالة الحصار بالشدة والصرامة، ويظهر ذلك في السلطات الموسعة التي تخول للسلطة العسكرية وما يترتب عنها من تقييد للحقوق والحريات.

---

<sup>1</sup> - و ذلك رغم اختلاف درجة الخطر في كل حالة عن الأخرى، حيث تتضمن حالة الطوارئ تقييدا أوسع للحريات العامة بهدف الحفاظ على النظام العام، من خلال تقييد حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والحرور والتحول والإضراب. بينما يتم نقل العديد من سلطات الهيئات والأجهزة المدنية إلى الهيئات العسكرية في حالة الحصار. انظر في ذلك : - صافي عبد الله، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2008، ص 119. ومحمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص 21 وعمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار جصور للنشر والتوزيع، 2007، ص 94 .

<sup>2</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 91 / 196 المؤرخ في 4 جوان 1991 المتضمن حالة الحصار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 29، المؤرخة في 12 جوان 1991 ، السنة 28 ، ص 1087.

<sup>3</sup> - انظر المادة 8 من المرسوم نفسه، ص 1088، و قد تم رفع حالة الحصار هذه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91 / 336 المؤرخ في 1991/09/22 المتضمن رفع حالة الحصار، الجريدة الرسمية المؤرخة في 25 سبتمبر 1991، العدد 44 ، السنة 28، ص 1684 .

أما بالنسبة لحالة الطوارئ، فقد شهدتها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، المؤرخ في 9 فبراير 1992<sup>(1)</sup>. الذي أعلنت فيه حالة الطوارئ لمدة 12 شهرا، غير أنه تم تمديد هذه المدة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 / 02 إلى أجل غير مسمى، حيث تنص المادة الأولى منه على: " تمدد حالة الطوارئ، المعلنه في المرسوم الرئاسي رقم 92 / 44 المؤرخ في 9 فبراير 1992 المذكور أعلاه"<sup>(2)</sup>.

أما من حيث الاختصاصات الموسعة للإدارة في حالة الطوارئ، فحسب المادة 60 من المرسوم الرئاسي رقم 92 / 44، فقد خولت هذه الحالة لوزير الداخلية والوالي، وفي إطار توجيهات الحكومة صلاحيات القيام بما يلي :

\*تنظيم و نقل المواد الغذائية و السلع ذات الضرورة الأولى و توزيعها .

\*وضع مناطق من أجل الإقامة المنظمة لغير المقيمين .

\*تحديد ومنع مرور الأشخاص و السيارات في أماكن و أوقات معينة .

\*وضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد اتضح أن النشاط الذي يقوم به مضر بالنظام العام.

\*منع أي شخص راشد من الإقامة لنفس العلة السابقة.

\*تسخير العمال في حالة الإضراب الغير شرعي لأداء مهامهم، سواء داخل المؤسسات العامة أو الخاصة.

بالرجوع إلى المادة 91 من الدستور نجدها قد أرجعت سبب إعلان الحالتين - الحصار والطوارئ- إلى قيام الضرورة الملحة بفعل حوادث ووقائع من شأنها تهديد أمن الدولة، والتي يعود تقرير مدى وجودها إلى السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية<sup>(3)</sup>. حيث جاء في المادة 91 من دستور 1996: "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ، أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى

---

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 44/92، المؤرخ في 9 فبراير 1992، المتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 10، المؤرخة في 9 فبراير 1992، ص 285.

<sup>2</sup> - المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 6 فبراير 1993، المتضمن تمديد حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 08، المؤرخة في 7 فبراير 1993، ص 05. و تجدر الإشارة إلى أن حالة الطوارئ قد تم رفعها بموجب الأمر 01/11 المؤرخ في 23 فبراير 2011، المتضمن رفع حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 12.

<sup>3</sup> - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، ص 21 .

الأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والوزير الأول ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع".<sup>(1)</sup>

نظرا للقيود التي ترد على الحريات العامة بفعل هاتين الحالتين، فإن الدستور جعلهما مؤقتين أي لمدة محددة تبيّن في المرسوم الرئاسي المعلن لكل منهما. كما لا يمكن تمديد أي منهما إلا بموافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه حماية لتلك الحريات. حيث جاء في المادة 91 فقرة الأخيرة " ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا " .

وقد نصت المادة 92 من الدستور على : " يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون

عضوي"<sup>(2)</sup>، وهو ما لم يتم إلى حد الآن، بالرغم من أهميته بالنسبة للحقوق في إطار ما يسمى ب: " المشروعية الخاصة "<sup>(3)</sup>.

---

<sup>1</sup> - إذا قارنا مضمون المادة 91 أعلاه والمادة 93 من الدستور المتعلقة بالحالة الاستثنائية، فإننا نجد بأن عبارة " يتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع" الواردة في المادة 91 واسعة جدا. فهي غير مقيدة بمحالات محددة لأنها تشمل أي تدبير لازم لاستتباب الوضع. وذلك بخلاف المادة 93 المتعلقة بالحالة الاستثنائية. فاختصاصات رئيس الجمهورية مقيدة، إذ تشمل فقط الإجراءات التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجزائر، دون أن تتعدى إلى غيرها من الإجراءات. لذلك ليس من الخطأ القول بأن السلطات التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في ظل نظام حالة الحصار والطوارئ أوسع بكثير من سلطاته في الحالة الاستثنائية. وذلك عكس المشرع الفرنسي الذي جعل سلطات رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية أوسع من حالتي الطوارئ والحصار، لأن السلطات الاستثنائية التي يتمتع بها في الحالة الاستثنائية بإمكانها أن تمتد لتشمل كل الإجراءات التي تتطلبها الحالة الاستثنائية. أما في حالتي الحصار والطوارئ فإن سلطاته الاستثنائية تقتصر على مجال البوليس الإداري فقط. أما في ظل الحالة الاستثنائية فإنها تتجاوز مجال البوليس الإداري. لمزيد من التفاصيل راجع: . مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 214 إلى 221 .

<sup>2</sup> - إن أهم ما يميز حالة الحصار وحالة الطوارئ عن الحالة الاستثنائية في فرنسا هو أن تنظيم حالة الحصار والطوارئ متروك للمجال التشريعي. أما الحالة الاستثنائية فتم تنظيمها بنص دستوري. ولا مجال لتدخل المشرع في تنظيمها. أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإننا نجد بأن المؤسس الدستوري الجزائري قام على خلاف المؤسس الدستوري الفرنسي . بتحديد الإجراءات الاستثنائية التي يجوز اتخاذها في حالة الحصار والطوارئ. وإذا تقيّدنا بهذه المادة، فإنه يمكن القول بأن المؤسس الدستوري الجزائري لم يترك أي مجال للمشرع فيما يتعلق بحالتي الحصار والطوارئ، مادام أنه نظم بنفسه كل شيء. سواء السلطة المختصة بتقرير الحالتين أو الإجراءات الواجبة الإتيان في ذلك أو مدة الحالتين وكيفية تمديدهما. والجهة المختصة باتخاذ الإجراءات الاستثنائية الواجبة لمواجهة الحالتين. لذلك يتساءل الدكتور "مراد بدران" عن جدوى وجود المادة 92 المذكورة أعلاه. ذلك أنه إذا كنا قد توصلنا لحد الآن بأن المؤسس الدستوري لم يترك أي مجال للمشرع في تنظيم حالة الطوارئ أو حالة الحصار. فإن هذه المادة الأخيرة لا يمكن أن تتماشى مع المادة 91 التي لم تترك أي مجال للسلطة التشريعية فيما يتعلق بحالتي الحصار والطوارئ. لذلك فهو يتساءل عن المسائل التي يستطيع أن ينظمها المشرع استنادا للمادة 92 من دستور 1996. انظر في ذلك: -مراد بدران، المرجع السابق، ص 220 و ما بعدها .

<sup>3</sup> - محمد الصغير بعلي، الوسيط في النزاعات الإدارية، المرجع السابق، ص 21 .

## ب- الحالة الاستثنائية<sup>(1)</sup>

إذا ما تزايد الخطر على أمن الدولة وأصبح النظام العام مهدداً، يلجأ رئيس الجمهورية إلى إعلان الحالة الاستثنائية<sup>(2)</sup>، طبقاً للقواعد والشروط الواردة خاصة بالمادة 93 الدستور والمتمثلة فيما يأتي :

\* يمكن إعلان الحالة الاستثنائية لدى وشوك قيام خطر داهم، والذي يكون من شأنه أن يهدد الدولة في هيئاتها أو استقلال أو سلامة ترابها. وهو الأمر الذي يرجع تحديده إلى رئيس الجمهورية بما له من سلطة تقديرية<sup>(3)</sup>.

\* لصحة إعلان الحالة الاستثنائية بموجب مرسوم رئاسي، يجب التقيد والالتزام بمجموعة من الإجراءات ضماناً للحريات العامة. وهو ما يتمثل في : استشارة كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري، الاستماع من خلال عقد اجتماع تحت رئاسة رئيس الجمهورية إلى كل من المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء بالإضافة إلى اجتماع البرلمان. أما بالنسبة للمدة فإنه خلافاً للحالتين السابقتين، فالأصل أن مدة الحالة الاستثنائية غير محددة بفترة معينة. ومع ذلك لرئيس الجمهورية إنهاؤها ورفعها بموجب مرسوم رئاسي مع اللجوء إلى الإجراءات نفسها المتبعة لدى إعلانها تطبيقاً لقاعدة توازي الأشكال<sup>(4)</sup>.

## ج- حالة الحرب

يستند إعلان حالة الحرب إلى وجود عدوان خارجي على البلاد سواء وقع فعلاً أو يوشك أن يقع. وذلك كله طبقاً لقواعد القانون الدولي الواردة أساساً في ميثاق الأمم المتحدة. وذلك وفقاً للمادة 95 من الدستور التي جاء فيها : " إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسب ما نصت عليه الترتيبات الملائمة بميثاق الأمم المتحدة ، يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء و الاستماع

<sup>1</sup> - إن نطاق الاختصاصات التي يمارسها رئيس الجمهورية خلال حالة الحصار وحالة الطوارئ تكون مشابحة للاختصاصات التي يمارسها خلال الحالة الاستثنائية. لذلك يطرح التساؤل حول جدوى إدراج المادة 93 في الدستور كحالة إضافية تتسع فيها سلطات البوليس الإداري، بحيث لا تقتصر على مجال البوليس بل قد تشمل مجالات أخرى. وهي الملاحظة التي أبدتها الأستاذ "احمد محيو" عندما كان يتحدث عن تلك الحالة التي أشار إليها دستور 1976 حيث يقول : "وفي الحقيقة، فإننا لا نرى في ظل غياب نص تطبيقي يحدد هذه الإجراءات الاستثنائية بالضبط، ما هو الفرق الموجود بين الحالة الاستثنائية وحالة الطوارئ أو حالة الحصار، ويقدر ما يتعلق الأمر بتقييد الحريات العامة والحقوق الأساسية، فإن حالتنا الطوارئ و الحصار تسمح بالوصول إلى هذا الهدف، إن إدخال درجة ثالثة من الخطورة لا تبدو لازمة ... ". انظر في ذلك : -احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 535 .

<sup>2</sup> - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2006، ص 05 .

<sup>3</sup> - لقد عرفت الجزائر الحالة الاستثنائية ابتداء من 3 أكتوبر 1963، والتي نتج عنها تطبيق المادة 59 من دستور 1963. انظر في ذلك: ناصر لباد،

المرجع السابق، ص 181 .

<sup>4</sup> - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص 23.

إلى المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، و يجتمع البرلمان و جوبا ويوجه رئيس الجمهورية خطاب للأمة يعلمها بذلك " . ووفقا للمادة 96 فإن إعلان حالة الحرب يؤدي إلى ترتيب النتائج الآتية: توقيف العمل بالدستور، وتولي رئيس الجمهورية جميع السلطات، وتمديد العهدة الرئاسية إلى غاية نهاية الحرب .

ومقتضى كل هذه الآثار والنتائج المترتبة على حالة الحرب هو تخويل رئيس الجمهورية السلطات والاختصاصات التي تمكنه من اتخاذ جميع التدابير الكفيلة باستتباب الأمن، والحفاظ على كيان الدولة وسلامتها.

#### 4- أوجه الاختلاف بين الظروف الاستثنائية و السلطة التقديرية

بعد إعطائنا لمحة موجزة عن مضمون نظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الجزائر، يتضح لنا بأن نظرية السلطة التقديرية تتفق مع نظرية الظروف الاستثنائية في أن كلا منهما يتضمن توسيعا لدائرة الاختصاصات الممنوحة للإدارة. كما أن الإدارة تظل في الحالتين خاضعة لرقابة القضاء إن إلغاء أو تعويضا. حيث "يختص القضاء الإداري بفحص مشروعية العمل الإداري، بغض النظر عما إذا كان هذا العمل يتمتع بقوة العادية أم بقوة استثنائية خاصة، لأن هذه الاستثنائية ليس لها أدنى تأثير على خضوع العمل للرقابة القضائية أو عدم خضوعه له"<sup>(1)</sup>.

مع ذلك فإن هناك بعض الفروق الهامة بين النظريتين تتمثل فيما يأتي:

أ- إن الاختصاصات الممنوحة للإدارة بمقتضى نظرية الظروف الاستثنائية تعد أوسع مدى من الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة بناء على نظرية السلطة التقديرية. فالإدارة في الحالة الأولى لها أن تخرج عن القواعد القانونية العادية، وبالتالي اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تتطلبها مواجهة الأزمة التي تتعرض لها. أما في حالة السلطة التقديرية فإن الإدارة تبقى تتصرف في حدود الشرعية العادية، حتى ولو كان لها حرية التصرف في نطاق تلك الشرعية<sup>(2)</sup>.

ب- إن الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية مرهونة ببقاء واستمرار هذه الظروف، لذا فإن اختصاصات الإدارة هنا تكون مؤقتة<sup>(3)</sup>. أما الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة في ظل نظرية السلطة التقديرية فإنها لا تتوقف على فترة زمنية محددة لأنها لا ترتبط بظروف خاصة، فمن حق الإدارة ممارستها في ظل الظروف العادية أو في ظل الظروف الاستثنائية .

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 131.

<sup>2</sup> - مراد بدران، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - عدنان عمرو، مبدأ المشروعية-دراسة مقارنة-، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 75.

ج- إذا كان القضاء يسمح للإدارة بمخالفة القواعد القانونية في ظل الظروف الاستثنائية، فإن ذلك مشروط بوجود أزمة تهدد الإدارة وتعذر أو يصعب مواجهتها بواسطة القوانين العادية<sup>(1)</sup>. أما الاختصاصات التقديرية التي تمارسها الإدارة، فإن القضاء لا يشترط مثل تلك الشروط لأن الإدارة تكون فيها حرة في تقدير ملاءمة التصرفات التي تقوم بها .

---

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 74.

## المطلب الثاني

### أساس السلطة التقديرية للإدارة ومبرراتها

انتهينا فيما سبق إلى أن السلطة التقديرية للإدارة هي وسيلة لتطبيق القانون والالتزام بمبدأ المشروعية.<sup>(1)</sup> فعندما يباشر رجل الإدارة سلطته التقديرية في تطبيق القانون، فإنه لا يستمد هذه السلطة من ذاته، لكنه يستمدّها من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها<sup>(2)</sup>. فالسلطة التقديرية تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية وتباشر في حدود هذه القاعدة، وبالتالي فإن مباشرة هذه السلطة تخضع دائماً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون.<sup>(3)</sup>

إن السلطة التقديرية أمر يتصل بتطبيق القانون<sup>(4)</sup>، ومن ثم فإنها ترجع بالدرجة الأولى إلى موقف المشرع عند سن القواعد القانونية. فقد يتولى صياغتها في صورة جامدة بحيث لا يملك أحد سلطة تقديرية في تطبيقها. وقد يصيغها في صورة مرنة، حيث ينطبق على الحالات الخاصة وفقاً للسلطة التقديرية لمن يتولى هذا التطبيق سواء كان قاضياً أم رجل إدارة أم أحد الأفراد العاديين المخاطبين بأحكام هذه القواعد القانونية<sup>(5)</sup>.

من هنا يطرح التساؤل حول أساس السلطة التقديرية ومبرراتها:

## الفرع الأول

### أساس السلطة التقديرية

إن الاعتراف بالسلطة التقديرية كسلطة قانونية يستلزم تحديد الأساس القانوني لهذه السلطة. وكثيراً ما يحدث الخلط بين الأساس والمعيار، لكن الأساس هو الإجابة على التساؤل: ما هو مصدر الفكرة؟ أما المعيار فهو مضمون السؤال "كيف توجد السلطة التقديرية؟"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - لذلك لا يصح القول بأن السلطة التقديرية هي استثناء يرد على مبدأ المشروعية لموازنته أو للتخفيف من آثاره. انظر في ذلك: سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> - العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدول الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، 2006، ص 117.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة، القاهرة، 1992، ص 80.

<sup>4</sup> - ذلك أنه في الأعمال التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية يكون المشرع هو من اعترف للإدارة بقدر من الحرية في التصرف، و إلا لما أطلقنا على العمل الإداري أنه صدر بعنوان السلطة التقديرية.

<sup>5</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 212.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 64.

وقد ظهر أثر الخلط في النظريات التي عرضت لتأصيل أساس السلطة<sup>(1)</sup>. مع ذلك يمكن تقسيم هذه الاتجاهات إلى نوعين: أحدهما يصدر أساسا عن علاقة القانون بالمعنى الواسع بالسلطة التنفيذية، وثانيهما يلجأ إلى بحث ذي ملامح تاريخية. والاتجاه الأول يسلك منهجا سلبيا يبحث ما يترك للسلطة التقديرية. أما الآخر فسمته الإيجاب لأنه يتابع وجود السلطة التقديرية الذاتي والمستقل. وناقش كلا منهما فيما يأتي:

### أولا : النظرية السلبية

تبحث هذه النظرية المجال الذي تتركه القيود والقواعد القانونية لحرية الإدارة. وقد تبنى هذه الواجهة من النظر كثير من فقهاء القانون العام. فهناك فكرة التدرج عاصرتها وورثتها نظرية الحق الشخصي، وأخيرا فكرة عدم التحديد من جانب القانون<sup>(2)</sup>.

### 1- نظرية تدرج القوانين

هي فكرة ترجع في الأساس إلى نظرية الفقيه النمساوي " كيلسن ". وتعني هذه الفكرة أن القواعد القانونية في المجتمع إنما تتدرج فيما بينها في مراتب مختلفة. حيث تقيد القاعدة الأعلى القاعدة الأدنى منها درجة، وهذه الأخيرة تتضمن تخصيصا للقاعدة الأولى. وبمعنى آخر أن كل قاعدة قانونية في التدرج القانوني بالدولة تتخذ لها صفتين :

فهي قاعدة منفذة ومخصصة للقاعدة الأعلى منها درجة من ناحية، ومنشئة في ذات الوقت للقاعدة الأدنى منها درجة من ناحية أخرى<sup>(3)</sup>. وهذا الإنشاء يبدو كضرورة، فالقاعدة الأعلى - وهي مجردة - لا يمكن أن تحدد كل العناصر المادية التي تدخل في مجال تنفيذها تحديدا كاملا. ومن هنا يظهر دور السلطة التنفيذية في نمو القانون<sup>(4)</sup>.

إن هذا الرأي لا يمكن فهمه إلا على ضوء الأفكار التي تقوم عليها المدرسة النمساوية. فهذه المدرسة ترى أن كل عمل قانوني يتضمن تخصيصا لقاعدة أعلى وتقييدا لقاعدة أدنى. وبمعنى آخر، ترى هذه المدرسة أن كل القواعد القانونية ترجع إلى أصل واحد يطلقون عليه (Norme) هذا الأصل العام لا يمكن تطبيقه إلا بإضافة عناصر جديدة إليه لمواجهة الحالات الفردية<sup>(5)</sup>. فالأصل العام في المساواة مثلا، يخصص إلى حد ما بالقواعد الواردة في الدساتير كذلك التي تقرر مساواة المواطنين أمام الوظائف العامة، ثم

<sup>1</sup> - كما أن الخلط يقوم أيضا بين الأساس و المجال و المبررات. والواقع أنه يتعين الإشارة إلى أن مبررات السلطة التقديرية هي إجابة عن السؤال: لماذا وجدت؟، أما الأساس: فكيف و جدت؟، وعن المعيار فكيف ستوجد؟، وعن المجال: أين توجد في عناصر القرار الإداري.

<sup>2</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 39.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 50 .

<sup>4</sup> - رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية سنة 1996، ص 46 .

<sup>5</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 52 .

يتدخل المشرع فيزيد من هذا التخصيص، إذ يصدر قانونا عاما يوضح فيه القواعد التفصيلية لأحكام الوظيفة العامة. ثم يزيد التخصيص إلى درجة أكبر حين تصدر السلطة التنفيذية لائحة تنفيذية تتضمن التفاصيل الجزئية والشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام التي يتضمنها كل من قانون التوظيف، والدستور. وأخيرا يصل التخصيص إلى نهايته، بحيث تستنفذ القاعدة القانونية أغراضها بصدور قرار إداري بتعيين أحد المواطنين في وظيفة عامة، وقيامه بمهام منصبه<sup>(1)</sup>.

واضح من التدرج السابق أن القاعدة القانونية العليا تقيد الدنيا، ولكنها في نفس الوقت مقيدة بالقاعدة التي تعلوها، حتى نجد في القمة الأصل العام، وفي نهاية السلم القرار التنفيذي<sup>(2)</sup>. وتدخل السلطة التنفيذية لتخصيص القاعدة القانونية لا يكون إلا بإضافة قيود جديدة إلى القاعدة العليا وإلا كان التخصيص وهميا<sup>(3)</sup>. وهذه الحرية ليست إلا السلطة التقديرية للإدارة. لكن هذا التخصيص لا يصدر عن حرية مطلقة بل عن حرية مقيدة، لأن كل قاعدة دنيا يجب أن يتم تخصيصها في نطاق القاعدة العليا حتى نصل إلى الأصل العام الذي يقيد جميع تصرفات السلطة العامة في الدولة. هكذا يكون التقييد والتقدير متلازمين بحيث لا يمكن الفصل بينهما<sup>(4)</sup>.

لا شك أن الأفكار التي جاءت بها هذه المدرسة تحتوي على جانب من الصحة، من حيث تدرج القواعد القانونية. غير أن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تضيق من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص ووضع العناصر الجديدة. في حين أنه قد تتحقق كذلك حالة الاختيار بين قرارين أو أكثر، أو الامتناع عن اتخاذ القرار أو اختيار الوقت المناسب للاتخاذ. وفي هذه الحالات جميعا لا توجد أية إضافة لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى<sup>(5)</sup>. كما أن طبيعة السلطة التقديرية تختلف تماما عن طبيعة القاعدة القانونية<sup>(6)</sup>. ضف إلى ذلك أن القضاء وحده هو المسلم له بهذا الاختصاص سواء عن طريق التفسير أو تقييد القاعدة المجردة، وذلك لما تتميز به قراراته من قوة وإلزام<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 52 .

<sup>2</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 39.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين الشمس، القاهرة، ص 50 وما بعدها.

<sup>4</sup> - لقد استقر الأمر فقها وقضاء على أن تدرج القواعد القانونية المدونة فيما بينها، بحيث تحتل قمتها القواعد الدستورية وتليها القواعد التشريعية وأخيرا القواعد اللائحية. أما بصدد القواعد القانونية غير المدونة، فإن الخلاف الفقهي بشأن مرتبتها مازال قائما. والسائد فقها وقضاء أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بمرتبة القواعد التشريعية، أي القانون الذي يقره البرلمان. في حين أن العرف يتمتع بصفة عامة بمرتبة أدنى من القانون. لمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية أنظر: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 70.

<sup>5</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 47 و 48.

<sup>6</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 37 و 38 .

<sup>7</sup> - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 65.

وعليه فإن هذه النظرية تشير إلى وجود السلطة التقديرية وتؤكد لها، لكن دون أن تبين أساس منحها. فتدرج القواعد لا يخدم البحث في أساس السلطة التقديرية قدر ما يخدم تبرير قيام هذه السلطة<sup>(1)</sup>. وبهذا لا تصلح مثل هذه الفكرة لبيان الأساس القانوني للسلطة التقديرية<sup>(2)</sup>.

## 2- نظرية الحق الشخصي

من المؤكد أن الاختصاص المقيد يشكل الضمان الأساسي لحقوق الأفراد، ومن هنا نشأت نظرية الحق الشخصي في رحابه. فحقوق الناس وحررياتهم مناط قيام التقييد التشريعي والقضائي. وهو ما يبرر القول برقابة الملاءمة في مجال الضبط الإداري<sup>(3)</sup>.

من أقدم الآراء التي قيل بها في هذا الصدد، أن الإدارة تتمتع باختصاص تقديري في الحالات التي لا تواجه فيها حقا شخصيا<sup>(4)</sup> لأن منطوق قيام الحقوق الشخصية يقضي ألا يسمح للإدارة بأن تمسها إلا في أضيق الحدود. مما يستلزم أن تكون سلطات الإدارة مقيدة بالضرورة<sup>(5)</sup>.

لقد اعتقد بعض الفقهاء أن أساس الاختصاص المقيد يرجع إلى وجود الحق الشخصي للفرد. وقد عرض لهذه النظرية "هوريو" الذي يعتبر الحق الشخصي بأنه مصلحة مضمونة اجتماعيا بوسيلة قانونية في مكنة صاحب الحق وهي الدعوى القضائية. والقضاء الكامل ليس الوسيلة الوحيدة، بل إن الطعن يتجاوز السلطة وسيلة أخرى لحمايته. وحيث يبدأ الحق الفردي تقف السلطة التقديرية للإدارة. وعلى العكس عندما لا يجوز الشخص إلا مصلحة بسيطة، فالإدارة تحوز سلطة التقديرية<sup>(6)</sup>.

أما بالنسبة "لبونار" فإن الحق الشخصي هو علاقة بين شخص وآخر يستطيع الدائن فيها إلزام المدين بعمل شيء أو الامتناع عنه. وهذا الالتزام قد ينشأ عن نص قانوني أو لائحي أو عمل فردي. ولا يكفي عند "بونار" وجود الحق، بل أن يكون في مكنة صاحبه إلزام الآخر بالتنفيذ. وطبقا لهذا التصور قد توجد حالات تكون السلطة فيها مقيدة، ولكن الشخص لا يستطيع حمل الإدارة على احترام الحق، حيث لا مصلحة لأحد في هذا الاحترام<sup>(7)</sup>.

يذكر "Giraud" أن السلطة التقديرية لا تخفي أمام الحقوق الشخصية فقط بل أنها تتسحب أمام كل قاعدة قانونية موضوعية تستهدف مصلحة عامة. وأساس ذلك أنه في حالة وجود الحقوق الشخصية -وهي

<sup>1</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق ص 48

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 40.

<sup>4</sup> - يعرف "بونار" الحق الشخصي بأنه "قدرة الشخص على المطالبة بشيء له فيه مصلحة على أساس من قاعدة قانونية موضوعية، عن طريق الدعوى القضائية، أما مضمون هذا الحق المطالب به فينبغي أن يكون محددًا مباشرة إما بالقانون الموضوعي أو القانون الفردي". أنظر في ذلك: - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 41.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 48.

<sup>6</sup> - René Chapus, droit du contentieux administratif, 9ème édition, Montchrestien, 2001, p 234.

<sup>7</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 41.

تلك المزايا والمنافع التي يمكن ضمان احترامها وحمايتها بالدعوى القضائية<sup>(1)</sup> يستطيع الأفراد مطالبة الإدارة بعمل ما أو الامتناع عن هذا العمل بوصفه التزاما يقع على عاتقها. ومن ثم يصبح اختصاص الإدارة هنا اختصاصا مقيدا، أما في حالة عدم وجود حقوق شخصية فإنه لا يمكن لهؤلاء الأفراد إلزام الإدارة بعمل ما أو الامتناع عنه. أو أنه لا يمكنهم مخاصمة الإدارة أمام القضاء لانتهاء الالتزام أو الرابطة القانونية بطبيعة الحال بينهم وبين الإدارة. ومعنى ذلك أن هذه الأخيرة تستطيع أن تباشر اختصاصاتها بحرية تامة، ومن ثم يوصف الاختصاص بأنه اختصاص تقديري<sup>(2)</sup>.

وعليه يمكن تصور قيام السلطة التقديرية في حالة غياب الحقوق الشخصية، غير أن "سيرود" يرى أن السلطة التقديرية لا تختفي أمام الحقوق الشخصية فقط، بل إنها تتسحب أمام كل قاعدة قانونية موضوعية تستهدف مصلحة عامة<sup>(3)</sup>.

إن قدرة الأفراد إذن على المطالبة بطريق الدعوى القضائية - التي لا تثبت إلا إذا كانت لهم حقوق اتجاه الإدارة - هي التي تميز السلطة المقيدة للإدارة عن السلطة التقديرية التي تتعدى في خصوصها هذه القدرة<sup>(4)</sup>.

لقد تعرضت هذه النظرية للنقد في معظم جوانبها، ومن ذلك أن الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد، وبالتالي توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق هو ربط غير حتمي أو واقعي. فالإدارة تتمتع بسلطة وضع القيود حتى في مواجهة بعض الحقوق الشخصية، مثل منع أصحاب العقارات من البناء في أملاكهم إلا بترخيص، وإن كانت تهدف دائما إلى الصالح العام<sup>(5)</sup>.

كما يؤخذ على هذه النظرية أنها تعني مجال السلطة التقديرية لا أساسها، فهي تحدد الحق الشخصي عن طريق علاقته بالاختصاص الإداري، حيث يكون الاختصاص مقيدا عند تواجد الحق الشخصي، في حين توجد العديد من حالات الاختصاص المقيد لا تجد مصدرها في الحقوق الشخصية. كحالة اختصاص الإدارة المقيد بإدراج اسم كل مواطن تتوفر فيه شروط الناخب ضمن قوائم الناخبين. كما أن النصوص التشريعية التي ترد عامة فيما يتعلق بالحقوق والحريات الفردية في مجال الضبط الإداري وفي مجال تنظيم الحياة الاقتصادية، يبدو عليها أن المشرع يخول الإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، واضعا في اعتباره المصلحة الجماعية والعامة للمنطقة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن الاختصاص المقيد يكون

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 41.

<sup>2</sup> - رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة

العربية، 1996، ص 48 .

<sup>3</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 42.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 48 .

<sup>5</sup> - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 66 و 67 .

أيضا مع قيام المصلحة دون الحق. وهذا ما يفسره قبول الطعن بتجاوز السلطة اكتفاء بقيام هذه المصلحة.<sup>(1)</sup> ما يعيب هذا الرأي أيضا صعوبة تحديد الحقوق بطريق مباشر أو غير مباشر، كما أن للإدارة الحق في وضع القيود المختلفة حتى في مواجهة بعض الحقوق الشخصية.<sup>(2)</sup>

وعليه يتضح لنا عدم إمكانية اتخاذها أساسا كافيا لتفسير السند القانوني للسلطة التقديرية المعترف بها للإدارة وهي تباشر مختلف أوجه نشاطها. وإن كانت هذه النظرية قد أثرت بشكل كبير على القضاء فيما يتعلق بتحديد نطاق السلطة التقديرية للإدارة.<sup>(3)</sup>

### 3- نظرية التحديد القانوني

يذهب هذا الرأي إلى تأسيس السلطة التقديرية عن طريق علاقتها بالقواعد القانونية. وقد عرض لهذه الفكرة "موريس هوريو" عند نقده لنظرية "كيلسن" في التدرج. حيث ذهب إلى أن النظام القانوني لا يقتصر على القواعد القانونية بل أنه يشمل الأشخاص القانونية أيضا. والسلطة التقديرية ليست إلا أحد مظاهر العلاقة بين القواعد القانونية والأشخاص القانونية. والأشخاص القانونية تخضع للقواعد القانونية كحدود خارجية تقيد من حرية واستقلال الشخص القانوني. فالحرية التي يفقدها رجل الإدارة نتيجة خضوعه للقواعد القانونية سرعان ما يستعيدها عندما تختفي هذه القيود (القواعد القانونية)<sup>(4)</sup>.

تبعاً لذلك ذهب الفقيه الإنجليزي "Dicey" إلى أن سيادة القانون لا تتحقق إلا بتضييق السلطة التقديرية. بحيث لا يمارس أي شخص تصرفا نيابة عن سلطة الدولة إلا بالاستناد إلى قاعدة قانونية معروفة، على نحو ما ترخص له القيام بهذا التصرف<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 47.

<sup>2</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 42.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 48.

<sup>4</sup> - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 127.

<sup>5</sup> - تقوم آراء "دايسي" على فكرة أن القاعدة القانونية التي تعني سيادة القانون على نحو يحول دون تحويل الحكومة أي سلطة تكميلية أو امتياز أو تقدير مطلق. ويذهب "دايسي" إلى تعريف سيادة القانون تعريفا يرتكز على ثلاثة أمور أساسية هي: التمسك بالتزام حدود القانون الصادر من البرلمان، وتأكيد الوضع المتميز للحريات الإنجليزية بوصفها متولدة عن الشريعة العامة. وأخيرا إنكار السلطة التقديرية وتأكيد رقابة القضاء في مقابلتها. ويعد هذا العنصر الأخير أهم ما يميز نظرية "دايسي" ولسيادة القانون في رأي "دايسي" عدة واجهات متميزة أهمها:

(أ) أن الأفراد لا يجوز معاقبتهم أو فرض أي قانون يؤذيهم في أبدانهم وأموالهم إلا بسبب انتهاك متميز لقانون يكون قد شرع بالطريقة القانونية العادية، وأن تتقرر المخالفة أمام المحاكم العادية للدولة، ومن ثم فإن سيادة القانون تعارض كل نظام سياسي مؤسس على ممارسة الأشخاص الذين في الحكم سلطات من القهر واسعة وتكميلية و تقديرية.

(ب) أن كل شخص يخضع للقانون العادي للدولة، وكل تصرف يكون محل مساءلة يدخل في ولاية المحاكم العادية وحدها...ولهذا فإن الصفة العامة لشخص المعتدي لا تحميه كغفد.

ويرى "دايسي" أن القانون يتميز تماما عن الإدارة، فالقانون هو مجموعة قواعد خاصة تطبقها المحكمة العادية. في حين أن الإدارة تعني السلطة التقديرية والتحكم الوظيفي. لذا عرف "دايسي" سيادة القانون بأنها "السمو المطلق بالمقابلة لتأثير السلطة المتحكمة. وهي تستبعد لذلك وجود التحكم أو الامتياز أو حتى السلطة التقديرية الواسعة من جانب الحكومة". لمزيد من التفاصيل راجع: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 12.

مأخذ هذه الفكرة أنها تخط بين التاريخ والموضوع. فبحث أساس السلطة التقديرية سابق لبحث القاعدة وعلاقتها بالتقدير. كما أن العلاقة بين القواعد والأشخاص القانونية لا تنال من الوضع الواقعي الذي يكون فيه رجل الإدارة وحرية تقديره لبعض النواحي المادية. إذ أن هذه النظرية تقتصر فائدتها على تحديد مجال التقدير أو معيار قيامه، لا على بيان أساس السلطة التقديرية<sup>(1)</sup>.

كما ينتقد هذا الرأي بأنه "متطرف"، ويصل إلى تقييد تصرفات الإدارة إلى حد بعيد. إذ يجعل منها مجرد أداة لتطبيق القانون. وهو بذلك يسلبها القدرة على الابتكار ويجردها من عنصر الاستقلال في مباشرة بعض التصرفات على الأقل. كما أن هذا الرأي يؤدي إلى توسيع مدلول مبدأ المشروعية على حساب ضغط سلطة الإدارة وتقييد دائرة حريتها في التصرف، بل يصل إلى شل هذه الحرية<sup>(2)</sup>.

لذلك ذهب البعض إلى عكس هذا الرأي، بالقول أن الخضوع للقانون "لا يحجب ما تتمتع به الهيئات العامة من سلطة التقدير الحر لكثير من تصرفاتها، حتى تتمكن من حسن أدائها وظائفها وحتى لا ينقلب نشاطها آلياً يعطل سير المرافق العامة ويصم القانون بالجمود والتخلف"<sup>(3)</sup>.

### ثانياً : النظرية الإيجابية: فكرة المشروع

تقوم هذه الفكرة على أساس أن الإدارة بما تباشره من أنشطة متعددة لا تختلف عن مشاريع الأفراد الخاصة. بمعنى أن الإدارة العامة بهيئاتها المختلفة عبارة عن مشروع يشبه إلى حد كبير المشروعات الخاصة للأفراد. وطالما أن هؤلاء الأفراد يتمتعون عند إدارتهم لتلك المشروعات بسلطة تقديرية فإنه يجب الاعتراف كذلك للإدارة بتمثل هذه السلطة<sup>(4)</sup>. وفكرة المشروع إذن هي العامل الذي يجسد نشاط كل من الإدارة والأفراد، ومن ثم فهي أساس تمتع كل منهم بقدر من حرية التصرف عند إدارته النشاط الخاص به<sup>(5)</sup>.

وهكذا تتبلور الإجابة عن التساؤل المطروح عن سبب تخلي القواعد القانونية عن تحديد النشاط الإداري أحياناً. وبمعنى آخر سبب تمتع الإدارة بالاستقلال وحرية التقدير في ممارسة النشاط الإداري، وبالتالي سلطات الإدارة بوصفها المدير المسؤول أو الرئيس لهذا المشروع. فالسلطة التقديرية أمر يرتبط بطبيعة المشروع، بحيث يتعين النظر إلى النشاط الإداري بوصفه من المشروعات<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 16.

<sup>2</sup> - محمد كامل ليله، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1968، ص 19.

<sup>3</sup> - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة، 1963، ص 16.

<sup>4</sup> - أكثر ما يتمثل المشروع الخاص في الشركات القانونية. فعلى رأس الشخص المعنوي الخاص يوجد الرئيس الممارس للسلطة يدير المشروع ويملك سلطة الإدارة وتوقيع الجزاء. والسلطة التي يمتلكها مدير المشروع توازيها فكرة المسؤولية و يجدها سوء استعمال الحق. والمدير الذي يتحمل أعباء المشروع ومسؤولياته يتعين أن يتوفر له حرية تنظيمه حتى يتسنى له تحقيق أغراض المشروع وغاياته. أنظر في ذلك: نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 45.

<sup>5</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 57 و 58.

<sup>6</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 69.

إن فكرة المشروع إذن هي العامل المشترك الذي يجسد نشاط كل من الإدارة والأفراد. ومن ثم فهي أساس تمتع كل منهم بقدر من حرية التصرف عند إدارته النشاط الخاص به. ويوضح العميد "هوريو" هذه الفكرة فيقول: "... إن كل فرد في ظل القانون الخاص يعتبر كرؤساء المشاريع، ليس فقط فيما يتعلق بنشاطه التجاري والصناعي، ولكن فيما يتعلق بكل جوانب حياته الأخرى... إن الهيئات الإدارية كالأفراد هم بمثابة رؤساء مشروع، ولهم لهذا السبب أن يقيدوا أنفسهم تقييدا ذاتيا، كما لهم أن يقدروا ملاءمة أعمالهم، بل إن صفة رؤساء المشروع تظهر في الهيئات الإدارية بشكل أكبر مما تظهر عليه بالنسبة للأفراد، ذلك لأن الهيئات الإدارية كمؤسسات تعمل لمصلحة الأفراد والدولة إنما في حقيقتها مشروع كبير للنظام العام و المنفعة العامة..."<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن الإدارة تقوم بتسيير مشروع كبير يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، من خلال إقامة النظام العام وتوفير المنفعة العامة. وفي سبيل ذلك تملك الإدارة تقييد نشاطها ذاتيا. كما تملك كذلك تقدير ملاءمة نشاطها وأعمالها. ومن ثم تمثل صفة المشروع للنشاط الإداري مصدر السلطة التقديرية وأساسها، بحيث يتميز المشروع لقيامه مستندا على تجمع إنساني منظم يديره مسؤول عن تحقيق غاية محددة. ويملك سلطة توجيه نشاط هذا التجمع نحو الغرض المنشود<sup>(2)</sup>.

كما أن المرفق العام عند " ريفيرو" يتضمن العناصر الأساسية للمشروع. فهو يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهي الباعث في أوجه نشاطه لتلبية الحاجات الحيوية. ومن هنا تقوم العلاقة بين المسؤولية والسلطة فحيث توجد المسؤولية توجد السلطة التقديرية<sup>(3)</sup>. فالمرفق يكون وحدة مستقلة، وتعليمات الرئيس هي قواعد القانون الداخلي لهذه الوحدة التي تحكم الإدارة الداخلية وموظفي المرفق<sup>(4)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن الإدارة وهي تدير مرافقها لا تكون مقيدة فقط بالتشريع، بل وبالتوجيهات المستمدة من فكرة المشروع كذلك. فبينما يكون كل شخص في ظل القانون الخاص أسير فرديته، بحيث يملك تحديد صفة مشروعه لتحقيق غاياته الخاصة. فإن الهيئات الإدارية -وعلى العكس من ذلك- تخضع لفكرة واحدة وغاية محددة هي المصلحة العامة<sup>(5)</sup>.

يرى أغلب الفقهاء أن هذا الاتجاه هو الأقرب للصحة وذلك بالنظر إلى السلطة الإدارية، وخاصة من الناحية الموضوعية. إذ يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتبارها من المشروعات<sup>(6)</sup>. وهو أمر من

1 - المرجع نفسه، ص 69.

2 - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 46.

3 - بيزي لوران (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، لويس رولان المنظر المنسي للمرفق العام، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الرابع، الجزائرية للكتاب، 2006، ص 855.

4 - المقال نفسه ص 863.

5 - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 46.

6 - يستدل "فينيزيا" على ذلك من خلال دراسته للقواعد الدستورية وتفسير قضاء مجلس الدولة الفرنسي لها، بالفقرة الأولى من المادة 47 من دستور 1946 تنص على: " أن رئيس مجلس الوزراء يضمن تنفيذ القوانين". فهذا النص يمنح رئيس السلطة التنفيذية سلطة ضمان النظام وحسن سيره وإدارة المرافق

السهل التسليم به بصدد الموافق العامة. كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط الإداري باعتباره كذلك من المشروعات، قصد تحقيق أهداف تتدرج في إطار المصلحة العامة، مثلها في ذلك مثل سائر أوجه النشاط الفردي مع اختلاف الغاية والمقاصد<sup>(1)</sup>.

رغم الاختلاف بين المشروع الخاص الذي يسعى أساسا لتحقيق الربح والمشروع العام الذي لا يهدف سوى إلى تحقيق النفع أو الصالح العام. إلا أن الدكتور "رمضان محمد بطيخ" يرى بأن فكرة المشروع تعد من أنجح الأفكار التي تفسر الأساس القانوني السليم لما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية.

فإذا نظرنا إلى النشاط الإداري في مجموعه، فسوف نجده فعلا لا يختلف بدرجة كبيرة عن مشروعات الأفراد الخاصة. فالمرافق العامة كما سبق وأن أشرنا أعلاه، والضبط الإداري مثلا ما هي في حقيقتها إلا من قبيل المشروعات التي تسعى الإدارة من ورائها إلى تحقيق أهداف تتدرج في إطار المصلحة العامة. خاصة إذا وضعنا في الاعتبار أن دور الإدارة العامة اليوم يختلف جذريا عن دورها في الماضي، حيث كانت مجرد أداة أو وسيلة لتنفيذ الأهداف والسياسات التي تضعها السلطة السياسية العليا في الدولة. فقد صارت اليوم تشارك بشكل رئيسي في تحديد الأهداف وتشكيل السياسات، ومن ثم صنع القرارات وتنفيذها. بمعنى أن دور الإدارة تحول من مجرد التنفيذ إلى الإسهام في وضع السياسة العامة للدولة، بل وفي وضع الإستراتيجية اللازمة لتحويل هذه السياسة إلى قرارات تحقق أهداف الدولة في كافة المجالات<sup>(2)</sup>.

مما لا شك فيه أن هذا الدور يتطلب أن يكون للإدارة قدرا أكبر من حرية التقدير في إصدار قراراتها الإدارية، على النحو الذي يكفل تحقيق هذه السياسة العامة وتطويرها بما يتلاءم وظروف المستقبل المتغيرة. كما يتطلب أيضا رؤية متطورة للنشاط الإداري باعتباره بمثابة مشروع أو مرفق يتعين أن يؤدي نشاطه أو عمله على أكمل وجه. ومن ثم ضرورة الاعتراف للإدارة في خصوصه بسلطة تقديرية<sup>(3)</sup>.

طبقا لهذا التأسيس تظهر فكرة المشروع كأساس للسلطة التقديرية في صورة ايجابية موضوعية، وتكون هذه السلطة بدورها مظهرا لهذه الفكرة<sup>(4)</sup>. " وليست بدعة أن تنمو في القانون العام فكرة جديدة، تستمد

---

العامة. ثم يتطرق "فينيزيا" إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي ليحاول التلليل على أن القضاء الإداري يعترف أيضا بقيام صفة المشروع في النشاط الإداري وذلك من خلال قضيتي "لابون" و "هيريه"، حيث استخلص منهما أنه عندما تقوم المسؤولية على تحقيق غاية معينة يقوم المشروع. وحينئذ توجد السلطة التقديرية. لمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك: نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 48 و 49. نقلا عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية والرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دكتوراه، حقوق القاهرة، 1971، ص 444.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 70 .

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، التنظيم الإداري للوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 10 و ما بعدها.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 71.

<sup>4</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 59 .

جذورها من نظم القانون الخاص، فلا يزال القضاء الإداري ينهل كل يوم من مبادئ القانون المدني عناصر نظريته المبدعة، باعتبار هذه المبادئ حصيلة فكر قانوني يبحث عن العدالة ومصالح المجتمع<sup>(1)</sup>.

رغم استحسان الكثير من الفقهاء لفكرة المشروع كأساس للسلطة التقديرية للإدارة، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد حيث وجهت لها العديد من الملاحظات نجملها فيما يلي:

- تشبيهها الكامل للمشاريع الخاصة بالإدارة العامة، وذلك ما لا يمكن التسليم به. لاختلاف الغرض المنشود من حيث المصلحة. فالأول يسعى إلى تحقيق مصلحة مدير المشروع الخاصة بالدرجة الأولى، أما الثاني فهدفه تحقيق المصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

- إن كل ما يمكن اعتباره من نشاط الإدارة متصفا بصفة النشاط ضمن إطار المشروع، لا يمكن اعتباره على أنه نشاط تقديري للإدارة. ومثال ذلك أن مدير المشروع الخاص يختار المتعاقدين معه بمحض اختياره الحر، في حين أن المناقصة أو المزايدة هي الأسلوب الذي يقيد إرادة واختيار مدير المشروع العام. كما أن مدير المشروع الخاص له كامل الحرية في اختيار موظفي المشروع، في حين أن الإدارة لا تملك هذه الحرية الواسعة في اختيار موظفيها. فالمسابقات والاختبارات تقيد اختيارها إلى حد كبير في هذا المجال<sup>(3)</sup>.

- إن اعتبار السلطة التقديرية حقيقة موضوعية، سيؤدي إلى التجهيل بدور القاضي في التدخل لتقييد سلطة الإدارة. كما يعجزه عن التدخل لتفسير إرادة المشرع فيما يتعلق بالنصوص الغامضة والعامة<sup>(4)</sup>. وإن كان الأستاذ "محمد مصطفى حسن"<sup>(5)</sup> يرى بأنه لا تعارض البتة بين دور القاضي وأساس السلطة التقديرية، فهذه المسألة تخص مجال التقدير ولا علاقة لها بأساس السلطة التقديرية.

---

<sup>1</sup> - يستدل الأستاذ "محمد مصطفى حسن" على ذلك بأنه في مجال المسؤولية الإدارية والعقود الإدارية نلمس بوضوح هذا الاقتباس المستمر. كما أن النظريات الدستورية المختلفة في العقد الاجتماعي عند "هوبز" و"جان جاك روسو" تصدر جميعا عن فكر الحياة الخاصة. فالحياة الخاصة في الأسرة والقبيلة سبقت بلا شك الحياة العامة في الدولة الحديثة. أنظر في ذلك: محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص

79.

<sup>2</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 52.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 52.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 79.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 82.

## لفرع الثاني

### مبررات السلطة التقديرية

إذا كانت السلطة التقديرية تتيح للإدارة حرية الاختيار والتصرف، فإنها تعد بهذا الوصف جوهر الإدارة ذاتها وامتيازاً أساسياً ورئيسياً من امتيازاتها، بل وسمة من السمات المميزة لها. إذ تمارس الإدارة في الواقع نشاطاً إنسانياً يستعصي بطبيعته على أن يقيد تقييداً تاماً بقواعد قانونية محددة وموضوعة سلفاً. من هنا يجمع الفقه على ضرورة الاعتراف بها للإدارة، ويبررون ذلك بحجج عديدة ارتأينا تصنيفها إلى مبررات عملية وأخرى فنية.

### أولاً: المبررات العملية

تستند السلطة التقديرية للإدارة إلى اعتبارات عملية تمنح الإدارة عدة اختيارات لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المشرع أن يتصوره مسبقاً، ولا يمكن للقاضي معاشته ملابساته وتفصيله<sup>(1)</sup>. وحرية الإدارة التي تتمثل في سلطتها التقديرية، هي ضرورة عملية فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع، وفيما يتعلق بعلاقتها بالقضاء<sup>(2)</sup>.

### 1- فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع

إن السبب الرئيسي لقيام السلطة التقديرية يرجع إلى اعتبارين أساسيين :

#### أ- الاعتبار الأول

مردّه أن السلطة التقديرية للإدارة تجد أساسها وتبريرها في أن المشرع عند سنه للنصوص القانونية في شكل عام ومجرد، لا يمكن أن يحيط علماً بمجمل الوقائع بما تحمله من احتمالات مختلفة وحالات متباينة وفروع وجزئيات متداخلة ومتشابكة<sup>(3)</sup>. ولا مناص في مثل تلك المجالات من أن يكتفي المشرع بوضع الضوابط العامة أو القيود العامة. ويترك الإدارة في نطاقها تتصرف بقدر من الحرية والتقدير، لأنها أقدر بحكم اتصالها بالواقع اليومي أن تواجه الأمور بالوسائل المناسبة والملائمة.

مثلاً في مجال الضبط الإداري، من الممكن أن يحدد المشرع سلطات الإدارة والقيود الهامة، ولكنه لا يستطيع مقدماً وبطريقة مسبقة أن يبين أي حالة واقعية بذاتها يمكن استعمال هذه السلطة أو تلك. كذلك في شأن الترقيات إلى الوظائف العليا، لا يستطيع المشرع مقدماً أن يحدد معايير دقيقة للكفاءة والجدارة في كل الحالات، إذ هناك ضرورة عملية تدعو لإعطاء السلطة الإدارية قدراً لا بأس به من التقدير وحرية الاختيار<sup>(4)</sup>.

1- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص 19.

2- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 33.

3- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2000، ص 217.

4- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، دون تاريخ، ص 591.

لذلك نجده -أي المشرع- يعترف لجهة الإدارة بقدر من الحرية، اعتبارا من أنها الأقرب ميدانيا والأكثر اتصالا بالحياة اليومية الجارية، والأكثر علما بالمعطيات الجديدة والمسائل غير المشمولة بالنص<sup>(1)</sup>.

## ب- الاعتبار الثاني

يرجع إلى الخبرة والتجارب التي تكتسبها الإدارة ووسائلها الخاصة التي تستقي منها معلوماتها، والروح العملية التي تستمدها من إشرافها المستمر على المرافق العامة في الدولة. ولهذا السبب فإن المشرع مهما راعى الحذر والتبصر، لا يمكنه أن يحدد جميع أوجه مناسبة العمل الإداري<sup>(2)</sup>.

فعجز المشرع عن الإحاطة مقدما بكل تفصيلات العمل الإداري، خاصة في الدولة المتدخلة التي غزت مختلف مجالات النشاط الخاص بما فيه من مفاجآت ومواقف غير متوقعة. جعل المشرع غالبا ما يكتفي بصياغة قواعد التشريع بشكل عام ومجرد، تاركا مواجهة دقائق الأمور وتفصيلاتها للإدارة صاحبة الاختصاص الأول في التنفيذ. بل وحتى في حالة ما إذا وضع المشرع قواعد قانونية تفصيلية لكيفية مباشرة نشاط معين، فإن التطورات المتلاحقة والتغيرات الدائمة التي تطرأ - وهذا أمر حتمي - على هذا النشاط تباعد في الواقع كثيرا بينه وبين تلك القواعد القانونية التي وضعت لتحكمه في زمن معين أو في ظل ظروف معينة. والتي يصعب كذلك أن تعدل وتغير بشكل دائم ومستمر، لما في ذلك من تناقض مع ما يجب أن يتسم به التشريع من ثبات واستقرار. لذلك فإنه يصبح من الحتمي الاعتراف للإدارة بقسط من الحرية حتى تواجه مثل هذه التطورات أو تلك التغيرات. أي الاعتراف لها بسلطة تقديرية تواجه بها متطلبات الموقف الجديد<sup>(3)</sup>، وتسد عن طريقها ما يشوب التشريع القائم من ثغرات وفجوات دون النظر لإجراءات صدور تشريع أمر. وهي إجراءات - كما نعلم - صعبة و معقدة تستغرق في الغالب وقتا طويلا. خاصة في الحالات العاجلة التي تتطلب فيها المصلحة العامة ضرورة اتخاذ إجراءات سريعة للحفاظ عن أمن الدولة أو على النظام العام، أو لمواجهة أية ظروف طارئة لم تكن في الحسبان<sup>(4)</sup>.

وتخلي المشرع عن تقييد الإدارة في شأن مسألة إدارية ما، لا يفيد حتما تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الجوانب التي لم يقيد المشرع فيها. إذ من المتصور أن يكون مرجع عدم التقييد هو عجز المشرع من

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، القرار الإداري، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 48 .

<sup>2</sup> - محمد بن طاهر، المادة 7 من القانون 90 - 23 وانعكاساتها على القضاء الإداري، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 125.

<sup>3</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 52 و 53.

<sup>4</sup> - هذا ما يؤكد مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في قضية « Doublie » بتاريخ 23 أكتوبر 1959، حيث يقرر في هذا الحكم أن على الإدارة - عند حدوث موقف خطير أو غير متوقع - التزام بالعمل بالتصرف بمواجهة هذا الموقف، وذلك دائما بحقق و بصون النظام العام. ومما جاء فيه: « L'administration a l'obligation d'agir à raison de la gravité du péril résultant d'une situation particulièrement dangereuse pour le bon ordre, la sécurité et la salubrité publique ».

انظر في ذلك: نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة -دراسة مقارنة-، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 41.

الناحية الفنية أو القانونية عن ذلك، و ليس التخلي بإرادته الحرة عن التقييد مع توافر القدرة عليه بهدف منح الإدارة السلطة التقديرية، ومثال ذلك إجراءات الضبط الإداري<sup>(1)</sup>.

## 2- فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالقضاء

لا يستطيع القاضي - أيضا - أن يمد رقابته إلى الجانب التقديري من نشاط الإدارة لأنه مهما وضع أمامه من معلومات، ومهما قام بأبحاث وتحريات حول موضوع النزاع سيكون بعيدا عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة. كما أنه يصدر حكمه عادة بعد مضي زمن قد يمتد سنوات عديدة بعد وقوع تلك الحوادث. مما يستحيل معه أن يكون صورة مماثلة تمام المماثلة للحالة وقت وقوعها. كما تنقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تعرض على الإدارة. بالإضافة إلى عدم إحاطته بالوسائل التي تتخذها الإدارة لدرء هذه الحالات<sup>(2)</sup>.

لكل هذه الاعتبارات، يجب التنويه إلى أن سلطة الإدارة التقديرية مسألة ضرورية، لا بد من التسليم بها. إذ هي ترتبط بطبيعة الوظيفة الإدارية ويفرضها الصالح العام. ويؤكد هذا عجز المشرع عن تنظيم جزئيات وتفصيلات الأعمال الإدارية<sup>(3)</sup>.

الخلاصة أن السلطة التقديرية هي حقيقة واقعية. وهي أمر تستلزمه مقتضيات النشاط الإداري<sup>(4)</sup>. وذلك في وقت تواجه فيه الإدارة اليوم حركة تحول أساسية ومستمرة، شملت مختلف الجوانب الاقتصادية والسياسية والاجتماعية<sup>(5)</sup>. إضافة إلى الثورة التقنية الهائلة التي يشهدها العالم المعاصر<sup>(6)</sup>.

لا ريب في أن هذه التحولات التي تستلزم التغيير والتطور الدائمين، تتطلب إدارة عامة على أعلى مستوى من الأداء والفاعلية ومن ثم فإن المصلحة العامة لن تتوافق مع إدارة مبرمجة السلوك مثل الإنسان الآلي<sup>(7)</sup>. وإنما يستلزم تحقيق هذه المصلحة العامة أن تكون للإدارة العامة سلطاتها التقديرية بالقدر الكافي لمواجهة التحولات الكبرى التي يشهدها عالم الإدارة العامة اليوم في أهدافها ووسائلها ودورها ونشاطها، حتى تكون على الدوام متوافقة مع الظروف المتغيرة والمتجددة. ضمنا لحسن سير العمل الإداري، مما ينعكس بالإيجاب على حقوق الأفراد وحررياتهم<sup>(8)</sup>.

من هنا، تبدو السلطة التقديرية كضرورة اجتماعية لا غنى عنها. وكوسيلة مثلى لتحقيق المصلحة العامة. بل ولضمان المشروعية في المجتمع. ذلك أن الغاية من النشاط الإداري هي تحقيق المصلحة العامة

1- صافي عبد الله، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2008، ص 132.

2- توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1955، ص 667.

3- عبد الله طلبة، القانون الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 33.

4- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 591.

5- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 50.

6- سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003، ص 218.

7- عدنان عمرو، مبدأ المشروعية - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 45.

8- سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 58.

وهو ما يمثل عنصر المشروعية فيه<sup>(1)</sup>. أما الوسائل المؤدية إلى تحقيقها فهي أمر يتعين أن يترك لتقدير الإدارة باعتبارها من عناصر الملاءمة في هذا العمل أو النشاط.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: المبررات الفنية ( اعتبار الكفاءة الإدارية )

تقضي مبادئ علم الإدارة بأن حسن قيام الإدارة بوظيفتها يتطلب تمتعها بقدر من السلطة التقديرية، يسمح لها باستخدام إرادتها في ممارسة اختصاصاتها وتطبيق القانون بما يتفق والواقع الذي تحتك به. إذ أن القانون مهما بلغ شموله وزادت دقته لا يقوى على الإحاطة بجزئيات لا حصر لها. كما أن تطبيق القانون على الحالات الفردية يقتضي تشغيل الفكر والتدبر. وتؤدي المبالغة في تقييد حرية الإدارة إلى جمودها وشل حركتها وتقليل فعاليتها، بل وعدم أدائها مهامها على النحو اللائق<sup>(3)</sup>.

وعليه فإن الإدارة لا يمكن أن يقتصر دورها على أن تكون مجرد تابع للقانون. ومجرد آلة صماء أو أداة لتنفيذه تنفيذا حرفيا. بل يتعين منحها القدرة على الاختيار والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف، حتى لا توصف بالجمود وحتى تنمو لديها ملكة الابتكار والتجديد. مما يكفل في النهاية حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد<sup>(4)</sup>.

إن خبرة الإدارة وتجاربها المكتسبة في إدارة المشروعات العامة، نتيجة احتكاكها الدائم بالعمل وظروفه المتغيرة، يجعلها في الواقع أقدر من غيرها على تقدير مناسبة الأعمال المختلفة. وكذلك في استنباط الضوابط الإدارية الملائمة لتلك الأعمال. الأمر الذي يبرر الاعتراف لها بقدر من حرية التصرف والتقدير عند مباشرة مختلف أوجه نشاطاتها. خاصة أن معظم النصوص التشريعية لا تحدد بطريقة صريحة ومحددة وسيلة وكيفية تنفيذها، تاركة مثل هذه المسائل للإدارة صاحبة الإمكانيات الفنية والخبرة العملية في هذا المجال.<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 120.

<sup>2</sup> - pour M. Giraud, « la raison d'être du pouvoir discrétionnaire est double : c'est tout d'abord, la difficulté pour le législateur d'adapter les règles générales qu'il formule à l'extrême variété de la vie sociale , sans cesse changeante , et la nécessité de laisser l'administration mieux placée pour connaître et pour juger, procéder sans entrave aux constatations techniques et générales à la suite desquelles elle prendra les mesures nécessaires pour assurer la marche des services publics et l'exécution des lois. C'est en second lieu, l'expérience, les moyens d'information et L'esprit pratique de l'administrateur supérieur à ceux du juge. ». Jean Rivero, Jean Waline, droit administratif, 14 Emme édition, Dalloz, Paris, 1999 ,p 88.

<sup>3</sup> - André Delaubadère, Yves gaudement traité de droit administratif, tome1, Libraire général de droit de jurisprudence, 16 Emme édition, Paris, 1999, p225.

<sup>4</sup> - Thierry Cathala, le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires, L.G.D.J, Paris, 1996, p 29 et suivantes.

<sup>5</sup> - عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 44 و 45.

بالتالي فإن السلطة التقديرية هي أمر لا غنى عنه للإدارة، التي أصبحت في الوقت الحاضر إدارة خدمات. حتى تتمكن من أداء ووظائفها على أكمل وجه تحقيقاً للمصلحة العامة في مختلف المجالات<sup>(1)</sup>.  
فالإدارة بحكم تنظيماتها الضخمة مآلها في كل الدول إلى الحركة البطيئة الثقيلة. وإذا جاء المشرع أو القاضي ليحدد لها بدقة كل ما يمكن عمله بنصوص مقيدة دائماً، فإن النتيجة ستكون قتل روح الخلق والإبداع لدى الجهاز الإداري. وفي ذلك بلا شك ضرر بالمصلحة العامة للمواطنين، لأن الإدارة هي ذراع الدولة في البناء والتعمير وإنشاء المرافق العامة وحماية الأمن الداخلي والخارجي. وهي لا تستطيع القيام بتلك المسؤوليات بدون قدر هام من حرية التقدير وبالذات بدون أن يترك لها حق اختيار الوسائل التي تراها ملائمة لتحقيق المصالح والأهداف العامة<sup>(2)</sup>.

وليس في ذلك الاعتراف أي إضرار بحقوق الأفراد و حرياتهم<sup>(3)</sup>، خاصة مع حرص المشرع والقضاء على عدم الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلا بالقدر اللازم والضروري لتحقيق أهدافها دون أن تضر بحقوق الأفراد و حرياتهم<sup>(4)</sup>.

وعليه فإن السلطة التقديرية هي وسيلة لإحياء روح العدالة الإنسانية في التطبيق الفردي للقاعدة القانونية. ذلك أن هذه القاعدة تقرر في الواقع نفس المبادئ والأحكام لعدد لا نهائي من الحالات الفردية المستقبلية التي لا تتطابق حتماً مطابقة تامة، بل هي في الغالب تتفاوت وتختلف عن بعضها البعض بشكل أو بآخر<sup>(5)</sup>.

وهذا التفاوت والاختلاف يظهر في كثير من الأحيان عدم ملاءمة القاعدة القانونية، بل وقسوتها أحياناً في التطبيق الفردي، ولذلك فإن الإدارة تستطيع عن طريق سلطتها التقديرية أن تبعث في التطبيق الفردي للقاعدة القانونية تلك الروح الإنسانية والعدالة التي فقدتها بسبب تجر يدها وتعميمهما<sup>(6)</sup>.

والصالح العام ذاته يقتضي أن يكون للإدارة سلطة تقديرية تواجه بها - في حالات معينة - كافة الاحتمالات المتوقعة أو غير المتوقعة. وذلك حتى لا يصاب المجتمع في مثل تلك الحالات بالشلل والارتباك. الأمر الذي لا يجدي معه أي احترام للقوانين القائمة أو التقيد بأحكامها. ولهذا فقد قيل بأن دور الإدارة لا يمكن أن يقتصر على مجرد أن تكون تابعا للقانون، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف حتى لا توصم بالجمود، وحتى تنمو لديها ملكة الابتكار والتجديد.

<sup>1</sup> - العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا: النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 190.

<sup>2</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 592.

<sup>3</sup> - فالسلطة التقديرية ليست خطيرة في ذاتها، ولكن الخطورة تكمن في ممارسة الأشخاص الذين يمتلكونها.

<sup>4</sup> - أنور طلبه، المرجع السابق، ص 33 .

<sup>5</sup> - محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار العربية القاهرة، 1967، ص 48.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ص 48 .

مما يكفل في النهاية ليس فقط حسن سير المرافق العامة وما يعود على المجتمع من جراء ذلك من نفع وخير، وإنما أيضا النهوض والارتقاء بالمصلحة العامة للجماعة<sup>(1)</sup>.

هكذا أصبحت فكرة السلطة التقديرية اليوم من أهم الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري لدرجة أن « Waline » ربط تعريف هذا القانون بتلك الفكرة<sup>(2)</sup>. وفي ذلك يقول: "إذا كان الأمر يستلزم تعريف القانون الإداري، فإنني أقول، فلندع جانبا، الجانب الذي يتناول المؤسسات الإدارية بالتعريف، والتي يتشابه في نطاق هذا القانون مع غيره من القوانين، ولكن تعريف القانون الإداري ينصب أساسا حول دراسة السلطة التقديرية للإدارة، وما يرد عليها من قيود من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد والموظفين العموميين"<sup>(3)</sup>.

---

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 49 و 50 .

<sup>2</sup> - « S'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif, je dirais essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et de sa limitation en vue de la sauvegarde des droits des tiers ». Jean Rivero, Jean Waline, droit administratif, 14 Emme édition, Dalloz, Paris, 1999 ,p 88.

<sup>3</sup> - نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 07.

## المطلب الثالث

### حدود السلطة التقديرية

إذا كانت السلطة التقديرية تثبت للإدارة نتيجة غياب القواعد القانونية المنظمة للنشاط الإداري بصدده موضوع ما. فإنه يتعين علينا أن نبين بدقة كيفية تقييد العمل أو القرار الإداري أو إطلاق حرية الإدارة في شأنه أو في شأن عنصر أو أكثر من عناصره، حتى يتسنى معرفة المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية للإدارة<sup>(1)</sup>.

من المسلم به أن للقرار الإداري خمسة عناصر أو أركان هي: الاختصاص، الشكل، السبب، المحل والهدف. ولقد استقر الفقه والقضاء الإداريان على أن جميع أركان القرار الخمسة تعد مجالاً للتقييد والتقدير بحسب موقف المشرع والقضاء منها. وأن سلطة الإدارة التقديرية تختلف من ركن لآخر من أركان القرار<sup>(2)</sup>. ومن ثم تجسدت حدود السلطة التقديرية في أوجه المشروعية المختلفة التي يجب على الإدارة احترامها وعدم تجاوزها<sup>(3)</sup>.

### الفرع الأول

#### الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة

تشمل الحدود الخارجية للسلطة التقديرية الأركان الآتية:

ركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات وركن الغاية<sup>(4)</sup>.

أولاً: السلطة التقديرية وركن الاختصاص في القرار الإداري

يعرف ركن الاختصاص بأنه " الصفة القانونية والقدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة، لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة، على نحو يعتد به قانوناً"<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مباشرة أعمالها، فإننا نصادف تقديراً بصدده كافة أعمالها القانونية من عقود إدارية وقرارات إدارية، وكذلك أعمالها المادية. ومع ذلك، فإن التعمق في تحليل أعمال الإدارة لتحديد مواطن السلطة التقديرية فيها، يؤدي بنا إلى الوصول إلى أن هذه السلطة ترتد دوماً إلى القرارات الإدارية. فالسلطة التقديرية في مجال العقود الإدارية لا تثبت إلا في القرارات الإدارية المتصلة بهذه العقود من قرارات إرساء المناقصات أو المزايدات، وقرارات الحرمان من دخولها. وقرارات توقيع الجزاءات على المتعاقد مع الإدارة أو تعديل التزاماته من جانب الإدارة. كما أن الأعمال المادية للإدارة تدور معظمها حول تنفيذ القرارات الإدارية. مما يعني بجلاء أن القرارات الإدارية وراء كل تصرف من تصرفات الإدارة أو أعمالها. انظر في ذلك: شهيرة بولحية، مدى سلطة القاضي الإداري على الإدارة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، بسكرة، 2006، ص 275.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 148. وكذلك إبراهيم عبد العزيز شبحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 415.

<sup>3</sup> - محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، مطبعة التوني، الإسكندرية، 1993، ص 96.

<sup>4</sup> - على الرغم من أن العيب الذي يصيب ركن الغاية يدخل ضمن عيوب المشروعية الخارجية، إلا أننا تناولنا ركن الغاية ضمن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية، لكون الإدارة لا تتمتع في شأن هذا الركن بأية سلطة تقديرية، كما سنرى في حينه.

<sup>5</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هرمه، الجزائر، 1999، ص 69.

يهدف ركن الاختصاص لرعاية مبدأ التخصص ومبدأ تدرج السلطة الرئاسية، لضمان حسن سير الإدارة بانتظام واطراد بداية. ولحفظ حقوق الأشخاص المتعاملين معها. وتحتكم الإدارة في ذلك لقواعد توزيع الاختصاص المنصوص عليها في الدستور بالنسبة لرئيس الجمهورية، وفي القوانين واللوائح والقرارات الفردية بالنسبة لباقي السلطات الإدارية.<sup>(1)</sup>

يثير التساؤل حول علاقة عنصر الاختصاص بالسلطة التقديرية، وما إذا كانت الإدارة تتمتع بأية سلطة تقديرية في هذا المجال.

يرى غالبية الفقه الإداري أن السلطة التقديرية للإدارة غير متصورة في هذا الركن، لأن الجهة التي تصدر القرار إما أن تكون مختصة أو غير مختصة<sup>(2)</sup>. وإذا صدر القرار من جهة غير مختصة فإنه سيكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص وبالتالي موضعاً للإلغاء. فضلا على أن قواعد الاختصاص من النظام العام، فالقاضي الإداري يملك حق التصدي له والبحث فيه من تلقاء نفسه.<sup>(3)</sup>

أما إذا اقتضت الظروف أن يتولى الاختصاص غير رجل الإدارة المختص لتحقيق غايات الإدارة، بصورة تضمن حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد. جاز للشخص المختص تفويض الاختصاص أو الحلول أو الإنابة في ممارسته. وهذا يعني حسب الدكتور "سامي جمال الدين"<sup>(4)</sup> أن هناك جانب من حرية التقدير وإن كان ضئيلا.<sup>(5)</sup>

الحقيقة أنه لا يتصور منطقيا أن تكون هناك سلطة تقديرية في ركن الاختصاص.<sup>(6)</sup> لأن القانون قد يعطي للشخص الإداري سلطة تقديرية لأداء العمل وقد يقيد سلطته، سواء تمتع بسلطة تقديرية في مجال أداء العمل أم لا، فإنه بذلك يكون لاحقا على اختصاصه به.

---

<sup>1</sup> - دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، 2006، ص 140 .

<sup>2</sup> - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 52.

<sup>3</sup> - نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 40. وعدنان عمرو، مبدأ المشروعية - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 49 .

<sup>4</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 676.

<sup>5</sup> - لكننا نرد على ذلك بأنه حتى في الحالات التي يجوز فيها للموظف أن يفوض جزء من اختصاصه تخفيفا لأعبائه من الناحية العملية، فإن ذلك لا يعتبر تطبيقا للسلطة التقديرية في مجال الاختصاص. لأن التفويض لا يتم إلا بناء على شروط محددة، وهذه الشروط تجعل من الاختصاص سلطة مقيدة وليست تقديرية مجال من الأحوال. ذات الأمر ينطبق على الحلول الذي يتم لمواجهة خلو الوظيفة نتيجة غياب الموظف ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد. فليس للموظف المختص أية سلطة تقديرية فيها. فمن توافرت فيه شروط الحلول فإنه يتم بقوة القانون. أنظر في ذلك: حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 114.

<sup>6</sup> - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2006، ص 200 .

## ثانيا: السلطة التقديرية وركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري

يقصد بركن الشكل والإجراءات: " مجموعة الشكليات والإجراءات إلى تتعاون وتتكامل في تكوين وبناء قالب والإطار الخارجي الذي يكشف ويبرر إرادة السلطة الإدارية في اتخاذ وإصدار قرار إداري معين، وبذلك يصبح القرار الإداري ظاهرا ومعلوما و منتجا لآثاره القانونية ومحتجا به إزاء المخاطبين به".<sup>(1)</sup>

الأصل أن الإدارة غير مقيدة في الإفصاح عن القرار في الشكل الذي تراه مناسبا، ما لم يحتم القانون ضرورة إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين.<sup>(2)</sup> لذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن الإدارة تملك سلطة تقديرية أصلية من خلال هذا الركن. كما تستطيع مخالفة الشكليات والإجراءات المنصوص عليها بالقانون دون أن يؤدي ذلك إلى ابطال قراراتها، إذا كانت تلك الشكليات ثانوية من حيث تأثيرها على مضمون القرار الإداري الصادر عن الإدارة.<sup>(3)</sup>

وعليه فإنه لا يوجد مجال أو نطاق للسلطة التقديرية في هذا الركن، إلا في حالة واحدة، وذلك عندما يتعلق الأمر بالأشكال الثانوية<sup>(4)</sup>، التي لم يحدد فيها المشرع شكلا أو إجراء معينا أو التي حددها ولم يرتب البطلان على مخالفتها.<sup>(5)</sup>

وإن كان الأستاذ محمد مصطفى حسن " يرى عكس ذلك. إذ يقول بأن امتناع القضاء عن إلغاء بعض القرارات الإدارية رغم مخالفتها للأشكال التي نص عليها القانون، ليس مرجعها قيام السلطة التقديرية، بل لأسباب أخرى تتعلق بالترفة بين عيوب الشكل الجوهرية وغير الجوهرية. وقرار بعض تصرفات الموظفين الواقعيين، حماية للأفراد وضمانا لحسن سير المرافق العامة.<sup>(6)</sup>

فمتى تطلب القانون أو القضاء شكلا أو إجراء معينا، فلا مجال لاستخدام الإدارة لسلطتها التقديرية. ويستوي في ذلك أن يكون الشكل مقورا لمصلحة الإدارة أو لمصلحة الأفراد، حيث أنه لن يكون للإدارة في هذه الحالة مجال للاختيار أو الترجيح بين بدائل متعددة، ومن ثم فإنها تصبح ملتزمة بالشكل أو الإجراء

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 508.

<sup>2</sup> - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 216.

<sup>3</sup> - عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 50 وماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 52. وقروف جمال، المرجع السابق، ص 200.

<sup>4</sup> - تقسم الشكليات إلى قسمين: شكليات جوهرية وغير جوهرية. والشكليات الجوهرية هي تلك الشكليات المقررة لحقوق وحرية الأفراد. أما الثانوية فهي الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة، أين لا يمكن للأفراد حينها الطعن في القرار مستندين لهذه الشكليات والإجراءات لأنها لم تلحق الأذى بذاتها، علاوة على أنها لا ترتب إخلالا بالنظام العام.

<sup>5</sup> - وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بذلك في قضية " بون فوازان " Bon voisin " في 24 / 10 / 1999. حين طعن أحد الأفراد في قرار وزير الحربية الذي أهمل فيه تحديد خطوط التنظيم في الأماكن العسكرية، كإجراء لاتخاذ ذلك القرار وكان الطاعن يهدف إلى إلغاء القرار الذي مس مصلحته الخاصة، إلا أن القضاء رفض الدعوى، لعدم جواز تمسك الأفراد بهذا العيب لأن هذا الإجراء قام لمصلحة الإدارة في تنظيم الأقاليم والقطاعات. انظر في ذلك: دريسية حسين، المرجع السابق، ص 149.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 157.

المقرر وإلا كان قرارها معيبا. أما ما يلاحظ من تسامح القضاء في بعض الأحيان عن طريق التفرقة بين ما يعد شكلا جوهريا وما يعد شكلا ثانويا، فإنه لا يعني اعترافا من القضاء للإدارة بسلطة تقديرية في هذا الصدد. بل يقصد به حرص القضاء على عدم عرقلة عمل الإدارة بإجراءات أو أشكال غير مطلوبة وضرورية.<sup>(1)</sup>

وإن كنا نرى بأنه إذا لم يشترط القانون أو القضاء شكلا أو إجراء معيناً للقرار الإداري. فإن للإدارة في هذه الحالة سلطة تقديرية في اختيار الشكل الملائم أو الإجراء المناسب. وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة، وهي أن تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية طالما تخلفت القواعد القضائية وقواعد النظام القانوني بالمعنى الواسع عن التحديد أو التقييد.

### ثالثا: السلطة التقديرية وركن الغاية في القرار الإداري

الغاية هي النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قراره.<sup>(2)</sup> فالقرار الإداري ليس غاية بل وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من اتخاذه. ولذلك فإن الأهداف المحددة للوظيفة الإدارية تشكل في نفس الوقت حدودا للسلطات الممنوحة للإدارة، بحيث يمكن القول في بعض الحالات أن الإدارة قد انحرفت بأهدافها المحددة لها وهو ما يشكل عيب الانحراف بالسلطة.

لقد ذهب غالبية المؤلفين والكتاب في فقه القانون الإداري، إلى أنه ليست هناك في القرار الإداري أي سلطة تقديرية في اختيار الغرض من قبل رجل الإدارة المختص، لأن القرار الإداري يجب أن يستهدف دائما الغرض المنصوص عليه قانونا<sup>(3)</sup>. وفي الحالة التي يفضل فيها النص تخصيص هدف معين لكل قرار على حده، فلا يمكن أن نفترض لرجل الإدارة المختص الحرية في تقدير اختيار أي غرض يشاء دون تقييد، بل لا بد أن يستهدف في مثل هذه الحالة تحقيق المصلحة العامة وإلا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة.<sup>(4)</sup> وفي ذلك يقول الدكتور " سليمان الطماوي " أن أساس نظرية الانحراف بالسلطة أو التعسف في استعمال السلطة -كما يسميها قضاؤنا- يقوم على أن تحديد غرض العمل الإداري هو عمل المشرع لا رجل الإدارة وأنه بذلك يدخل ضمن السلطة المحددة لا السلطة التقديرية.<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 115 .

<sup>2</sup> - قد يثور لبس أو خلط بين ركن الغاية وركن المحل. على أساس أن المقصود بهذا الأخير هو الأثر القانوني الذي يهدف إليه مصدر القرار. فقد يقال أنه لا فرق بين الركنين طالما أن كلا منهما يهدف إلى تحقيق ذات الأثر. ومنعا لمثل هذا اللبس، يجب أن نوضح أن الهدف أو الأثر المقصود من ركن المحل هو النتيجة المباشرة التي تترتب على القرار، أي الأثر القانوني المتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين. فالقرار الصادر بهدم منزل آيل للسقوط يرتب أثرا قانونيا مباشرا، هو إزالة هذا المنزل ( ركن المحل ). أما النتيجة التي يهدف إليها متخذ هذا القرار، فتتمثل في حماية أرواح الناس؛ أي الأمن والصحة العامة ( ركن الغاية ). وعليه يمكن القول أن الآثار القانونية التي تترتب مباشرة على القرارات الإدارية، والتي يعبر عنها بركن المحل، لا تعتبر أهدافا لهذه القرارات، ذلك أن هذه الأهداف إنما تمثل فيما انصرفت إليه نية مصدر القرار، وما اتجه إليه في تقديره قبل أو عند اتخاذ القرار. وهذا هو المقصود بركن الغاية.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 140.

<sup>4</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 50.

<sup>5</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 73 .

غير أن هناك جانبا آخر من الفقه<sup>(1)</sup>، ذهب إلى أن اختصاص الإدارة لا يكون مقيدا بالنسبة لركن الغاية إلا في حالة تخصيص الأهداف. وقد يتم هذا التخصيص من المشرع نفسه أو عن طريق القضاء.<sup>(2)</sup> وفيما عدا ذلك، فإن السلطات الإدارية لها أن تتحقق من الأهداف بما يتناسب مع طبيعة الأحوال.<sup>(3)</sup>

غير أننا لا نؤيد هذا الاتجاه فيما ذهب إليه من وجود سلطة تقديرية للإدارة في غير حالة تخصيص الأهداف. فإذا كانت هناك عدة أهداف من شأنها تحقيق المصلحة العامة، فإن للإدارة أن تختار من بينها الهدف الأكثر تحقيقا للمصلحة العامة. فهذا التقدير لا يمثل بالنسبة للإدارة أي قدر من الحرية أو السلطة، ومن ثم للقاضي الإداري كامل الحق في التعقيب على هذا التقدير.

هكذا نستطيع القول أن السلطة الإدارية التقديرية لا تلعب دورا أساسيا أو هاما، بل وتكاد تكون منعدمة في إطار كل من الأركان الثلاث السابقة (الشكل، الاختصاص و الغاية)<sup>(4)</sup>. وذلك على عكس الحال فيما يتعلق بركني السبب والمحل الذين تتجسد فيهما مظاهر تلك السلطة كما سنبينه فيما يلي.

---

<sup>1</sup> - من ذلك : محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 157. حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 661. محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1968، ص 207 . وسعاد الشرفاوي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1984، ص 111. ومحمد مصطفى بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 58 .

<sup>2</sup> - ذلك ما قضت به محكمة العدل العليا في فلسطين في قرار لها رقم 32 لعام 1964 حيث قررت : " على رجل الإدارة أن يستهدف في أي قرار يصدره تحقيق الهدف الذي خصصه القانون لممارسة سلطته التقديرية، فإذا خلا قراره من تحقيق ذلك الهدف، كان مشوبا بعيب إساءة السلطة ". انظر في ذلك : عدنان عمرو، مبدأ المشروعية - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 51 .

<sup>3</sup> - وفي ذلك يذهب الدكتور " البر زنجي " إلى أن القواعد الخاصة بهدف القرار الإداري تنقسم إلى 3 حالات :

- الأولى : أن تفرد القاعدة القانونية غرضا محمدا بشكل كامل لممارسة سلطة معينة. فإن اختصاص الإدارة يكون تبعا لذلك اختصاصا مقيدا لأنه ستكون في هذه الحالة وحدة بين فكريتي السبب والغرض. - الثانية : هي الحالة التي لا يحدد فيها القانون غرض القرار بطريقة محددة، وإنما يشير إليه بطريقة أو بأسلوب عام. ذلك لأن الاعتبارات الخاصة بالغرض في القرار الإداري لا يؤدي به إلى التحديد القانوني الدقيق دائما، بل كثيرا ما يفسح المشرع بالنسبة له مجالا لسلطة الإدارة التقديرية. ومثاله أن يمنح المشرع رجل الإدارة المختص سلطة ضبطية ضمن إطار غرض عام هو المصلحة العامة، دون أن يحدد هذا الغرض العام بغرض خاص من أغراض المصلحة العامة، كحفظ النظام العام مثلا. فالمصلحة العامة إطار واسع يشمل عدة أغراض متميزة كالمصلحة المالية للمنطقة وتطوير تقدم التجارة والصناعة في المنطقة ... الخ

- الثالثة : وهي الحالة التي يمنح فيها النص القانوني لرجل الإدارة سلطة تقديرية واسعة دون أن يحدد الهدف من القرار وبأسلوب عام، أي خارج "تخصيص الأهداف". انظر في ذلك : - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 158 إلى 160.

<sup>4</sup> - وفي ذلك يقول الأستاذ نذير أوهاب بأن البحث في السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة في القرار الإداري لا محل له فيما يتعلق بعناصر الاختصاص والشكل والغاية، لأن القواعد الخاصة بهذه العناصر لا تحدد إلا عناصر قانونيته الخارجية. أما عناصر قانونيته الداخلية، فهي التي يمكن أن تكون مجالا لسلطة الإدارة التقديرية أو السلطة المقيدة. أنظر: نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 148 نقلا عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية والرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دكتوراه حقوق، القاهرة، 1971، ص 492 إلى 498.

## الفرع الثاني

### الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة

تتمثل العناصر أو الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة في ركني: السبب والمحل. وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

#### أولاً: السلطة التقديرية وركن السبب في القرار الإداري

يعرف سبب القرار الإداري بأنه: " الحالة الواقعية أو القانونية، السابقة على القرار، و الدافعة إلى تدخل الإدارة لاتخاذها، فهو مبرر وسند خارجي لإصداره"<sup>(1)</sup>، فالسبب إذن عنصر خارجي عن القرار الإداري و سابق عليه"<sup>(2)</sup>.

تتمثل الحالة الواقعية في الأوضاع الناجمة عن الطبيعة ( زلازل ، فيضانات، انتشار وباء ... ) أو بتدخل إنساني ( حريق، إضراب أمني ... )، و التي تكون وراء هذا القرار<sup>(3)</sup>. ففي هذه الحالات و أمثالها لا تتمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية في التحقق من صحة الوقائع التي تتدخل على أساسها لإصدار قرارها الإداري، أو في التكييف القانوني لتلك الوقائع في حالة ثبوت صحتها<sup>(4)</sup>. فهي لا تملك في هذا الشأن سوى اختصاصا مقيدا تخضع فيه لحكم القانون واللوائح المنظمة. ومن ثم لرقابة القضاء الإداري<sup>(5)</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم، 2005، ص 40. ويعرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه : " حالة واقعية أو قانونية بعيدة عن رجل الإدارة ومستقلة عن إرادته تم فتوحى له بأنه يستطيع أن يتدخل وأن يتخذ قرارا ". سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 200. وتعرفه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 12 / 07 / 1998 ، بأنه : " حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار ابتغاء وجه الصالح العام، الذي هو غاية القرار". رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 59 .

<sup>2</sup> - فالسبب إذن عنصر خارجي عن القرار وسابق عليه. ولكن ليس معنى ذلك أنه لا يمثل - كما ذهب جانب من الفقه الفرنسي - أحد أركانه. ومن ثم لا يمكن أن يكون له أي تأثير على صحته أو مشروعيته. ذلك لأن السبب، والذي يطلق عليه الفقيه " Duguit "الباعث الملهم " motif impulsif " لا يقتصر دوره على مجرد الإيحاء بفكرة القرار الإداري، وإنما يمثل في ذات الوقت أساس القرار الإداري وسبب وجوده، إذ يلزم لتدخل رجل الإدارة لمباشرة اختصاصه بإصدار القرار أن يكون مستندا إلى حقائق موضوعية هي الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على قراره، وذلك حتى يتحقق له الهدف أو الغاية المحددة لقرارته، ولذلك فإن الرأي الراجح والمتفق عليه سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر هو الاعتراف بعيب السبب باعتباره عيبا مستقلا عن أوجه إلغاء القرار الإداري الأخرى ذات العلاقة به، مثل عيب مخالفة القانون والانحراف بالسلطة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن صفة أسبقية السبب على القرار لا تتناقض مع إمكانية اتخاذ القرار من طرف الإدارة على أساس توقعها لحدوث أسباب أو وقائع معينة في المستقبل. ذلك لأن الأسبقية المطلوبة بالنسبة للسبب لا يعني أسبقيته التاريخية على القرار بل أسبقيته القانونية. لمزيد من التفاصيل انظر : السيد محمد إبراهيم ، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإلغاء، الطبعة الأولى، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية، 1963، ص 120 .

<sup>3</sup> - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 41 .

<sup>4</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 60. وعدنان عمرو، المرجع السابق، 52 ، و حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 124 وما بعدها .

<sup>5</sup> - لقد مر وقت طويل كانت فيه الرقابة القضائية تنصب على عناصر القرار القانونية فقط دون العناصر الواقعية. وكان القضاء الإداري في ذلك مشابها لقضاء النقض. لكن مجلس الدولة الفرنسي ومع بداية القرن 20 م، انتهى تدريجيا إلى تقدير حقه في رقابة الوقائع التي تكون أساسا للقرار الإداري. فقرر في البداية حقه في رقابة التكييف، ومن ذلك وصل إلى بسط رقابته على الوقائع، وانتهى أمر التطور إلى اعتبار الوجود المادي والصحيح للواقعة المكونة لسبب

لكنها تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى الخطورة التي يمكن أن تترتب على الوقائع التي استلزمت إصدار القرار الإداري<sup>(1)</sup>. وبالتالي تملك أن تصدر قرارها أو لا تصدره حسب تقديرها للأمور. باعتبارها في وضع يسمح لها أكثر من غيرها بتقدير الأمور تقديرا صائبا بقدر الإمكان. وبالتالي فمن المستحسن أن تترك لها حرية تقدير الأهمية والخطورة التي يمكن أن تترتب على هذه الوقائع، مادام هدفها في النهاية هو تحقيق الصالح العام<sup>(2)</sup>.

فيما يتعلق مثلا بالاضطرابات، فإن الإدارة، وإن كانت تتمتع بسلطة تقدير مدى تهديدها للنظام العام، باعتبارها في وضع يسمح لها أكثر من هيئة أخرى بإجراء مثل هذا التقدير، إلا أنها ملزمة في ذات الوقت بأن تكون مستندة في خصوصها إلى وقائع ثابتة و صحيحة ماديا<sup>(3)</sup>.

كما قد يبنى القرار الإداري على حالة قانونية، والتي تتمثل في وجود مركز قانوني معين خاص أو عام. والتي تشكل أساسا قانونيا للقرار الإداري، ومن أمثلتها ارتكاب موظف لخطأ تأديبي. فهذا السلوك من جانب الموظف ترتب عن مخالفته لتشريع الوظيفة أو للنظام الداخلي. مما فرض ضرورة مساءلته تأديبا، فأصدار قرار العقوبة التأديبية لم يصدر هكذا دون مبرر، وإنما بسبب ارتكاب الموظف لخطأ تأديبي<sup>(4)</sup>.

في إطار الحالات القانونية<sup>(5)</sup>، فإن سلطة الإدارة في الغالب تكون مقيدة. وذلك إذا ما حدد القانون مجموعة أسباب كمسوغ لإصدار قرار معين. ففي هذه الحالة تكون سلطة الإدارة مقيدة، إذ ينبغي عليها إصدار القرار متى توافرت هذه الأسباب دون أن يكون لها خيار. كأن يلزم القانون جهة الإدارة بمنح ترخيص

---

القرار شرطا عاما لمشروعية القرار. انظر في ذلك : محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 174 و 175 .

<sup>1</sup> - وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها صادر ب 5 / 10 / 1955 : " ... وإن كان القرار ... يجب أن يقوم على سبب يبرره، فلا تتدخل الإدارة ... إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني، إلا أن للإدارة حرية تقدير أهمية هذه الحالة والخطورة الناجمة عنها... " انظر في ذلك: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 61 .

<sup>2</sup> - وإن كان الأستاذ " محمد مصطفى حسن " يرى عكس ذلك، حيث يذهب إلى أن الاختصاص المقيد في أدنى صورته يعني الاكتفاء برقابة قيام الأسباب ماديا. وهو ما يسمى بالرقابة الدنيا *un contrôle minimum* ، حيث يترك القضاء للإدارة حرية التكييف القانوني وتقدير خطورة الواقعة. ويكون الاختصاص مقيدا في أقصى صورته حينما يراقب القاضي التناسب بين الإجراء والسبب؛ أي رقابة تقدير خطورة السبب. وتسمى الرقابة القصوى *le contrôle maximum* و بين هذا وذلك يوجب الاختصاص المقيد العادي *contrôle normale* حيث يقف القاضي عند رقابة تكييف

الواقعة، أي بحث ما إذا كانت الواقعة من طبيعة تبرر قانونا القرار المتخذ من الإدارة. انظر في ذلك : محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 168

<sup>3</sup> - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2006، ص 201.

<sup>4</sup> - عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، دار جصور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 156.

<sup>5</sup> - لقد بدأ الاهتمام بدراسة الأسباب القانونية في نهاية القرن 19، حين ظهر عيب الغلط في القانون كوسيلة مميزة للطعن بالإلغاء. وفي 1919 استطاع المفوض "كورني" أن يقرر أن القضاء يقبل الطعن بالإلغاء إذا كان لا يستند إلى تقدير الملاءمة أو الواقعة، وإنما إلى سبب قانوني. وانتهى الأمر إلى أن الغلط في القانون يعيب القرار في حالة القرار السليبي. انظر في ذلك: محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 169.

في حالات محددة وضمن شروط وإجراءات معينة. أو يلزمها بترقية الموظف الأكثر أقدمية. ففي هذه الحالات تكون إرادتها مقيدة وتصدر قرارها متى توافرت هذه الأسباب<sup>(1)</sup>.

وقد تشتمل الحالة القانونية على سلطة تقديرية<sup>(2)</sup> عندما يحدد المشرع أكثر من واقعة قانونية لإحداث الأثر القانوني. كما في قرارات نقل الموظفين، التي قد تتم بطلب من الموظف المعني أو بناء على تقدير الرئيس الإداري لمصلحة العمل<sup>(3)</sup>.

نخلص من كل سبق إلى أن الإدارة العامة لا تتمتع بصفة عامة بسلطة تقديرية فيما يتعلق بصحة الوقائع التي يقوم عليها سبب القرار الإداري أو في التكييف القانوني لتلك الوقائع، بل اختصاصها مقيد بشأنها. ولكنها تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير النتائج التي قد تترتب على تلك الوقائع، وما إذا كانت تلك النتائج تتطلب إصدار قرار إداري بشأنها طالما أن القانون لم يقيدها في ذلك. وهي سلطة تقديرية تخضع لرقابة القاضي الإداري ضمانا لعدم التعسف في استخدامها.

### ثانيا: السلطة التقديرية وركن المحل في القرار الإداري

المحل هو الأثر القانوني الفوري والمباشر الذي يترتب على صدور القرار الإداري. بمعنى هو عملية التغيير التي تحدث في المركز القانوني. والتي قصد مصدر القرار الإداري إحداثها، سواء بالإتشاء أو التعديل أو الإلغاء<sup>(4)</sup>.

فبعد أن تتحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر تدخلها. وبعد أن تكيفها التكييف القانوني الصحيح، وتقدر الأخطاء التي قد تتجم عنها، تواجه اتخاذ قرار معين. وهنا يكمن معظم الاختصاص التقديري للإدارة، والذي يتمثل في ثلاثة عناصر :

– العنصر الأول: حرية الإدارة في أن تتدخل أو أن تمتنع ( حرية إصدار القرار أو عدم إصداره)

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 156 .

<sup>2</sup> - إذا كانت القرارات الإدارية تبنى إما على أسس قانونية أو واقعية تبرر تدخل الإدارة. إلا أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا أصدرت قرار ب: 22 أكتوبر 1988 ، ذهب فيه إلى القول : " من المبادئ المستقر عليها في القضاء الإداري أن القرارات الإدارية تتخذ بناء على اعتبارات قانونية، وليس على اعتبارات متعلقة بالواقع ". ويرى الاستاذ عمار بوضياف أن هذا الوصف المطلق غير المحدد، فيه خروج عن المبادئ المقررة في إصدار القرارات الإدارية، والتي تفرض أن يبنى القرار إما على وقائع قانونية أو اعتبارات واقعية. انظر في ذلك : عمار بوضياف، القرار الإداري، المرجع السابق، ص 157 و 185.

<sup>3</sup> - عدنان عمرو ، مبدأ المشروعية - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 52 .

<sup>4</sup> - خالد سمارة الزغي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 1999، ص 88. ويرى الدكتور عصام البرزنجي العلاقة بين المحل والسبب في إطار السلطة التقديرية فيقول : "... وعلى العكس من ذلك، فإن السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار تتمثل في تمتع رجل الإدارة بحرية الاختيار بين إجراءين أو أكثر. وهذا يعني تمتعه بحرية إجراء التناسب بين السبب المعتمد ومحل القرار المتخذ. والملاحظ بصورة عامة في هذا الصدد أن عدم تحديد المحل يلزم عدم تحديد السبب. فالسلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار تتمثل في حرية اختيار السبب الذي يتفق معه محل القرار..." انظر في ذلك: نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 164. نقلا عن: عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية والرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دكتوراه حقوق، القاهرة، 1971، ص 494.

ما لم يحتم المشرع على الإدارة أن تتدخل إذا تحققت أسباب معينة وأن تقوم بتصرف معين. فإن مجرد تحقق أسباب تجيز تدخل الإدارة لا تلزمها بالتدخل<sup>(1)</sup>. كأن ترى الإدارة صرف النظر عن خطأ الموظف مثلا، أو ترى أن تدخلها في الاضطرابات سيزيد النار اشتعالا.<sup>(2)</sup>

### - العصر الثاني: حرية الإدارة في اختيار وقت التدخل

هذا أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، فإذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل خلال فترة معينة، فإنها حرة في اختيار وقت التدخل. حتى ولو كانت ملزمة أصلا بإصدار القرار أو بإصداره على نحو معين، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدما في معظم الحالات. ومن ثم فإن المشرع كثيرا ما يترك تحديده للإدارة لتتخصص في اختياره على ضوء خبرتها<sup>(3)</sup>.

فإن الإدارة بما لها من سلطة تقدير مناسبات القرار الإداري، تقوم بتعيين الوقت الملائم لإصداره دون رقابة القاضي<sup>(4)</sup>. بشرط ألا يكون القانون قد عين لها ميعادا يتم إصدار القرار فيه -مثل ترقية كل موظف في الدرجة إذا أمضى مدة 3 سنوات- و إلا كان إصداره بعد فوات الميعاد مخالفا للقانون<sup>(5)</sup>.

### - العصر الثالث : حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار

هنا تتجلى سلطة الإدارة التقديرية، بل يمكن القول بحق بان السلطة التقديرية ليست في حقيقتها سوى تقدير مناسبة الإجراء المتخذ للوقائع التي دفعت إلى اتخاذه. أي تتناسب المحل مع السبب<sup>(6)</sup>. فما لم يحدد

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 37.

<sup>2</sup> - انظر الأمثلة عند الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 66 ، والنظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 63.

<sup>3</sup> - قروف جمال، المذكرة السابقة، ص 201. وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بتاريخ 15 مايو 1955 : " إن الإدارة بما لها من سلطة تقدير مناسبات القرار الإداري، تترخص في تعيين الوقت الملائم لإصداره بلا معقب عليها في هذا الشأن من المحكمة ... وبشرط ألا يكون القانون قد عين لها ميعاد يحتم إصدار القرار فيه وإلا كان إصداره بعد الميعاد المحدد لذلك مخالفا للقانون " - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 62. وكذلك حكم مجلس الدولة المصري الصادر في 19 جانفي 1954 " ... إن دعوة الإدارة لانتخاب العمدة قبل الانتخابات بيوم واحد مسألة تقديرية لا تبطل الانتخابات، لأن المادة 10 من القانون رقم 141 لسنة 1947 لم تحدد موعدا معين للإعلان. بل يكفي حدوث هذا الإعلان في أي وقت قبل يوم الانتخاب، خصوصا وأن لكل حالة طابعا ولكل بلدة ظروفها". انظر في ذلك: نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 165 .

<sup>4</sup> - ومع ذلك فإن القضاء الإداري في فرنسا ومصر قد تجاوز الحد السابق إلى رقابة اختيار الوقت ذاته. فعدم تحديد المشرع لوقت محدد لاتخاذ القرار، لا يعني في نظر مجلس الدولة الفرنسي حرية مطلقة للإدارة في هذا المجال، بل يتعين عليها أن تحسن اختيار وقت تصرفها، لأن ضرورة استقرار المعاملات تستلزم ألا تبقى المراكز القانونية مهددة مدة طويلة. من ذلك أن القانون الفرنسي ينص على أنه إذا برأ مجلس التأديب ضابطا من تهمة منسوبة إليه، فإن للوزير الحق في أن يوقع عليه عقوبة مخفضة. وتبعاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن أن: "على الوزير إذا أراد استعمال هذه السلطة، ألا ينتظر وقتا طويلا حتى لا يبقى سلاح العقوبة مسلطا باستمرار على رأس الضابط، لأن من حقه أن يستقر مركزه القانوني بعد مدة معقولة تنقصر بحسب ظروف كل حالة". ولمزيد من الأمثلة عن قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري في هذا الشأن، أنظر: محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 328 و 329.

<sup>5</sup> - فريجة حسين، السلطة التقديرية و اجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، بسكرة، 2007، ص 216 .

<sup>6</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 86 .

المشرع للإدارة على وجه الدقة مضمون القرار الإداري الواجب اتخاذه، تمتعت في هذا الخصوص بسلطة تقديرية واسعة. بشرط أن يكون هذا الأثر على حد تعبير مجلس الدولة المصري ممكنا وجائزا قانونا<sup>(1)</sup>.

معنى ذلك أن رجل الإدارة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بمحل القرار الإداري وذلك:

كلما كانت قاعدة القانون قد تركت له حرية في هذا الشأن. كحرية الاختيار مثلا بين عدة حلول، إذ يستطيع بذلك أن يحدد بحرية محل القرار الذي منحه القانون حق إصداره. وفيما يتعلق بالجزاءات التأديبية مثلا، تملك الإدارة سلطة اختيار الجزاء المناسب بحرية تامة من بين الجزاءات التي حددها المشرع. وأيضا فيما يتعلق بمواجهة الاضطرابات التي تهدد الأمن يكون للإدارة حرية اختيار الوسيلة الملائمة لمثل هذه المواجهة... الخ .

أو كلما كانت قاعدة القانون قد تخلت تماما عن بيان هذا المحل، كما تخلت عن تحديد ما يمكن للإدارة أن ترتبه من الآثار القانونية، مكتفية في هذا الخصوص بتحديد الغاية أو الهدف، إذ تستطيع الإدارة في مثل هذا الحالة أن تحدد بحرية محل القرار الذي خولتها القاعدة القانونية حق إصداره، على أساس أن كافة الحلول التي يمكن أن تختارها السلطة الإدارية، تعد جائزة ومشروعة قانونا<sup>(2)</sup>.

خلاصة القول إذن أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بركني السبب والمحل، ما لم يتدخل المشرع ويحدد كل منهما على وجه الدقة.<sup>(3)</sup> أو يتدخل القاضي ويفرض رقابته على اختيار السبب أو المحل لاعتبارات يقدرها كما سنرى فيما بعد.

---

<sup>1</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 63. ونذير أوهاب، المرجع السابق، ص 164. وسليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية،

المرجع السابق، ص 63.

<sup>2</sup> - فمثلا إذا قرر القانون أن للإدارة سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة إذا ما تعرضت لأي تهديد بالإخلال. فإنه بذلك يكون قد ترك للإدارة سلطة تقديرية كاملة في ترتيب الآثار القانونية الكفيلة بحماية الآداب العامة، دون خوف من أن يشوب قراراتها عيب مخالفة القانون. وذلك إزاء تخلي القانون عن تحديد هذه الآثار أو تقييد الإدارة في شأنها بأي قيد. انظر في ذلك : - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة

العربية، القاهرة، 1992، ص 213 وما بعدها .

<sup>3</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 308.

## المبحث الثاني

### ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لم يعد هناك جدل أو نقاش من جانب الفقه أو القضاء حول ضرورة تمتع الإدارة-وهي تباشر اختصاصاتها ومسؤولياتها القانونية-بسلطة تقديرية، أو بقدر من حرية التصرف. إذ أن هذه السلطة أو ذلك القدر من الحرية، يعد بمثابة الشرط الأول لحياة وبقاء كل إدارة، خاصة بعد تشعب وتداخل مجالات ومسؤوليات الدولة الحديثة<sup>(1)</sup>.

إلا أن المنطق يقضي بأنه لا يمكن أن تمارس هذه السلطة التقديرية خارج حدود القانون. وإذا ما تم ذلك، كان لزاماً أن يتم ردها إلى جادة الصواب. وذلك لن يتأتى إلا بفرض رقابة قضائية صارمة عليها؛ لأن القانون يجب أن يفرض احترامه على السلطة الإدارية وغيرها من السلطات. وبدون احترام هذه الإرادة، تصبح الأمور فوضى ولا ضابط لها. ويصبح كيان الجماعة مزعزعا لا ثبات له ولا مدافع عنه.

نظرا لأهمية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، فقد رأينا أن نقسم الدراسة إلى ثلاث نقاط

أو مطالب:

**المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.**

**المطلب الثاني: موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.**

**المطلب الثالث: أهداف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.**

---

<sup>1</sup> - من المسلم به أن الإدارة يجب أن تعمل فكرها لتواجه المواقف الجديدة ودون أن تحيل في كل الأحوال إلى نصوص القانون. "فالفقيه المتفهم للقواعد قد لا يكون إداريا ناجحا، والشخص الذي يعرف كل معالم الطريق قد لا يكون سائقا ماهرا، وهدف رجل الإدارة ليس فقط تطبيق القانون، بل تحقيق النتائج المفيدة". أنظر في ذلك: محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 63.

## المطلب الأول

### مفهوم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لا يكفي لحماية الحقوق والحريات أن تتحقق سيادة القانون؛ لأن قيام دولة تخضع للقانون، وإن كان شرطاً أساسياً لقيام الحريات العامة، إلا أنه ليس بالشرط الكافي لهذا الغرض. فلا جدال في أن الجزاء الأكيد لمبدأ المشروعية، والضمان الحقيقي الوحيد لإعمال هذا المبدأ. يتمثل في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة. بيد أن الرقابة على أعمال الإدارة لا تتخذ أسلوباً واحداً، إذ تتعدد صورها حسب التنظيم السياسي والقانوني في الدولة. فقد تتركز الرقابة في جهة واحدة. وقد تتعدد الجهات التي تختص بممارسة هذه الرقابة. ومع ذلك يمكن القول أن طرق الرقابة على أعمال الإدارة لا تخرج عن صور ثلاثة: الرقابة البرلمانية، الإدارية والقضائية.

وعليه فإننا سنتطرق إلى تحديد تعريف للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، ثم نقوم بتحديد خصائصها التي تميزها عن باقي أنواع الرقابة.

### الفرع الأول

#### تعريف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

سنبين خلال هذا الفرع تعريف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بصفة عامة ثم على السلطة التقديرية للإدارة بصفة خاصة.

- **الرقابة لغة:** رقب: الرء والقاف والباء، أصل واحد مطرد، يدل على انتصاب لمراعاة شيء. رقبوا (بضم الرء) ورقبوا (بفتح الرء) ورقابة ورقبانا ورقية: حرسه، انتظره، حاذره، والنجم رصده، راقب: حرسه، أرقب الدار: جعلها له رقيبى، و الرقبى: جعل له إياها، ترقب: انتظره، تراقبا: راقب كل منهما الآخر، ارتقب: ترقبه والمكان علا وأشرف عليه<sup>(1)</sup>.

وفي أسماء الله تعالى، الرقيب هو الحافظ الذي لا يغيب عنه شيء، وقد ورد مصطلح الرقابة في قوله تعالى: " **إن الله كان عليكم رقيباً**"<sup>(2)</sup> أي مطلعاً حفيظاً لأعمالكم، كما ورد في قوله تعالى: " **فأصبح في المدينة خائفاً يترقب**"<sup>(3)</sup> . ورقب الشيء، يرقبه مراقبة وراقبا: حرسه، والرقيب: الحارس، الحافظ، وترقبه: انتظره ورصده<sup>(4)</sup>.

تعرف الرقابة القضائية في الفقه الإسلامي<sup>(5)</sup> بأنها: " **إسناد الرقابة على شرعية أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية، بحيث تتولى محكمة مختصة بحث شرعية العمل الإداري**"<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986، ص 399.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 01 .

<sup>3</sup> - سورة القصص، الآية 18 .

<sup>4</sup> - لسان العرب لابن المنظور، ص 434 - 426 ، المنجد الأجددي، الطبعة الثامنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986 ، ص 234 .

<sup>5</sup> - إن الأصل الشرعي للرقابة على أعمال الإدارة عموماً والسلطة التقديرية على وجه الخصوص يرجع في الإسلام إلى أساسين :

أما على المستوى القانوني، فلقد عرف العديد من الفقهاء الرقابة القضائية. ومن أهم هذه التعريفات نذكر:

تعريف الدكتور "ماجد راغب الحلو" الذي عرفها بأنها: "هي الرقابة التي تتولاها المحاكم على أعمال الإدارة... وقد تتولاها المحاكم العادية، فتختص بالفصل في كافة أنواع المنازعات الإدارية منها وغير الإدارية، وهذا هو نظام القضاء الموحد، وقد يعهد بالرقابة على أعمال الإدارة إلى قضاء متخصص يقوم بالفصل في المنازعات الجنائية والمدينة والتجارية ومنازعات الأحوال الشخصية، وهذا ما يعرف بنظام القضاء المزدوج"<sup>(2)</sup>.

أما الأستاذ "نذير أوهاب" فقد عرفها: " أن توكل مراقبة أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية، والتحقق من مدى مراعاة الشروط التي تطلبها القانون"<sup>(3)</sup>.

ولقد عرفها الدكتور: "عمار عوابدي" بأنها: " الرقابة القضائية التي تمارسها وتباشرها المحاكم القضائية على اختلاف أنواعها(المحاكم الإدارية - المحاكم العادية من مدينة أو تجارية ) وعلى مختلف درجاتها ومستوياتها ( ابتدائيا - استئنافا - نقضا )، وذلك عن طريق وبواسطة تحريك الدعوى والطعون المختلفة ضد أعمال السلطات الإدارية غير المشروعة، مثل دعوى التعويض أو المسؤولية، والدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية"<sup>(4)</sup>.

أما الأستاذ لعشب محفوظ فيعرفها بأنها: " الرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي: رقابة قانونية في أساسها وإجراءاتها ووسائلها وأهدافها"<sup>(5)</sup>.

من ثمة فإن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية تختص بها المحاكم ذات الطابع الإداري بعد استحداث نظام الازدواجية القضائية سواء كانت المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، أو عن طريق وسائل قانونية

---

-أولاً: أنه يجب أن تكون قراراتها وتصرفاتها موافقة لأحكام الشرع على الدوام. فأى تصرف يخالف أحكام الشرع يكون باطلا، و ليس له أية حجية على الإطلاق.

-والثاني: أن الإدارة يجب أن تتوخى دائما في قراراتها المصلحة العامة. فولي الأمر ومعاونيه كما يقول الإمام القراني: " لا يجلب لهم أن يتصرفوا إلا لطلب مصلحة أو درء مفسدة، فالوالة والأئمة معزولون عما لا يحقق المصلحة العامة". أنظر في ذلك: سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1987، ص 429.

<sup>1</sup> - لقد كان الخلفاء والوالة والموظفون يخضعون في أعمالهم لرقابة القضاء بالإضافة إلى رقابة الشعب. ولا يجدون غضاضة في الامتثال لأحكام القضاء والموافقة لأحكام الشرع، لما كان عليه القضاء في الإسلام من الإجلال والاحترام ومكانة عظيمة في نفوس الناس عامة والخلفاء والوالة خاصة. المرجع نفسه، ص 595 .

<sup>2</sup> - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 60 .

<sup>3</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 224 .

<sup>4</sup> - عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 24 .

<sup>5</sup> - لعشب محفوظ، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 128 .

مدعمة لها<sup>(1)</sup>. والرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة لا تنصب على السلطة التقديرية ذاتها، وإلا ترتب على ذلك نقل لحرية التقدير من الإدارة إلى القاضي، وإنما تتناول تعيين حدودها وظروف استعمالها.<sup>(2)</sup> فالقضاء لا يتعرض لتقدير الإدارة في ذاته، ولكن للظروف التي أحاطت به، فإذا ما تبين له أن تلك الظروف لا يمكن معها إجراء تقدير سليم، تكون الإدارة قد خرجت عن التزام قانوني<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### خصائص الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

انطلاقاً من التعريف السابق لعملية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، الذي يبرز بدقة أهمية هذه الوسيلة كأداة لحماية المواطن وحقوقه من تعسف الإدارة. فقد أدى بها ذلك إلى أن تمتاز بجملة من الخصائص التي تتفرد بها عن باقي أنواع الرقابة الأخرى، وبالتالي تجعلها مؤكدة وعادلة، ومن بين هذه الخصائص نجد:

#### أولاً: شمول الرقابة القضائية

يلاحظ أن الرقابة القضائية تمتد إلى سلطات الدولة كلها إذ تسري على السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ذاتها. فبالنسبة للسلطة التشريعية، نجد القضاء في كثير من الدول، له حق مراقبة دستورية القوانين للتأكد من مدى مطابقتها لأحكام الدستور، وهو بذلك يراقب عمل السلطة التشريعية. يختص القضاء كذلك بنظر الطعون الانتخابية وقرارات إسقاط العضوية والعزل. كما يكون من حق القضاء أحياناً الحكم بتعويض عن الأضرار التي تسببها بعض القوانين عند تطبيقها أو تنفيذها. وقد يعد ببعض أجزاء هذه الرقابة إلى محكمة خاصة تنشأ لهذا الغرض. مثل إنشاء محكمة دستورية لرقابة دستورية القوانين<sup>(4)</sup>.

بالنسبة للسلطة القضائية ذاتها، نجد أنها تراقب نفسها عن طريق الطعن في الأحكام وبطرق الطعن العادية وغير العادية<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 74 .

<sup>2</sup> - محمد مصطفى حسين، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 258 .

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 70. وتتميز رقابة السلطة التقديرية عن رقابة القضاء لغيب الانحراف بالسلطة. فرغم أن هذا العيب من عيوب القرار يفترض وجود السلطة التقديرية، إلا أن رقبته تواجه الغاية من القرار. وهي جماع عناصر شخصية وموضوعية، في حين أن رقابة السلطة التقديرية هي رقابة حدود هذه السلطة. رقابة يمتد سلطان القاضي فيها إلى جميع أركان القرار الإداري الصادر بناء على السلطة التقديرية بما في ذلك ركن الغاية أو الهدف. أنظر في ذلك: محمد مصطفى حسين، المرجع السابق، ص 321. ونذير أوهاب، المرجع السابق، ص 233 .

<sup>4</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 58 و 59 .

<sup>5</sup> - تنص المادة 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: " طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة .

طرق الطعن غير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة و التماس إعادة النظر و الطعن بالنقض".

وبالنسبة للسلطة التنفيذية، فإن القضاء يراقب تصرفاتها ويعمل على توجيهها نحو ضرورة احترام مبدأ المشروعية، وفي ذلك حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم. فنجد أن رجال السلطة التنفيذية -بحكم عملهم- يتأثرون أحيانا بالاعتبارات الشخصية المختلفة التي تتحرف بالعمل عن دائرة الصالح العام. ويلاحظ أيضا أن السلطة التنفيذية تتمتع بحكم وظيفتها بمجموعة من الامتيازات الخطيرة التي قد تهدد عند استخدامها حقوق الأفراد وحررياتهم. وربما تلجأ الإدارة إلى ممارسة سلطتها التقديرية لمحاباة البعض أو لمحاربة البعض الآخر أحيانا، و في الحالتين إضرار بالمصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: الاستقلال، الحياد والموضوعية

مبدأ الحياد كما يعرفه الدكتور بوشير أمقران: "مركز قانوني يكون فيه القاضي بعيدا عن التحيز لفريق أو خصم على حساب آخر"<sup>(3)</sup>

كما عرفه الأستاذ الدكتور "عمار بوضياف": "... أن يزن القاضي المصالح القانونية للخصوم بالعدل، وأن يقف موقفا من الخصومة يجعله بعيدا عن مظنة الميل لأحد الأطراف"<sup>(4)</sup>.

من خلال هذه التعريفات، نجد أن مبدأ الحياد من المبادئ الأساسية المسلم بها في التقاضي، يكون من خلاله القاضي مستقلا في حكمه بعيدا عن أي تحيز أو ميل إلى أحد الخصوم<sup>(5)</sup>.

ينجم عن ذلك أن حقوق الأفراد وحررياتهم لا يمكن ضمانها بصورة جدية إلا في ظل الرقابة القضائية، لأن القضاء -نظرا لاستقلاله وحياده وتخصصه- يتمكن من الفصل في المنازعات بكفاءة ونزاهة. كما أن هذه الرقابة تؤدي - باعتبارها في يد جهة بعيدة عن الإدارة- إلى حرص الإدارة على القيام بأعمال وظيفتها في حدود مبدأ المشروعية، حتى لا تتعرض للطعن فيها بالإلغاء أو طلب التعويض عنها. وحتى لا يكشف القضاء انحرافها وبظهورها في وضع غير سليم يتنافى مع أهداف وظيفتها<sup>(6)</sup>.

تبعاً لذلك، فإن القضاء الفاصل في المادة الإدارية الجزائري ينظر في الدعاوى المرفوعة أمامه بصفة مستقلة<sup>(7)</sup>. فلا سلطان للإدارة في غالبية النظم القانونية على القضاء، خاصة وأن استقلال الجهاز القضائي صار اليوم يشكل حقا من حقوق الإنسان تكرر في المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 12 .

<sup>2</sup> - عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، 1962، ص 09 .

<sup>3</sup> - بو بشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1994، ص 80.

<sup>4</sup> - عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، دار الريحانة، الجزائر، 2003، ص 13 .

<sup>5</sup> - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 74.

<sup>6</sup> - عبد الله طلبه، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 53 .

<sup>7</sup> - تأكيدا لذلك فقد أجاز المشرع الجزائري للمتقاضى أن يتقدم بطلب رد القاضي عند النظر في النزاع، طبقا للمادة 241 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ( 08 حالات لرد القاضي ) .

### ثالثا: الرقابة القضائية رقابة مشروعية في الأصل

بمعنى أن دور القاضي من خلال رقابته هو فحص التصرف الإداري محل النزاع من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقواعد القانونية. دون أن تمتد هذه الرقابة إلى بحث مدى ملاءمة هذا التصرف، حيث يبقى تقدير هذه الملاءمة من المسائل المتروكة للإدارة بما لها من سلطة تقديرية. بمعنى أن الرقابة القضائية هي رقابة قانونية يسلمها القضاء للتعرف على مدى مشروعية العمل الإداري. فيقف نشاطه عند حد التحقق من مشروعيتها أو عدمها، دون تجاوزها إلى وزن مناسبات القرار، وغير ذلك مما يدخل في نطاق الملاءمة والسلطة التقديرية التي تملكها الإدارة. إلا في الحدود التي سيأتي شرحها في موضع لاحق من هذا البحث<sup>(2)</sup>. ليس للقضاء في مجال ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة سوى الحكم بمشروعية التصرف الإداري أو الحكم ببطلانه، ومن ثم إلغائه لعدم المشروعية. علاوة على التعويض عن الإضرار الناجمة عنه.

تبعاً لذلك، لا يجوز للقضاء التدخل في عمل الإدارة بأن يحل محلها في إصدار أي قرار أو أن يأمرها بأداء عمل معين أو بالامتناع عنه. ولا أن يكرهها على شيء من ذلك<sup>(3)</sup>، إذ أن ممارسة الوظيفة الإدارية لا تكون إلا للإدارة. وبالتالي تظل للإدارة حريتها الكاملة في اتخاذ ما تراه من قرارات بمقتضى وظيفتها الإدارية خاضعة في ذلك لرقابة القضاء إذا وقعت منه مخالفة للقانون<sup>(4)</sup>.

### رابعا: وجوب المطالبة القضائية

إن الرقابة القضائية وعلى خلاف الرقابتين البرلمانية والإدارية، لا تتحرك من تلقاء نفسها وإنما لابد من رفع دعوى أمام القضاء من ذوي الشأن، لكي سيبتد إليها القاضي في ممارسته للرقابة على أعمال الإدارة التي تثير الشكوك حول مشروعيتها، نتيجة هذه الدعوى.

على اعتبار أن الرقابة القضائية لا تتم إلا عن طريق المطالبة القضائية من طرف صاحب الحق الذي أدى عمل الإدارة إلى المساس بمركزه القانوني دون أن يسقط هذا من حقوق الإدارة في هذا المجال، لأن هذه

---

<sup>1</sup> - فلا يمكن التسليم بما يقول به بعض الفقه الفرنسي على إطلاقه، بأنه ليس بالضرورة أن يكون القضاء الإداري مستقلاً عن الإدارة لأن الاستقلال لن يكون في جميع الأحوال في صالح الأفراد، لأن القضاء الإداري في حالة استقلاله عن السلطة التنفيذية لن يقدم على فرض رقابة جريئة على أعمالها. أما إذا كان القضاء قريباً من الإدارة فإن رقابته ستكون أفضل وأنجع. وذلك راجع إلى الجرأة التي تصطبغ بها الرقابة القضائية في مجالات ومسائل معينة، يعتمد فيها القضاء الإداري على علاقته القوية بالسلطة التنفيذية وتتقبلها هذه الأخيرة ببساطة، مادامت لا تتجاوز المجالات والمسائل التي لا تمثل أهمية خاصة، آخذة في اعتبارها أن القاضي الإداري ليس غريباً عنها. وهذا ما فعلته الحكومة الفرنسية في تعديلات 1963 من الاحتفاظ للقضاء الإداري بمركز الخضوع والتبعية لها. وحرصها على مقاومة أي اتجاه ينشأ لديه نحو التخلص من هذه التبعية. "وهذا ما تفعله مصر من اتجاه الحكومة فيها نحو ربط أعضاء القضاء الإداري بها، عن طريق ندمهم لوظائف في الجهاز التنفيذي إلى جانب عملهم القضائي مقابل مكافآت تصرف لهم. ولا يستقيم في العقل أن يكون ذلك لتحقيق وتنشيط فاعلية الرقابة القضائية على أعمالها". لمزيد من التفاصيل انظر: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 60 و 61 .

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 304 .

<sup>3</sup> - و إن كان المشرع الجزائري قد استحدث آلية فرض الغرامة التهديدية على الإدارة لإرغامها على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها في المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

<sup>4</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري: الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 305 .

الأخيرة لها حق اتخاذ كل الأعمال التي تناسبها لدى تسييرها للمرافق العامة، و مع ذلك فهي غير مجبرة على أن تقوم قانونا بالالتجاء إلى القضاء للدفاع ومحاولة الحصول على حقوقها من الأفراد<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لقد انقسم الفقه بشأن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بين مؤيد ومعارض، وقد كان لكل اتجاه حججه التي يستند إليها ويدعم بها موقفه، وذلك ما سنحاول التطرق إليه فيما يلي ذكره، مدعين ذلك برأينا بخصوص هذا الانقسام والاختلاف في الآراء.

## الفرع الأول

### الموقف المعارض للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي تماما ولمدة طويلة عن بحث مسألة السلطة التقديرية للإدارة أو بسط رقابته على الأنشطة التي تباشر بمقتضى هذه السلطة، معتبرا أنها مما يدخل في إطلاقات الإدارة<sup>(2)</sup>، دون أدنى رقابة عليها من القضاء<sup>(3)</sup>.

لقد تم الاستناد في ذلك إلى عدة حجج: منها اعتبار مجلس الدولة على أنه مماثل لمحكمة النقض من حيث كونها محكمة قانون فقط. ومن ثم فقد كان على القاضي الإداري أسوة بقاض محكمة النقض أن يمتنع عن رقابة الوقائع التي استندت إليها الإدارة في قرارها، مكتفيا في هذا الشأن بإنزال حكم القانون عليها. ومعنى ذلك أن مجلس الدولة كان يحترم سلطة الإدارة حينما تبحث في الوقائع وتقديرها. فلا يناقش صحة هذه الوقائع ولا حتى وجودها المادي، تماما كما يحترم قضاء النقض هذه السلطة لمحكمة أو لقاضي الموضوع، فكلاهما إذن قاض قانون لا قاض وقائع<sup>(4)</sup>.

أما الحجة العملية التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه، فتكمن في عجز القاضي عن رقابة الجانب التقديري من نشاط الإدارة. لأنه مهما وضع أمامه من معلومات ومهما قام بأبحاث وتحريات حول موضوع

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، قضاء التفسير في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار هومه، 1999، ص 811 .

<sup>2</sup> - زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 118.

<sup>3</sup> - إذ نتيجة إدراك مجلس الدولة الفرنسي أنه وجد كبديل للمحاكم العادية للنظر في أفضية الإدارة. تلك المحاكم التي كان يطلق عليها آنذاك "البرلمانات القضائية"، التي منعت من مباشرة تلك المهمة لما كانت تتسم به من سمعة سيئة، سواء لدى المواطنين أو لدى رجال الثورة الفرنسية أنفسهم نتيجة تدخلها الدائم في أعمال الإدارة. والحد بالتالي من استقلالها وحريتها في التصرف. بل ونتيجة وقوفها حجر عثرة في وجه أي إصلاح يراد إدخاله على الجهاز الإداري. وترى أنه ينتقص من امتيازاتها، فقد خشى أن يؤدي تدخله في أعمال الإدارة ومحاسبتها على كل كبيرة وصغيرة أن يعيد للأذهان تلك الصورة السيئة. الأمر الذي قد يعصف بوجوده، لذلك فقد فضل أن يكسب ثقة الإدارة والقائمين عليها. وذلك عن طريق امتناعه عن أية رقابة تؤدي إلى الانتقاص من حريتها واستقلاليتها فيما تباشر من أنشطة تقديرية. مكتفيا في هذا الصدد بمراقبة مشروعية تلك الأنشطة دون ملامتها. انظر في ذلك : صلاح يوسف عبد العليم ، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 23 و 20 .

<sup>4</sup> - 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 07 .

النزاع، فإنه يكون عادة بعيدا عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة. بحيث تنحصر معلوماته في حدود الدعوى التي ينظرها. كما أنه يصدر حكمه عادة بعد مضي زمن على حدوث تلك الوقائع. إذ ليس من عادته سرعة التصرف التي يتطلبها سير المرافق العامة بانتظام واطراد<sup>(1)</sup> إضافة إلى عدم وجود الخبرة الكافية لديه لمواجهة الحالات التي تعرض للإدارة<sup>(2)</sup>.

بالإضافة إلى هاتين الحجتين اللتين ساقهما القضاء الإداري الفرنسي، فإن الفقه يستند في تبريره لرفض بسط القضاء لرقابته على السلطة التقديرية للإدارة إلى حجتين أساسيتين: تكمن الأولى في اعتبار الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات. أما الحجة الثانية، فتتمثل في قصر الرقابة القضائية على مشروعية أعمال الإدارة دون تعديها إلى مجالات الملاءمة<sup>(3)</sup>. وسنفصل الحديث عن كلتا الحجتين فيما يلي:

### أولاً: اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات

لقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تمثل اعتداء على استقلالية الإدارة بمقتضى مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(4)</sup>. ذلك أن القاضي في رقابته على سلطة الإدارة التقديرية يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير جهة الإدارة<sup>(5)</sup>، أو أنه في رقابته على هذا التقدير يقوم

<sup>1</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 77. وهذه الاعتبارات هي التي أدت إلى فصل الإدارة العاملة عن الإدارة القاضية. فالقاضي ليس إدارياً " يقضي ولا يدير " .

<sup>2</sup> - محمد كامل ليله، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1968، ص 77 و 78 .

<sup>3</sup> - هناك بعض الفقهاء من أنكروا تماماً وجود سلطة تقديرية للإدارة. ومن بينهم الفقيه الإنجليزي "دايسي"، صاحب المذهب الليبرالي. وقد جسّد أفكاره هذه في كتابه "فلسفة الحرية الاقتصادية" عام 1885. تلك الفلسفة التي تعني ترك الأفراد أحراراً فيما يفعلون شرط عدم التدخل في حريات الآخرين. على أن تقتصر وظائف الدولة على حفظ النظام والدفاع والعلاقات الخارجية. ولذلك كان طبيعياً أن يصرف تفكيره ويوجه اهتمامه إلى تأثير الدولة على الحريات الفردية وحماية الملكية الخاصة. ونتيجة لذلك فإنه لا محل في أي نظام سياسي عنده للسلطة التقديرية، تلك السلطة التي يرحح بإساءة استخدامها. ومن ثم تكون وسيلة للتحكم والاستبداد والاعتداء على حريات الأفراد. والواقع أن إنكار "دايسي" للسلطة التقديرية هو أمر أثبت الواقع استحالتة. فمشروعات الخدمة الاجتماعية في إنجلترا التي تضطلع بها الدولة، لا يمكنها أن تكون موضع التنفيذ بطريقة مرضية إذا لم تترك بعض تفصيلات تنفيذها لجهة الإدارة. لما لها من سابق الخبرة في ها المجال. ولا خشية على حريات الأفراد طالما أن هذه السلطة مقيدة بالمصلحة العامة. أنظر لمزيد من التفاصيل: عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 1989، ص 59 و ما بعدها.

<sup>4</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 291.

<sup>5</sup> - وفي ذلك يقول: « chevalier »:

« Les juridictions administratives estiment n'avoir pas qualité pour prendre aux lieux et place des administrateurs les mesures que ceux-ci sont juridiquement obligés de prendre »

أنظر في ذلك: بن صالوة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، دراسة مقارنة، دار هومو، دون تاريخ، ص 120.

بإحلال نفسه محل رجل الإدارة ويمارس أحد اختصاصاته. وبذلك فإنه يخرج عن دوره كقاضٍ مشروعية ليصبح رئيساً أعلى للإدارة<sup>(1)</sup>.

ثمة اعتباران دفعا ببعض الفقه إلى القول بتعارض رقابة السلطة التقديرية مع مبدأ الفصل بين السلطات. هما النظرة الجامدة للمبدأ أولاً، والتي تفسره تفسيراً ضيقاً. والتشكيك في قدرة القاضي على القيام بهذه المهمة ثانياً.

في هذا الإطار يقول الأستاذ "فالين" أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يباشر رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ليحل تقديره بدلاً من تقديرها، مادام تقدير الإدارة ينهض على أساس من الوقائع الصحيحة المبررة. وإلا فإنه يخرج عن حدود اختصاصاته ليصبح رئيساً أعلى للإدارة<sup>(2)</sup>. مفاد ذلك أن القاضي الإداري يفرضه لرقابته على السلطة التقديرية للإدارة، يدخل في مجال التقدير الإداري ويعتدي بهذه المثابة على اختصاصات الإدارة. مما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات.

يسير جانب من الفقه المصري في هذا الاتجاه<sup>(3)</sup>، من ذلك الأستاذ "السيد محمد إبراهيم"<sup>(4)</sup>، الذي يقرر أنه: "في نطاق تطبيق مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، ليس للقضاء إلا الرقابة القانونية على أعمال الإدارة، و لذلك فإنه لا يمد رقابته إلا في الحدود القانونية، أي في حدود التأكد من أن القرار قد قام على عناصره القانونية، ومنها أن يكون محققاً لأغراضه و للمصالح التي عينها القانون و ليس له أن يتطرق إلى بحث درجة تحقق هذه المصالح، إذ أن ذلك مما يخرج عن نطاق مسؤولية الإدارة القانونية، التي تخضع لرقابة القضاء، ويدخل في نطاق مسؤوليتها الإدارية والسياسية".

وهكذا يخلص هذا الاتجاه الفقهي إلى أن فرض القضاء الإداري رقابته على التناصب فيه اعتداء على اختصاصات الإدارة. الأمر الذي يشكل إخلالاً بمبدأ الإخلال بين الهيئات الإدارية و القضائية<sup>(5)</sup>.

---

<sup>1</sup> - محمد تقيه، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 142. وهذا ما أبدته "فالين" حين قال: "إن عملية الإدارة تتمثل أساساً في الاختيار في نطاق مجموعة القرارات التي يمكن اتخاذها قانوناً، ذلك القرار الذي يتفق أكثر من غيره مع احتياجات الصالح العام، وإذا سمح القاضي لنفسه بمراجعة الإدارة في تقديرها هذا وإلغاء القرارات التي يقدر أنها لا تخدم الصالح العام بدرجة كافية، فإنه في هذا الغرض لا يصبح قاضياً، وإنما رئيساً أعلى للإدارة". انظر في ذلك: قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2006، ص 203 نقلاً عن:

- Waline, Etendue et limite du contrôle du juge administratif, G.E, 1956, p 27

<sup>2</sup> - خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 291.

<sup>3</sup> - من هؤلاء نجد الدكتور محمد حسنين عبد العال. أنظر رسالته، فكرة السبب في القرار الإداري و دعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 71.

<sup>4</sup> - السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإلغاء، الطبعة الأولى، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية، 1963، ص 275.

<sup>5</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الدكتور "السيد محمد إبراهيم" يشير إلى وجود خلط في الفقه بين مبدأ الفصل بين السلطات الذي ابتدعه مونتيسكيو وطبقته الثورة الفرنسية. وبين مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية الذي كان قد ظهر قبل قيام الثورة الفرنسية. وذهب البعض إلى محاولة التوفيق بين المبدأين بالقول أن مبدأ الفصل بين الهيئات أثر خاص لمبدأ الفصل بين السلطات، أو تفسير فرنسي له أو طريقة لتطبيقه. رغم التناقض بين المبدأين في الأهداف والآثار. فمبدأ الفصل بين السلطات مبدأ سياسي هدفه عدم تركيز سلطات الدولة في يد واحدة وتوزيعها على هيئات منفصلة ومستقلة، منعاً للاستبداد

تبعاً لذلك يطرح التساؤل عن فحوى هذا المبدأ، وكيف نشأ وكيف طبق في الواقع؟ وهل أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري؟. كل هذا الأسئلة سنحاول الإجابة عليها فيما يلي ذكره:

## 1- مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(1)</sup>

لا يقصد بفصل السلطات أن تستقل كل هيئة أو سلطة عن الأخرى تمام الاستقلال بحيث تكون كل منها بمعزل عن الأخرى<sup>(2)</sup>. لكن المقصود بهذا المبدأ هو: "عدم تركيز صلاحيات وسلطات الدولة في يد واحدة، بل توزيعها على هيئات وسلطات منفصلة و متساوية، بحيث لا يمنع هذا التوزيع و الانفصال من قيام تعاون و رقابة من السلطات على بعضها البعض"<sup>(3)</sup>.

إذا كان "مبدأ الفصل بين السلطات" يقترن وينسب إلى الفيلسوف الفرنسي "مونتيسكيو" في كتابه "روح القوانين". على اعتبار أن هذا المبدأ سيضمن ممارسة واحترام الحقوق والحريات الفردية<sup>(4)</sup>، على أن توزع تلك السلطات بين ثلاث هيئات: سلطة تشريعية تكون بيد الشعب أو ممثليه، سلطة تنفيذية بيد ملك قوي، وسلطة

---

والتحكم. أما مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية فيقوم على عزل الهيئات القضائية عن نظر المنازعات المتعلقة بالهيئات الإدارية. وتبعاً لذلك، إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يحمي الفرد من تعسف الدولة، فإن الفصل بين الهيئات يحمي الإدارة من رقابة القضاء. كما أن مبدأ الفصل بين السلطات يقسم وظائف الدولة بين سلطات متعددة. أما مبدأ الفصل بين الهيئات، فيقسم الوظيفة القضائية بين الهيئات الإدارية والقضائية. ومما يؤكد عدم الارتباط بين المبدئين، أنه في فرنسا عرف مبدأ الفصل بين الهيئات في النظام الملكي الذي قام على مبدأ وحدة السلطة، وفي وقت لم يكن قد تألق فيه مبدأ الفصل بين السلطات. وعلى العكس تماماً في إنجلترا والولايات المتحدة، حيث يتكرونها مبدأ الفصل بين الهيئات رغم قيام النظام الدستوري على أساس الفصل بين السلطات. ويدلل على ذلك بما قاله الأستاذ "فديل" بأنه لا التاريخ ولا القانون المعاصر يؤكد أن مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية كان مرتبطاً بمبدأ الفصل بين السلطات. أنظر: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، نقلاً عن: السيد محمد إبراهيم، مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الإسكندرية، 1970.

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أن الفكر الإسلامي الحديث يؤكد على أن مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الإسلامي يقوم و ينفرد على سائر الأنظمة بالفصل التام بين السلطة التشريعية وباقي السلطات. وهذا لم يصل إليه أي نظام دستوري حديث، إذ تعد السلطة التشريعية - وهي الله سبحانه و تعالى - أولى السلطات وأهمها في الإسلام - منفصلة تماماً عن القائمين بالتنفيذ. وما يضعه أولي الأمر أو الحكام إنما هو للتنفيذ والكشف لا غير وفي حدود التشريع الإلهي. إذ لا يملك الخليفة حق التشريع لوصفه رئيس السلطة التنفيذية، وإن كان له حق الاجتهاد متى استوفى شروطه مثله مثل باقي المجتهدين. أما عن السلطة القضائية، فإنها في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية لم تكن مستقلة بذاتها، بل كانت تابعة للسلطة التنفيذية. إذ غالباً ما نجد وفي مختلف مراحل الدولة الإسلامية القضاة يمارسون إلى جانب وظيفة القضاء أعمالاً تنفيذية أخرى كقيادة الجيوش والحسبة... إلا أن هذا الإدماج العضوي للقضاء لم يكن أبداً مؤثراً على ممارسة وظيفتهم كقضاة، لما كانوا يتمتعون به من استقلالية في الممارسة وإخلاص لا نظير لهما في الدول المعاصرة. وأساس ذلك هو خضوعهم - إلى جانب الخليفة وعلى قدم المساواة - للمسؤولية والمساءلة كباقي أفراد المجتمع. وتقيدهم بأحكام الشريعة الإسلامية. انظر في ذلك: قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2003، ص 187.

<sup>2</sup> سحنين أحمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، جامعة الجزائر، 2005، ص 139.

<sup>3</sup> حاحا عبد العالي ويعيش أمال، تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، 2005، ص 254.

<sup>4</sup> يرى "مونتيسكيو" أن مبدأ الفصل بين السلطات وسيلة للتخلص من السلطة المطلقة للملوك. فتجمع السلطات في يد واحدة يؤدي إلى الاستبداد لأن طبيعة البشر ميالة إلى حب السيطرة والاستبداد. وأن الحرية لا توجد إلا في الحكومات المعتدلة لأن الإنسان يتمادى في استخدام حقه وسلطته. وللحد من ذلك وجب وضع قيود على تلك السلطة. ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بوجود سلطة مقابلة لها - السلطة توقف السلطة - وعليه لا قيمة للقوانين إذا لم تكن السلطات موزعة بين هيئات مختلفة تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة، توقف كل منها الأخرى عند الاعتداء على اختصاصاتها. انظر في ذلك: فريد علواش ونبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 04، بسكرة، ص 227.

قضائية تسند إلى هيئة مستقلة<sup>(1)</sup>. إلا أن مبدأ الفصل بين السلطات يجد أصله في الفلسفة الإغريقية، فقد ظهر على لسان "أفلاطون" و"أرسطو". وتلقفه "جون لوك" و"مونتيسكيو" و"روسو". وانتقل إلى الميدان التطبيقي على إثر الثورتين الفرنسية والأمريكية<sup>(2)</sup>.

## 2- تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في الدستور الجزائري<sup>(3)</sup>

- <sup>1</sup> - الملاحظ أن "مونتيسكيو" لم يذهب إلى المطالبة بالفصل المطلق بين السلطات. فقد كان متيقنا أنه مهما كانت شدة الفصل فإن هذه السلطات مضطرة للتعاون والتضامن والعمل بطريقة منسقة، لأن الفصل التام مستحيل في عالم الواقع. انظر في ذلك: سحنين أحمد، المرجع السابق، ص 138.
- <sup>2</sup> - يرى "أفلاطون" في كتابه "القوانين" توزيع السلطة بين عدة هيئات هي أولا: مجلس السيادة المكون من 10 أعضاء يهيمنون على دفة الحكم وفقا للدستور. ثانيا: جمعية تضم الحكماء مهمتها الإشراف على التطبيق السليم للدستور. ثالثا: مجلس شيوخ منتخب مهمته التشريع. رابعا: هيئة لحل المنازعات التي تقوم بين الأفراد. خامسا: هيئات البوليس وأخرى للجيش مهمتها الحفاظ على الأمن وسلامة التراب. سادسا وأخيرا: هيئات تمثيلية وتعليمية لإدارة مرافق الدولة. أما أرسطو، فقد لاحظ ضرورة وجود ثلاث وظائف: وظيفة المداولة: وهي من اختصاص الجمعية العامة. ووظيفة الأمر: وهي التي يقوم بها الحكام. ووظيفة القضاء التي تقوم بها المحاكم. ويرى أنه من الأحسن للنظام السياسي توزيع السلطة بين هيئات مختلفة للتعاون مع بعضها البعض تجنباً لكل استبداد. أما "جون لوك"، فيعتبر أول فقيه عبر عن مبدأ الفصل بين السلطات بنظريات عامة في كتابه المشهور "التجربة في حكومة مدنية". وقد وضعه في أعقاب الثورة البريطانية عام 1688، وقسم سلطات الدولة إلى أربع مهمات: (1) المهمة التشريعية: وهي سن القوانين، (2) المهمة التنفيذية: تنفيذ القوانين والمحافظة على الأمن، (3) المهمة الاتحادية: وخصائصها إعلان الحرب وإقرار السلم وعقد المعاهدات والقيام بجميع العلاقات مع الدول الأخرى. (4) مهمة التاج: وهي السلطة التي تتولى خصائص الملوك وحقوقهم وامتيازاتهم كافة. أما "جون جاك روسو"، فيرى أن الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية أمر ضروري لكنه يخالف "مونتيسكيو" في كونه يعتبر السلطة القضائية جزءاً من السلطة التنفيذية. كما أنه لا يقر فكرة تساوي السلطات في ممارسة السيادة واستقلالها. لمزيد من التفاصيل أنظر: علوش فريد ونبيل قرقور، المقال السابق، ص 226 وما بعدها، عبد العالي حاجا وأمال يعيش، المقال السابق، ص 255. وسعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، طرق ممارسة السلطة "أسس الأنظمة السياسية و تطبيقات عنها"، الطبعة الثالثة، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 165.
- <sup>3</sup> - إن دستور 1963 يأخذ ظاهرياً بمبدأ الفصل بين السلطات. وذلك على النحو التالي: السلطة التشريعية (المواد 27 إلى 28)، السلطة التنفيذية (المواد من 39 إلى 59)، السلطة القضائية (المواد من 60 إلى 62). إلا أنه في حقيقة الأمر لم يعتمد مبدأ الفصل. إذ آمن واضعو الدستور الجزائري لسنة 1963 بفكرة مفادها "لا ضمان للاستقرار إلا بالنظام القائم على قاعدة تغلب الشعب صاحب السيادة والحزب الواحد". وتأسيساً على ذلك تحول "نظام الحزب الواحد" عن طريق "الاستفتاء الشعبي" إلى مبدأ دستوري. وبناء على ذلك قام النظام الدستوري على أساس عدم الفصل بين السلطات، لكون المؤسس الدستوري آنذاك ينفر من ذلك الفصل. حيث ينظر فيه تجرئة للسيادة الوطنية. كما أن الأحداث والتطورات التي عرفتها الجزائر في تلك المرحلة جعلت نظام الحكم يقوم على أساس تركيز السلطات، حيث أصبحت سلطات رئيس الجمهورية واسعة. فهو في ذات الوقت رئيس الحكومة، وهو الأمين العام للحزب. وعليه أصبح يجسد وحدة القيادة للحزب والدولة. انظر في ذلك: السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 32. أما بالنسبة لدستور 1976، فقد عمق من فكرة وحدة السلطة، وذلك بتضمين بابه الثاني السلطة وتنظيمها كلا من الوظيفة السياسية (المواد من 94 إلى 103) والوظيفة التنفيذية (المواد من 104 إلى 125) والوظيفة التشريعية (المواد من 126 إلى 163) والوظيفة القضائية (المواد من 164 إلى 182). فقد كان النظام الدستوري الجزائري في ظل دستور 1976 يقوم على فكرة التقسيم الوظيفي للسلطة في ظل وحدة القيادة. وهي فكرة لا ينتج عنها فصل السلطات، بل تساعد على عدم تفتت السلطات وتمكن من تنظيمها وتوزيعها بين أجهزة مختلفة. والمرج بين المركزية واللامركزية بمفهوم القانون الإداري، ولكن ذلك لا يفقد رئيس الجمهورية بوصفه المؤسسة الأساسية في النظام صلاحيات الحلول محل المؤسسات الأخرى في الدولة كلما ارتأى ذلك ضرورياً، وحتى إن لم يحل محلها مباشرة فإنه يبقى الجهاز المكمل لها في أداء وظيفتها. فبدونه تكون غير قادرة على أداء مهامها. لمزيد من التفاصيل انظر في ذلك: بورايو محمد، "رئيس الجمهورية في دستور 22 نوفمبر 1976"، دراسة تحليلية لاختصاصات رئيس الجمهورية من خلال الدستور الجزائري لسنة 1976، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1989، ص 40.

لقد أقر دستور 1989 المعدل سنة 1996 التعددية الحزبية بعد الإعلان عن نهاية سيطرة الحزب الواحد وإعادة توزيع وظائف الدولة المختلفة. حيث تضمن في بابه الثاني تحت عنوان "تنظيم السلطات" كلا من السلطة التنفيذية (المواد من 67 إلى 91) والسلطة التشريعية (المواد من 92 إلى 128) والسلطة القضائية (المواد من 129 إلى 148)، وأكدت المادة 129 على أن السلطة القضائية مستقلة. الملاحظ أن المؤسس الدستوري في ظل دستور 1989 - ورغم عدم نصه صراحة على مبدأ الفصل - يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، لكنه جعله فصلا مرنا. أي اتخذ موقع وسط بين النظام الرئاسي والبرلماني<sup>(1)</sup>، بإحداث هيئات مستقلة ومتوازنة تتميز العلاقة بينها بالتعاون والتنسيق. بحيث لا يمكن لأي منها أن تؤدي مهمتها إلا إذا تعاونت مع السلطة الأخرى، وكذلك لاستعمال مصطلح "السلطات" وتخصيصه فصلا مستقلا لكل سلطة منها<sup>(2)</sup>.

على الرغم من الأحداث المؤلمة والمتسارعة التي شهدتها الجزائر خلال الفترة الانتقالية الممتدة ما بين 1992 و 1996<sup>(3)</sup>. إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أنه بالنسبة لمبدأ الفصل بين السلطات في ظل التعديل الدستوري لسنة 1996. نجد أن المؤسس الدستوري ظل وفيا للمبدأ التي اعتنقه، حيث تضمن في بابه الثاني تحت عنوان "تنظيم السلطات" كلا من السلطة التنفيذية (المواد من 70 إلى 97) والسلطة التشريعية (المواد من 98 إلى 137) والسلطة القضائية (المواد من 138 إلى 158). وأكد في المادة 138 منه على استقلال السلطة القضائية صراحة .

ما يؤكد على استمرار هذا المنحى، موقف المجلس الدستوري حين اخطر لرقابة دستورية المادة 02 من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من قبل المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 1997/1/6<sup>(4)</sup>، حيث أعلن على: "اعتبار المؤسس الدستوري باعتماده مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ

<sup>1</sup> - مولاي أسماء، التشريع في ظل الفترة الانتقالية الواقعة بين 1992 و 1996، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 118، 119 .

<sup>2</sup> - يمكن كذلك أن نستشف أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بمبدأ الفصل بين السلطات، من خلال موقف المجلس الدستوري، حيث أنه حين اخطر من أجل رقابة دستورية القانون المتضمن النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني و القانون الأساسي للنائب أكد على ما يلي :

" - نظرا لكون محرم الدستور أقام مبدأ الفصل بين السلطات، باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات العمومية .

- و نظرا لكون مثل هذا الاختيار يترتب عليه أن كل سلطة لها صلاحية تنظيم عملها الداخلي و ضبطه " . انظر في ذلك: رأي رقم 1 - ر . ق . م . د . - 1989/8/28 ، الجريدة الرسمية ، عدد 37 ، 1989 .

<sup>3</sup> - لقد عرفت الجزائر خلال هذه المرحلة جملة من الأحداث ( الخاصة بعد وقف المسار الانتخابي ) جعلت السلطة التنفيذية تتمتع بصلاحيات أوسع وأشمل في كل مجالات عمل الدولة. بحيث تم تركيز السلطة بيد السلطة التنفيذية، باعتبارها الحاملة لخاصية السلطة التقديرية والمالكة لصفة أعمال السيادة. الأمر الذي يتعارض مع أحد المبادئ الدستورية الجوهرية ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات. خاصة وأن السلطة التنفيذية تجاوزت حدودها من التنفيذ إلى التشريع، إضافة إلى الاختصاص الأصلي لها، مبررة ذلك بضرورة السرعة في العمل وضرورة التخفيف من الأضرار الناجمة عن هذه الحالة الجديدة التي تستهدف الدولة أو أحد مؤسساتها، وإن كان ذلك مخالفا للنصوص القانونية ومبدأ الفصل بين السلطات. انظر في ذلك : مولاي أسماء ، التشريع في ظل الفترة الانتقالية الواقعة بين 1992 - 1996 ، مذكرة ماجستير ، الجزائر، 2002 ، ص 119 و 120 .

<sup>4</sup> - فريد علوش ونبيل قرقور، المقال السابق، ص 240.

أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد اختصاص كل منها، و التي لا يمكن أن تمارسه إلا في المجالات وفق الكيفيات التي حددها لها الدستور صراحة...<sup>(1)</sup>

عليه نخلص من خلال عرضنا للمحة موجزة عن مبدأ الفصل بين السلطات اعتناق المؤسس الدستوري الجزائري لهذا المبدأ - على الأقل من الناحية الشكلية والنظرية<sup>(2)</sup>-. وذلك ما جعل هذا المبدأ حائلا دون ولوج القاضي الفاصل في المادة الإدارية في الرقابة على عناصر الملاءمة في الأعمال الإدارية. كما لا يستطيع القاضي أن يمارس سلطة الحلول محلها. وذلك ما جعل السلطة القضائية عاجزة عن رقابة أعمال الحكومة على أكمل وجه، طالما أن المشرع لم يمنحها الكثير من الآليات لمراقبة عمل الإدارة العامة. إذ تقف في كثير من الأحيان قاصرة عن مراقبة الأعمال الإدارية إما استنادا لنظرية أعمال السيادة وإما لمبدأ الفصل بين السلطات .

### ثانيا : اقتصار الرقابة القضائية على المشروعية دون الملاءمة<sup>(3)</sup>

يرتبط الاختصاص المقيد للإدارة بفكرة المشروعية ارتباط وثيقا. لذلك فإن الإدارة تخضع في ممارستها للرقابة القضائية، حيث أن مضمون الرقابة على أعمال الإدارة هو التحقق من مدى مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون. ويكون للقضاء بالتالي أن يبطل أعمال الإدارة المخالفة لما نص عليه القانون "على اعتبار أن الأعمال الإدارية تخضع في مجال السلطة المقيدة لرقابة القضاء من جانب الشرعية"<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - رأي رقم 4 ، رأ - م د ، مؤرخ في 19/2/1997 حول دستورية المادة الثانية من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من المجلس الوطني الانتقالي بتاريخ 6/1/1997 .

<sup>2</sup> - حيث يذهب الأستاذان " عبد العالي حاحا " و "أمال يعيش" في مقال لهما تحت عنوان "تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996"، إلى أن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في الجزائر كان شكليا لعدم احترامه للتوازن والتعاون وعدم تركيز السلطة مثلما نادى به "مونتيسكيو". فهناك تفاوت كبير في السلطات لاستثناء السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية بكافة الصلاحيات والسلطات، سواء تعلق الأمر بالتشريع أو القضاء أو التنفيذ. وهذا ما أدى ببعض الفقه الدستوري إلى تكييف النظام السياسي الجزائري بناء على ما سبق على أنه نظام رئاسي. لمزيد من التفاصيل حول الموضوع انظر: حاحا عبد العالي ويعيش أمال تمام، تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 272 .

<sup>3</sup> - نجد بأن الفقه الإسلامي يؤيد هذا الموقف، إذ ليس لقاضي المظالم أن يبحث ملاءمة التصرف الذي اتخذته الإدارة في شأن من الشؤون طالما صدر موافقا لأحكام الشرع ومتوخيا المصلحة العامة. وذلك لأن القرار الإداري الصادر من أي سلطة كانت له حجية إذا صدر وفق أصوله الشرعية فإنه يصبح واجب النفاذ بالنسبة للواقعة التي صدر فيها، بحيث لا يجوز لمن أصدره أن يرجع عنه ولا لغيره أن ينقضه ولو كان مخالفا لمذهبه. وذلك بالنسبة للأمر التي يجوز فيها الاجتهاد. فالرئيس الإداري ليس له أن ينقض من تصرفات مرؤوسيه ما أبرمه أحدهم باجتهاده مادام موافقا لأحكام الشرع ومتوخيا المصلحة العامة. ومن ثم تقتصر الرقابة القضائية أن تمتد إلى هذا الحد من تصرفات الإدارة تاركة مجالاً لرجاء الإدارة تتصرف على حسب ما تمليه عليها المصلحة وبما يوافق أحكام الشريعة وروحها. أنظر في ذلك: نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 234 .

<sup>4</sup> - مزياي فريدة، سلطات القاضي الإداري في رقابة سبب القرار الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية،

أما السلطة التقديرية، فإنها ترتبط بفكرة الملاءمة<sup>(1)</sup>. إذ أن القانون عندما يخول الإدارة سلطة تقديرية، فإنه بذلك يترك لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها، وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء. على أساس أن القاضي الفاصل في المادة الإدارية هو قاضي المشروعية دون الملاءمة<sup>(2)</sup>. تقوم هذه النظرية على فكرة مؤداها أنه يتعين على القاضي الإداري أن يقول كلمته في مشروعية أعمال الإدارة دون التعرض للملاءمة. إذ ينبغي أن تحجز الملاءمة للسلطة التقديرية للإدارة وعلى القاضي أن يحترم هذا القدر من حرية الاختيار. ولا يجوز له أن يعتدي على مجالها<sup>(3)</sup>. من أنصار هذا الاتجاه نجد الفقيه الفرنسي " ميشو " الذي يبرر ذلك باختلاف الهدف من عمل كل من الإدارة و القاضي. " فالإدارة حينما تتصرف يكون هدفها المصلحة العامة، أما القاضي حينما يحكم ... فيتعين عليه أن يضع نصب عينيه مصلحة العدالة وحدها، التي تتمثل في تطبيق القاعدة القانونية<sup>(4)</sup> كما يذهب الفقيه " بونار " إلى أن القاضي ملزم باحترام السلطة التقديرية للإدارة، ليس فقط لصالح العدالة، و لكن أيضا لصالح العمل الإداري.<sup>(5)</sup>

من ناحية العدالة، نجد أن ممارسة القاضي لسلطة إدارية واسعة - الأمر الذي تفرضه رقابة الملاءمة- سيفقده بالتدرج ملكة التجرد والحياد في تطبيق القانون. وهما العاملان اللذان يميزان وجدان القاضي<sup>(6)</sup>. لذلك نجد العديد من القضاة الجزائريين يتجنبون مراقبة تقدير الإدارة للوقائع على أساس أنه لا وجود لقاضي ملاءمة.<sup>(7)</sup>

أما عن صالح العمل الإداري، فإنه ينبغي للقاضي ألا يتدخل في مجالات الإدارة العاملة في تقديرها لملاءمة قراراتها. إذ أنها تخضع في ذلك لرقابة البرلمان الذي يحدد مسؤوليتها، لأنه لا يعلم كافة الظروف

---

<sup>1</sup> - المقال نفسه، ص 08 .

<sup>2</sup> - وفي ذلك ذهب المحكمة الإدارية في قرار لها ب: 1955/11/5 إلى أن : " نشاط القضاء الإداري في وزنه للقرارات الإدارية يعني أن يقف عند حد المشروعية أو عدمها في نطاق الرقابة القانونية. فلا يجاوزها إلى وزن مناسبات القرار وغير ذلك مما يدخل في نطاق الملاءمة التقديرية التي تملكها الإدارة بغير معقب عليها من القضاء ". أنظر في ذلك : محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 222. وهو ذات التوجه الذي كرسته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في الجزائر في إحدى قراراتها. و مما جاء فيه : " متى كان من المقرر قانونا أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز سفر أو رفض تمديد أجله متى رأت أن التنقل إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها دون أن يكون تقريرها هذا قابل للمناقشة أمام قاض تجاوز السلطة ". أنظر: قرار رقم 236220 المؤرخ ب: 1984/12/29، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الرابع، قسم الوثائق، سنة 1989، ص 227.

<sup>3</sup> - وهو ما تؤكد المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "... إذ لا تملك المحكمة أن تنصب نفسها مكان الإدارة في تقدير ملاءمة إجراء أو عدم إجراء الترقية في تاريخ معين، وهي ملاءمة تستقل جهة الإدارة بالترخيص في تقديرها بحسب ظروف الأحوال ... " انظر: حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية: دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر و فرنسا والجزائر، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ، ص 343.

<sup>4</sup> - انظر: صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 74 .

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 75.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ص 75.

<sup>7</sup> - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 80.

الفعلية وراء قرار الإدارة إلا من خلال أوراق الدعوى المطروحة أمامه. وبالتالي فهو لا يستطيع بسبب موقفه أن يقول كلمته فيها إذا كان إجراء مناسباً أم لا.<sup>(1)</sup>

في نفس السياق ذهب الدكتور "سليمان محمد الطماوي" إلى أن القضاء الإداري لا يزال في هذا الخصوص قضاء مشروعياً لا ملاءمة. لأن "ملاءمة القرار الإداري في مثل هذه الحالات هي شرط من شروط صحته".<sup>(2)</sup>

ويسانده في ذلك الدكتور "أنور طلبه" الذي يرى بأنه "... و ينجم عن ذلك أن تخضع سلطة الإدارة التقديرية لمبدأ الشرعية، ويقوم القضاء الإداري بمهمة التحقق من مدى مشروعية القرارات التي صدرت استناداً إليها من حيث مطابقتها أو عدم مطابقتها للغاية المنشودة في التشريع دون التعرض إلى فحص ملاءمة هذه الأعمال، إذ لا يدخل في ولايته سلطة التعقيب على عنصر الملاءمة، فهذه تدخل في نطاق حرية الهيئات العامة في التحرك للقيام بالأعباء الموكولة لها، التي لا معقب عليها فيها"<sup>(3)</sup>

أما عن موقف الفقه الجزائري من هذه المسألة، أي رقابة الملاءمة فإننا نجد الأستاذ "الحسين بن شيخ آث ملويا" يذهب إلى أنه: "مبدئياً لا يؤخذ بهذا النوع من الرقابة، لكن يوجد استثناءين على هذه القاعدة العامة، والراجعة لحالة الضرورة. ففي المحل الأول: يتعلق الأمر بإعادة إنشاء المسار الوظيفي والذي يجب على الإدارة القيام به بعد القضاء بإبطال التدبير الذي أبعده موظفاً أو عدل من السير العادي لمساره الوظيفي، وفي المحل الثاني: يتعلق الأمر بالقبول في الوظائف العامة"<sup>(4)</sup>.

هكذا استقر الفقه في غالبته على أن القاضي الإداري لا يراقب ملاءمة القرارات الإدارية. ولا يراقب ممارسة السلطة التقديرية ذاتها، وإنما يراقب فحسب مشروعية العمل الإداري. مع ملاحظة أن هذه المشروعية لا تتحدد بحسب موقف المشرع من تقييد سلطة الإدارة بشأن هذا العمل أو منحها حرية تقديره. إنما كذلك

---

<sup>1</sup> - في نفس الاتجاه يرى الأستاذ «(G) VEDEL» أنه ليس للقاضي الإداري أن يراقب الإدارة وهي تمارس اختصاصها التقديري. وذلك لعدة اعتبارات منها ما يتعلق بنوعية الاختصاص، ومنها ما يتعلق بالقاضي الإداري في حد ذاته. أما ما تعلق منها بنوعية الاختصاص: فتتمثل في أنه ليس من المعقول أن يمنح المشرع للإدارة حرية التصرف في بعض القرارات ثم يفرض على هذه الحرية رقابة، إذ تصبح الحرية هنا بلا جدوى. كما أن القاضي الإداري ليس قاض ملاءمة وإنما هو قاض مشروعية فقط. وإذا كان كذلك فهو ينصب نفسه رئيساً على الإدارة وهذه الأخيرة تمثل الاعتبارات المتعلقة بالقاضي. أنظر في ذلك: حاجي هني موسى، طبيعة النظام القضائي الجزائري ومدى فعاليته في مراقبة أعمال الإدارة، رسالة ماجستير في الإدارة المالية العامة، جامعة الجزائر، 1985، ص 52.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 90.

<sup>3</sup> - عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، ص 33. وفي ذلك يقول الأستاذ محمد بن الطاهر: "... ومعنى ذلك أن تخضع تصرفات وأعمال الإدارة لرقابة القضاء. فهذا الأخير ينظر في مدى مشروعية القرار من عدمها، ولا تمتد رقابة القضاء إلى ملاءمة هذا القرار ويظل القاضي في مجال ممارسة الرقابة قاض مشروعية وليس قاض ملاءمة". محمد بن الطاهر، المادة 07 من القانون 90-23 وانعكاساتها على القضاء الإداري، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 125.

<sup>4</sup> - الحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية - الطبعة الثانية، دار هوم، 2006، ص 376.

بحسب موقف القضاء من هذا العمل، حيث يأتي دوره لاحقاً لدور المشرع في استكمال عناصر التقييد<sup>(1)</sup>. لذلك يمكن القول بأن القضاء الإداري يخلق أحياناً حالات جديدة الاختصاص المقيد للإدارة، ويلزمها بإتباعه وإلا تعرض تصرفها المخالف لما قرره للإلغاء<sup>(2)</sup>.

يستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير ذلك إلى دور القاضي الإداري الإنشائي والذي يتمثل في إضافة مبادئ قانونية عامة للنصوص المكتوبة<sup>(3)</sup>.

مع تقديرنا التام لكافة الآراء التي اعترضت على تغلغل سلطة القاضي الإداري إلى ملاءمة العمل الإداري، إلا أن هذا التخوف راجع إلى الصياغة التقليدية التي درج الفقه عليها ورددتها بعض قرارات مجلس الدولة. التي تقصر دور القاضي في دعوى الإلغاء على فحص المشروعية دون الملاءمة<sup>(4)</sup>.

فمع التسليم بصحة هذه القاعدة، إلا أن فكرتي المشروعية والملاءمة ليستا على طرفي نقيض<sup>(5)</sup>. فمشروعية تصرف معين تقاس بمدى التزامه بقواعد القانون. وبالتالي فإن المشروعية فكرة مستمدة من النظام القانوني. أما ملاءمة تصرف معين فإنها فكرة مادية وعملية ينظر فيها إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين أو حالة معينة بالنظر لما يحيط بهذا المركز أو هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة<sup>(6)</sup>. من ثم فلا يمكن أن يكونا على طرفي نقيض.

من الواضح أن فكرتي المشروعية والملاءمة ليستا على خط واحد. فالمشروعية نقيضها هو عدم المشروعية. كما أن نقيض الملاءمة هو عدم الملاءمة. وكما توجد قرارات مشروعة ولكنها غير ملائمة فإن هناك قرارات غير مشروعة، ولكنها تكون ملائمة<sup>(7)</sup>.

لذلك فإننا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء، من أن المشروعية والملاءمة فكرتان غير متناقضتين. وأن تحليل كل منهما يفيد هذا التفسير. فمشروعية تصرف ما تعني أن هذا التصرف التزم جانب القواعد التشريعية، بينما تعني الملاءمة بالنسبة لتصرف ما أن هذا التصرف كان مناسباً أو موافقاً أو صالحاً من حيث المكان والزمان والاعتبارات المحيطة.

<sup>1</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 76.

<sup>2</sup> - محمد كامل ليله، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1968، ص 78.

<sup>3</sup> - عبد الجليل مفتاح و مصطفى بخوش، دور القاضي الإداري وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007، ص 119 وما بعدها. وقد سبق وأن وضحا ذلك في إطار حديثنا عن التحديد القضائي للسلطة التقديرية للإدارة.

<sup>4</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 83.

<sup>5</sup> - وفي ذلك تقول الأستاذة "فريدة أبركان" : ... إن الحدود ضيقة بين المفهومين الاثنين، حيث أن رقابة الملاءمة تماثل أنماط الرقابة المنصبة على السلطة التقديرية التي لم تزل تقلت من الرقابة القضائية بحسب النصوص والاجتهادات التقليدية التي ظلت تحوز الرقابة القضائية على مدى تجاوز السلطة". فريدة

أبركان، مدى رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 119.

<sup>6</sup> - سعاد الشراوي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1984، ص 101.

<sup>7</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 85.

## الفرع الثاني

### الموقف المؤيد للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

نظرا للانتقادات التي وجهت للاتجاه المعارض لفرض رقابة قضائية على السلطة التقديرية للإدارة، ذهب جانب من الفقه إلى أنه لم يعد سائغا الربط بين ممارسة الإدارة للسلطة التقديرية وإفلات هذه الممارسة من رقابة القضاء الإداري. فالسلطة التقديرية كما أكدنا سلفا هي سلطة قانونية مصدرها القانون. وهي سلطة تهدف إلى التوصل إلى الحل الملائم بصدد الموضوع محل القرار. فإذا لم تتحقق هذه الملاءمة نتيجة مباشرة هذه السلطة، فإن مفاد ذلك أن تلك المباشرة لم تكن سليمة، بل وغير مشروعة لعدم تحقق الغاية منها، أي ملاءمة القرار الإداري<sup>(1)</sup>. مما يبرر فرض الرقابة القضائية عليها.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى حجتين رئيسيتين، بحيث ذهب جانب من الفقه إلى تفسير هذه الرقابة على أساس أن القاضي الإداري يمثل رئيسا أعلى للإدارة<sup>(2)</sup>. أما الجانب الآخر فقد فسرها على اعتبار أن الرقابة القضائية أصبحت تتعدى حدود المشروعية لتمس جوانب الملاءمة. وسنتطرق لكلتا الحجتين فيما يأتي:

#### أولا : النظرية القائلة بأن القاضي الإداري هو الرئيس الأعلى للإدارة<sup>(3)</sup>

لا ينكر أصحاب هذه النظرية أن مهمة القاضي مهمة قضائية قبل كل شيء. إلا أنه من الملاحظ من الناحية العملية أن القاضي يقوم بعمل الإدارة ويتصرف كرئيس عليها. وأن هذا التجاوز لوظيفة القاضي القضائية يتصل بطبيعة القضاء الإداري، إذ يرجع ذلك إلى طريقة تكوينه وطريقة ممارسته لمهمته<sup>(4)</sup>. من الأسباب التي دعت بعض الفقهاء إلى الحديث عن هذه الرقابة التسلسلية للقاضي (أي كالرئيس الإداري) على الإدارة<sup>(5)</sup>:

1- أن القاضي الإداري لا يكتفي بإيجاد حلول قانونية بحتة للمشاكل التي تعرض عليه، أي لا يقف دوره عند إنزال حكم القانون فقط وعند حد الرقابة على المشروعية فحسب. بل يتغلغل كرجل الإدارة في مجال الملاءمة.

2- أن الطابع الرئاسي للرقابة القضائية التي يباشرها القاضي الإداري يجد أساسه في قانون السلطة العامة الذي خلق القضاء الإداري. فالقاضي الإداري عندما يحكم بتعويض الأفراد تحده في ذلك اعتبارات العدالة

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 230.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 323 .

<sup>3</sup> تركز هذه النظرية على اعتبارات تاريخية. فمرحلة الإدارة القاضية التي مر بها تطور القضاء الإداري الفرنسي كانت تعبر عن هذا الوضع، بحيث كانت تخصص هي نفسها أعضاء فيها تعهد إليهم بالفصل في المنازعات الإدارية. وطبيعي أن يفترض في هؤلاء الأعضاء الإلمام الواسع بطبيعة مهمة السلطات الإدارية ومتطلباتها.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 312 .

<sup>5</sup> صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 80 و 81 .

ومقتضيات الصالح العام. فهو يتصرف في هذا المجال حسب وجدانه، كما يفعل رئيس الإدارة وليس كقاض حسب القانون.

3- هناك سبب آخر يشير إليه أنصار هذه النظرية، وهو أن قواعد حسن الإدارة أو السلوك الإداري الذي يفرضه القاضي على الإدارة بضرورة احترامها ليست إلا تنظيماً للسلطة التقديرية. وهو نظام داخلي أو جده القاضي كرئيس إداري داخل مجال الحرية التي يتركها القانون لرجل الإدارة.

4- يدلل جانب من الفقه على صحة النظرية أيضاً موضحاً أن القاضي- في بعض الأحيان - يتبع الإدارة في مخالفة مبدأ المشروعية بسبب خطر داخلي أو خارجي على الدولة. فهو يدافع عن الإدارة ويترك حينئذ دوره كقاض ويتصرف كرئيس إداري يضحى بالمشروعية أمام اعتبارات ملاءمة طارئة. وأبرز مثال على هذا الموقف ما يلاحظ في نظرية الظروف الاستثنائية .

5- يستند هؤلاء كذلك إلى الرقابة على تدابير الضبط الإداري، التي تفسر من وجهة نظرهم الطابع التسلسلي للرقابة التي يبشرها القاضي الإداري. فالقاضي من خلال رقابته على تلك التدابير يسن داخل القانون لائحة أكثر إعداداً ويفرضها على الإدارة تماماً كما تقوم بذلك أي سلطة رئاسية عندما تواجه الإدارة في ممارسة سلطتها الإدارية .

6- أن القاضي في إطار ممارسة مهمته في حماية التوازن بين حقوق الأفراد وامتنيازات الإدارة يكون مدفوعاً بالضرورة إلى تقدير المصلحة العامة المعنية ومداهها، ومن هنا يصبح رجل إدارة . وقد كانت هذه النظرية محل انتقاد لاذع من الفقه تأسيساً على اعتبارين:<sup>(1)</sup>

### - الاعتبار الأول

أن القاضي الإداري عندما يباشر رقابته على عمل الإدارة، فإن كل ما يقضي به -في مثل هذه الحالة- أن هذا العمل لا يحقق المصلحة العامة نتيجة عدم ملاءمة التقدير الذي قامت به الإدارة. ومن ثم عليها أن تعيد هذا التقدير مرة أخرى للتوصل إلى تحقيق هذا الهدف. وبذلك فإنه لا يحل نفسه محل رجل الإدارة<sup>(2)</sup> ولا يقوم بهذا التقدير بداءة. فالتقدير قائم وموجود سلفاً، وقد قام به رجل الإدارة من قبل، ثم جاء القاضي ليباشر رقابته على هذا التقدير الموجود أصلاً، وفي النطاق الذي جرى فيه من جانب الإدارة<sup>(3)</sup>.

### - الاعتبار الثاني

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 313 نقلاً عن: إسماعيل علم الدين، التزام الإدارة القانوني في ممارسة السلطة التقديرية في الفقه والقضاء، مجلة العلوم الإدارية، السنة 13، عدد 3، 1971، ص 11 .

<sup>2</sup> - في ذلك قضت محكمة القضاء الإداري في مصر : " ... أن المحكمة ليست من هيئات الإدارة العامة، فلا تملك أن تصدر أوامر إدارية، ومن باب أولى أن تقوم مقام الإدارة في اتخاذ إجراء معين ... " انظر: حسن السيد بسويوي، دور القضاء في المنازعة الإدارية: دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر، عالم الكتب، القاهرة، بدون تاريخ، ص 343.

<sup>3</sup> - وقد تقرر ذلك في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية التي قضت بأن: «... إن المحكمة لا تختص بأحقية المدعين في الحصول على درجة الدكتوراه في الفلسفة لأن ذلك بمثابة منحها هذه الإجازة، والمحكمة ليست سلطة إدارية عليا حتى تستطيع أن تحل محل الإدارة في إصدار القرارات أو أن تلزمها بإصدار شيء منها". المرجع نفسه، ص 343.

أن دور القاضي - في فحص هذا التقدير- إنما يدخل في حدود وظيفته الأصلية في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة. حيث تتحدد سلطته إزاء القرارات الإدارية وليس في استخلاص أحد عيوب المشروعية في طريق الإدارة، وإنما يقف في طريق انحرافها بالسلطة بهدف الحيلولة دون أن تكون هذه السلطة التقديرية سلطة تعسفية أو مطلقة.

لا يقتصر الانتقاد الموجه إلى النظرية على هذين الاعتبارين فقط. فقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن هذه النظرية تشكل خطراً يتمثل في قيام حكومة القضاء، منذ اللحظة التي تؤدي فيها الرقابة القضائية على الإدارة إلى إلغاء سلطتها التقديرية في الواقع<sup>(1)</sup>.

أمام الانتقادات الشديدة التي تعرضت إليها هذه النظرية في تفسير الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، ذهب جانب آخر من الفقه إلى تفسير هذه الرقابة على أساس أن دور القاضي الإداري قد تطور بحيث لم يعد يقتصر على رقابة مشروعية تصرفات الإدارة فحسب، وإنما امتد ليشمل اعتبارات الملاءمة. وذلك ما ستفصله في النقطة الموالية.

#### ثانياً: امتداد الرقابة القضائية إلى حدود الملاءمة

لقد ذهب جانب من الفقه إلى تأييد الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، تأسيساً على أن الرقابة القضائية قد "أصبحت تتأخم حدود الرقابة على الملاءمة وتكاد تقتحم أرضها"<sup>(2)</sup>.

إذا كانت رقابة القضاء - باعتبارها رقابة مشروعية- تهيمن على اختصاصات الإدارة المقيدة لأن تلك الاختصاصات لا بد أن تحترم مبدأ المشروعية<sup>(3)</sup>. فإن الأمر لا يكون كذلك إذا ما تعلق باختصاصات الإدارة التقديرية. فالمفروض أن القاضي الإداري لا يمارس رقابة المشروعية، وإنما يتعرض إلى رقابة الملاءمة مادام النص لم يلزم الإدارة بإتيان التصرف أو بالامتناع عنه<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، المرجع السابق، ص 82.

<sup>2</sup> - وفي ذلك يقول الدكتور ميرغني: "... القول بأن الرقابة القضائية لا تنطبق على ملاءمات العمل الإداري تعتبر في رأينا أكثر الأوهام رواجاً في عالم القانون. فالصحيح أن القضاء الإداري يمارس هذه الرقابة في مناسبات كثيرة". أنظر في ذلك: سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 227 نقلاً عن: محمد ميرغني، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1979، ص 684.

<sup>3</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 75.

<sup>4</sup> - و في ذلك يقول Vedel (g)

« Quand l'administration est dans une situation de compétence liée, son acte peut être jugé du point de vue de la légalité. Selon qu'elle aura ou non décidé dans le sens que lui imposait la loi ou la réglementation. Elle aura pris une mesure légale ou illégale. lorsque au contraire l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, elle sera opportune ou inopportune, c'est-à-dire, heureuse ou malheureuse, mais elle ne sera pas illégale puisque précisément l'administration était libre d'agir dans un sens ou dans l'autre ». voir : (G) Vedel, Delvolve, Droit administratif, 7 Emme édition, P.U.F, 1980, p145

من أنصار هذا الاتجاه نجد الأستاذ " سامي جمال الدين " الذي لا يمانع من فحص الملاءمة والتطرق إليها للتوصل إلى أحد عيوب مشروعية القرار محل الطعن. فحينما لا يوجد نص صريح يمنع القاضي من التعرض للملاءمة، فليس ثمة مانع من التطرق إليها إذا كانت تمثل الطريق الوحيد إلى إثبات عدم مشروعية في القرارات، و خاصة عيب الغاية أو الانحراف بالسلطة<sup>(1)</sup>.

كذلك نجد أن الأستاذ" ماجد راغب الحلو " لا يعارض فرض الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية. وإن كان يعتبر بأن الأصل أن تقف رقابة القضاء عند حدود المشروعية. غير أن القضاء يذهب أحيانا في حمايته للحقوق وللحريات الفردية ضد تعسف الإدارة إلى أبعد من مراقبة احترام الإدارة للقانون. فيراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية؛ أي أنه يتجاوز مراقبة المشروعية إلى مراقبة الملاءمة. ويبرر ذلك بأن الملاءمة تعد في بعض الحالات أحد عناصر المشروعية التي يجب التعرض لها لمعرفة مدى مشروعية القرار<sup>(2)</sup>.

يفصل أنصار هذا الاتجاه بين مسألتين " السلطة التقديرية " و "الملاءمة" على أساس أن الملاءمة هي الهدف الذي يتعين تحقيقه من مباشرة السلطة التقديرية. فإذا لم تسفر هذه المباشرة لتلك السلطة عن تحقيق الملاءمة، فهنا يمكن القول بأن مباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية قد تمت على نحو مخالف للقانون. وأن تحقق الغاية التي استهدفها القانون من تخويل الإدارة تلك السلطة- أي الملاءمة- بوصفها الهدف الذي من شأنه تحقيق المصلحة العامة المبتغاة من هذه السلطة. وعليه يحق للقضاء الإداري أن يراقب مدى تحقق هذه الغاية، دون أن يكون من شأن ذلك المساس بالسلطة التقديرية للإدارة. لأنه في هذه الحالة يراقب الجوانب القانونية المحيطة بتلك السلطة، وليس الجوانب التقديرية التي تتضمنها<sup>(3)</sup>.

يعتبر الضبط الإداري أكبر مجال تظهر فيه رقابة القضاء على ملاءمة القرارات الإدارية. ذلك أن تخلف القيود القانونية التي تجعل من الملاءمة عنصرا من عناصر المشروعية. يعني أن المشرع ترك للإدارة حرية تقدير ملاءمة تصرفها الضبطي. ولا يعني ذلك أن المشرع استبعد الرقابة القضائية من هذا المجال بصفة مطلقة، إذ يبقى للقاضي الحق في إخضاع تصرف الإدارة التقديرية لرقابته. وهي في هذه الحالة رقابة ملاءمة حقيقية يقرها الفقه والقضاء دون تردد. نظرا للعلاقة الوثيقة بين الحريات العامة التي يحميها القضاء وبين سلطات الضبط الإداري التي تمس هذه الحريات<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - ويستدل على ذلك بنص المادة 68 من الدستور المصري التي تحظر تحصيل أعمال الإدارة وقراراتها من رقابة القضاء، بالتنسيق مع المادة 10 من قانون مجلس الدولة التي حددت أوجه إلغاء القرارات الإدارية. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 227 .

<sup>2</sup> - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 55.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 229.

<sup>4</sup> - ميهوب يزيد، رقابة القاضي الإداري على أعمال الضبط الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة

تأسيسا على ما تقدم، يمكن القول أنه إذا تعلق الأمر بالحريات العامة فإن الاعتراف للإدارة بقدر من السلطة التقديرية بصدد القرارات المتعلقة بها، لا يمنع من خضوع هذه القرارات لرقابة القضاء في كافة عناصرها و أركانها. وعندما يقوم القاضي برقابة العناصر التي تتمتع الإدارة شأنها بحرية تقديرية، فإنه يقوم في هذه الحالة برقابة الملاءمة استثناء من كونه قاض مشروعية<sup>(1)</sup>.

إن مشروعية وملاءمة إجراء معين لا تتعلقان بفكرتين متناقضتين. فالإجراء الإداري يمكن أن يوصف في وقت واحد بالمشروعية وعدم الملاءمة. بل أن التشريع ذاته يمكن أن يكون غير ملائم مع أنه مشروع وملزم. لذا فإن اعتبارات الملاءمة يلزم أن تساهم إلى جانب الاعتبارات الأخرى في تكوين الأساس الذي تصدر عنه القاعدة القانونية<sup>(2)</sup>.

يستطرد هذا الرأي مشيرا إلى أن الحدود الفاصلة بين المشروعية والملاءمة قد لا تتغير بفعل المشرع، وإنما عن طريق القضاء<sup>(3)</sup>. لأن الدور الإنشائي الذي يمارسه القاضي الإداري في خلق القواعد القانونية، قد يؤدي إلى تغيير الحدود الفاصلة بين نظامي المشروعية و الملاءمة<sup>(4)</sup>.

في كثير من الأحوال يفرض القاضي الإداري على الإدارة احترام قواعد قضائية إلى جانب القواعد القانونية، وبالتالي فمن الخطأ حصر رقابة القاضي الإداري في إطار مشروعية الأعمال الإدارية. إذ كلما أنشأ القاضي قواعد قضائية فهو في الواقع يقلل من مساحة السلطة التقديرية للإدارة ويقيد مجال الملاءمة<sup>(5)</sup>. وفي ذلك تقول الأستاذة "فريدة أبركان" : " فالنقسيص أصلا بين الرقابة الشرعية والرقابة الملاءمة، إنما هي ثمرة المواقف القضائية التي لم ترسم لها معالم حدود نهائية، وإنما تستقر على مواقف معينة يلزم بها القاضي إلى غاية الاجتهاد على تغيير الموقف، فيسمى اجتهادا جديدا، وهو ما يصطلح عليه بالعدول الاجتهادي".<sup>(6)</sup>

ينتهي هذا الرأي إلى أنه إذا كان صحيحا أنه لا بد أن يقتصر دور القاضي في دعوى الإلغاء على توخي المشروعية، بحيث لا يجوز أن يلغي قرارا مشروعيا جزاء عدم ملاءمته. إلا أنه يجب ألا نغفل أن السلطات الواسعة التي يمتلكها القاضي الإداري، والتي تصل إلى حد إنشاء وتقرير قواعد قانونية جديدة،

<sup>1</sup> - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 171.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، المرجع السابق، ص 113 .

<sup>3</sup> - وفي ذلك يقول "دي لوبادير": "إن الرقابة القضائية على الملاءمة، إنما تجد أساسها في القواعد القانونية التي يضعها القاضي الإداري باعتباره مصدرا من مصادر المشروعية، ويقيد بها بالتالي الاختصاص التقديري للإدارة، بحيث يمكن القول أنه إلى جوار السلطة المقيدة بواسطة المشرع، توجد سلطة مقيدة بواسطة القضاء، وهي التي تكمن في أساس رقابته لعناصر الملاءمة".

Voir : Manuel de droit administratif, 11 Emme édition, L.G.D.J, Paris.p 123.

<sup>4</sup> - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2006، ص 204 و 205 .

<sup>5</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 88 .

<sup>6</sup> - فريدة أبركان، مدى رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، 119 .

تمكنه من أن يدخل بعض عناصر الملاءمة ضمن شروط مشروعية القرار. لذا فإنه بالنسبة للقانون القائم أو الموجود فليس هناك إطلاقاً رقابة على الملاءمة. أما بالنسبة للقانون أثناء تكوينه فإن القاضي يراقب بعض عناصر الملاءمة عن طريق تقرير قواعد قانونية توسع من نطاق المشروعية.<sup>(1)</sup>

لا يقتصر هذا الموقف على مجال الطعن بالإلغاء، لكنه يظهر أيضاً في مجال الطعن بالتعويض. فالقاضي -وهو بصدد عقد مسؤولية الإدارة- يلجأ في أغلب الأحيان إلى تقدير الملاءمة. وهذا ما يفسر أن أي خطأ لا يستوجب أن يعقد مسؤولية الإدارة. وبالعكس يمكن أن تعقد هذه المسؤولية في غيبة خطأ يمكن نسبته للإدارة.<sup>(2)</sup>

نحن نميل تماماً مع هذا الرأي في تقريره لرقابة القاضي الإداري على الملاءمة، لأنه يقترب بالفعل من الواقع القضائي السائد. علاوة على عدم الإخلال بضوابط مبدأ المشروعية والحرص على إعلاء كلمتها. فالقاضي الإداري عند بسطه لرقابته على السلطة التقديرية للإدارة، فإنه لا يجعل من نفسه رئيساً على هذه الأخيرة. خاصة وأن القضاء الإداري لا يفرض رقابته بطريقة نظرية جامعة، بل يراعي ظروف كل حالة مما يترك للإدارة - في العديد من الحالات - سلطة تقديرية واسعة.

وهو الموقف الذي يؤيده الأستاذ "محمد فريد الزهيري"، الذي يرى أن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية. وذلك لاعتبارين: أولهما أن مفهوم مبدأ الفصل ليس مفهوماً مطلقاً جامداً، وإنما يسمح بنوع من التعاون بين الهيئات. وثانيهما أن مبدأ الفصل قد يصدق في علاقة القاضي العادي بالإدارة، أما فيما يتعلق بعلاقة الإدارة والقضاء الإداري، فإن هناك صلات قوية بينهما، تجعل من القضاء الإداري دائم البحث عن نقطة التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة الفرد، واضعاً في اعتباره مستلزمات حسن الإدارة.<sup>(3)</sup>

وعليه نخلص من خلال عرض موقف الفقه من رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة، إلى "أن زمن السلطة التحكيمية أو التعسفية قد انتهى، ومن ثمة فلا تعارض بين الاعتراف للإدارة بحرية في التقدير و بين إخضاع هذه الحرية للرقابة القضائية، فالسلطة التقديرية ليست مطلقة".<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - صلاح يوسف عبد العليم ، المرجع السابق، ص 85 .

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 90 .

<sup>3</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص 296.

<sup>4</sup> - سليمان محمد الطماوي، القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1988، ص 684 و ما بعدها. وفي ذلك ذهب المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن : "... الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، ليست حقيقة على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية، إنما تحدد حسب المجال الذي تتصرف فيه، ومدى ما تتمتع به من حرية وتقدير في التصرف، وهي تضيق الرقابة حقيقة في مجال السلطة التقديرية، حيث لا يلزم القانون الإدارة بنص يحد من سلطتها أو يقيد من حريتها في وسيلة التصرف أو التقدير ... إلا أن هذا لا يعني أبداً أنها سلطة مطلقة، وأن الرقابة القضائية تكون في هذه الحالة منعدمة، بل أن الرقابة القضائية موجودة دائماً على جميع التصرفات الإدارية التي لا تختلف في طبيعتها وإن تفاوتت فقط في مداها، و هي تمثل في هذا المجال التقديري في التحقق من أن التصرف محل الطعن يستند إلى سبب موجود مادياً وصحيح قانونياً وأنه صدر مستهدفاً الصالح العام ."

وعليه، لن يكون من السائع القول أن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تمثل اعتداء على استقلال الإدارة وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات. والزمع بأن القاضي في رقابته على هذه السلطة إنما يقوم بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة، وبذلك فانه يخرج عن دوره كقاض مشروعية ليصبح رئيسا أعلى للإدارة. والواقع أنه على خلاف هذا الرأي، فإن القاضي الإداري عندما يباشر رقابته على العمل الإداري، فإن كل ما يقضي به في مثل هذه الحالة أن هذا العمل لا يحقق الغرض منه نتيجة عدم ملاءمة التقدير الذي قامت به الإدارة. ومن ثم عليها أن تعيد مرة أخرى هذا العملية للتوصل إلى تحقيق هذا الهدف. "وبذلك فإنه لا يحل نفسه محل رجل الإدارة ولا يقوم بهذا التقدير بداءة، فالتقدير قائم وموجود سلفا، ولقد قام به رجل الإدارة من قبل، ثم جاء القاضي ليباشر رقابته على هذا التقدير الموجود أصلا، وفي النطاق الذي جرى فيه من جانب رجل الإدارة"<sup>(1)</sup>.

كما أن القول بأن يترك للإدارة تقدير الوقائع (مطلقا دون رقابة)، باعتبارها الأقدر على القيام بهذه المهمة. وأن القاضي الإداري قد جانبه التوفيق في بعض حالات التقدير، هو قول غير سليم؛ إذ أن تقدير الوقائع وتقدير أهميتها وخطورتها، ليست بالأمر المستعصي على القاضي الإداري المتمرس في رقابة تصرفات الإدارة، والمعاون لها في نفس الوقت.

بل لا يجب التضخيم فيما يدركه أو لا يدركه القاضي، وما يدركه رجل الإدارة فكلاهما يعيش في مجتمع واحد. فضلا عن الصلات الخاصة والتميزة بين السلطة الإدارية و القضاء.<sup>(2)</sup>

تبعاً لذلك، فإننا نرجح الرأي الثاني المؤيد للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، لأن الموقف المعارض لهذه الرقابة لا تعدو حجة أن تكون سوى أسانيد نظرية، بالنظر إلى المبررات التي تقوم عليها السلطة التقديرية. فهي بصفة أساسية اعتبارات عملية، تتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع وبالعلاقة الإدارية بالقاضي. فالمؤكد أن إعطاء المشرع للإدارة قدرا من حرية التقدير في إصدار قراراتها، لا يعني أكثر من حرصه على أن تصدر الإدارة أفضل القرارات ملاءمة للظروف.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 228 .

<sup>2</sup> - زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 91.

## المطلب الثالث

### أهداف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

تمارس الإدارة اختصاصاتها وسلطانها التقديرية باستمرار. وهذا ما يترتب عليه في أحيان كثيرة وقوع احتكاكات وتصادمات بينها وبين النظام القانوني في الدولة، من جهة. وحقوق وحرريات الأشخاص من جهة أخرى. مما قد يؤدي إلى تحريك عملية الرقابة القضائية التي تهدف إلى ضمان مبدأ المشروعية<sup>(1)</sup>، وتحقيق العدالة وحماية المصلحة العامة وحقوق وحرريات الأشخاص. وهي تعتبر أهداف ساكنة لها قيمتها من الناحية النظرية والقانونية والسياسية. كما يمكنها تحقيق أهداف عملية فعلية، لا تكون إلا بفضل القاضي الفاصل في المادة الإدارية أثناء فصله في النزاع القائم. وعليه فأهداف الرقابة تنقسم إلى قسمين : أهداف ساكنة وأهداف متحركة<sup>(2)</sup>.

### الفرع الأول

#### الأهداف الساكنة

إن الهدف الأساسي من عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة هو الوصول إلى درجة من الحماية لحقوق وحرريات الأفراد. وبالتالي تفعيل آلية الرقابة على أعمال الإدارة أو الدولة، على اعتبار أن النظرة القانونية للرقابة القضائية ما هي إلا عبارة عن المدافع والحامي لحقوق المواطنين من أعمال وتصرفات صادرة عن الإدارة، بموجب ما تمتع به من سلطة تقديرية بصفة خاصة. حيث نصت المادة 139 من دستور 28 نوفمبر 1996 على ما يلي : " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحرريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية " .

كما أن الهدف الأسمى من تحريك عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة وسلطانها التقديرية، هو المحافظة على المصلحة العامة، بالنظر إلى كونها هدفا بحد ذاته والغاية الأساسية التي تهدف الإدارة إلى تحقيقها من خلال القيام بالعديد من النشاطات والوظائف في إطار تسيير المرافق العامة. وبالمقابل فإنها تنعكس إيجابا على حسن تسيير المرافق بانتظام واطراد. ومن ثمة تحقيق إشباع تام وكلي للأفراد. على اعتبار أن الرقابة في هذا المجال، تعتبر أداة فعالة في حماية الاقتصاد الوطني من التخريب وعدم التبذير. والتقييد بالنصوص القانونية المنظمة لكل مجال<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 184 فقرة 03 من دستور 1976. والمادة 152 من دستور 1989. والمادة 162 من دستور 1996. التي تنص على : "المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقق من تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وفي ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها".

<sup>2</sup> - قروف جمال، المرجع السابق، ص 09.

<sup>3</sup> - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 82.

وبالتالي نجد أن الرقابة القضائية في هذا الصدد هي ضمان عدم خروج الأعمال والأنشطة ذات الطابع الإداري عن المصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

تهدف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة أيضا إلى التركيز على مدى سلامة ومشروعية الأعمال الإدارية التقديرية من الزاوية القانونية. بحيث إذا تم اكتشاف أي خروج عن نطاق المشروعية السائدة في الدولة -وذلك عن طريق التلاعب وعدم الالتزام بالضوابط الإدارية المنصوص عليها قانونا-، وجب مباشرة إلغاؤها أو تعديلها أو سحبها بحسب جسامه الخطأ المقترف من طرف الإدارة. ومحاولة إعادة الموقف قدر الإمكان إلى ما كان عليه وجعله أكثر تلاؤما واتفقا مع النصوص القانونية<sup>(2)</sup>.

بالتالي نجد أن مبدأ المشروعية يعد اللبنة الأولى والأساسية التي تبنى عليها وسيلة أو عملية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، طبقا لما جاء في نص المادة 184 من دستور 1976 والمادة 140 من لدستور 1996<sup>(3)</sup>.

كما ترمي عملية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة إلى تحقيق الملاءمة للنشاط الإداري في الدولة. حيث تعد الإدارة العامة الدعامة الأساسية في تسيير دواليب الدولة، بالنظر إلى الاحتكاك الكبير بينها وبين المواطن. ومن جهة فإننا نجد أن هذه الأخيرة تقوم بتجسيد كل البيانات والمعلومات في كل المجالات، بما يتفق مع التوجه السياسي للدولة. والذي بدوره ينعكس بشكل ايجابي على مختلف الجوانب في الدولة. وبالتالي لا بد أن تستمد عملية الرقابة القضائية من روح الفلسفة السائدة داخل المجتمع، والتي تعد عاملا أساسيا لإمكانية ممارسة هذه الرقابة بما يتلاءم وهذه الفلسفة<sup>(4)</sup>.

تهدف الرقابة القضائية كذلك إلى التعرف على مواطن الخلل في الإدارة. على اعتبار أن الرقابة القضائية دعامة أساسية في مجال الجودة والفعالية من جانب الحياد والموضوعية. وبالتالي القدرة على التعرف على أوجه مختلفة للأخطاء والصواب في العمل، والتعرف على موضوع الرقابة محل الطعن في مشروعيتها<sup>(5)</sup>.

بالتالي نجد أن الرقابة تلعب دورا في إدارة طبيعة أعمال الأشخاص، وليس الهدف من هذه الرقابة تقييد الأخطاء أو التهويل والتشهير بمرتكبيها والتخويف والترهيب<sup>(6)</sup>. أي أن الرقابة لا تقتصر على كف التناقض

---

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 04 .

<sup>2</sup> - ياسين قوتال، المرجع السابق، ص 82 .

<sup>3</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 05 .

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 06 .

<sup>5</sup> - وفي ذلك يقول الأستاذ حمد عمر حمد: "...و بكلمة أخرى، نقول أنه بغير رقابة يباشرها القضاء على أعمال الإدارة المخالفة للقانون، يمكن للإدارة أن تأتي من التصرفات التحكيمية ما تشاء، فتصبح كالبرلمان الإنجليزي، قادرة على كل شيء إلا تحويل الرجل إلى امرأة أو المرأة إلى رجل". أنظر مؤلفه: السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 81 و 82.

<sup>6</sup> - ياسين قوتال، المرجع السابق، ص 83 .

والانحرافات فقط، بل تتعدى ذلك إلى علانية الإلغاء أو تعديل أو سحب هذا العمل القائم عن عمل الموظف. وهذه الأخيرة بالرغم من إلغائها إلا أنها تعتمد إلى تحقيق زيادة في فعالية الإدارة وبالتالي نجد أن هذه الرقابة تساعد في القضاء على هذه الأفعال، وليس فقط البحث عن الأخطاء<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### الأهداف المتحركة

إن الهدف المتحرك من الرقابة القضائية هو هدف علاجي، حيث يقوم القاضي الفاصل في المادة الإدارية بتحريك الأهداف الساكنة. وذلك بالفصل في النزاع القائم بين حقوق وحرريات الأفراد وإعمال الإدارة لسلطتها التقديرية. ويعكس الحكم دور القاضي في إقامة التوازن بين الحريات العامة وأعمال الإدارة التقديرية. كما يتحتم عليه في بعض الأحيان، عندما يكون نقص أو فراغ في التشريع أن ينشأ ويخلق ويبدع حلولاً قانونية للفصل في النزاع<sup>(2)</sup>.

لذلك تتمثل الأهداف المتحركة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في:

**أولاً:** إن الهدف المباشر للرقابة القضائية هو فصل القاضي في النزاع القائم. ولا يتعدى دوره حدود الحكم. ويستعمل في ذلك إجراءات قضائية للوصول إلى الإنصاف. ويتقيد بمذكرات الأطراف وطلباتهم. ويسهر على أن يكون فصله في النزاع مطابقاً للقانون<sup>(3)</sup>.

**ثانياً:** بالإضافة إلى الهدف المباشر وهو الفصل في النزاع، قد يكون الهدف المتحرك من الرقابة القضائية غير مباشر أو عرضياً. ويتمثل في مشاركة القاضي في إنشاء وابتكار القواعد القانونية أثناء فصله في النزاعات. فالقاضي يستوحي الحلول من التشريع والاجتهاد القضائي والفقهاء. كما يستوحي الحلول وفقاً لاعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية<sup>(4)</sup>.

**ثالثاً:** كما أن الهدف المتحرك للرقابة القضائية هو تحقيق التوازن بين أعمال الإدارة التقديرية والحريات العامة. وذلك أثناء الفصل في النزاع القائم بينهم، حيث يوازن القاضي الفاصل في المادة الإدارية بين طرفي النزاع ويحكم على تصرف الإدارة إذا كان غير مشروع بالإلغاء. وبذلك يعد الحكم ضابطاً من ضوابط التوازن، وهدفاً متحركاً من أهداف الرقابة القضائية على أعمال الإدارة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - شهيرة بولحية، مدى سلطة القاضي الإداري على الإدارة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، بسكرة، 2006، ص 273.

<sup>2</sup> - قروف جمال، المرجع السابق، ص 10 .

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 10 .

<sup>4</sup> - عبد الجليل مفتاح ومصطفى بخوش، دور القاضي الإداري وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، جامعة محمد

خيضر، بسكرة، 2007، ص 26 .

<sup>5</sup> - قروف جمال، المرجع السابق، ص 10 و 11 .

## خلاصة الفصل:

لقد تطرقنا خلال هذا الفصل إلى ماهية السلطة التقديرية للإدارة وماهية الرقابة القضائية عليها. وفيما يخص الشق الأول من هذه الدراسة؛ أي السلطة التقديرية، بينا مفهومها وذلك من خلال تعريف هذه الأخيرة وتبيان العلاقة بينها وبين الأفكار المشابهة والمتصلة بها.

ثم تناولنا بعد ذلك أساس السلطة التقديرية للإدارة، ومختلف النظريات والآراء التي قيلت في هذا الصدد. وقد بينا أنها لم تسلم جميعها من النقد، وإن كان الفقهاء قد غلبوا النظرية الإيجابية التي تظهر في فكرة المشروع.

وقد بينا مبررات السلطة التقديرية وأسباب منح الإدارة سلطة تقديرية في أداء أعمالها ووظائفها، 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 فكرة أن خبرة الإدارة بالعمل وظروفه المتغيرة تجعلها أقدر من غيرها على تقدير مناسبة الأعمال المختلفة.

بما أن كل سلطة لا يمكن أن تكون مطلقة وإنما لا بد أن تجد حدودا لها، فإن السلطة التقديرية شأنها شأن جميع السلطات تخضع لحدود خارجية وأخرى داخلية. وفيما يتعلق بالحدود الخارجية والتي تظهر في ركن الاختصاص والشكل والغاية. فقد وجدنا بأن السلطة التقديرية لا تلعب دورا أساسيا أو هاما، بل وتكاد تكون منعدمة في إطارها.

عكس الحدود الداخلية، التي تتمثل في ركني المحل والسبب، التي تتجسد فيها مظاهر السلطة التقديرية بشكل واضح. ما لم يتدخل المشرع و يحدد كل منهما على وجه الدقة، أو يتدخل القاضي ويفرض رقابته على اختيار السبب أو المحل لاعتبارات يقدرها هو.

وقد وصلنا إلى أن ركن المحل هو الموضوع الأصيل لممارسة السلطة التقديرية للإدارة، فهي تتمتع بسلطة تقديرية واسعة. فلها حرية التصرف في أن 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.

أما الشق الثاني من الدراسة فتمحور حول ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، حيث عرفنا هذه الرقابة. وبيننا أنها من أنجع وسائل الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، لأن الجهة التي تمارسها هي القضاة، وهم فئة مشهود لها بالحياد والاستقلال<sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> - وقد بين الأستاذ "دريد كمال" الصفات التي يتحلى بها القاضي الإداري ومدى توافرها في القاضي الفاضل في المادة الإدارية الجزائرية. أهمها ضرورة الإنمام بالإدارة العامة ومشكلاتها. والتحرر من عقلية القضاء النظامي وتفكيره. والقدرة على ابتداء سياسات قضائية حكيمة. لمزيد من التفاصيل حول الصفات التي يتحلى بها القاضي الإداري، أنظر: دريد كمال، الصفات الواجب توافرها في القاضي الإداري للاضطلاع بسلطاته المنوطة به، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قلمة، 2011.

كما بينا موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة؛ حيث انقسم بين مؤيد ومعارض. وقد كان لكل إتجاه أسسه وأسانيده. لكننا نرجح الرأي المؤيد للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، لأن الموقف المعارض لهذه الرقابة لا تعدو حججه أن تكون سوى أسانيد نظرية، بالنظر إلى المبررات التي تقوم عليها السلطة التقديرية. فهي بصفة أساسية اعتبارات عملية، تتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع و بعلاقة الإدارة بالقاضي. فالمؤكد أن إعطاء المشرع للإدارة قدرا من حرية التقدير في إصدار قراراتها، لا يعني أكثر من حرصه على أن تصدر الإدارة أفضل القرارات ملائمة للظروف.

وقد ختمنا هذا الفصل بسرد أهداف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، والتي تنوعت بين أهداف ساكنة وأخرى متحركة. وقد تمثلت الأولى في ضمان مبدأ المشروعية وتحقيق العدالة وحماية المصلحة العامة وحقوق وحرريات الأشخاص. أما الثانية فهي أهداف عملية فعلية، تظهر أثناء فصل القاضي الإداري في النزاع المعروض أمامه.

## الفصل الثاني

النظام القانوني للرقابة القضائية

على السلطة التقديرية للإدارة

إذا كان تبني نظام الإزدواجية القضائية<sup>(1)</sup> بموجب المادة 152 من دستور 1996، يمثل المآل والتطور الطبيعي للنظام القضائي الجزائري، فإنه لا يشكل السبب والاعتبار الوحيد. ذلك أن التحول الذي عرفته الجزائر بموجب دستور 1989 المؤكد على ضرورة رد الاعتبار لمفهوم دولة القانون وتطبيق مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان. استلزم وضع الآليات الكفيلة بتحقيق هذه الأهداف العليا واقعيا. ولعل أهم ضمان لحماية وصيانة هذه المبادئ يكون بتنصيب سلطة قضائية قوية ومستقلة وفعالة، تقف في وجه كل تصرف من شأنه المساس بمفهوم دولة القانون.

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، تجسد في استعانته بمجموعة من الوسائل وانتهاجه 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.**

---

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الإزدواجية القضائية التي تبنتها الجزائر ابتداء من دستور 1996 لم تبق حكرا على فرنسا، حيث أصبح وجود قضاء إداري متخصص في تسوية النزاعات الإدارية هو النموذج السائد في أوروبا. إذ من بين 27 دولة عضو في الإتحاد الأوروبي لا نجد سوى 5 بلدان فقط لا تتوفر مطلقا أو تقريبا على جهات متخصصة في مجال القضاء الإداري. ونقصد بها: المملكة المتحدة، إيرلندا، الدانمارك، مالطا وقبرص. أما بقية دول الإتحاد فمنها من تبني إزدواجية قضائية كاملة، كألمانيا والسويد وفنلندا. ومنها من تبني إزدواجية قضائية على مستوى القمة فقط. وهناك نموذج أخير يقوم على عكس النموذج السابق، بتبنيه للإزدواجية القضائية على مستوى القاعدة فقط. وهو الحال بالنسبة لإسبانيا والمجر ورومانيا وسلوفينيا ولوفاكيا وإيستونيا وليتوانيا. أنظر في ذلك: تيري أولسون، القضاء الإداري في أوروبا: تقارب أم اختلاف؟، يوم دراسي حول تطور القضاء الإداري، إقامة الفضاة، 2011، ص 1-4.

## المبحث الأول

### وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

الأصل أن تمارس السلطات الإدارية أعمالها محترمة مقتضيات المشروعية، وخاضعة لحكم القانون في كافة مجالات تدخلها، إلا أن احتمال تصرف الإدارة على نقيض هذه القواعد وارد، وقد يؤدي إلى المساس بحقوق وحرريات الأفراد، مما استوجب تقرير وسائل لمصلحة هؤلاء تقيهم من جور الإدارة و تعسفها. ومن بين هذه الوسائل نجد الدعاوى الإدارية، فهي أداة تحريك أي رقابة قضائية ضد سلطة الإدارة التقديرية، كما أنها الوسيلة الوحيدة لممارسة و تجسيد سلطات القاضي ضد تعسف الإدارة في استعمال هذه السلطة.

وإن كانت الدعاوى الإدارية متعددة إلا أننا نجد بأن أهم وسيلة تجسد رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة، تتمحور في دعاوى الإلغاء والتعويض. وذلك بإلغاء العمل الإداري وتعويض الأفراد عما أصابهم من أضرار بسببه، أو صورة التعويض فقط.

## المطلب الأول

### الطعن بالإلغاء القضائي في القرارات التقديرية<sup>(1)</sup>

في خضم نشاط الإدارة العادي، فإنها تصدر العديد من القرارات، البعض منها يرحب به من قبل من يهيمه الأمر، والبعض الآخر يجد معارضيه باعتباره أمرا مجحفا بحقوقهم، وهذه الحالة تنشئ صورة عدم مطابقة موقف الإدارة في شكل القرار الإداري لمصالح الأفراد أو الموظفين مما يفتح أبواب النزاعات، والتي لا بد من عرضها على سلطة محايدة للبت فيها باعتبار أن الإدارة طرف من أطراف النزاع. وإن كانت لا تعد من الأطراف العادية، فهي تتمتع بحماية قانونية فرضت على المشرع - بالنظر إلى خصوصيتها - أن يخضع نزاعاتها إلى قضاء متخصص، سواء كانت المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة، كما أدرج لها مجموعة من القواعد الإجرائية التي تنظم طرق التقاضي على مستوى الجهات القضائية المختلفة<sup>(2)</sup>.

و تعتبر دعوى الإلغاء من أهم الوسائل الرقابية على أعمال الإدارة العامة<sup>(3)</sup>، على اعتبارها ذات قوة وفاعلية في حماية دولة القانون وحقوق الإنسان والمواطن بصفة عامة. وحماية

<sup>1</sup> - لقد استعملنا مصطلح " القرارات التقديرية " كناية عن القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة بناء على سلطتها التقديرية. ولا نقصد بالقرارات التقديرية الأعمال التقديرية، التي سبق وأن ميزنا بينها وبين السلطة التقديرية خلال الفصل الأول.

<sup>2</sup> - لعروبي، دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطان، ملتقى الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 38.

<sup>3</sup> - لقد عرفها الأستاذ ديلوبادير " على أنها: " هي الدعوى القضائية، التي يرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهة القضائية المختصة، بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، وتنحصر سلطة القاضي في هذه الدعوى في فحص مدى المشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه، والحكم بإلغائه إذا ما ثبت عدم مشروعيته بواسطة حكم قضائي، حجته عامة ومطلقة، وتمتاز دعوى الإلغاء بأنها دعوى عينية وموضوعية، وأنها من دعاوى قضاء الشرعية ". أنظر في ذلك:

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<sup>(1)</sup>.

وإذا استوفت عريضة افتتاح الدعوى جملة من الشروط الشكلية<sup>(2)</sup>، فإن القاضي الإداري يقبلها شكلاً، ثم يعمد بعد ذلك إلى دراسة ملف الدعوى من الناحية الموضوعية. ولا يتم ذلك إلا بدراسة حالات الإلغاء، فيبحث القاضي في مدى توافر القرار الإداري على أركانه ليفحص انطلاقاً منها مدى مشروعيته.

فإذا اتضح له أن عيباً قد أصاب أحد الأركان، فلزاماً عليه أن يحكم بالإلغاء بسبب عدم المشروعية، أما إذا تبين من خلال دراسته مختلف أركان ومحتويات القرار أنها خالية من أي عيب، فإنه يصدر قراراً برفض إلغاء القرار الإداري.

وأسباب إلغاء القرار الإداري الصادر بناءً على سلطة تقديرية للإدارة هي نفس الأسباب التي تؤدي إلى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة بناءً على اختصاص مقيد<sup>(3)</sup>، والتي تصيب أحد

---

Delaubadere, Manuel de droit administratif, 11 Emme édition, L.G.D.J, Paris, p 105 .

أما الأستاذ عدنان عمرو، فقد عرفها على أنها: "قيام القاضي بإبطال القرارات الإدارية الصادرة عن الإدارة فيما إذا صدرت مخالفة لمبدأ المشروعية، أو هو تقرير مدى إتفاق أو مخالفة القرار المطعون فيه للقواعد القانونية". أنظر في ذلك: - عدنان عمرو، إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين، دون رقم الطبعة، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2001، ص 9.

1 - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 112.

2- للإطلاع على هذه الشروط أنظر: عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 15 و ما بعدها.

3 - لقد صنف الأستاذ "دي لوبادير" وسائل المشروعية أو أوجه الإلغاء إلى خمسة أوجه وهي: عيب الاختصاص، الشكل، الانحراف بالسلطة، المخل، والسبب. وهو تصنيف يقوم على أساس أركان القرار الإداري ولم يميز بين المشروعية الخارجية والداخلية. أنظر في ذلك:

-André DeLaubadère, Yves Gaudement, traité de droit administratif, tome 1, 16 Emme édition, Libraire général de droit de jurisprudence, Paris, 1999, p 533 et suivantes.

أما الأستاذان "أوبي" و "دراجو"، فقسماها إلى عيوب مشروعية خارجية وأخرى داخلية. جاعلين عيب السبب مستقلاً، أما الأستاذ "ديباش" فقد جعل عيب السبب ضمن حالات عيب مخالفة القانون، وذات الأمر ينطبق على الأستاذ Ricci. أنظر في ذلك:

-Charles Debbasch et Jean-claude Ricci, contentieux administratif, Dalloz, 1999, p 664. et Charles Debbasch, institutions et droit administratif, tome 2, 4 éme édition, P.U.F, 1998, p 646 et suivantes.

أما الأستاذ "أحمد محيو" فقد جعل عيب السبب ضمن عيب مخالفة القانون. أنظر في ذلك:

Mahiou(A),cours du contentieux administratif, 2 Emme édition, O.P.U,1981, Alger, p 204 et suivantes.

أما الأستاذان "عمار عوابدي" و "عمار بوضياف"، فقد أخذوا بالتقسيم الكلاسيكي أعماله. جاعلين عيب السبب عيباً مستقلاً. أنظر في ذلك: -عمار عوابدي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982، ص 125. وعمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جصور للنشر والتوزيع، 2009، ص 195.

أركانها وتجعله غير مشروع، ويقول بعض الفقهاء في هذا المجال أن عملية الفصل بين أوجه الإلغاء غير ممكنة، لأنها متداخلة مع بعضها فأغلبها تشترك مع عيب مخالفة القانون نصا وروحا، وما عملية التقسيم إلا دلالة على الوجه العام على عدم مشروعية القرار الإداري المعيب<sup>(1)</sup>.

سنتناول فيما يأتي عيوب المشروعية الخارجية والداخلية:

## الفرع الأول

### عيوب المشروعية الخارجية

تتمثل عيوب المشروعية الخارجية في عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل والاجراءات، التي سنسلط عليها الضوء، مركزين على المجال الذي يخصنا؛ ألا وهو مجال السلطة التقديرية:

#### أولا : عيب عدم الاختصاص

تقوم الإدارة العامة المعاصرة على مبدأ تقسيم وتوزيع الاختصاص بين مختلف هيئاتها والأشخاص العاملين بها بهدف تحسين الأداء الإداري وتحديد المسؤوليات؛ حيث يسند إصدار أي قرار إداري إلى شخص أو موظف معين. ويمكن تعريف الإختصاص بأنه: " القدرة أو المكنة أو الصلاحية المخولة لشخص أو جهة إدارية على القيام بعمل معين على الوجه القانوني"<sup>(2)</sup>.

ونظرا لأهمية هذا الركن، فقد رتب القانون على تخلفه البطلان وذلك في صورة عيب عدم الاختصاص، الذي يتفق غالبية الفقهاء على تعريفه بأنه: "عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لأن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر"<sup>(3)</sup>.

وقد دفعت صياغة التعريف السابق لعيب عدم الاختصاص بعض الفقهاء إلى الربط بين الاختصاص في القانون العام والأهلية في القانون الخاص، حيث يجمع بينهما القدرة على مباشرة العمل الإداري<sup>(4)</sup>. بيد أن

معظم فقهاء القانون العام<sup>(5)</sup> قد اعترضوا على هذا الربط لوضوح الإختلاف بين المعنيين<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - ياسين قوتال، المذكرة السابقة، ص 121.

<sup>2</sup> - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص 104.

<sup>3</sup> - يعود هذا التعريف أساسا إلى الفقيه "بونار" أظرفي ذلك:

Charles Debbasch, Institutions et droit administratif, tome 2 , 4 éme édition, P. U. F, Janvier 1998, P 646.

<sup>4</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 104.

<sup>5</sup> - راجع :

- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 120.

ويمتاز عيب عدم الاختصاص بأنه من أقدم أوجه الإلغاء ظهوراً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وأنه كان الأصل الذي استمدت منه العيوب الأخرى<sup>(2)</sup>، لما لفكرة الاختصاص من أهمية كبيرة، و لوضوح بطلان القرار الإداري عند صدوره ممن لا يملك الإختصاص بذلك.<sup>(3)</sup>

وإذا كانت عيوب القرار الإداري الأخرى قد استقلت عنه، إلا أنه لا يزال العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام، ولذلك ذكرنا في إطار تحديدنا لحدود السلطة التقديرية أن الإدارة لا تتمتع بأي حرية فيما يخص ركن الإختصاص لكونه مرتبطاً بالنظام العام<sup>(4)</sup>.

هذا فيما يتعلق بتعريف عيب عدم الإختصاص وخصائصه، أما عن صورته وموقف القضاء الجزائري منه، فسنبينها فيما يأتي:

## 1- صور عيب عدم الإختصاص

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 عضوياً وموضوعياً<sup>(5)</sup>. وتبعاً لذلك يتخذ عيب عدم الاختصاص صورتين، فقد يكون بسيطاً حينما يصدر القرار موظف متجاوز لنطاق إختصاصه. وقد يكون جسيماً أو ما يسمى بإغتصاب السلطة، وذلك إذا تضمن إعتداء من السلطة الإدارية على إختصاصات السلطة التشريعية أو القضائية، أو اغتصب فرد عادي سلطة إصدار القرار<sup>(6)</sup>.

---

1 - خالد سماره الزغبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، ص 65.

2 - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جوسور للنشر والتوزيع، 2009، ص 171.

3 - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 170.

4 - ذلك أن قواعد الإختصاص في القانون العام تحدف إلى حماية المصلحة العامة. بينما ينحصر هدف قواعد الأهلية في القانون الخاص إلى حماية الفرد. كما أن سبب عدم الأهلية يعود إلى عدم النضج العقلي للشخص، بينما يمثل الباعث في تحديد الاختصاص وتحقيق التخصص في العمل. وتقسيم العمل بين أعضاء السلطة الإدارية بما يحققه من مزايا. كما أن الأهلية على صعيد القانون الخاص عبارة عن رخصة يستعملها الفرد أو لا يستعملها، ولعله يكلف غيره للقيام بالتصرف نيابة عنه رغم تمتعه بالأهلية القانونية. بينما على صعيد القانون الإداري لا تملك الإدارة كمبدأ عام نقل الاختصاص إلى جهة إدارية أخرى، إلا إذا خولها الدستور أو القانون أو التنظيم صراحة هذه السلطة. انظر: -عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 172.

5 - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري- قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 184.

6 - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 169.

7 - إرجع إلى البحث الثاني من الفصل الأول.

8 - دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، 2006، ص 140.

9 - بالإضافة إلى هذا التقسيم، فإن هناك جانباً من الفقه يقسم عيب الإختصاص إلى عيب الإختصاص الإيجابي، ويشمل حالة عيب الاختصاص الإيجابي الجسيم وحالات عيب الاختصاص الإيجابي البسيط. أما عيب الاختصاص السلبي فيشمل الحالة التي يظن الموظف خطأً فيها أنه غير مختص بأمر من الأمور، في حين يخوله القانون هذا الاختصاص. انظر في ذلك: - عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1962، ص 445.

## أ- عدم الإختصاص الجسيم أو إغتصاب السلطة<sup>(1)</sup>

وهي الصورة التي يصدر فيها القرار الإداري عن شخص ليست له أي سلطة إدارية؛ أي أنه لا ينتمي للإدارة أصلاً<sup>(2)</sup>، وهذا ما رتب عليه القضاء الإداري إنعدام القرار. وقد ظل القضاء الإداري الفرنسي متحفظاً إلى زمن قريب تجاه الحكم بانعدام القرار المعيب بعدم الإختصاص الجسيم، لكنه عدل في العقود الأربعة الأخيرة عن ذلك، واستقر على أنها قرارات منعدمة<sup>(3)</sup>، خاصة إذا كان الضرر المترتب عنها ماساً بالحقوق والحريات<sup>(4)</sup>.

ويتخذ القرار المعيب بعيب عدم الإختصاص الجسيم صوراً عدة، فقد يصدر عن فرد عادي لا علاقة له بالإدارة، كما قد يصدر عن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) بصورة تعدي فيها على إختصاص باقي السلطات التشريعية أو القضائية. وذلك ما سنفصله فيما يلي ذكره:

### - صدور القرار الإداري من فرد عادي

وذلك بأن يصدر القرار الإداري عن فرد عادي لا يحوز الصفة القانونية الإدارية سواء بصفته موظفاً أو منتخباً<sup>(5)</sup>. 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>(6)</sup>.

## - اعتداء السلطة التنفيذية على إختصاص السلطة التشريعية والقضائية

يرجع قيام هذا العيب لتعارضه ومبدأ الفصل بين السلطات، حيث تتعدى الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية على إختصاص السلطة التشريعية. وتعود أسباب هذا الإعتداء في أغلب الأحيان لعدم وجود معيار فاصل بين ما هو تشريعي وما هو تنفيذي أو تنظيمي بالنسبة لهيئات السلطة التنفيذية المركزية، بسبب

<sup>1</sup> - وقد سمي باغتصاب السلطة، لأن مخالفة ركن الإختصاص قد بلغت حداً من الجسامه لدرجة تفقده صفته الإدارية، حيث يتحول إلى عمل مادي، ويكون مصدره معتصبا لسلطة لم يحولها له المشرع.

<sup>2</sup> - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008، ص 180.

<sup>3</sup> - درسية حسين، المرجع السابق، ص 141.

<sup>4</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 582.

<sup>5</sup> - درسية حسين، المرجع السابق، ص 141.

<sup>6</sup> - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص 181. وذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية، من: " أن العمل الإداري لا يكون معدوماً إلا إذا كان مشوباً بمخالفة جسيمة، ومن صورها أن يصدر القرار من فرد عادي أو أن يصدر القرار من سلطة في شأن من إختصاص سلطة أخرى، كأن تتولى السلطة التنفيذية عملاً من أعمال السلطة القضائية أو السلطة التشريعية". أنظر في ذلك: عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 190.

غموض نصوص الدستور وإطلاقها<sup>(1)</sup>. لهذا نجد القضاء الإداري متحفظا في هذا الموضوع، حيث يعد العيب في هذا المجال بسيطا وليس جسيما، لاسيما لعدم يقينه من المعيار الذي بنى عليه حكمه<sup>(2)</sup>.

ومن أمثلة الإعتداء على السلطة القضائية، أن تقوم الإدارة المركزية ممثلة في الوزير الأول، بإصدار مرسوم تنفيذي يمس أحد المجالات الواردة في المادة 122 من الدستور، والمخولة أصلا للبرلمان<sup>(3)</sup> وتعتبر هذه الصورة الأخيرة، من أغلب حالات عيب عدم الإختصاص الجسيم في الجزائر. وتبعا لذلك قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرار لها ب: 13 ديسمبر 1981، بإبطال القرار الصادر عن لجنة النزاعات التابعة للبلدية، الذي فصل في أصل الملكية بين أحد الملاك الخواص ومستأجر لأملاك الدولة<sup>(4)</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 لأملاك الدولة.

حيث أنه ليس من سلطات الرئيس أو المجلس الشعبي البلدي الحل محل الجهة القضائية، والبت في قضية من قضايا الملكية أو شغل مكان ما يخص الجهة القضائية، إذ أن دورها يجب ألا يتعدى تحقيق المصالحة بين الطرفين، حيث أن القرار المتخذ بالتالي على النحو السابق عرضه، مشوب بعيب تجاوز السلطة الواضح ويستوجب من أجل هذا البطلان".

يلاحظ هنا أن المجلس الأعلى بين إختصاصات البلدية، المتمثلة في تحقيق المصالحة بين الطرفين المتنازعين. كما بين الإختصاص القضائي الذي اعتدت عليه البلدية، والمتمثل في الفصل في المنازعات بين الأفراد، خاصة إذا تعلق الأمر بحق الملكية، وبناء على ذلك قضى بإبطال القرار الإداري<sup>(5)</sup>.

غير أن ما نسب إلى الإدارة في هذه القضية، يعد إعتداء جسيما على إختصاصات السلطة القضائية، وبالتالي فإن قرارها يعتبر منعدما وكأنه لم يكن؛ أي أن المجلس الأعلى لا يجد قرارا إداريا ليبطله، بل يجد قرارا منعدما. فهو لا يصدر قرارا قضائيا منشئا، وإنما قرارا كاشفا ومقررا لحالة الإنعدام. وقد عبر الأستاذ " أحمد محيو" عن ذلك عندما قال : " فهي تحمل القاضي على التصريح ليس فقط ببطلان مثل ذلك القرار،

<sup>1</sup> - لهذا وضع الفقه عدة معايير للتمييز، منها المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي. وكذا معيار تدرج القواعد القانونية. وهي معايير قاصرة عن الفصل التام، وفي مجملها تمدنا بمعيار رابع أكثر شمولية ودقة في التمييز كخلاصة للمواءمة بينهم أنظر: عمار عوابدي، نظرية القرارات الادارية بين علم الإدارة و القانون الإداري، د.م.ج، الجزائر، 2007، ص 116 119.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 600.

<sup>3</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 106.

<sup>4</sup> - المجلة القضائية، العدد الثالث، صادرة عن قسم الوثائق بالحكمة العليا، 1989، ص 190 وما بعدها.

<sup>5</sup> - لقد صدرت عن المجلس الأعلى قرارات أخرى ألغى فيها تصرف الإدارة لكونه يشكل إعتداء على عمل القضاء. انظر في ذلك: القرار المؤرخ في 17 / 1 / 1987، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1990، ص 169 و ما بعدها. وكذلك قراره ب: 25 مارس 1989، المجلة القضائية، العدد الثالث، ص 176.

بل بأنه منعدم، وهذا بالتصريح بالإنعدام، فيعتبر القرار محل الدعوى مجرد واقعة، والتي لم تنشئ أبداً، ولا يمكن أن ينشئ أي أثر قانوني...<sup>(1)</sup>

من الواضح أن القاضي الإداري الجزائري يخلط بين مصطلحي البطلان والإنعدام، رغم الإختلاف الخطير بين نتائج وآثار المعنيين .

وقد سبق وأن ذكرنا بأن عيب عدم الإختصاص يعتبر من النظام العام، و إذا 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 إعتداء ماديا مرتبا لآثار تختلف عن تلك التي يربتها القرار الباطل في حالة تنفيذه، سواء في مجال الاختصاص القضائي والإستفادة من الحماية القانونية أو في مجال المسؤولية، ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع هذا التصور في أحكام عديدة<sup>(2)</sup>.

ففي مجال الاختصاص القضائي، يمارس القاضي الإداري رقابته على صحة وسلامة القرار الإداري. ويعود إليه هذا الإختصاص بصفة أصيلة. بينما إذا تأكد خروج القرار الإداري عن قواعد المشروعية خروجاً صارخاً، واعتبر بالتالي منعدمًا، فإن أمر عرض النظر فيه للقاضي الإداري أو العادي سواء<sup>(3)</sup>. وغالبا ما يتم عرضه على القضاء العادي، بإعتباره الحامي الطبيعي لحقوق وحرقات المواطنين. ولأن القرار المنعدم تنتفي فيه مواصفات العمل القانوني المستحق للحماية<sup>(4)</sup>.

لكن هذا الوضع وإن كان مقبولا في القضاء الإداري الفرنسي، على إعتبار أن هذا الأخير يأخذ بالمعيار الموضوعي. لكنه لا يكون مقبولا بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري، على إعتبار أن هذا الأخير سيكون مختصا في جميع الحالات بنظر المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفا فيها، بغض النظر عن طبيعة النزاع، إداريا كان أم عاديا<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>– Ahmed Mahiou, Cours de Contentieux administratif, 4 eme édition, O.P.U, 1981, P225.

<sup>2</sup> – بودريوة عبدالكريم، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية-درجات البطلان في القرارات الإدارية-، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص 111.

<sup>3</sup>– Charles Debbash et Jean Claude Ricci, contentieux administratif, 7ème édition, 1999, p 553

<sup>4</sup> – عمار عوابدي، عميلة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982-1983، ص 71.

<sup>5</sup> – ذلك ما جعل بعض الفقهاء يرفضون وصف "القاضي الإداري الجزائري"، ويفضلون استعمال وصف "القاضي الفاصل في المادة الإدارية الجزائرية". لأن هذا الأخير سيختص بجميع منازعات الإدارة العامة حتى لو 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. انظر في ذلك:

– Bouabdellah 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, p 2 .Et – Bouabdellah Mokhtar,

ولذلك ذهب الأستاذ "لحسين بن شيخ آث ملويا"، إلى انتقاد موقف الأستاذ "عمار عوابدي"<sup>(1)</sup>، الذي يقول فيه: " أن الدعاوى والطعون القضائية ضد هذه الأعمال الإدارية المنعدمة، تصبح من إختصاص القضاء العادي ( المحاكم والغرف المدنية والتجارية والجنائية منها) بالرغم من أن هذه الأعمال صادرة من جهات و سلطات إدارية، وهذا الإستثناء يقرره القضاء".

إذ يقول في ذلك أن الأستاذ "عمار عوابدي"<sup>(2)</sup> قد "خلط بين ما هو موجود في القضاء الفرنسي"<sup>(3)</sup> وأراد تطبيقه على القانون الجزائري، فالمادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية واضحة، ولا يوجد أي مقتضى قانوني يستثني القرارات المنعدمة من إختصاص القضاء الإداري".

وإنطلاقاً من الفكرة السابقة، والتي مفادها انتقاء مواصفات العمل القانوني في القرار المنعدم، يستتبع عدم استحقاقه للحماية القانونية. والتي تظهر في أوجه عديدة: أولها أن مسألة إنعدام القرار الإداري من النظام العام بكل ما يترتب عن ذلك من نتائج<sup>(4)</sup>، كما أن القرار المنعدم لا يستفيد من الحصانة بعد انقضاء المدة القانونية لرفع دعوى الإلغاء من طرف المخاطب بالقرار أو السحب من طرف الإدارة<sup>(5)</sup>، حيث يمكن سحبه أو إلغائه حتى بفوات الميعاد المحدد للطعن فيه أمام القضاء<sup>(6)</sup>.

أما في مجال المسؤولية الإدارية الخطئية، فإذا كنا نعلم أن صدور القرار الإداري بالمخالفة للقانون يشكل خطأ يمنح للفرد المتضرر حق طلب تعويض الضرر. وإذا كان القضاء الإداري المقارن والجزائري قد استقر على التفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقي. بحيث يترتب عن الأول مسؤولية شخصية بينما سيترتب

---

L'expérience Algérienne du contentieux administratif, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Faculté de Droit, Université des frères Mentouri Constantine, 13 décembre, 2005.

وخلوي رشيد، القضاء الإداري، القضاء الإداري(تنظيم و اختصاص)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 127 و 128 وص 159 إلى 163.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية-وسائل المشروعية-، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 100.

<sup>3</sup> - ذلك أن فرنسا قد اعتمدت في البداية المعيار العضوي، وذلك في أوائل القرن التاسع عشر. وكان ذلك نتيجة إعتبارات سياسية خاصة برجال الثورة الفرنسية، لاستبعاد إختصاص القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها. إلا أنه تخلى عن هذا المعيار فيما بعد، واعتمد المعيار الموضوعي، خاصة لما اطمأن إلى وضعه القانوني وزال خطر إلغائه من قبل السلطة التنفيذية. أنظر في ذلك: بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، تيزي وزو، 2011، ص 13.

<sup>4</sup> - لقد عرف الأستاذان " أوي " و " دراجو " الوسيلة المتعلقة بالنظام العام على أنها : " تلك الوسيلة التي يمكن أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارتها لأول مرة أمام القاضي حتى ولو لم يثيرها الخصم أثناء رفعه للتظلم السابق، كما يمكن إثارتها لأول مرة أمام قاض الإستئناف أو النقض"، أما الأستاذ " أودنت " فقد عرفها كما يأتي : " هي وسيلة متعلقة بمسألة ذات أهمية بحيث ينكر القاضي القاعدة القانونية والتي من واجبه إحترامها إذا كان القرار القضائي الصادر منه لا يأخذها في عين الإعتبار، وأن أهمية هذه المسألة هي المبررة لفحصه التلقائي ". أنظر في ذلك: - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 97.

<sup>5</sup> - بودريو عبد الكريم، المقال السابق، ص 112.

<sup>6</sup> - وميعاد رفع الدعوى في المواد الإدارية هو أربعة أشهر، سواء كانت مرفوعة أمام مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية طبقاً للمادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08 / 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

عن الثاني مسؤولية مرفقية<sup>(1)</sup>. وإذا كان الخطأ الشخصي قد وردت في تحديده العديد من المعايير الفقهية والقضائية<sup>(2)</sup>، فإن هذا الأخير يشترك مع مضمون القرار المنعدم في أن خروج هذا الأخير عن قواعد المشروعية خروجاً فاحشاً وجسيماً يشكل بذاته مكونات الخطأ الجسيم<sup>(3)</sup>، وبالتالي تترتب المسؤولية الشخصية على القرار المنعدم. وهذا ما ثبت من خلال إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسية الشهيرة، وهو حكم Ladié المؤرخ في 8 فيفري 1876<sup>(4)</sup>.

وتتمثل النتيجة الأخيرة المترتبة على إنعدام القرار المشوب بعيب إغتصاب السلطة أو عدم الإختصاص الجسيم، في كون القاضي إذا ما ثبت له أن عمل الإدارة يشكل خروجاً عن قواعد المشروعية، يعتبر منعدماً ولا يستحق الحماية القانونية. وبالتالي فإن للقاضي سلطة توجيه أوامر للإدارة<sup>(5)</sup> للكف عن كل ما من شأنه أن يضع العمل المتخذ حيز التنفيذ، بينما يحرم القاضي من هذه السلطة؛ أي سلطة الأمر، في حالة الخطأ البسيط<sup>(6)</sup>.

---

<sup>1</sup> - لقد كانت أول تفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي من طرف القضاء في عام 1873، بعدما تقرر مبدأ مسؤولية الإدارة العامة في فرنسا في حكم "بيلتي". راجع في ذلك:

- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 123، وكذلك:

- فارة سماح، المسؤولية الادارية عن الخطأ المرفقي، مذكرة ماجستير، قالمة، 2004، ص 2 و ما بعدها.

<sup>2</sup> - لقد تطرق لهذه المعايير العديد من المؤلفات نذكر منها:

- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، 1996، ص 107 و ما بعدها.

- لعشب محفوظ، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 47 و ما بعدها.

- رشيد خلوي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 10.

- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، 2002، ص 151.

- حسين فريجة، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004 ص 32 و ما بعدها.

<sup>3</sup> - بحيث يعد معيار الخطأ الجسيم الذي جاء به الأستاذ "جاز" معياراً فقهياً للتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي. انظر في ذلك: - فارة سماح، المذكرة السابقة، ص 6.

<sup>4</sup> - بودريوة عبد الكريم، المقال السابق، ص 112.

<sup>5</sup> - لمزيد من التفاصيل حول موضوع حظر توجيه أوامر للإدارة، أنظر: حسينة شرون و عبد الحليم بن مشري، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، 2005، ص 228 وما بعدها. وبن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية -دراسة مقارنة-، دار هوم، الجزائر، ص 274 وما بعدها. وعصام بنجاح، تنفيذ القرارات القضائية الإدارية حجة على مقاس الإدارة؟، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011. وفاضل إلهام، سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه في التشريعين الفرنسي والجزائري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011. وفاضل إلهام، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة قالمة، كلية الحقوق، 2005.

<sup>6</sup> - لكن القاضي الإداري الجزائري قد أصبح يتمتع بسلطة توجيه أوامر للإدارة العامة، سواء تعلق الأمر بخطأ بسيط أو جسيم. وذلك بموجب المواد 978

و 979 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

## 2- عدم الاختصاص البسيط

يعتبر عدم الاختصاص البسيط الشكل الأكثر شيوعا لعب عدم الإختصاص، وهو يقع داخل السلطة التنفيذية نفسها بين إدارتها وهيئاتها و موظفيها<sup>(1)</sup>، و يأخذ الصور الرئيسية الآتية:

### أ- عدم الاختصاص الموضوعي

يتحقق هذا العيب في حالة صدور القرار الإداري ممن لا يملك أحقية إصداره في مسألة معينة تدخل ضمن إختصاص هيئة أو عضو آخر<sup>(2)</sup>، و من صورته:

- إعتداء هيئة إدارية على إختصاص هيئة موازية لها<sup>(3)</sup>

على الرغم من محاولة النصوص توزيع الإختصاصات بين مختلف الموظفين والهيئات الإدارية، إلا أن تزايب العلاقات الادارية وتشابكها داخل الإدارة العامة، قد يؤدي إلى تدخل وإعتداء هيئة إدارية على إختصاص هيئة موازية لها. ولعل أبرز مثال على ذلك، تدخل وزير معين في صلاحيات وزير آخر، كأن يصدر وزير التربية قرارا يعود أساسا لوزير التكوين المهني أو وزير التعليم العالي والبحث العلمي<sup>(4)</sup>.

- إعتداء هيئة مركزية على إختصاص هيئة لامركزية

إذا كانت الهيئات اللامركزية تتمتع بالإستقلالية القانونية لممارسة إختصاصاتها طبقا للقانون، وإذا كانت هذه الأخيرة تخضع لنوع من الرقابة في إطار ما يعرف بالوصاية الإدارية من طرف الإدارة المركزية، إلا أن ذلك لا يعني أن تتدخل هذه الأخيرة و تعتدي على إختصاصات الهيئات اللامركزية المرفقية منها والمحلية. كأن تتدخل وزارة الداخلية مثلا لممارسة الإختصاصات الموكلة للبلدية وفقا للقانون.

- إعتداء الرئيس على إختصاص المرؤوس<sup>(5)</sup>

إذا كان للرئيس سلطة واسعة على أعمال مرؤوسه توجيهها وتصديقا وتعديلا وسحبا وإلغاء<sup>(6)</sup>، إلا أن لتلك السلطة حدودا يشكل تجاوزها إعتداء على إختصاصات المرؤوس إلا في حالة الحلول<sup>(7)</sup>.

- إعتداء المرؤوس على إختصاص الرئيس<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص 183.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرار الإداري بين علم الإدارة و القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 73.

<sup>3</sup> - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 123.

<sup>4</sup> - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص 106.

<sup>5</sup> - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008، ص 182.

<sup>6</sup> - انظر: محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص 49 و ما بعدها. وأحمد هنية، عيوب القرار الإداري، مجلة المنتدى

القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008، ص 50.

<sup>7</sup> - يقصد بالحلول في المجال الإداري أن يغيب صاحب الاختصاص الأصيل وأن يعترضه مانع سواء كان ماديا كالاستقالة أو الإمتناع عن العمل، وسواء كان غير إرادي كالمرض و الموت. وعندئذ يحل من يعينه المشرع محل الأصيل، وتكون سلطات و اختصاصات من سيمارس الحلول ذاتها سلطات الأصيل. انظر:

عمار بوضيف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 181.

هي الحالة المعاكسة للحالة السابقة، كأن يصدر مدير لإحدى المصالح والمديريات الموجودة بالولايات (مدير الفلاحة) قرارا يدخل في صلاحيات وزير الفلاحة، إلا في حالة التفويض.<sup>(2)</sup>

#### ب- عدم الاختصاص المكاني

إذا كانت بعض الهيئات والسلطات الادارية تمارس اختصاصها عبر إقليم الدولة مثل رئيس الجمهورية و الوزير الأول، فإن هيئات أخرى يقيد القانون نطاق اختصاصها الاقليمي<sup>(3)</sup>، مثل الوالي و رئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث يترتب على تجاوزها لذلك النطاق بطلان قراراتها لأنها مشوبة بعدم الإختصاص المكاني، كأن يصدر رئيس بلدية قرارا يمتد أثره إلى بلدية أو بلديات أخرى<sup>(4)</sup>.

وتعتبر هذه الصورة من عدم الإختصاص من أقل الصور حدوثا في الحياة العملية؛ حيث يحرص كل عضو في العادة على ممارسة نشاطه في الحيز الجغرافي الذي حدده له القانون<sup>(5)</sup>، لذلك فإن معظم التطبيقات القضائية في هذا الصدد تتعلق بأفراد غيروا محل إقاماتهم من مكان إلى آخر بدون علم الإدارة، ولهذا تصدر القرارات بشأنهم من السلطة التي يتبعها محل الإقامة الأول، في حين أن الإختصاص بإصدار القرار يكون للسلطة التي يتبعها محل الإقامة الجديد<sup>(6)</sup>.

#### ج- عدم الاختصاص الزمني

ويقصد به أن يزاول أحد رجال الادارة إختصاصه دون مراعاة للقيود الزمنية الموضوعة لذلك<sup>(7)</sup>. ويحدث ذلك في حالتين: فإما أن يصدر القرار قبل أن يتقلد الموظف مهام منصبه أو بعد إنتهاء المدة الزمنية التي حددها القانون لإصداره<sup>(8)</sup>.

#### ثانيا: عيب الشكل والإجراءات<sup>(9)</sup>

لا يكفي أن يلتزم رجل الإدارة حدود إختصاصه لكي يصبح القرار الإداري سليما، بل يجب أن يصدر هذا القرار وفقا للإجراءات التي حددها المشرع و في الشكل المرسوم له.

---

1- يضيف الأستاذ أحمد محيو لهذه الحالات حالة أخرى وهي على حد قوله : " ... وهي الحالة التي يعتقد فيها بأن رأيا لهيئة إستشارية يقيدده، بينما الواقع غير ذلك". وقد استند في ذلك إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 4 مارس 1948. - أنظر مؤلفه: المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008، ص 182.

2- التفويض قد يكون تفويضا في الاختصاص أو تفويضا في التوقيع. انظر في ذلك: أحمد محيو، المرجع السابق، ص 182.

3- عبد الغني بسيوي عبد الله، القضاء الإداري- قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 196.

4- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ. ص 108.

5- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 183.

6- سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 206.

7- المرجع نفسه، ص 207.

8- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 185.

9- هناك من الفقهاء الفرنسيين من يعتبر عيب الشكل مستقلا عن عيب الإجراءات، بحيث يجعل للقرار الإداري ستة عيوب بدلا من خمس عيوب. ومن هؤلاء نجد الأستاذ "روني شاي"، الذي جعل عيب الإجراءات منفصلا عن عيب الشكل، كما جعل عيب السبب مستقلا عن عيب مخالفة القانون.

" وقواعد الشكل والإجراءات ليست مجرد روتين أو عقبات، وإنما هي في حقيقتها ضمانات للإدارة تمنعها من التسرع وتهديد حقوق الأفراد وحررياتهم، وحملها على التروي في ذلك، ووزن الملايسات والظروف المحيطة بموضوع القرار تحقيقا للمصلحة العامة، وهو الأمر الذي يحقق أيضا ضمانات للأفراد ضد احتمالات تعسف الإدارة، وكما يقول الفقيه الألماني "أهرنج"، فإن الشكليات و الإجراءات تعد الأخت التوأم للحرية، وهي العدو اللدود للتحكم والإستبداد".<sup>(1)</sup>

فقواعد الشكل والإجراءات تقوم كحاجز وموازن لسلطات الإدارة الخطيرة في مجال القرارات الإدارية، فإذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص بحق التنفيذ المباشر والسلطة التقديرية، فإن عليها أن تسلك السبيل الذي ترسمه القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات<sup>(2)</sup>. وما يلاحظ على الشكليات والإجراءات أنها في الغالب قبلية على إتخاذ القرار<sup>(3)</sup>، حيث يكون لها الفضل في تجنب الإدارة التسرع<sup>(4)</sup> في استعمال سلطتها التقديرية بما قد يعرض أعمالها لاحقا لرقابة القضاء<sup>(5)</sup>.

ويمكن تعريف عيب الشكل والإجراءات بأنه " عدم إحترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المقررة في القوانين واللوائح لإصدار القرارات الإدارية، سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها جزئيا"<sup>(6)</sup>.

ويقصد بإجراءات القرار الإداري " الترتيب التي تتبعها الإدارة قبل إتخاذ القرار وإصداره نهائيا"<sup>(7)</sup>. وتأخذ الإجراءات عدة صور منها : الاستشارة<sup>(8)</sup> ، احترام قواعد التبليغ، الكتابة وتحديد تاريخ صدور القرار. والأصل أن الإدارة العامة غير ملزمة بتسبب قراراتها، إذ يفترض استنادها قي ذلك إلى سبب أو أسباب مشروعة. ونظرا لأهمية وخطورة هذا الشرط، فقد حرص القضاء على رقابة توفره إن كان متطلبا قانونا لصحة القرار الإداري، كما أسس وفقا لسلطته في ابتداع المبادئ العامة القانونية شرط التسبب الوجوبي<sup>(9)</sup> في العديد من القرارات الإدارية التي يتطلب القانون فيها صراحة التصريح بأسباب اتخاذها ومن ذلك الحالات الآتية:

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ، ص 216.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 207.

<sup>3</sup> - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 552.

<sup>4</sup> - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 73.

<sup>5</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 512.

<sup>6</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 207.

<sup>7</sup> - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون رقم طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص 113.

<sup>8</sup> - ياسن قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 125.

<sup>9</sup> - لقد طبق المشرع الفرنسي مبدأ التسبب الوجوبي لأول مرة بموجب القانون رقم 587/79 بتاريخ 11 يوليو 1979 بشأن تسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة بين الإدارة و الجمهور، لكنه لم يعتمد هذا المبدأ كقاعدة عامة، وإنما قصره على بعض القرارات الإدارية فقط. و لمزيد من التفاصيل حول هذا

## - إلزامية التسبب في القرار الضابط في صورة جزاء<sup>(1)</sup>

حيث يجد الفرد نفسه مخاطبا بجزاء لا يعلم حجة الإدارة في توقيعه عليه، فيتطلب التسبب لإفصاح الإدارة عن دافعها، وحتى يتمكن الفرد من تخير سبل الدفاع عن حريته.

وقد صدر عن مجلس الدولة الجزائري قرار في هذا الصدد، في قضية " جمعية منتجي الحليب " ضد والي ولاية مستغانم بتاريخ 31 جانفي 2001. وتتلخص وقائع القضية في أن هذا الأخير أصدر قرارا ضابطيا بوقف أشغال هذه الجمعية دون سبب معروف. ومما جاء في الحكم أنه " على الوالي أن يسبب قراره حتى يتمكن المعنيون من الاطلاع المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع هذا الجزاء، وهذا مبدأ عام للقانون لا يمكن تجاهله ... وحيث بالفعل وبالرجوع إلى المقرر موضوع الإستئناف لم يذكر ضمن طياته سبب اتخاذ قرار إلغاء مقرره، حتى يتسنى للمستأنف عليه من الإطلاع عليه وأبدى ملاحظاته بشأنه، وهو الحق المكرس دستوريا وقانونيا باعتباره حقا من حقوق الدفاع<sup>(2)</sup>، هذا مع العلم أن الوالي قد تأسس على دفع لم ترد بنص القرار الضابط، متعلقة بالنظام العام والسمعة السيئة والخطرة لأعضاء الجمعية".

## - إلزامية تسبب القرار لمباشرة القضاء وظيفه 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. وتبعا لذلك قضى مجلس الدولة الجزائري بالإلغاء بتاريخ 16 / 12 / 2003 في الملف رقم 010953 في قضية ( خوجة ع ) ضد والي معسكر<sup>(3)</sup>، الذي أصدر قرارا يرفض بموجبه تقديم رخصة فتح مقهى للمعني دون بيان الأسباب 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 "

تجدر الإشارة إلى أن القضاء لا يعتد بالأسباب التي تقدمها الإدارة ولم تتص عليها في القرار كتابة بالرغم من حجيتها. فقد قدم الوالي في القضية المشار إليها أعلاه عدة أسباب، منها تقرير نتيجة إجراء التحقيق المطلوب قانونا، والذي مفاده رفض السكان إقامة المقهى بحيمهم. كما قدم رسالة رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي التمس فيها العدول عن رخصة فتح المقهى. علاوة على إرساليين متتاليين من سكان الحي يقرران رفضهم إقامة المقهى بالحي. وفي هذا الصدد علينا أن نبين بأن القضاء قد رتب البطان بناء

---

القانون وظروف اصداره و موقف الفقه الفرنسي والمقارن من هذا الأخير، أنظر:- أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، دون دار النشر، دون مكان النشر، 2005، ص 116 و ما بعدها.

<sup>1</sup> - وهذا طبعاً خارج إطار الوظيفة العامة.

<sup>2</sup> - مشار إليه في رسالة دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قالة، 2006، ص

<sup>3</sup> - مجلس الدولة في 16 / 12 / 2003 قضية ( خوجة ع )، ملف 010953، فهرس رقم 906، قرار غير منشور.

على الجانب الشكلي، رغم أن الجانب الموضوعي ملح ورغم أن شكلية التسبب ممكنة التدارك، ولا ترق لتلغي قرارا مدعما بتلك الأسباب الواقعية، لأن فكرة النظام العام ببعدي الأمن والسكينة تتقدم على التسبب، خاصة وأن الإدارة قد مكنت القاضي في هذه القضية من الأسباب أثناء سير الدعوى<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت هذه هي صور عيب الشكل و الاجراءات، فحري بنا أن نشير إلى أن هذا العيب لا يؤدي إلى بطلان القرار الإداري في جميع الحالات التي يجعلها المشرع واجبة الاتباع.

فإذا كان الأصل هو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر خلاف الإجراءات والأشكال المقررة، دون حاجة إلى نص يقرر هذا الجزاء. وهو ما يعني عدم تمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية في اتباع الشكل أو عدم اتباعه. إلا أن القضاء الإداري قد ذهب في أحكامه الحديثة إلى أنه يتعين التخفيف من حالات البطلان لعيب الشكل والإجراءات في القرار الإداري، وعدم التشدد في الحكم بعدم المشروعية لهذا العيب. خاصة إذا ثبت له إنعدام تأثير الشكليات والإجراءات التي لم تتبع على مضمون القرار الإداري أو على الضمانات المقررة للأفراد، حتى لا يكون من شأن إبطال كل قرار معيب شكلا عرقلة العمل الإداري<sup>(2)</sup>.

ومن هذه الحالات نذكر ما يأتي :

#### - مخالفة الشكليات المقررة لصالح الإدارة

إذا كانت القاعدة أن الشكليات مقررة لمصلحة الأفراد والإدارة على السواء، فقد ذهب الفقه الإداري إلى أن المشرع قد يقرر بعض الإجراءات والشكليات لمصلحة الإدارة وحدها، بحيث يكون لها حرية تقدير ملاءمة اتباعها أو عدم اتباعها في اصدار قرارها الإداري، دون أن يحق للأفراد التمسك ببطلان القرار الإداري استنادا إلى مخالفتها<sup>(3)</sup>، وتأسيسها على أن الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة لا يجوز لسواها التمسك بإتباعها<sup>(4)</sup>.

#### - مخالفة الشكليات الثانوية غير الجوهرية

لقد أقام القضاء الإداري تفرقة بين الشكليات الجوهرية، والتي يلزم على السلطة الإدارية دوما احترامها و اتباعها و رتب على تخلفها بطلان القرار الإداري. وبين الشكليات الثانوية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان التصرف.

<sup>1</sup> - إن معظم الحالات التي أبطل فيها القاضي الجزائري القرار الإداري لعيب في الشكل، تأخذ صورة عدم التسبب. أنظر في ذلك: - قرار الغرفة الإدارية رقم 03824 المؤرخ في 10 مارس 1991، المجلة القضائية، العدد 1، 1993، ص 139.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ، ص 230.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 230.

<sup>4</sup> - وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بذلك في قضية " بونفوازان " في 24 / 10 / 1919. حيث طعن أحد الأفراد في قرار وزير الحربية الذي أهمل فيه تحديد خطوط التنظيم في الأماكن العسكرية كإجراء لا يتخذ ذلك القرار. وكان الطاعن يهدف إلى إلغاء القرار الذي مس مصلحته الخاصة، إلا أن القضاء رفض الدعوى لعدم جواز تمسك الأفراد بهذا العيب. لأن هذا الاجراء قام لمصلحة الادارة في تنظيم الأقاليم والقطاعات، إلا أن هذا الاستثناء قليل التطبيق في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، لأن مصلحة الإدارة كثيرا ما تختلط بالمصلحة العامة. أنظر في ذلك: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 667.

وبهذا فإن اغفال و تجاهل الشكليات الجوهرية، يعيب القرار ويؤدي إلى بطلانه، أما الشكليات والإجراءات الثانوية فلا تعيب القرار ولا تؤدي إلى إلغائه. وبذلك فإذا لم ينل عيب الشكل من جوهر القرار ولم يؤثر عليه أو يغير من موضوع القرار في ذاته، كان العيب ثانويًا. والحكمة من وراء ذلك هو عدم إرهاب الإدارة بشكليات و إجراءات قد تؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة والإضرار بالمصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

وتعتبر الشكليات جوهرية إذا ما كانت مقررة لحماية مصالح وحقوق الأفراد، مثل شكلية النشر والتبليغ، وشكلية تسبب القرارات و شكلية الكتابة، كما أن الشكليات تكون جوهرية إذا ما كانت مقررة صراحة في نص قانوني يلزم بإتباعها وإحترامها عند عملية اتخاذ وإصدار القرارات الإدارية، وتكون الشكليات جوهرية كذلك إذا ما ساهمت في التكوين الشكلي و المادي لمضمون القرارات الإدارية بصورة جوهرية<sup>(2)</sup>. أما الشكليات الثانوية فهي تلك الأشكال التي لم ينص القانون على ضرورة الإلتزام بها أو مقررة فقط لمصلحة الإدارة<sup>(3)</sup>.

وعليه فإذا حدد القانون أشكالًا أو إجراءات محددة يلزم بإتباعها عند إصدار القرار الإداري، فإن سلطة الإدارة بصدد هذا الركن تكون مقيدة بضرورة اتباع هذه الشكليات وتلك الإجراءات التي يحرص المشرع دوماً على تحديدها على وجه الدقة، دون أن يترك للإدارة أي حرية في التقدير، و إلا تعرض قرارها للإبطال لعيب الشكل والإجراءات، وذلك ما لم يتحقق بشأنه أحد أسباب التغاضي عن هذا العيب. أما إذا تخلى المشرع عن تحديد أية إجراءات أو شكليات لإصدار القرار الإداري، فإنه يكون للإدارة سلطة تقديرية في اتباع واختيار شكليات معينة أو عدم إتباعها.

---

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 189.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية، المرجع السابق، ص 239.

<sup>3</sup> - عبد الله طلبه، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 282.

## الفرع الثاني

### أوجه المشروعية الداخلية

تتمثل أوجه المشروعية الداخلية، أو عيوب المشروعية الداخلية في عيب السبب وعيب مخالفة القانون وعيب الانحراف بالسلطة. وذلك ما سنبينه فيما يلي ذكره:

#### أولاً: عيب السبب

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

ويعرف السبب بأنه الحالة القانونية أو الواقعية التي تسوغ إصدار القرار الإداري؛ أي أن السبب هو الوقائع والظروف المادية والقانونية التي دفعت الإدارة لإصدار قرارها<sup>(1)</sup>.

قد يتجه المشرع 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>(2)</sup>، وإن كان ذلك الأسلوب نادر الوقوع، ولا يمثل إلا قدراً ضئيلاً من نشاط الإدارة<sup>(3)</sup>.

أما في حالة السلطة التقديرية، فإن المشرع قد لا يحدد الأسباب التي يجب أن يستند إليها القرار الإداري، أو أن يقوم بتحديد ما مع ترك الحرية للإدارة في اختيار نوعية القرار الذي يصدر بناءً عليها. كما هو الشأن بالنسبة لواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند حدوث إخلال به<sup>(4)</sup>.

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 إنعدام أسباب القرار فكل قرار إداري سببه، سواء كشفت جهة الإدارة عن هذا

<sup>1</sup> - يلاحظ أن الأستاذ " أحمد محيو " لم يقدم تعريفاً لعب السبب، لكونه لا يعترف به كعيب مستقل وجعله جزءاً من عيب مخالفة القانون. وكذا الحال

بالنسبة للأستاذ الطماوي. أنظر مؤلفه: - دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 243.

<sup>2</sup> - عمار بوضيف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 197.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية، المرجع السابق، ص 244.

<sup>4</sup> - مزياني فريدة، سلطات القاضي الإداري في رقابة سبب القرار الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة

السبب أو لم تكشف عنه. فإذا كشفت الإدارة باختيارها عن السبب الذي استندت إليه فإن الرقابة عليه تعود مرة أخرى للظهور، ويحق للقاضي التحقق من وجود هذا السبب، مما يثبت انتفاء حالة انعدام الأسباب. وهو أمر وإن كان يتصل بركن الشكل في القرار الإداري كما بينا سلفا، إلا أنه يؤدي إلى تحقق الرقابة على السبب في هذه القرارات.<sup>(1)</sup>

تتدرج وظيفة القاضي وهو يتفحص مدى توفر ركن السبب ومشروعيته، بداية من التثبت من حقيقة وجود الوقائع التي بنت عليها الإدارة قرارها. لينظر بعد ذلك مدى انسجام تلك الوقائع والنظم القانونية التي تحجبت بها الإدارة في تقييد الحرية؛ أي مدى تبريرها القانوني. و أخيرا يتأكد القاضي من مدى خطورة تلك الوقائع كسبب دافع بالإدارة لإصدار القرار القائم على سلطتها التقديرية خاصة ومدى توسع الإدارة في استخدام تلك السلطة<sup>(2)</sup>.

وقد كان لتمكن القضاء الإداري من رقابة مدى توافر الأسباب فضلا عن نظر مدى ملاءمة القرارات أو الإجراءات الإدارية، الضابط في الموازنة بين احترام الحرية وإقرار النظام العام، عظيم الدور في انتفاء مكانة أفضل للقضاء الإداري في حماية الحرية من سلطة الإدارة التقديرية في نظر الإدارة و الفرد.

### ثانيا: عيب مخالفة القانون

عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يشوب ركن المحل في القرار الإداري لمخالفته القواعد القانونية الموضوعية، إذ يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون محله؛ أي مضمون الأثر القانوني الذي أحدثه القرار جائزا قانونا أي مشروعاً. ويعني هذا الشرط أن يكون الأثر القانوني الذي يحدثه القرار الإداري متفقا مع القواعد القانونية. فإذا كان هذا الأثر مخالفا للقاعدة القانونية، كان القرار معيبا في محله وجديرا بالإلغاء<sup>(3)</sup>.

أما الشرط الثاني، فيقتضي أن يكون محل القرار ممكنا من الناحية الواقعية والقانونية، فإذا استحال هذا المحل قانونا أو واقعا، فإن القرار الإداري يصبح قرارا منعما<sup>(4)</sup>.

ولقد بينا سابقا 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

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 311.

<sup>2</sup> - سنتطرق لأوجه الرقابة القضائية على عيب السبب في ظل السلطة التقديرية في المطلب الثاني، بإعتبار هذه الأخيرة (أي حالات عيب السبب) تشكل في حد ذاتها أساليب الرقابة التقليدية على السلطة التقديرية للإدارة. لأنها كما سنرى، تتمثل في فحص الوجود المادي للوقائع، رقابة تكييفها القانوني، وتناسبها.

<sup>3</sup> - ياسين قوتال، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005، ص 126

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 126.

من أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، هذا بالإضافة إلى حرية الإدارة في إختيار فحوى وموضوع القرار<sup>(1)</sup>.

ويشمل عيب مخالفة القانون في الحقيقة جميع العيوب التي تصيب القرار الإداري وتجعله باطلا، لأن مخالفة الإختصاص المحدد بالقانون أو مخالفة الشكليات والإجراءات المقررة، أو إساءة إستعمال السلطة أو إنعدام الأسباب القانونية أو الخطأ في التكييف القانوني للوقائع، يعتبر في جميع الأحوال مخالفة للقانون.<sup>(2)</sup> غير أن الفقه والقضاء الإداريين درجا على استخدام إصطلاح 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>(3)</sup>.

ولا نقصد بالقانون الذي يتعين عدم مخلفته في القرار الإداري مجرد التشريع، بل تلك القواعد القانونية السائدة في الدولة أيا كان مصدرها<sup>(4)</sup>، سواء كانت تشريعا أو عرفا أو مستمدة من المبادئ العامة للقانون<sup>(5)</sup>. لذلك يتعين على الإدارة وهي تباشر سلطتها التقديرية، ألا تضمن قراراتها قواعدا مخالفة لأحكام القانون بالمعنى الواسع. كما ينبغي على الإدارة احترام المبادئ القانونية العامة، إذا ما تعلقت هذه المبادئ خاصة بالحرية العامة بالإضافة إلى المبادئ الأخرى، مثل مبدأ المساواة و احترام حجية الشيء المقضي به<sup>(6)</sup>. وقد ينصرف مدلول كلمة مخالفة القانون ليشمل أي مخالفة للقاعدة القانونية بالمعنى الواسع، لذلك فإنه يدخل ضمن مخالفة النصوص القانونية و اللوائح، زيادة على الخطأ في القانون وفي تفسيره، و هو ما يطلق عليه الفقه " الخطأ القانوني "<sup>(7)</sup>، و سنتناول هذه الصور فيما يأتي :

## 1- المخالفة المباشرة لقواعد القانون

تحدث المخالفة المباشرة لنصوص القوانين واللوائح، عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القانون أو تتجاهله كليا أو جزئيا. سواء كان هذا الامتناع عن عمد أو عن جهل بصدور القانون. ويحدث ذلك في صورة إمتناع عن

<sup>1</sup> - لمزيد من التفاصيل حول سلطة الإدارة التقديرية في ركن المحل، أنظر: محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 229-239.

<sup>2</sup> - عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، 1962، ص 457.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 457.

<sup>4</sup> - لا يثير الأمر صعوبة فيما يتعلق بمخالفة القرار الإداري للدستور في الجزائر، ما دام قد تقرر عندنا حق الرقابة على دستورية القوانين. أما حيث لا يباشر القاضي هذه الرقابة، كما هو الحال في فرنسا، فيتقيد حقه في مراقبة دستورية القرار الإداري، بألا يتضمن التعرض لدستورية قانون من القوانين، فيسلم القرار الإداري من الإلغاء إذا كان عيبه استناده إلى قانون غير دستوري أو مطعون في دستوريته.

<sup>5</sup> - عبد الله طلبه، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 284. وعمار عوايدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 127.

<sup>6</sup> - درسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، 2006، ص 71.

<sup>7</sup> - ياسين فوتال، المرجع السابق، ص 127.

عمل يحتمه القانون أو إتيان عمل يحظره القانون؛ أي أن مخالفة النصوص القانونية قد تكون إيجابية أو سلبية.<sup>(1)</sup> وبتناولها كما يأتي :

### – المخالفة الايجابية 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<sup>(2)</sup>. ويستوي أن تتم هذه المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية مكتوبة، كمخالفة نص دستوري أو لانهي، أو تحدث هذه المخالفة لقاعدة غير مكتوبة، كمخالفة قاعدة عرفية أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون<sup>(3)</sup>.

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، بأن أنتجت آثاراً قانونية معينة<sup>(4)</sup>. 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<sup>(5)</sup>.

وتعتبر حالة المخالفة الإيجابية للقاعدة القانونية من أبسط الحالات إثباتاً، إذ ما على طالب الإلغاء إلا أن يثبت قيام القاعدة القانونية التي يستند إليها، و أن الإدارة قد تجاهلت هذه القاعدة كلياً أو جزئياً. وغالباً ما يثور النزاع في حالة المخالفة المباشرة الإيجابية حول وجود القاعدة القانونية، كمنازعة الإدارة في وجود عرف قانوني يتمسك به أحد الأفراد، أو الإلغاء الجزئي أو الكلي للقاعدة القانونية<sup>(6)</sup>. ذلك أن القرار الإداري تحكم مشروعيته القواعد القانونية النافذة وقت صدوره، مع مراعاة التدرج في تلك القواعد وخضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، شرط أن تكون تلك القواعد نافذة في حق الأفراد<sup>(7)</sup>.

والغالب هو أن تحدث المخالفة المباشرة نتيجة عدم التأكد من وجود القاعدة القانونية، إما بسبب توالي التشريعات و النصوص القانونية<sup>(8)</sup>، مما يدفع إلى البحث عما يظل نافذاً من هذه النصوص وما يعتبر لاغياً

<sup>1</sup> – Gustave Peiser, contentieux administratif, Dalloz, 11 eme édition, 1999, p 183.

<sup>2</sup> – سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 225.

<sup>3</sup> – عبد الله طلبة، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 285.

<sup>4</sup> – سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ص 225.

<sup>5</sup> – درسية حسين، المذكرة السابقة، ص 165.

<sup>6</sup> – عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 186.

<sup>7</sup> – سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 769.

<sup>8</sup> – فالتطور السريع للقانون الإداري، يجعل مهمة القاضي صعبة وهو يتعقب التشريعات والتنظيمات التي تنظم الموضوع محل النزاع. وفي ذلك يقول الأستاذ " أحمد محيو": " بمجرد الاطلاع على الجريدة الرسمية فإنها تبدو في الوقت الحاضر كأنها جريدة للقانون الإداري، بحكم كثرة النصوص الخاصة بالمواد الإدارية".

أنظر مؤلفه: – محاضرات في المؤسسات الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص 6.

لاغيا منها بصدور تشريع جديد، و إما بسبب الطبيعة غير المكتوبة للقواعد القانونية التي ترجع إلى المبادئ العامة للقانون أو العرف، و خاصة إذا وقع نزاع حول وجودها و إقرار القضاء بها.<sup>(1)</sup>

ومن القضايا التي أُلغى فيها القاضي الإداري الجزائري القرار الإداري لإرتكاب مخالفة مباشرة إيجابية للقانون، نجد قرارا لمجلس الدولة في 7 مايو 2001 ( قضية قيتي موسى ضد بوروية و والي ولاية الجزائر)<sup>(2)</sup>، قضى بإبطال قرار بلدية بوروية المؤرخ في 1 مارس 1999، المتضمن إلغاء رخصة البناء الممنوحة للسيد قيتي موسى، و الزام البلدية بمنحه تعويضا قدره مائتي ألف دينار، لكون القرار الإداري مخالف للقانون، و مما جاء في منطوق القرار : " حيث أن إلغاء رخصة البناء بالطريقة التي لجأت إليها البلدية مخالفة للقانون و تعد تجاوزا و تعسفا في استعمال سلطتها و أن إلغائها تعسفا و سبب ضررا كبيرا للمستأنف ، نتيجة لتوقفه عن البناء لفترة طويلة.

حيث أن المستأنف يلتمس منحه تعويضا عن الضرر الذي لحقه و أنه بتوقفه عن البناء لفترة طويلة يكون قد تعرض فعلا إلى ضرر، مما يتعين الإستجابة إلى طلبه و إلغاء القرار المستأنف، مع إبطال قرار إلغاء رخصة البناء و منح المستأنف تعويضا مناسباً ."

– المخالفة السلبية للقاعدة القانونية ( إمتناع الإدارة عن مباشرة سلطتها التقديرية)

وتتمثل هذه المخالفة في حالة إمتناع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية، أو رفض تنفيذ ما فرض عليها من إلتزامات، و يحدث ذلك عندما يلزم القانون الإدارة بالقيام بعمل معين أو إجراء تصرف محدد، فإذا اتخذت الإدارة موقفا سلبيا إزاء هذا الإلتزام، فإنها تكون قد ارتكبت بذلك مخالفة للقانون تجعل قرارها الصادر في هذا الصدد معيبا و قابلا للإلغاء.<sup>(3)</sup>

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>(4)</sup>، أو أن ترفض الإدارة في إطار مسابقة للتوظيف على أساس الإختبارات تعيين الناجح الأول في القائمة وتعين غيره، مع أن قانون الوظيفة العمومية يوجب عليهما التعيين بترتيب النجاح في المسابقة. وعليه فإن الطعن بالإلغاء لرفض

---

<sup>1</sup> – لا تندرج تحت مخالفة القانون التي نتحدث عنها مخالفة الإدارة عقدا من العقود الإدارية. فلا تعتبر هذه المخالفة مخالفة للقانون بالمعنى الذي نحن بصددده، ما لم تكن المخالفة لنص لائح في عقد إداري كعقد الإلتزام. فهنا تعتبر مخالفة للقانون، ولكن لا يقبل من الطرف المتعاقد الإستناد إليها في الإلغاء. وإنما يتم رفعها وفقا لدعوى القضاء الكامل. أما غير المتعاقدين فأجبي عن العقد، ومن ثم لا يحق له الطعن في مخالفة الإدارة لهذا العقد أمام القاضي المختص بدعوى القضاء الكامل أو الإستناد أمامه إلى هذه المخالفة. ولكنه يستطيع مخالفة النصوص في العقد أو الأخذ بنظرية القرارات الإدارية القابلة للإنفصال في العمليات المركبة. أنظر في ذلك:- عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1962 ، ص 463.

<sup>2</sup> – قرار غير منشور، فهرس 412 ( الغرفة الثانية ) .

<sup>3</sup> – عثمان خليل عثمان، المرجع السابق، ص 461.

<sup>4</sup> – سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 225.

السلطات الادارية أو امتناعها عن إتخاذ إجراء معين، كان من الواجب اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح، هو ما يسمى بالقرار السلبي.

وطبقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 28 يوليو 1990 ( قضية ت ع ضد والي البويرة)<sup>(1)</sup> بإبطال قرار الوالي السلبي المتمثل في رفض منح تسليم رخصة البناء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر، لمخالفتها المادة السادسة من الأمر رقم 85 / 01، المتضمن تنظيم رخص البناء. ومما جاء في تسبيب القرار: " وحيث أن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة جاءت بتاريخ 28 / 5 / 1988 حيث أن عدم الإجابة أو الإجابة سلبيا بعد مضي فترة أربعة أشهر القانونية، يعد تجاوزا للسلطة يترب عنه البطلان "

وعلينا أن ننوه إلى أن مناط وجود القرار السلبي، هو أن تكون الإدارة ملزمة قانونا بإتخاذ 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 يجوز في مجال السلطة التقديرية افتراض قيام قرارات سلبية دون نص صريح. " فالملاءمات تنفي فكرة القرار السلبي".<sup>(2)</sup>

وينتقد 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. فرقابة القضاء الإداري توجد في الحالة الأخيرة أيضا. ومهما اتسع مجال السلطة التقديرية للإدارة، فإن هناك مجالاً لرقابة القضاء ينصب على وجود أو عدم وجود عيب الإنحراف بالسلطة<sup>(3)</sup>.

وفي الحقيقة فإننا نساند الإتجاه الثاني و نؤيد موقف الأستاذ " سامي جمال الدين "<sup>(4)</sup>الذي اعتبر امتناع الادارة عن إتخاذ القرار الإداري في المجالات التي تتمتع فيها بسلطة تقديرية مخالفة سلبية للقانون، فامتناع الادارة عن تعيين أحد الأشخاص في وظيفة ما أو الإمتناع عن الإفراج عن أحد المعتقلين هو قرار إداري مثل أي قرار آخر، أما من حيث مشروعية القرار فقد يكون هذا القرار السلبي غير مشروع بالرغم من التزام الادارة بإصداره. مثل رفض اصدار ترخيص لمزاولة نشاط معين رغم استيفاء المعني لجميع الشروط الواجبة لذلك.

<sup>1</sup> - المجلة القضائية، العدد الثاني، قسم الوثائق و المستندات، 1992، ص 134.

<sup>2</sup> - لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن إلغاء القرارات السلبية التي تتخذها الإدارة من جانب القاضي إذا ما تمتعت بسلطة تقديرية في اصدار القرار، يكون بمثابة صورة من صور الحلول الضمني للقاضي محل الإدارة. ذلك أنه يقيد عمليا سلطة وتقدير الإدارة ويؤثر بحكمه على تصرف الإدارة، بأن يملئ عليها ضمنا القرار الواجب الإتخاذ. انظري ذلك: - حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الادارية، عالم الكتب، القاهرة، 1971، ص 318 و ما بعدها.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ، ص 38.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 38.

ونلمس في هذا الشأن تطورا في أحكام القضاء الإداري المقارن، والذي إتجه الى 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 إلزام غايته تحقيق إدارة خبيرة وقادرة على إيجاد الحلول المثلى، وعدم تنفيذ هذا الإلزام يمثل مخالفة سلبية للقانون يستوجب إلغاء القرار المخالف للقانون<sup>(2)</sup>. ويعبر الفقيه " فينيزيا " عن التجاوز هنا بأنه ترك للسلطة التقديرية، بينما يستعمل " ستاسينوبولوس " إصطلاح الامتناع عن مباشرة السلطة<sup>(3)</sup>.

و ترك مباشرة السلطة التقديرية قد يكون إراديا أو غير إرادى:

#### أ- الترك الإرادى

ونفرق في هذا الفرض بين حالتين:<sup>(4)</sup>

فقد يكون ترك إستعمال السلطة التقديرية بسيطا، دون أن تعلن الإدارة عن تقييد ذاتي. كما لو تركت حريتها في الترقية بالإختبار أو مد الخدمة بعد بلوغ سن التقاعد لتوافر القدرة على مباشرة الوظيفة. وفي هذه الصورة لا رقابة للقضاء على مسلك الإدارة.

أما في الحالة الثانية، فالإدارة تملك سلطة تقديرية لكنها تقرر أنها ستكون مقيدة بإجراء معين. كإستشارة جهة معينة مثلا، فمثل هذا الموقف يعد تنازلا منها عن حريتها في التقدير ويترتب عليه وجوب احترام الرأي الوارد من جهة الإستشارة. ومن ثم يخضع لرقابة القضاء<sup>(5)</sup>. أما إذا لجأت الإدارة إلى أخذ الرأي دون أن تكون ملزمة، ودون أن تعلن مقدما عن إلزامها بمضمونه فلا تتقيد به.

#### ب- الترك غير الإرادى

ويتوافر هذا الفرض إذا كان رجل الإدارة يجهل أو لا يعرف معرفة تامة أن له سلطة تقديرية، ويحدث ذلك عندما يظن خطأ أنه مقيد بقواعد قانونية أو لائحية، وهنا أيضا نميز بين حالتين:  
فإذا امتنع رجل الإدارة عن مباشرة تقديره بناء على هذا الظن، فالقرار الإدارى الصادر لا يكون نتيجة استعمال سلطة تقديرية، ومن ثم يشوبه البطلان. وذات النتيجة تنطبق كذلك لو كان القرار الإدارى صحيحا في موضوعه ومطابقا للقانون، لأن الإدارة قد تعبر عن إرادتها بشكل آخر لو كانت تعلم حريتها في التقدير.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 38.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 273.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 273.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 273.

<sup>5</sup> - وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية أن: " للإدارة في حدود نسبة الإختيار أن تضع من القواعد ما تضبط به اختيارها، بشرط أن تلتزم بتطبيقها في الحالات الفردية، وإلا خالفت القانون إذا تنكبت في التطبيق ما وضعته من قواعد، كل ذلك إذا كان القانون أطلق لها الإختيار ولم تنظمه قواعد معينة في تقدير درجات الكفاية". أنظر في ذلك:- محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 272-273.

وفي الحالة العكسية؛ أي إذا ظنت الإدارة أنها تملك سلطة تقديرية في حين أن هناك قيوداً من القانون، فإن العيب هنا لا يشوب السلطة التقديرية. لأن القرار غير مشروع لمخالفته للقانون، بوصفه قراراً صادراً عن سلطة مقيدة أو اختصاص مقيد<sup>(1)</sup>.

## 2- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية

إن كانت حالات المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية سهلة الإثبات في ميدان الرقابة القضائية، إذ يكفي معرفة القاعدة المطبقة وقت اتخاذ القرار، ومن ثم التحقق فيما إذا كان القرار المطعون فيه قد احترام هذه القاعدة أم أنه خالفها<sup>(2)</sup>. لكن صورة الخطأ في تفسير القانون أدق وأخطر 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"<sup>(3)</sup>، "و الذي يتجلى في التفسير السيء أو التطبيق السيء للقاعدة الحقوقية"<sup>(4)</sup>.

قد يقع هذا الخطأ عن غير قصد من الإدارة وقد يتم على نحو عمدي من جانبها. إذ يتعين البحث في حقيقة قصد الإدارة من وراء هذا التفسير الخاطئ. ومن أكثر الأمثلة شيوعاً عن هذه الحالة، صدور قرارات تأديبية مستترة خلف قرارات إدارية عادية 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<sup>(5)</sup>.

من خلال كل ما سبق، نستطيع القول أننا قد برهنا على أن عيب مخالفة القانون هو أحد الحدود الداخلية التي ترد وتحد من استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية، بمعنى أنه يقع التزام على عاتق الإدارة عند مباشرتها سلطتها التقديرية ألا تخالف القانون مخالفة إيجابية أو سلبية أو تخطأ في تفسيره، وإلا شاب قرارها عيب مخالفة القانون.

## ثالثاً: عيب الإنحراف بالسلطة

لا تكتمل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، إلا ببحث عيب الإنحراف في استعمال السلطة التقديرية. إذ لم تعد الرقابة القضائية لأعمال الإدارة بصورة عامة والسلطة التقديرية بصورة خاصة، تقتصر على فحص المشروعية الخارجية أو الظاهرة للقرار الإداري من حيث الشكل والاختصاص، وكذلك

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 274.

<sup>2</sup> - عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 286.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 226.

<sup>4</sup> - عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 286.

<sup>5</sup> - حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية -، الطبعة الثانية، دار هوم، الجزائر، 2006، ص 166.

المشروعية الداخلية من حيث ركن السبب والمحل. وإنما أصبحت تمتد إلى النوايا والبواعث النفسية لمصدر القرار<sup>(1)</sup>.

ويدل ذلك على مدى التوسع في رقابة القضاء الإداري لمشروعية أعمال الإدارة، وعلى مدى أهمية فحص هذا العيب في فرض رقابته على مخالفة روح القانون وغايته - كما يسميه بعض الفقه - عندما تحتمي الإدارة بمظهر العمل الإداري الصحيح، مما يعيد ثقة المتقاضين في أحكام القضاء الإداري<sup>(2)</sup>.

ولتوضيح هذا العيب فإننا سنتناول فيما يأتي مفهومه، مجاله وصوره:

## 1- مفهوم عيب الإنحراف بالسلطة

لقد تعددت التعريفات التي أعطتها الفقه لعيب الإنحراف بالسلطة، و يعتبر الفقيه (أكوك) أول من استعمل تعبير "الإنحراف بالسلطة"، وقد عرفه بأنه: " يوجد عيب الإنحراف 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>(3)</sup>.

أما الأستاذ " دي لوبادير" فعرفه: " نكون بصدد إنحراف بالسلطة عندما تمارس سلطة إدارية ما تصرفا يدخل في اختصاصاتها، ولكن بغرض تحقيق هدف غير الذي يمكن القيام بذلك التصرف من أجله بصورة مشروعة"<sup>(4)</sup>.

في حين نجد الأستاذان "ديباش و ريكي" قد تبنيوا التعريف القضائي لعيب الإنحراف على أنه: " نكون بصدد إنحراف بالسلطة عندما تستعمل السلطة الإدارية سلطاتها لتحقيق هدف غير الذي منحت من أجله تلك السلطات"<sup>(5)</sup>. وقد تبني " أحمد محيو" تعريف مجلس الدولة الفرنسي أعلاه، بقوله: " يكون هناك

---

<sup>1</sup> - وهو ما دعا الأستاذ " سليمان الطماوي" إلى القول: "... فهي لا تتيح للقاضي أن يخضع الأغراض التي تتوخاها الإدارة لرقابته فحسب، لأنها تتيح له أن يمد هذه الرقابة إلى ما يدور في نفس رجل الإدارة من بواعث، وما يجيش في صدره من دوافع وهو يتخذ القرار، وهذا تقدم في عالم القانون، يدعو إلى الإعجاب". أنظر في ذلك مؤلفه: نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 14.

<sup>2</sup> - خاصة بالنظر لطبيعة المجتمع الجزائري، الذي لا يزال يتحرز من مقاضاة الإدارة، لأسباب في الغالب صورية، خاصة وأن الفرد خصمه الإدارة التي يعطي لها المجتمع تصورا مهيبا باعتبارها تمثل السلطة العامة، الحكومة... إلخ بما يولد الرهبة والعزوف. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، أنظر: - ناجي هني موسى، طبيعة النظام القضائي الجزائري ومدى فعاليته في مراقبة أعمال الإدارة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1985.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 68.

<sup>4</sup> - Delaubadère, Yves Gaudement, traité de droit administratif, tome 1, 16 Emme édition,

Libraire général de droit de jurisprudence, Paris, 1999, p 538.

<sup>5</sup> - Charles Debbasch et Ricci, contentieux administratif, Dalloz, 1999, p 683.

انحراف بالسلطة عندما تستعمل هيئة إدارية سلطاتها لغرض مغاير لذلك الذي منحت من أجله السلطة<sup>(1)</sup>. ومن هذه التعريفات نجد أن عيب الانحراف بالسلطة يقصد به استخدام الإدارة لسلطاتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده لها القانون. فعيب الانحراف بالسلطة - كما ذكرنا - يشكل مظهرا من مظاهر اتساع الرقابة القضائية عن أعمال الإدارة، التي أصبحت تكشف على النوايا والبواعث النفسية التي تدفع الإدارة إلى مباشرة سلطاتها التقديرية خاصة<sup>(2)</sup>.

## 2- مجال عيب الانحراف بالسلطة

تشكل السلطة التقديرية المجال الأصلي لعيب الإنحراف بالسلطة؛ إذ حينما يعترف المشرع للإدارة بقدر من الحرية في تقدير مناسبة القرار واختيار وقت التدخل وأهمية بعض الوقائع، فإنه يمكن أن تنحرف الإدارة عن تحقيق المصلحة العامة، ويكون قرارها حينئذ مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة. و لذلك اعتبر الفقه أن الغاية هي الحد 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<sup>(3)</sup>.

وتبعا لذلك يكون هذا الإتجاه الفقهي قد حصر مجال عيب الإنحراف 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. فالعمل الإداري الصادر بناء على سلطة مقيدة، لا يمكن أن يكون غير مشروع من ناحية عنصر الغاية، لأنه ما دامت الإدارة ملزمة بإصدار القرار على نحو معين فلا يهم باعتهأ أو دافعها وراء إصداره، إذ في هذه الحالة توجد قرينة غير قابلة لإثبات العكس بأن أهداف القرار سليمة، ما دامت الإدارة قد التزمت حدود القانون<sup>(4)</sup>.

في ذلك يقول الأستاذان "ديباش و ريكي": " وحتى يكون قرار ما مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة يجب أن يكون صحيحا في شكله، أي لا يشوبه أي عيب يمكن أن يكشف مشروعيته الخارجية، ويجب أيضا أن تكون السلطة التي اتخذت ذلك القرار متمتعة بسلطة تقديرية متفاوتة في قوته، و حتى نكون بصدد انحراف، يجب أن يكون الإختيار للإدارة ممكنا، فلا وجود لانحراف في حالة الاختصاص المقيد<sup>(5)</sup>.

1 - أحمد محيو (ترجمة فائز أنجق و بيوض خالد)، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، د.م.ج، جامعة الجزائر، 2008، ص 112.

2 - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 332.

3 - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 287.

4 - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ، ص 309.

5 - Charles Debbasch et Ricci, opcit, p 683 et suivantes.

غير أن جانبا آخر من الفقه قد ذهب إلى أن السلطة التقديرية هي الموطن الأساسي لعيب الانحراف وليست الموطن الوحيد لذلك. ولئن كانت فرصة الإنحراف 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 مصلحته بالقرار أو ليوفت عنه مراده<sup>(1)</sup>.

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 تماما، فلا بد أن يكون القرار محققا لأهداف الجماعة، لأن الإدارة ليست آلة صماء"<sup>(2)</sup>.

وعلى الرغم من عدم نفي هذا الرأي لخاصية ملازمة عيب الانحراف للسلطة التقديرية، إلا أننا نرى أنه لا يمكن تصور عيب الإنحراف في ظل السلطة المقيدة، حيث يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس - كما ذكرنا- أن ركن الغاية في القرار سليم ما دام قد صدر تنفيذا للقانون. وذلك ما يؤكد الفقيه "التر" "... أن وجه الإلغاء المستمد من عيب الإنحراف لا يمكن أن يطلق على الأعمال التي نفذت فيها الإدارة إرادة المشرع تنفيذا دقيقا... والغرض من العمل الإداري لا يمكن للقضاء أن يخضعه لرقابته، إلا في الحالة التي يكون للإدارة أن تتصرف ببعض الحرية إزاء القاعدة القانونية"<sup>(3)</sup>.

### 3- الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالسلطة

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعيب الإنحراف بالسلطة: فمنهم من يدخل هذا العيب في مجال الرقابة على المشروعية، ومنهم من يرى أن هذا العيب يتجاوز فكرة المشروعية، ليندرج في مجال أفسح و أعمق، وهو ما يسميه أصحاب هذا الاتجاه برقابة الجانب الخلقي لأعمال الإدارة<sup>(4)</sup>.

وقد ربط "هوريو" بين فكرة الأخلاق الإدارية و عيب الإنحراف بالسلطة، على أساس أن الإنحراف بالسلطة يشكل غشا في بعض الأحيان، وتدخل القاضي في البحث عن نية الغش يعني تدخله في الأخلاق الإدارية<sup>(5)</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'<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 64.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 289.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 64.

<sup>4</sup> - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص 122.

<sup>5</sup> - الحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 296.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 297.

وحسب "هوريو" فإن السلطة التقديرية و رقابة المشروعية، على طرفي النقيض، وكل منهما يستبعد الآخر، و لكن الذي يمكن تناوله بالبحث هو أخلاقيات الإدارة في صدد العمل المطروح<sup>(1)</sup>. وتختلف الأخلاق الإدارية عن المشروعية من حيث أن هذه الأخيرة هي مجموعة القواعد العامة الجامدة والثابتة، بينما الأخلاق الإدارية تتحرك مع القاضي باختلاف الحالات الفردية، وروح القانون هي الحدود التي تفرض على الحقوق لمصلحة العدالة، بينما روح الأخلاق هي الحدود التي تفرض على الواجبات لمصلحة حسن الإدارة ، والفارق كبير بين ما يعتبر "عادلا" وبين ما يعتبر "حسنا"<sup>(2)</sup>.

إلا أن نظرية "هوريو" عن الأخلاق الإدارية، لم تحظ بالقبول لدى معظم فقهاء القانون الإداري<sup>(3)</sup>، حيث انتقد هؤلاء نظرية الأخلاق الإدارية، واعتبروا بأن الرقابة على انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية هي رقابة مشروعية، لأن رجل الإدارة عندما يتنكر للغاية التي قصدها المشرع صراحة أو ضمنا، يكون قد خرج عن القانون حتى ولو احترم القانون من حيث الظاهر<sup>(4)</sup>.

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 المشروعية، ومن أن إلغاء القرار لعيب الانحراف بالسلطة، هو نوع من العقاب على عدم المشروعية"<sup>(5)</sup>.

لكن الفقيه "فوديل" له منحي خاص في هذه المسألة، فهو يوفق بين نظرية "هوريو" حول الأخلاق الإدارية و بين الرأي المتمسك برقابة المشروعية. إذ يقول في ذلك "...ولكن ولا يجب استبعاد الفكرة، لأن القاضي الإداري يملك سلطة واسعة في تحديد المشروعية وخلق قواعد القانون، ومن ثم يستطيع تحت غطاء روح القانون أو تحت غطاء القواعد القانونية العامة أن يكمل المشروعية بفكرة التوجيهات الخلقية، ومن هنا يمكن القول أن نظرية الانحراف تتناول قواعد خلقية بجانب المشروعية"<sup>(6)</sup>.

لكننا نرى أن التكييف القانوني السليم لعيب الانحراف بالسلطة، هو اعتباره وجها من أوجه الرقابة على المشروعية، ذلك أن فكرة الأخلاق الإدارية فكرة مرنة ومطاطة وغامضة، ولا تصلح دائما كمبرر لإلغاء الكثير من القرارات المشوبة بعيب الانحراف بالسلطة، وتبعا لذلك فإن الأخذ بها سيؤدي إلى إفلات العديد من القرارات غير المشروعة من الرقابة القضائية وتحصنها ضد دعوى الإلغاء، لكونها لا تتنافى وفكرة الأخلاق الإدارية.

1- المرجع نفسه، ص 298.

2- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 91.

3- ومن هؤلاء نجد "جيز" و "بونار" و "ستاسينبولوس" وغيرهم، و الفقه الإداري المصري عامة.

4- عبد الله طلبة، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 295.

5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 285.

6- محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 298.

#### 4- صور عيب الإنحراف بالسلطة

يأخذ عيب الانحراف إحدى الصورتين: فإما أن يستهدف مصدر القرار الخروج عن المصلحة العامة، أو يخالف قاعدة تخصيص الأهداف.

#### - الانحراف عن المصلحة العامة

وهذه الحالة أو الصورة خطيرة جدا، لأن الانحراف مقصود فرجل الإدارة يستغل سلطاته التقديرية لتحقيق أغراض لا تمت بصلة للصالح العام<sup>(1)</sup>. إذ أن الإدارة تقوم بمهامها متمتعة بإمكانيات السلطة العامة بهدف تحقيق المصلحة العامة<sup>(2)</sup>، وإذا لم يكن رائد الإدارة في فاعليتها ونشاطها الإداري هدف تحقيق المصلحة العامة عرضت تصرفاتها للإلغاء، مشوبة بعيب الإنحراف بالسلطة.

وأوجه الإنحراف عن المصلحة العامة متعددة، نذكر منها: استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي، ومباشرة السلطة التقديرية بغرض الإنتقام، و استخدام السلطة التقديرية لغرض سياسي أو حزبي، بالإضافة إلى القرار الذي يهدف إلى التحايل على تنفيذ الأحكام الإدارية<sup>(3)</sup>.

#### - مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

يجب على عضو الإدارة أن يسعى إلى تحقيق الهدف الذي حدده النص المخول للاختصاص، و إلا كان منحرفا بالسلطة، حتى و إن كان يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة<sup>(4)</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، السكنية العامة... إلخ<sup>(5)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية في الجزائر لعيب الإنحراف، نجد قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 1368، المؤرخ في 1978/3/14 في قضية ( خيال ع )<sup>(6)</sup>، الذي ألغت من خلاله قرارا صادرا عن المجلس الشعبي البلدي لعين البنيان، الذي منع بموجبه بيع و استهلاك الخمر في المقاهي والمطاعم

<sup>1</sup> - عبد الغني بسيوي عبد الله، القضاء الإداري- قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 663.

<sup>2</sup> - وفي هذا السياق جاءت المادة 6 من المرسوم رقم: 131/88، الذي ينظم علاقة الإدارة بالمواطن: " تسهر الإدارة دوما على تكييف مهامها وهيكلها مع احتياجات المواطنين".

<sup>3</sup> - وإذا سبق وأن ذكرنا بأن عدم إحترام الإدارة للأحكام القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي به، يجعل القرار مشوبا بعيب مخالفة القانون، لكن الإدارة في هذه الحالة تتحايل على الأحكام القضائية، بحيث تنهز من تنفيذها بطريق غير مباشر. وفي هذه الحالة يعتبر القرار مشوبا بعيب الانحراف. ولمزيد من التفاصيل حول موضوع تنفيذ أحكام الإلغاء أنظر: - فاضل إلهام، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، كلية الحقوق، 2005.

<sup>4</sup> - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص 120.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 120.

<sup>6</sup> - المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، فهرس رقم 48، قرار غير منشور.

والدكاكين، عدى المركب السياحي لمنطقة الجميلة. ومما 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".

على 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 إهمالا منها... و إنما هو تطهير الحياة الإجتماعية في المدينة"<sup>(1)</sup>.

يتضح مما سبق أن القضاء الإداري الجزائري غير مستقر فيما يخص عيب الانحراف بالسلطة، فتارة يأخذ به و يلغي القرارات على أساسه وتارة ينكر وجوده بالقرار. رغم أن الفقه ما انفك يسلط عليه الضوء أثناء تحليل و نقد أحكام القضاء الإداري، لكن السبب الغالب في دفع القضاء إلى هذا المنحى، هو اعتبار هذا العيب عيبا احتياطيا، يستند إليه في إبطال القرار كآخر وسيلة أو وجه من أوجه الإلغاء.

## 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 جوانب الملاءمة التي كانت متروكة لحرية تقدير الإدارة. إلا أن الملاحظ أن سلطة الإدارة التقديرية تحصن 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 إستنادا إلى سلطة الإدارة التقديرية<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، 1982/11/27، قضية (ق ع)، ملف رقم 24402، المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الأول، 1989، ص 283.

<sup>2</sup> - تتجلى أهمية دعوى التعويض عندما يكون اللجوء إلى دعوى الإلغاء غير مجدي، إما في حالة عدم جواز رفع دعوى الإلغاء لفوات المواعيد، أو لتحصين القرار الإداري لوجود نص يحظر الطعن فيه بالإلغاء، أو لأن تصرف الإدارة يكون عملاً مادياً وتم تنفيذه بالفعل. مثل: تنفيذ قرار هدم مبنى. ودعوى التعويض تكفل للقضاء فرض رقابته على الأعمال المادية التي تقوم بها جهة الإدارة، لأن دعوى الإلغاء يقتصر نطاق الرقابة القضائية فيها على القرارات الإدارية فقط. أنظر: - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 447.

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 الملاءمة في حد ذاته، والذي يمثل صميم السلطة التقديرية لرقابته القضائية.

وعليه تكون الإدارة 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. ومن هنا تظهر مدى الأهمية القانونية لدعوى التعويض بالنسبة لخصم الإدارة العامة، إذ على أساسها يتم إقرار مسؤولية الإدارة ومن ثم التعويض للمعني.

وقد تمحورت دراسة دعوى التعويض وفقا للفرع الآتية: الفرع الأول: مفهوم الطعن بالتعويض، الفرع الثاني: شروطه، الفرع الثالث: أساسه.

## الفرع الأول

### مفهوم الطعن بالتعويض في القرارات 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 والإجراءات المقررة قانونا، للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل اللازم للأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار"<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: خصائص دعوى التعويض

يمكن أن نستخلص من تعريف دعوى التعويض أعلاه جملة من الخصائص التي تتفرد بها دعوى التعويض، ومن بينها:

---

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 566.

1- دعوى التعويض الإداري هي دعوى قضائية، تتميز عن العديد من الأعمال والتصرفات الإدارية القضائية، مثل التظلم الإداري المسبق بإعتباره طعنا إداريا يختلف عن الطعن القضائي المتمثل في الطعون القضائية المختلفة، مثل دعوى التعويض<sup>(1)</sup>.

2- دعوى التعويض من دعاوى القضاء الكامل؛ بحيث يكون للقاضي الإداري في شأن النزاع كامل السلطة. على خلاف قضاء الإلغاء، الذي يقف عند حد إلغاء القرار المطعون فيه، دون أن يأمر الإدارة بفعل شيء أو الامتناع عن عمل شيء، ولا ينبغي وصف قضاء التعويض بالقضاء الكامل لأنه مكمل لقضاء الإلغاء، وإنما يعني أن للقضاء سلطة كاملة في النزاع المتعلق به<sup>(2)</sup>.

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>(3)</sup>، بمعنى أن صاحب الشأن يستمد حقه فيها من القانون مباشرة، أو يستند فيها الى 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<sup>(4)</sup>، أو الحكم القضائي الصادر في منازعة ذاتية<sup>(5)</sup>.

4- يتناول القضاء الإداري بالنسبة لدعوى التعويض إلى جانب بحث مشروعية القرار التصدي لجانب الملاءمة في إصدار القرار، بمعنى أنه إذا كان من حق الإدارة اختيار وقت إصدار القرار مثلا، فإن عليها أن تصدره في وقت معقول، حتى لا يضر صاحب الشأن من التراخي في إصداره<sup>(6)</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 حجة 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.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 567.

<sup>2</sup> - فارة سماح، سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض في دعاوى المسؤولية الإدارية، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011، ص 08.

<sup>3</sup> - المقال نفسه، ص 08.

<sup>4</sup> - يقصد بالأعمال المادية، " الأعمال التي تحدث بفعل الإنسان، وتكون بصفة لاإرادية وغير مقصودة أو بفعل الطبيعة. وتكون غير متوقعة، ولا تحدف إلى إحداث آثار قانونية، ولكنها إن حدثت أثرت في علاقات قانونية قائمة يرتب عليها القانون آثارا". - انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: نظرية الالتزام - مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 142.

<sup>5</sup> - عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية(إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 59.

<sup>6</sup> - فارة سماح، المقال السابق، ص 08.

## الفرع الثاني

### شروط رفع الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية

من أجل ضمان رفع دعوى التعويض أمام الجهات القضائية لا بد على كل متضرر أو رافع للدعوى، أن يلتزم بهذه الشروط، والمتمثلة في:

#### أولاً: شروط الصفة والمصلحة في دعوى التعويض

##### 1- المصلحة

يشترط في دعوى التعويض مصلحة في رافع الدعوى، لأنها ذات منفعة وفائدة للمدعي تساعده في عملية الإلتجاء إلى الجهات القضائية للمطالبة بحقوقه والتعويض عن الأضرار التي أصابته. ويتحقق شرط المصلحة في المتقاضى 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، لذا يشترط القانون في المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة وحالة<sup>(1)</sup>.

##### 2- الصفة

تعني الصفة في دعوى التعويض أن ترفع من طرف صاحب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب، سواء كان شخصياً أو نائبه أو وكيله القانوني أو القيم أو الوصي عليه<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: ميعاد رفع دعوى التعويض

إن ميعاد الأربعة أشهر المنصوص عليها في المادتين 829 و 907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالطلب القضائي لإلغاء القرارات الإدارية، لا يسري على طلبات التعويض التي يجوز رفعها ما دام 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>.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 607-611.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 624-626.

<sup>3</sup> - فارة سماح، المقال السابق، ص 09.

<sup>4</sup> - وقد كانت الفرصة لمجلس الدولة الجزائري، أن تعرض لمسألة ميعاد رفع دعوى التعويض في قراره الصادر ب: 2005/1/31. وواضح من خلاله أنه جعل ميعاد الطعن القضائي في دعوى التعويض قائماً بقيام مدة حياة الحق. انظر في ذلك: - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دارهومه، الجزائر، 2002، ص 97.

### ثالثاً: شرط ذكر مبلغ التعويض في الطلب القضائي

يشترط أن يتم تقدير التعويض من جانب الضحية أو ذوي الحقوق، ويترتب على عدم تقدير المبلغ رفض الدعوى القضائية، و قد أشارت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً إلى ذلك بقولها: " حيث أنه و قبل تعويض الضرر يشترط تقديره و يشمل هذا التقدير تحديد مجال الضرر و كذلك تقييمه المالي"<sup>(1)</sup>.

من خلال استقراء بعض القضايا التي عرضت على مجلس الدولة الجزائري، نجدها متضمنة لمبلغ التعويض.<sup>(2)</sup>

تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري إذا كان يتمتع بحرية واسعة في تقييم الضرر القابل للتعويض، فإن إرادة المشرع و إرادة الأطراف تستطيع أن تضع لها حدوداً، إذ لا يمكن للقاضي الإداري أن يمنح تعويضاً يفوق التعويض المحدد من قبل المشرع في قضايا معينة، كما تشكل إرادة الضحية حداً لحرية القاضي بتحديد الحد الأقصى للتعويض، ذلك أن القاضي لا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثالث

#### أساس رفع الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية

لقد اختلف الفقه حول تحديد أساس المسؤولية الإدارية، أو بالأحرى أساس تحمل الإدارة التعويض عن الأضرار التي يرتكبها موظفوها و أعوانها، فمنهم من يعتبر أن الخطأ و المخاطر من شروط المسؤولية وليست أساساً لها، أما أساسها فيمكن في مبدأ المساواة أمام الأعباء

<sup>1</sup> - رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية: شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 137.

<sup>2</sup> - انظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 91، و ص 101 و ص 237.

<sup>3</sup> - voir : [www.arpe-paca.org](http://www.arpe-paca.org). et : [www.Fr.wikipedia.org/laresp.De\\_l'ad\\_francaise](http://www.Fr.wikipedia.org/laresp.De_l'ad_francaise).

العامة<sup>(1)</sup>، ومنهم من يعتبر الخطأ والمخاطر هي أسس المسؤولية الادارية<sup>(2)</sup>، وهو الموقف الذي تبناه القضاء الإداري الجزائري و المقارن.

تبعا لذلك تم تصنيف المسؤولية الادارية إلى مسؤولية إدارية خطئية ومسؤولية إدارية غير خطئية، وذلك ما سنفصل الحديث عنه فيما يأتي، مركزين على نطاق السلطة التقديرية بصفة خاصة دون باقي التفاصيل التي لا تتصل بموضوع دراستنا :

### أولاً: المسؤولية القائمة على أساس الخطأ

لقد كان هذا النوع من المسؤولية الإدارية أول ما تركز في إجتهد القضاء الإداري، ذلك أن مسؤولية الإدارة العامة لا تقوم إلا عن النشاط الخاطئ للمرفق العام<sup>(3)</sup> في تنظيمه أو تسييره، وسواء كان مصدر المسؤولية عملاً مادياً أو عملاً قانونياً، في صورة عدم أداء مهامه أو تأخره فيها أو إهماله... فالخطأ مناط المسؤولية الإدارية الذي لا تقوم إلا به<sup>(4)</sup>.

وإذا كانت المسؤولية الإدارية القضائية تشترك مع المسؤولية المدنية في قيامها على ثلاثة أركان ألا وهي الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية<sup>(5)</sup>، إلا أننا ارتأينا أن نسلط الضوء على ركن الخطأ فقط، نظراً لصلته الوثيقة بموضوع السلطة التقديرية للإدارة.

وعلينا أن ننوه بأن الخطأ نوعان: خطأ شخصي وآخر مرفقي، فأما الخطأ الشخصي: فهو الخطأ الذي ينسب إلى الموظف، وتتحقق بذلك مسؤوليته الشخصية، فيكون هذا الموظف هو المسؤول وحده عن الأضرار التي نتجت عن هذا الخطأ، وعليه أن يدفع التعويض من ذمته

---

1 - من 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 نقول بمساواة جميع الأفراد أمام الأعباء العامة، إن التمعن في المجتمع يظهر لنا بأنه يتضح بعدم مساواة أكثر من المساواة ". انظر مؤلفه: المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008، ص 123.

2 - من هؤلاء نجد الأستاذ مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، وكذلك مؤلفه: المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقهما في القانون الإداري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

3-Rachid zouaimia et Marie christine Rouault , droit administratif, Berti editoin, 2009, p 295.

4 - لمزيد من التفاصيل حول المسؤولية الخطئية. انظر : فارة سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قلمة ، 2005.

5 - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 183.

الشخصية<sup>(1)</sup>. أما الخطأ المرفقي، فهو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق، حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد الموظفين، إذا لم يعتبر الخطأ شخصياً<sup>(2)</sup>.

وسنتناول فيما يأتي صور هذا الخطأ، وتأثيره على مشروعية القرارات الإدارية.

## 1- صور الخطأ المرفقي

إن الأفعال المكونة للخطأ المرفقي، هي تلك الأفعال التي يتجسد فيها الخطأ، والتي تؤدي إلى إحداث الأضرار. ويمكن رد الأفعال التي تكون الخطأ المرفقي حسب تقسيم الفقيه "دويز"، والذي ما زال يأخذ به فقه القانون العام ومجلس الدولة الفرنسي، إلى ثلاث فئات كبرى، تمثل في ذات الوقت التطور التاريخي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، وتتمثل في أداء المرفق للخدمة على وجه سيء أو عدم تأديته لهذه الخدمة، أو أدائها ببطء شديد يفوق المعقول.

### أ- المرفق أدى الخدمة على وجه سيء

يندرج تحت هذه التسمية جميع الأعمال الإيجابية الصادرة عن المرفق العام والمنطوية على خطأ، وحالات المسؤولية من هذا القبيل هي التي أقرها القضاء في أول الأمر، ويمكن تصنيفها إلى أعمال مادية وأعمال قانونية:

### - المسؤولية عن الأعمال المادية

قد ينشأ الضرر عن عمل صادر من أحد الموظفين أو الأعوان وهو يؤدي واجبه على وجه سيء، كما لو كان أحد الجنود يطارد ثورا هائجا في الطريق العام وأطلق عليه رصاصة فجرحت أحد الأفراد وهو داخل منزله.<sup>(3)</sup> وقد يكون الضرر ناشئا عن أشياء أو حيوانات تملكها الإدارة، كإهمال خيل مملوكة لها فتؤدي إلى إحداث أضرار بالأفراد<sup>(4)</sup>. وقد يكون مرجع الضرر إلى سوء تنظيم المرفق العام.

<sup>1</sup> - لقد وضعت عدة معايير لتمييز وتحديد الخطأ الشخصي. انظر في ذلك: رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 10.

- حسين فرريجة، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص 32 وما بعدها.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص 302.

<sup>3</sup> - قضية توماس جركيو سنة 1905، انظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1996، ص 122.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 122.

وقد أخذ القضاء الإداري المصري بهذا التقسيم في أحكامه، ومن ذلك الحكم بالتعويض عن واقعة حجز مواطن خلافا للقانون<sup>(1)</sup>.

### - المسؤولية عن الأعمال القانونية

بالنسبة للخطأ القانوني، فإنه يقع عند قيام الإدارة بإجراءات تحدث ضررا بالأفراد، دون وجود سند قانوني. كما لو تعجلت الإدارة في تنفيذ حكم قضائي أو طبقت الإدارة القانون تطبيقا خاطئا، أو قيام الإدارة بتقييد نشاط أحد المحلات التجارية دون أساس قانوني و بالمخالفة للقانون<sup>(2)</sup>.

ومن تطبيقات هذه الحالة في القضاء الجزائري، نجد قرار الغرفة الادارية بالمحكمة العليا في قضية "بن مشيش" فيما يتعلق بمكافحة الحرائق: "حيث أنه ينجم من الملف أن الظروف التي تمت فيها مكافحة الحريق تبين نقص في الوسائل"<sup>(3)</sup>.

### ب- المرفق لم يؤدي الخدمة المطلوبة منه

وينطوي تحت هذه الصورة إمتناع الإدارة عن أداء واجب يرى مجلس الدولة أنها ملزمة قانونا بأدائه، إذا كان من شأن هذا الإمتناع 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 بإمتناعها عن إتيان تصرف معين<sup>(4)</sup>.

وهذه الصورة حديثة نسبيا، وترجع إلى تبلور الأفكار الخاصة بتسيير المرافق العامة، وإتساع رقابة القضاء الإداري إزاء السلطة التقديرية للإدارة، فسلطات الإدارة لم تعد إمتياز لها تباشرها كيفما تشاء ومتى أرادت، ولكنها واجب على الموظف يؤديه بكل أمانة ومع حرصه التام على المصلحة العامة، ولا يصدق ذلك على الإختصاصات المقيدة فحسب ولكنه يسري أيضا على الإختصاصات التقديرية<sup>(5)</sup>.

وبهذه الكيفية إستطاع القضاء الإداري أن يمد رقابته بطريقة غير مباشرة إلى كيفية مزاوله الإدارة لسلطاتها التقديرية. فإذا 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

1 - فارة سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، قالمة، 2005، ص 30.

2 - المرجع نفسه، ص 30 و 31.

3 - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 21.

4 - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 153.

5 - سليمان محمد الطماوي، قضاء التعويض، المرجع السابق، ص 124.

التدخل و إختيار الوسيلة، فإن القضاء الإداري إستطاع أن يراقب الإدارة في هذا المجال بطريقة غير مباشرة، وذلك إذا زاولت إختصاصها التقديري على نحو يلحق بالأفراد أضرارا بدون وجه حق، حتى ولو كان عمل الإدارة لا يندرج تحت وجه من أوجه عدم المشروعية المعروفة<sup>(1)</sup>.

وتتحقق صورة عدم أداء الخدمة في القضاء الجزائري في قضية "بلقاسمي" ضد وزير العدل سنة 1972، "حيث أن إهمال كاتب الضبط تندرج ضمن أعماله المهنية كموظف، ونظر قاضي الغرفة الادارية بالمحكمة العليا لهذا العمل الذي سبب ضررا للسيد " بلقاسمي" كخطأ مرفقي لعدم سير مرفق القضاء"<sup>(2)</sup>.

### ج - المرفق أبطأ في أداء الخدمة أكثر من اللازم

في هذه الحالة تسأل الإدارة العامة إذا تباطأت أكثر من اللازم في أداء الخدمات، إذا لحق الأفراد ضرر من جراء هذا التأخير<sup>(3)</sup>، حيث اعتبر تعسفا في إستعمال الإدارة لحقها في إختيار وقت التدخل<sup>(4)</sup>. وإذا كان من المسلم به أن إختيار الوقت هو من أبرز أركان السلطة التقديرية للإدارة، وأنه لا يمكن أن يستمد منه سبب للإلغاء، فإن مجلس الدولة الفرنسي حرصا منه على حماية الأفراد، قد أخضع هذا الجانب من نشاط الإدارة لرقابته في مجال قضاء التعويض<sup>(5)</sup>.

ومن تطبيقات القضاء الجزائري لهذه الصورة، نجد قضية " حميدوش " سنة 1966: " حيث أن الإدارة توظف شخصا في ظروف غير نظامية، ثم تنتظر ثماني سنوات لكي تلاحظ ذلك وتصح التدبير، رفع النزاع إلى المجلس الأعلى الذي صرح بأن هذا التأخير يشكل خطأ مصلحيا لمسؤولية الإدارة"<sup>(6)</sup>.

---

1 - لهذا كثيرا ما يحكم مجلس الدولة الفرنسي بالمسؤولية عن إمتناع الإدارة عن القيام بتصرفات معينة لم يكن ليحكم بعدم مشروعيتها لو أثبت أمامه عن طريق قضاء الإلغاء. مثل إمتناع الإدارة عن تنفيذ القوانين واللوائح، وكذا امتناعها عن تنفيذ أحكام القضاء. أنظر: سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 124.

2 - رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 22.

3 - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 130.

4 - فارة سماح، المذكرة السابقة، ص 33.

5 - ليس المقصود هنا أن يكون القانون قد حدد ميعادا يجب على الإدارة أن تؤدي خدماتها خلاله، لأن هذا يندرج تحت الصورة الثانية من حالات المسؤولية. ولكن المقصود هنا أن تكون الإدارة غير مقيدة بمدة معينة، ومع ذلك تبطئ أكثر من اللازم وبغير مبرر مقبول. وإذا كان إختيار الوقت هو أبرز أركان السلطة التقديرية للإدارة، بحيث لا يمكن أن يستمد منه سبب للإلغاء. فإن قواعد العدالة وحماية حقوق الأفراد تتطلب أن يخضع هذا الجانب من نشاط الإدارة لرقابته في مجال التعويض. وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي. أنظر: - سليمان محمد الطماوي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 155.

6 - أحمد محبو، المرجع السابق، ص 215 و 210.

## 2- الخطأ المرفقي في القرارات الادارية

الأصل أن عدم مشروعية القرار الإداري يكون فعلاً خاطئاً، وهو في الحقيقة خطأً مصلحي<sup>(1)</sup>، لأن أول واجب يقع عن المرفق العام أن يحترم القوانين العامة، فإذا قام الموظف المشرف عليه بإتخاذ قرار غير مشروع، يكون المرفق قد خرج عن أول واجباته وبالتالي أتى عملاً إيجابياً ضاراً يستوجب مسؤولية الإدارة<sup>(2)</sup>.

وإذا كانت العيوب التي تصيب المشروعية هي عيب الشكل، عدم الاختصاص، مخالفة القانون والإنحراف 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>(3)</sup>.

وتبعاً لمعيار جسامة الخطأ، قرر مجلس الدولة الفرنسي أن عيب الغاية وعيب المحل يولدان دائماً مسؤولية الإدارة، لأن عدم المشروعية في هذين الوجهين يتصف بالجسامة التي تولد المسؤولية، بينما يكون الخطأ الذي تتصف به الأوجه الأخرى غير دائم الجسامة إلى حد تقرير المسؤولية بصفة دائمة<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: المسؤولية القائمة بدون خطأ (المسؤولية غير الخطئية)

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 عن 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. إذ يجب على الجماعة أن تتحمل مخاطر النشاط الإداري إذا ما أصاب بعض الأفراد أضرار، لأن الإدارة ما قامت به إلا لصالحهم، فيجب ألا يتحمل غرمه أفراد قلائل من بينهم وإنما يجب أن تتوزع أعباؤه على الجميع<sup>(5)</sup>، وهذا الأساس يستبعد تماماً فكرة الخطأ<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - René chapus , droit administratif, tome 1, 9 eme édition , montchrestien, 1995, p 1137.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1996، ص134، ومحسن خليل، القضاء الإداري، دون بلد النشر، الدار الجامعية، دون تاريخ، ص131.

<sup>3</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري: الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص270.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 270. وللإطلاع على تطبيقات القضاء الجزائري في هذا المجال، أنظر: فارة سماح، المذكورة السابقة، ص 40.

<sup>5</sup> - فارة سماح، المقال السابق، ص6.

<sup>6</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، 1996، ص179.

ويرى غالبية الفقه تبعاً لذلك أن أساس المسؤولية الإدارية غير الخطئية هي فكرة المخاطر<sup>(1)</sup> ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة<sup>(2)</sup>.

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 وإن كانت تقوم عليه في بعض الأحيان إلا أنها أوسع منه نطاقاً، فالإدارة تسأل عن الضرر الذي ألحقته بالأفراد و لو لم تكن مخطئة<sup>(3)</sup>.

لذلك سنتناول نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية فيما يأتي، باعتبار هذه الأخيرة تجد المجال الحقيقي لتطبيقها في نطاق السلطة التقديرية للإدارة:

### 1- مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية

لقد ثار جدل فقهي كبير في فرنسا حول الاعتراف بقيام نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية كنظرية مستقلة بذاتها ومختلفة عن نظرية الانحراف بالسلطة. ومن ذلك ما ذهب إليه الفقهاء "دوجي" و "بونار"، بل أن هذا الأخير قد اعتبر أن جميع حالات التعسف ليست إلا حالات خاصة لعدم المشروعية، وأن إساءة استعمال الحق ما هو إلا تطبيق لحالة عدم المشروعية<sup>(4)</sup>.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر أنه لا خلاف فيما توصل إليه الفقهاء، فيما تعلق بمجال قضاء الإلغاء، إذا أمكن التسليم أن مجال النظريتين واحد. أما في مجال قضاء

---

<sup>1</sup> - الأمر الذي أدى بالمشروع إلى إصدار مجموعة من التشريعات تنص على قيام المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر. فقد أصدر المشرع الفرنسي قوانين أسست مسؤولية الإدارة على المخاطر في بعض الحالات. ومثال ذلك التشريع الفرنسي الصادر في عام 1898 الذي يقيم المسؤولية على أساس مخاطر أو تبعات الحرفة. وقانون 1919 وتشريع عام 1921 اللذان يوجبان قيام مسؤولية الدولة إزاء ضحايا الحرب والمصانع الحربية (مصانع الذخيرة الحية)، مخاطر الدفاع الوطني. وقانون عام 1924 الذي يقيم المسؤولية على أساس مخاطر الطيران. وقانون عام 1945 الذي ينص على المسؤولية الإدارية على أساس مخاطر النشاطات الصناعية، التجارية والزراعية. وقانون 1946/10/30 الذي يعقد مسؤولية الإدارة على أساس مخاطر العمل. بالإضافة إلى مجموعة التشريعات اللاحقة التي أصدرها المشرع الفرنسي والتي تقر مسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة عن الكوارث القومية المختلفة على أساس نظرية المخاطر، تطبيقاً للمبدأ الدستوري الذي جاء في ديباجة دستور عام 1946. أنظر: عزوز سكيته، عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري والحريات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1990م، ص 80 وما بعدها.

<sup>2</sup> - ينظر في ذلك: - عزوز بلقاسم علي، المساواة أمام الأعباء العامة، مجلة الحقوق الإدارية، العدد السادس، السنة الثانية، الجزائر، 2000، ص 33. ولقد تزايد نطاق أعمال المسؤولية دون خطأ في فرنسا. وذلك بسبب التقدم العلمي والتكنولوجي الذي ولد أشياء وآلات تزداد خطورتها بمجرد استعمالها، ولانتشار فكرة التضامن الاجتماعي والتوسع في مفهوم العدالة. أنظر في ذلك: - صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 387.

<sup>3</sup> - إبراهيم السيد أحمد، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإلغاء، الطبعة الأولى، مطابع جريدة السفير بالإسكندرية، 1963، ص 41 و ما بعدها.

<sup>4</sup> - فارة سماح، المذكرة السابقة، ص 58.

التعويض، فإنه قد أقر نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية مستقلة عن نظرية الإنحراف بالسلطة، ولا أدل على ذلك من أن العمل الإداري الواحد قد رفض مجلس الدولة إلغائه بناء 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 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>.

"فهذا التطور نتيجة منطقية لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في المسؤولية بصورة عامة، فهو قد وصل الي تقرير نوع من المسؤولية الإدارية عن أضرار تحدثها الإدارة و لو لم ترتكب خطأ ما، و مادام و صل إلى هذه المرحلة من التطور، فلا بد من باب أولى أن يقرر مسؤولية الإدارة حين تتعسف في استخدام رخصها الإدارية، لأن أقل ما يوصف به ذلك التعسف هنا أنه خطأ مرفقي"<sup>(3)</sup>.

يتلخص مفهوم هذه النظرية في "أن رجل الإدارة الذي يتسم عمله بالتعسف هو صاحب إختصاص و تصرفه في نطاق المشروعية، إلا أنه استخدم اختصاصه في ظروف تنم عن التعسف، رغم أنه تصرف في نطاق دائرة المشروعية"<sup>(4)</sup>.

ويظهر من هذا التعريف أن مجال استعمال الحقوق الإدارية هو السلطة التقديرية بلا جدال، وأن هذه النظرية<sup>(5)</sup> لا تؤدي إلى الحكم بإلغاء القرار المتعسف فيه، وإلا أتينا 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.

1 - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص 172.

2 - فارة سماح، المذكرة السابقة، ص 59.

3 - المرجع نفسه، ص 60.

4 - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 163.

5 - لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في المادة 41 من القانون المدني.

## ثانيا: حالات التعسف في استعمال الحقوق الإدارية المرتبة للمسؤولية

لقد أقر القضاء الإداري نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية وحكم بالمسؤولية الإدارية، وذلك في حالة تعجل الإدارة في اتخاذ القرار الإداري، وحالة اتخاذ الإدارة لبعض القرارات غير الملائمة، وكذلك حالة تراخيها في اتخاذ القرار إذا ترتب عن ذلك ضرر<sup>(1)</sup>.

فإذا كانت القاعدة الغالبة في القانون الإداري وخاصة الجزائي، 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<sup>(2)</sup>. وذلك على النحو الآتي:

### 1- الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار الإداري " إصدار القرار الإداري فجأة "

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 "مناجم سيجري"، قائلا: " أن الإدارة لها الحق قطعا في اتخاذ هذا الإجراء، وأمر الشركة بالكف عن الاستغلال غير المشروع، ولكنها لم تتخير الوقت المناسب، إذ بعد أن تركت الشركة تستغل مع علمها بذلك، تقدمت فجأة وأمرتها بالكف عن ذلك الاستغلال "<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الخصوص، قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية " أوليفيه زيمرمان " بمسؤولية الإدارة. وتتحصر وقائع هذه القضية في أن الإدارة قد تسرعت في تنفيذ حكم صادر

---

<sup>1</sup> - لقد تم تحديد أوجه تعسف الإدارة في استعمال حقوقها الإدارية من طرف الفقيه " بونار ". وذلك في إطار تعليقه على حكم مجلس الدولة في قضية "مناجم سيجري" سنة 1929. والتي تتلخص وقائعها في أن مرسوم 6 يوليو 1889 قد نظم طريقة استغلال مناجم الذهب في المستعمرات، فقضى بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا لأهالي تلك المستعمرات، على أن يكون للشركة حق استغلال الطبقات السفلى التي لا يصل إليها الأهالي بوسائلهم البدائية. وجعل للمحاكم حق منح وسحب رخص الاستغلال. وحدث وأن اعتدت شركة مناجم سيجري على الطبقات المخصصة للأهالي من سكان المستعمرات، وكان ذلك الاعتداء بعلم من الإدارة، ولكنها تركتها رغم ذلك تباشر هذا الاستغلال غير المشروع فترة من الزمن. ثم تراءى للإدارة أن تصحح ذلك الوضع القائم، ففاجأت الشركة دون سابق إنذار وأمرتها بالكف فوراً عن استغلال الطبقات العليا. فطعت الشركة في هذا القرار طالبة إلغاءه والتعويض لما سببه لها تنفيذه من أضرار، لكن مجلس الدولة رفض الإلغاء مقررًا أن الأمر الإداري كان سليماً، ولكنه حكم على الشركة بالتعويض، لأن الإدارة وإن كان لها الحق في إصدار ذلك القرار، لكنها استعملت حقوقها استعمالاً تعسفياً. وانطلاقاً من هذا الحكم وضع " بونار " أوجه تعسف الإدارة في استعمال حقوقها كالاتي: - أن يكون القرار الإداري فجائياً. - أن يكون القرار الإداري من غير فائدة. - أن يكون القرار الإداري بالغ القسوة.

أنظر: سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، المرجع السابق، ص 176-177.

<sup>2</sup> - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 191.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 178.

لصالحها بصفة ابتدائية من مجلس المديرية، دون أن تنتظر حكم الاستئناف المنظور أمام مجلس الدولة، الذي انتهى بإلغاء الحكم الابتدائي. وذلك في 27 فيفري 1903<sup>(1)</sup>.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الموظفين الذين يفصلون فجأة نتيجة إلغاء الوظيفة إلغاء قانونيا وقد طبق المجلس ذلك بصدد حكمه الصادر في 11 ديسمبر 1903 في قضية " فيلناف " <sup>(2)</sup>. والحقيقة أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذا لم يأتي 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 عن القضاء الجزائري، فقد طبق مجلس الدولة الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية وقضى بتعويض الشخص المضرور دون إلغاء قرار الإدارة، لكون هذا الأخير مشروعاً. وذلك في قرار مجلس الدولة في 2001/5/7 في قضية ( ل. ا ) ضد رئيس بلدية حاسي بحبح<sup>4</sup>. وتتلخص وقائع القضية في أن السيد ( ل. ا ) قد تم تسجيله في قائمة المستفيدين من السكنات التطورية الواقعة قرب المستشفى، وذلك بموجب قرار من بلدية حاسي بحبح في اجتماع لها في 1995/4/24، 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، وإلزام الإدارة بتعويضه بمبلغ 20.000 دج، تعويضا عن الضرر الذي لحق به من قرار الإدارة الفجائي.

وفي ذلك قضى مجلس الدولة: " حيث أن الضرر الذي لحق به يتمثل في خيبة الأمل التي أحس بها بعد حذف اسمه من القائمة، وأن تسجيل اسمه بالقائمة من بين المستفيدين من طرف البلدية ولد أملا لديه، ولكن ليس بحق مكتسب، وعليه فإن مبلغ التعويض الممنوح للمستأنف كافيا، ويتناسب والضرر اللاحق به، مما ينبغي تأييد 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 أن الإدارة لم ترتكب عملا غير مشروع، لأنها منحت السكنات لذوي الدخل المتوسط لأنهم يستطيعون إتمام الأشغال المتبعة

1 - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الادارية، المرجع السابق، ص 164. وتجدر الإشارة إلى أن طرق الطعن العادية في الجزائر أيضا لها أثر موقف، وذلك ما تضمنته المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته ".

2 - سليمان محمد الطماوي، قضاء التعويض، المرجع السابق، ص 191.

3 - المرجع نفسه، ص 191.

4 - حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية-وسائل المشروعية-، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 28.

وإتمام المساكن على أحسن ما يرام بدلا من المستفيدين الأوائل، الذين كانوا غير قادرين على إتمام البناء وبإمكانهم الاستفادة من السكنات الجاهزة، لكن مفاجأتها للطاعن بإزالة اسمه بطريقة فجائية وطول انتظاره حملها مسؤولية تعويضه عن الضرر الذي أصابه.

## 2- الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ القرار

وهي الصورة العكسية للحالة السابقة، وقد رأينا أن أبرز مظاهر السلطة التقديرية للإدارة تتمثل في حرية الإدارة في تقدير الوقت المناسب لاتخاذ 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 لاتخاذ القرار الإداري لا يعني حرية الإدارة المطلقة في هذا المجال، بل يتعين عليها حسن اختيار وقت تصرفها، لأن ضرورة استقرار المعاملات تستلزم ألا تبقى المراكز القانونية غير محددة لمدة طويلة<sup>(1)</sup>.

وطبقا لهذا التوجه، قضى مجلس الدولة الفرنسي في 26 جويلية 1918 بالحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار يمنع أحد الأفراد من مزاوله مهنته الخطرة، والمتمثلة في تمرير الراغبين في الأعياد على إطلاق النار وإصابة 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 إصدار القرار بإعفاء شاب من تطوعه للخدمة في الفرقة الأجنبية، مما أدى إلى وفاته في إحدى المعارك. وتراخي سلطات البوليس في الإفراج عن كلب رغم مطالبة صاحبه به مما أدى إلى إعدام الكلب. وكذلك تأخر الإدارة أكثر من سنة دون مبرر عن تسليم أحد الأفراد ترخيصا بالبناء<sup>(3)</sup>.

## 3- الحكم على الإدارة بالتعويض لإتخاذها بعض القرارات غير الملائمة

إن ملائمة العقوبة التأديبية للجريمة التأديبية هي مسألة تستقل الإدارة في تقديرها كما سنتناوله في حينه، لكن مجلس الدولة الفرنسي أخضع ملائمة الجزاءات التأديبية لرقابته في مجال قضاء التعويض دون قضاء الإلغاء<sup>(4)</sup>.

1 - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 192.

2 - المرجع نفسه، ص 192.

3 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 192.

4 - حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 192.

وأشهر مثال لذلك، قراره الصادر في 20 يونيو 1913 في قضية "مارك"، فقد كان السيد "مارك" يشغل منصب مدير حديقة للنباتات في مدينة "رن" بفرنسا لكن فصلته الإدارة من منصبه لأسباب رأى أنها تعسفية، فرفع دعوى يطلب إلغاء القرار الخاص بالفصل وطالب في نفس الوقت بتعويضه عن القرار، لكن مجلس الدولة الفرنسي حكم بالتعويض لأن الأضرار التي ارتكبها السيد مارك لا تيرر القرار الصادر بفصله<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري، فإنه لا يخضع ملاءمة الإدارة في اختيار وقت اتخاذ قراراتها لرقابته كقاعدة عامة؛ إذ تملك السلطة الإدارية على حد قول الأستاذ "عمار عوابدي" حرية ملاءمة وتقدير وقت التدخل لإصدار قرارات التعيين في الوظائف الإدارية. إذ تملك السلطات الإدارية المختصة أن تعين أو لا تعين إذا أرادت أن تتدخل لإصدار قرار التعيين، فلها حرية الملاءمة والتقدير في اختيار وقت التعيين ومضمون التعيين دون معقب عليها من طرف القضاء الإداري فيما يخص اختيار وقت التدخل<sup>(2)</sup>.

نحن نرجو من قضائنا الإداري أن يلتفت إلى نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية وأن يأخذها بعين الاعتبار في تطبيقاته. خاصة وأن قضاء الإلغاء يمتنع في كثير من الأحيان عن بسط رقابته على ركن المحل خاصة في مجال سلطة الإدارة التقديرية، لاسيما إذا كان القرار الإداري مشروعاً وسلمت جميع أركانه، وبالتالي فإن نظرية التعسف ستكون خير حل لمنع الإدارة من التعسف في استعمال سلطاتها التقديرية أمام عجز قضاء الإلغاء عن ذلك<sup>(3)</sup>.

1 - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، المرجع السابق، ص 98.

2 - عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 307.

3 - تختلف نظرية التعسف في الحقوق الإدارية عن نظرية الإنحراف بالسلطة في أن هذه الأخيرة يكون مجالها في قضاء الإلغاء والتعويض على السواء، ولا يتم اعمالها إلا إذا كان القرار الإداري معيباً في هدفه أو غايته. أما نظرية التعسف فتجد مجالها في قضاء التعويض فقط، ويتم تطبيقها حتى ولو كان القرار الإداري سليماً في جميع أركانه.

## المبحث الثاني

### أساليب 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 التثبيت 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 أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، التقليدية منها ثم الحديثة.

### المطلب الأول

#### أساليب الرقابة 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 والتحكم، وإنما يجب أن تستند إلى أسباب صحيحة وواقعية 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<sup>(1)</sup>، وأخيراً رقابة التناسب.

وتبعاً لذلك سنتناول هذه الأساليب من خلال ثلاث فروع:

الفرع الأول: رقابة الوجود المادي للوقائع.

الفرع الثاني: رقابة التكييف القانوني للوقائع.

الفرع الثالث: رقابة التناسب.

## الفرع الأول

### رقابة الوجود المادي للوقائع

يتصل القرار الإداري - أي 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>(2)</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>(3)</sup>. لذلك يتعين على القاضي بالضرورة أن يبحث فيما إذا وجدت حقا تلك الحالة المادية في الواقع، والتي صدر القرار بهدف مواجهتها.<sup>(4)</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>(5)</sup>.

---

<sup>1</sup> - هناك من الفقهاء من يذهب إلى أن رقابة التكييف القانوني للوقائع تشمل رقابة الوجود المادي لهذه الأخيرة. وبالتالي فإنه لا معنى لهذه المرحلة لأن بحث التكييف يشملها بالضرورة. ومن هؤلاء نجد " أوبي " Auby و " دي كال " . غير أن الدكتور محمد مصطفى حسن يفند ذلك، على أساس أنه في حالة ما إذا أثبت أن موظفا ما تمت إحالته على التقاعد بناء على طلب لم يثبت تقديمه، فإننا نكون هنا بصدد تخلف الواقعة ماديا، أما إذا كان الأمر متعلقا بسبب أدى بالإدارة إلى استخلاص ذلك من ورقة لا تنتج هذا المعنى، كنا بصدد خطأ في التكييف. انظر في ذلك: محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 182.

<sup>2</sup> - مقالتي 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.

<sup>3</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة-، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412هـ، ص 245.

<sup>4</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 324.

<sup>5</sup> - عبد الغني سيوني عبد الله، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 250.

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>(1)</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 سندا 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>(2)</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 ولكنها غير صحيحة، كان القرار مستندا إلى سبب غير صحيح ومن ثم كان واجب الإلغاء<sup>(3)</sup>.

أما عن الفقه، فإنه لم يسلك مسلكاً واحداً 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<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص 09. ومن بين مفوضي الحكومة الفرنسيين الذين حثوا مجلس الدولة على فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع، نجد الفقيه « *Hopital* » الذي قال: " إن المجلس هو قاضي مجاوزة السلطة يجب عليه أن يفحص الوقائع... وإذا لم يرقم المجلس بفحص الوقائع فإن الحق المقر للجميع في أن يلجا إليه... سيصبح حقاً وهمياً ويصبح الطعن بمجاوزة السلطة عدماً الجدوى". انظر في ذلك:- أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسيب القرارات الإدارية، دون رقم الطبعة، القاهرة، 2005، ص 63.

<sup>2</sup> - وهذا ما أفصح عنه مجلس الدولة الفرنسي في قضية "تريون"، بحيث أنكر على الحكومة أن تؤسس قرارها بإحالة المذكور على التقاعد بناء على سبب غير موجود فعلاً وحقيقة. ولهذا فقد ألغي 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.

<sup>3</sup> - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، المرجع السابق، ص 67.

<sup>4</sup> - ذلك أن العمل القانوني في نظره يمر بمراحل ثلاث وهي: - مرحلة التخييل: وفيها يتخيل رجل الإدارة ما يجب عليه أن يقوم به من عمل. ثم مرحلة التفكير و التدبر: ينصب فيها تفكير مصدر القرار على ركني المحل و الغاية. وأخيراً مرحلة اتخاذ القرار وتنفيذه: وهي المرحلة التي يقوم فيها رجل الإدارة

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. فلقد اعتبر "هريو" أن السبب القانوني هو الواقعة التي تلحق القرار بطائفة قانونية معينة، فإذا لم تكن هذه الواقعة صحيحة انعدم السبب القانوني، وحق إلغاء القرار الإداري لعيب مخالفة القانون<sup>(2)</sup>.

أما " فوديل " رغم اعترافه بركن السبب كركن مستقل من أركان القرار الإداري، إلا أنه أدرج عيب السبب ضمن وجه مخالفة القانون، وذلك مع توسيع فكرة السبب لتشمل بالإضافة إلى الخطأ في الواقع - الذي تحدث عنه هوريو - الخطأ في القانون<sup>(3)</sup>.

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 Régalade ، 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؛ فوجود الوقائع أو الأسباب عند اتخاذ قرار ما يعد بمثابة شرط تطلبه المشرع ضمنا لكي ينعقد الاختصاص بداءة لرجل الإدارة باتخاذ هذا القرار، ومن ثم فإن الوقائع لم تعد في هذا الصدد من مسائل الواقع، وإنما أيضا من مسائل القانون<sup>(4)</sup>.

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>(5)</sup>، ونذكر من هؤلاء الفقهاء " دي لوبادير " ، و " ريفيرو " و " بونار "<sup>(6)</sup>.

---

بصياغة قراره و تنفيذه على المخاطبين به.. انظر في ذلك: لحسين بن الشيخ أث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية-وسائل المشروعية-الطبعة الثانية، دار هوم، 2006، ص 358 و 359 .

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 359 ، 360 .

<sup>2</sup> - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000 ، ص 404 و 405.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 405.

<sup>4</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 88 .

<sup>5</sup> - 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.

<sup>6</sup> - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 405.

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 أن رقابة الوجود المادي للوقائع تدخل ضمن رقابة المشروعية<sup>(1)</sup>.

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<sup>(2)</sup>. ولكن ذلك لم يمنع المحكمة الإدارية العليا من الإستناد إلى عيب السبب لإبطال كثير من القرارات الإدارية<sup>(3)</sup>.

أما عن موقف الفقه المصري من هذه المسألة، فنجد أن الأستاذ "سليمان محمد الطماوي" يعترض على استقلال عيب السبب على الرغم من إعترافة 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 تقديرياً<sup>(4)</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>(5)</sup>. فعيب الانحراف بالسلطة

<sup>1</sup> - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، المرجع السابق، ص 69.

<sup>2</sup> - تقول المحكمة الإدارية العليا: "ومن حيث أن القرار التأديبي كأى قرار إداري آخر، يجب أن يقوم على سبب يبرره، فلا تتدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ تدخلها، وللقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني، ورقابة القضاء الإداري لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب تجدها الطبعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار في هذا الشأن مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول نتائجها مادياً أو قانونياً، فإذا كانت النتيجة منتزعة من غير أصول موجودة أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها، أو كان تكييف الوقائع - على فرض وجودها مادياً - لا ينتج النتيجة التي يتطلبها القانون، كان القرار فاقداً لركن من أركانه هو ركن السبب ووقع مخالفاً للقانون".  
أنظر في ذلك: ماجد راغب الحلوى، المرجع السابق، ص 413. وهو ذات الرأي الذي انتهت إليه الأستاذة "سعاد الشرقاوي"، حينما قالت: "إذا ترك المشرع للإدارة سلطة اختيار السبب فلا تسير الرقابة على هذا السبب إلا عن طريق فكرة الباعث وإساءة استعمال السلطة". انظر: سعاد الشرقاوي، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 1984، ص 98.

<sup>3</sup> - 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، فإما 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 الحلوى، المرجع السابق، ص 407.

<sup>4</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة -، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 78 وما بعدها.

<sup>5</sup> - 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 الحلوى، المرجع السابق، ص 410.

يصيب ركن الغاية من القرار وركن الغاية لا يختلط بركن السبب، بل هو متميز ومنفصل عنه، ونتيجة لذلك فإن العيب الذي يصيب أيا منهما ، يجب أيضا أن تكون له استقلالية عن العيب الذي يصيب الركن الآخر، ولهذا لا يصح القول أن السبب والغرض و هما ركنان مستقلان ومتميزان - كما ذكرنا - يصيبهما عيب واحد هو عيب الانحراف.(1)

وبالتالي كان الرأي الراجح في مصر هو الربط بين أركان القرار الإداري و العيوب التي يمكن أن تصيبه فتؤدي إلى إلغائه، فاعتبروا عيب السبب مستقلا عن كل من عيب مخالفة القانون 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 ". (2)

أما بالنسبة لأساس الرقابة على الوجود المادي للوقائع في الجزائر، فقد أدخل الأستاذ " أحمد محيو" (3) 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، و يفرض عليها الإمتناع عن عمل ما هو محظور من طرف القانون، و إلا 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(4).

نحن نرى أن هذا الموقف منتقد، ذلك أن تكييف العيب الذي يكتف انعدام الوجود المادي للوقائع على أنه عيب مخالفة القانون، وإن كان مقبولا في حالة الأسباب القانونية التي تكون الإدارة بصددها في نطاق سلطة مقيدة. فإن الوضع يختلف بالنسبة للأسباب الواقعية، والتي تكون أساسا للسلطة التقديرية للإدارة، فإذا

<sup>1</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 98 و 99 .

<sup>2</sup> - إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1999، ص 123.

<sup>3</sup> - Mahiou(A),cours du contentieux administratif, 2 Emme édition,1981,OPU Alger,p 112.

<sup>4</sup> - أما بالنسبة للمؤلفين والكتاب في القانون الإداري الجزائري، فإننا نجدهم مسلمين بالإلتزام الحديث في فقه القانون الإداري الفرنسي الذي يعتبر عيب السبب عيبا مستقلا بذاته. نجد من ذلك: عمار بوضيف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسر للنشر و التوزيع، 2009، ص 179، و محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ، ص 102.

لم تكن هذه الوقائع أو الأسباب موجودة أصلا أو كانت غير صحيحة فإنه لا يمكن القول أن الإدارة قد خالفت بذلك القانون، أو أن العيب الذي أصاب هذه الوقائع يندرج ضمن عيب مخالفة القانون. وإنما نقول أن الرقابة على الوقائع في ظل السلطة التقديرية للإدارة هي رقابة ملائمة<sup>(1)</sup>... وهي رقابة لا تتطلب ضرورة النص عليها في القانون، وبالتالي لا تحتاج إلى إلحاق العيب الذي يلحق الوقائع التي تدعيها الإدارة في حالة السلطة التقديرية بواحد من العيوب التي جعلها القانون سببا للإلغاء...<sup>(2)</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 بـ 35 عاما تقريبا<sup>(3)</sup>، وكان ذلك بمقتضى قراره الصادر في قضية " Monod " أو مونو سنة 1907<sup>(4)</sup>. وابتداء من هذه القضية، بدأ مجلس الدولة الفرنسي في رقابته للوجود المادي للوقائع<sup>(5)</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 ماديا. 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 ...

<sup>1</sup> - وهو الموقف أو النتيجة التي انتهت إليها الأستاذ " رمضان محمد بطيخ". أنظر: رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 97.

<sup>2</sup> - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 313. وماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 110. "فإن كان القرن التاسع عشر هو عصر الإطلاق بالنسبة لسلطات الإدارة، فإن القرن العشرين هو عصر تقييدها". أنظر في ذلك: زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثر القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 119.

<sup>4</sup> - تتلخص وقائعها في أنه قد صدر قرار بإحالة أحد المحافظين يدعى " مونو " إلى التقاعد. وقد استند هذا القرار إلى واقعة تقدم 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 تقدم الطلب التي ذكرت سببا للقرار، إلا انه لم يسلك هذا السبيل و تصدى بالفعل لهذه الواقعة وانتهى إلى صحتها. 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.

<sup>5</sup> - 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 نظرا لما كان سائدا في مجال التمييز بين الوظيفة القضائية والإدارية. لمزيد من التفاصيل أنظر:

فإن القرار محل الدعوى والذي قرر أن تلك الإحالة إنما كانت على أساس من طلبه، يكون قرارا مستندا إلى واقعة غير صحيحة ماديا، ومن ثم فإن وزير الداخلية يكون بذلك قد أعطى قراره سببا قانونيا منعدما<sup>(1)</sup>

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>

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 بدءا من عام 1907 تحولا رئيسيا 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>(4)</sup>. ويستوي في ذلك أن تكون الإدارة حسنة النية؛ أي

---

<sup>1</sup> - محمد رمضان بطيخ ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 74. وتتخلص وقائع القضية في أن المدعي، وهو محافظ أحيل على التقاعد بقرار من وزير الداخلية، وقد أسس هذا الأخير قراره على أن التقاعد كان بناء على طلب من المدعي. لكن السيد "تريون" لجأ إلى القضاء، وتحديدًا إلى مجلس الدولة الفرنسي طاعنا في قرار وزير الداخلية، مستندا في ذلك إلى أنه لم يقدم طلبا لإحالة على التقاعد. أما وزير الداخلية فقد أجاب بأنه قد دارت بينه وبين المدعي محادثة قام من خلالها بالموافقة على أمر إحالته على التقاعد، لكن مفوض الحكومة "ريفي" في تقريره عن هذه الدعوى، نفى حقيقة أن يكون هناك طلب مقدم من المدعي، لأن موافقة هذا الأخير ما كانت إلا خضوعا لسلطة رئيسه الإداري. وعليه طلب المفوض إلغاء القرار.

<sup>2</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص 326.

<sup>3</sup> - تتلخص وقائع القضية في أن السيد "كامينو" عمدة 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 للملكور. والمتمثل في تنكره للاحترام الواجب للجنازة، ليس صحيحا ولا أساس له من الواقع. ولقد انتقد مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية، بأنه يجعل من القاضي الإداري قاضيا للوقائع وهذا ما يبنى بشيء من الجرأة " فالقاضي لا يبقى في ميدانه العادي، والمتمثل في تطبيق القانون". أنظر: دريسيه حسين، سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قالمة، 2006، ص 169.

<sup>4</sup> - تلحق بحالة انعدام الوجود المادي للوقائع المدعاة من طرف الإدارة حالة أخرى تسمى بحالة " 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. وذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في 20 نوفمبر 1935 في قضية شركة " envova " ، و في 11 ماي 1973 في قضية

Sanglien. أنظر في ذلك: دريسيه حسين، المرجع السابق، ص 167.

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>(1)</sup>.

أما في مصر، فقد التزمت محكمة القضاء الإداري منذ إنشائها، على رقابة وجود وصحة الوقائع المادية التي تدعيها الإدارة لقراراتها.<sup>(2)</sup> بحيث أصبح هذا الإتجاه يشكل مبدأ عاما ومستقرا يحد به القضاء الإداري من سلطة الإدارة التقديرية.<sup>(3)</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: 11 / 7 / 1984 في القضية التي جمعت السيد (أوعمران رابح) مدعي والسيد وزير الداخلية مدعى عليه،<sup>(4)</sup> والتي تتلخص وقائعها في ما يأتي :

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 28 / 10 / 1978، ثم تحصل على قرار من هذا الأخير يتضمن رخصة للبناء مؤرخ في 16 / 1 / 1979، إلا أن رئيس دائرة "بئر مراد رابح" أصدر قرارا بتاريخ 29 / 5 / 1979 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، و السبب 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

<sup>1</sup> - أنظر : درسية حسين، المرجع السابق، ص 168، وقروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2006، ص 83.

<sup>2</sup> - قروف جمال، المرجع السابق، ص 84 .

<sup>3</sup> - وهذا الموقف ينطبق على العديد من الدول العربية، من ذلك قرار المحكمة العليا الليبية بالغاء قرار تأديبي بمعاقبة أحد المدرسين لآتهامه بالجمع بين وظيفته كمدرس والعمل بالتجارة، لانتفاء ثبوت قيامه بالبيع أو العمل في المحل التجاري الذي وجد فيه. أنظر في ذلك: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 327.

<sup>4</sup> - مشار إليه في : عمور سلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر ، 1988، ص 195.

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 ببطان 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: 9/ 12 / 1985، 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 قرارالوالي على أساس أنه شرع فعلا في فلاحه الأرض وذلك ما يؤكد محضر المعاينة، بالإضافة إلى حذف نص المادة 11 من القانون المتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية، والتي تحدد مدة 5 سنوات للفلاح للشروع في فلاح الأرض الممنوحة له.<sup>(2)</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 الاستفاضة المذكور، كون الطاعنة وبقية المستفيدين لم يشرعوا في العمل ... حيث أن هذا التعليل غير صحيح، وينفيه محضر منفذ محكمة سيدي عقبة الذي يثبت استغلال الأرض من طرف الطاعن بفلاحة 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.

كما نجد قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر في 14 مايو 1995، في قضية الجمعية الوطنية لمسيرى قاعات السينما ضد المنشور الوزاري الصادر بتاريخ 16 مايو 1994 عن وزارة الداخلية والجماعات

<sup>1</sup> - المجلة القضائية، العدد الرابع، 1990، ص 168 و ما بعدها.

<sup>2</sup> - حيث تنص المادة 11 من القانون 83 / 18 المذكور أعلاه المتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية على: " تمنح للمالك مدة 5 سنوات بإستثناء حالة

المحلية، والمتضمن الأمر بإعادة بيع قاعات العروض السينمائية<sup>(1)</sup> بدعوى مخالفة المسيرين الخواص للشروط التي تضمنها العقد أو دفتر الشروط، فرفعت الجمعية العامة لمسيري قاعات السينما دعوى لإلغاء المنشور رقم 83 / 18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية أعلاه، مؤسسة دعواها على انعدام واقعة مخالفة الشروط التي تضمنها دفتر الشروط، إذ لم يتم تبليغ أي محضر معاينة للشرطة أو المحضر القضائي لأي مسير قاعة سينما عبر التراب الوطني، والذي يثبت تغييرا لطبيعة المحل التجاري بشكل مخالف لدفتر الشروط، فقضت الغرفة الإدارية تبعا لذلك بإلغاء هذا المنشور أو القرار الإداري المتضمن إعادة بيع قاعات العروض السينمائية. و مما جاء في قرارها:

"... حيث أنه لا مصدر للمنشور ولا لهؤلاء الذين وجه لهم الدليل على القيام بتلك المخالفات.

حيث أنه نتيجة لذلك، كان على وزير الداخلية بواسطة البلديات معاينة وإثبات مخالفة المسيرين للشروط التي تضمنها العقد ودفتر الشروط عن طريق دعوى قضائية قبل التصريح بفسخ إيجار التسيير تلقائيا، وإعادة بيع المحلات التجارية المعدة بقاعات السينما، حيث أنه بالتالي تكون جمعية مسيري قاعات السينما التي تعتبر مصلحتها واضحة و جلية، محقة في تمسكها بأن منشور وزير الداخلية يشكل تجاوزا للسلطة يبرر إبطاله".

يتضح من هذا القرار بأن المنشور الوزاري محل الإبطال قد بني على سبب منعدم، وبالتالي فإن وزير الداخلية ارتكب غلطا في الوقائع عندما برر منشوره بمخالفة المسيرين للشروط التي يتضمنها دفتر الشروط في حين أن تلك الواقعة لا أساس لها من الصحة، لعدم ثبوتها بموجب معاينة صادرة عن الشرطة أو المحضر القضائي. وتبعا لذلك قررت المحكمة العليا إلغاء منشور وزير الداخلية، على اعتبار أنه يشكل تجاوزا للسلطة، إلا أنها لم تحدد العيب الذي يشوب المنشور؛ أي عيب السبب و بصورة أدق الخطأ في الوجود المادي للوقائع التي بني عليها المنشور.

وفي قرار لمجلس الدولة بتاريخ 1 / 2 / 1999 ( 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 استفاضة 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 معطل 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 إنن غير مؤسس، ويتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف " .

<sup>1</sup> - المجلة القضائية، العدد 02، 1995، ص 153 و ما بعدها.

<sup>2</sup> - الحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية ( وسائل المشروعية)، الطبعة الثانية، دار هومة، 2006، ص 410 .

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 اغتصاب السلطة". وهو الصورة الجسمية لعيب عدم الاختصاص؛ لأن والي بإلغائه قرار استفادة المستأنف عليه يكون قد اعتدى على اختصاص السلطة القضائية لكون المرسوم رقم 51/ 90 أوجب اللجوء إلى القضاء لأقضاء أحد المستفيدين من المستثمرة الفلاحية وأن قرار والي في مركز القرار المنعدم<sup>(1)</sup>.

إذا كانت أغلب الأمثلة التي طرحناها حول موقف القضاء الإداري الجزائري من الرقابة على الوجود المادي للوقائع، قد اقتصرنا 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 تترك 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 دائما لرقابة القضاء في هذا الصدد<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### رقابة التكييف القانوني للوقائع

يراقب القاضي الإداري في هذا الميدان -أي ميدان أومجال 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 المقارن والجزائري من هذه الرقابة.

<sup>1</sup> - نلاحظ هنا أن مجلس الدولة أشار في المحل الأول إلى عيب السبب وفي المحل الثاني إلى عيب عدم الاختصاص. وكان بإستطاعته الإكتفاء 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.

<sup>2</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، 1996، ص 79 .

<sup>3</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة-دراسة مقارنة-، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 247 .

## 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- 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 ضمن 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 و الواقع:

#### أ- عنصر القانون

يتمثل في تخصيص النص القانوني العام والمجرد، و ذلك بإعطائه معنى أكثر تحديدا أو أقل عمومية مما هو عليه.

#### ب- عنصر الواقع

يتمثل 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>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 329.

<sup>2</sup> - Marie Christine Rouault, Droit administratif , Galino éditeur ,Paris,2002,p 269.

<sup>3</sup> - العوئي بن ملح، أفكار حول الإحتهاد القضائي، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2000، ص53.

<sup>4</sup> - نذير أوهاب، المرجع السابق، ص 48. وسليمان محمد الطماوي، التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978، ص 325.

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" (2).

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 بانزال حكم القانون على الوقائع" (3).

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. (4)

## 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، وعما 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

لقد قال بهذا الرأي جانب كبير من الفقه الفرنسي وشايهم في ذلك جانب من الفقه المصري، حيث يرى هؤلاء أن الدور الطبيعي للقاضي الإداري هو التحقق من مشروعية القرارات التي تتخذها الإدارة، ولهذا

<sup>1</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> - زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة،

العدد 08، 2006، ص 120.

<sup>3</sup> - خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 329.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 330.

فإن رقابة التكييف القانوني للوقائع التي تستند إليها تلك القرارات تعد إمتدادا طبيعيا لهذه الرقابة، وبالتالي فهي تدخل في إطار رقابة المشروعية<sup>(1)</sup>.

وقد حاول الأستاذ "قالين" تفسير رقابة القاضي في هذه الحالة وادراجها داخل إطار رقابة المشروعية وذلك باللجوء إلى فكرة الطائفة القانونية. فالغرض من عملية التكييف 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 "قالين" إلى أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على تكييف الإدارة للوقائع، إنما تنصب على مشروعية القرارات الإدارية لا على ملاءمتها<sup>(3)</sup>. ويتفق الأستاذان "دراجو" و "أوبي" مع الأستاذ "قالين" في هذا الرأي. حيث يقرران أن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع تتدرج 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 التكييف، حيث سيستخدم عبارة " التكييف القانوني للوقائع"، وأن "الواقعة من طبيعة تبرر القرار المطعون فيه قانونا"<sup>(4)</sup>.

ويؤيد جانب من الفقه المصري هذا الرأي، معتبرا أن عملية التكييف القانوني للوقائع عملية قانونية بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى، ولايغير هذا الوصف أن تتدخل في تلك العملية إعتبارات 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>(5)</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.

<sup>1</sup> - محمد أشرف عبد الفتاح أبو المجد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، دون رقم الطبعة، دون دار النشر، القاهرة، 2005، ص 77.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 77 و 78.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 78.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 78.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 78.

## ب- رقابة التكيف في حالة السلطة التقديرية رقابة ملاءمة

ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي والمصري إلى أن الرقابة القضائية للتكيف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها المتخذة بناء على سلطتها التقديرية، تدخل ضمن الرقابة على الملاءمة. ولذلك ذهب الفقيه "دوبسون" إلى أن القاضي في رقابة التكيف يقوم بإحلال تقديره الشخصي للوقائع محل تقدير الإدارة، وبهذا الوصف يتجاوز عمله إطار فحص الشرعية ويندرج تحت رقابة الملاءمة<sup>(1)</sup>.

وهذا ما يؤكد الفقيه "جيز"، حينما يقول أن الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري في مجال تكيف الوقائع هي رقابة على الملاءمة<sup>(2)</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 تنطوي عليه عملية التكيف من تقديرات شخصية تقوم بها جهة الإدارة 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 وليس رجل قانون، ومع ذلك فقد أقام مجلس الدولة الفرنسي من نفسه خبيرا فنيا وأخضع المسألة لحكمه<sup>(3)</sup>.

وهو الرأي الذي انتهى إليه جانب من الفقه المصري، حيث ذهب إلى أن رقابة القاضي الإداري للتكيف القانوني للوقائع تمثل رقابة على سلطة الإدارة التقديرية لا على حدودها، بإعتبار التكيف القانوني للوقائع يعد مجالا للملاءمة 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 الملاءمة<sup>(4)</sup>.

وبين الرأي القائل بأن رقابة التكيف القانوني لوقائع القرارات الإدارية المتخذة بناء على السلطة التقديرية هي رقابة مشروعية، وبين الإتجاه القائل بأنها رقابة ملاءمة للأسباب والحجج التي ذكرناها أعلاه<sup>(5)</sup>. أعلاه<sup>(5)</sup>. نجد إتجاها ثالثا يقف موقف وسط بين الحلين، يمثلته الدكتور "محمد مصطفى حسن"<sup>(6)</sup>، الذي

<sup>1</sup> - محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 55 و 56.

<sup>2</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 142.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 142 و 143.

<sup>4</sup> - ومن بين الفقهاء المصريين الذين سايروا هذا الإتجاه، نجد الدكتور رمضان محمد بطيخ، وقد أوضح وجهة نظره مستندا في ذلك إلى عدة حجج.

<sup>5</sup> - أما نحن فإننا نرجح الرأي القائل بأن رقابة التكيف القانوني تمثل رقابة ملاءمة، ذلك أن هذه الأخيرة تمثل مرحلة متطورة من مراحل الرقابة التقليدية للقضاء الإداري. حيث كان القصد منها الحد من السلطة التقديرية، وذلك بوضع قيد جديد على تصرفات الإدارة، يتمثل في ضرورة مراعاتها - عند إختيار الوقائع التي تدعيها لقراراتها- أن تكون هذه الوقائع مبررة في ذاتها، أو مؤدية بالقرار المستند عليها إلى تحقيق الغرض الذي قصده المشرع من وراء إتخاذ مثل هذا القرار.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 255 و 256.

يرى بأن الرقابة القضائية على التكييف 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 التكييف: فقد يتحدد الوصف بالقانون أو اللائحة، فيكون الأمر سهلاً... وقد يكفي المشرع بالتحديد المجرد - كما في الجرائم التأديبية - ... فإذا باشر القاضي رقابة التكييف 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 التكييف للإدارة، وذلك حينما يقترب التكييف من الملاءمة، فيستشعر الحرج من التضيق على الإدارة، ويبدو هذا واضحاً في مجال إجراءات الضبط العام المتعلقة بإقامة الأجانب وممارسة أنشطتهم داخل البلاد..."<sup>(1)</sup>.

أما الأستاذان "أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد"<sup>(2)</sup> و "رمضان محمد بطيخ"<sup>(3)</sup>، فقد اعتبرا 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 إعمال 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 خلعتة الإدارة عليها. ولقد قسمها الفقه إلى حالتين<sup>(4)</sup>، نذكرها فيما يأتي:

<sup>1</sup> - يرى الدكتور محمد مصطفى حسن أن رقابة التكييف سابقة في ظهورها عن رقابة الوجود المادي للوقائع، على اعتبار أن الخطأ في التكييف يمثل خطأ في القانون، والخطأ في القانون كوسيلة متميزة للطعن بالالغاء قد ظهر في نهاية القرن 19، أي قبل ظهور رقابة الوجود المادي للوقائع. المرجع نفسه، ص 254.

<sup>2</sup> - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، المرجع السابق، ص 79 و 80.

<sup>3</sup> - لقد عرض الأستاذ رمضان محمد بطيخ حججا عديدة فند من خلالها ادراج رقابة التكييف القانوني للوقائع المتخذة من الإدارة بناء على سلطتها التقديرية ضمن رقابة المشروعية. بحيث قدم نقداً لاذعاً لأنصار هذا الإتجاه. أنظر في ذلك مؤلفه: الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 145 و ما بعدها.

<sup>4</sup> - 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

## 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 عاجزا 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 إعتناء رأي الخبراء العلميين فقط<sup>(1)</sup>.

ومن هنا، فقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة تكييف 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 التكييف القانوني لرفض لجنة القراء بالمرح الكوميدي "فرانسيز" عرض مسرحية أدبية<sup>(2)</sup>. ولقد انتهج مجلس الدولة المصري ذات المسلك الذي سار عليه القضاء الفرنسي، حيث يمتنع عن اجراء رقابة التكييف القانوني في المسائل العلمية والفنية<sup>(3)</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 التكييف 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 بإعتبارها 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>(4)</sup>.

أما في الجزائر، فنجد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قد أكدت في بعض قراراتها على إمتناعها عن رقابة التكييف القانوني للوقائع فيما يخص المسائل الفنية والعلمية، وخاصة في مجال نزع الملكية لأجل

---

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، المذكورة السابقة، ص 250.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ، ص 392.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 329.

<sup>3</sup> - من أشهر التطبيقات القضائية لهذا النوع من القرارات في مصر تقدير درجة الإمتحان. حيث ذهب 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.

<sup>4</sup> - 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.

المنفعة العمومية. حيث تجد المحكمة العليا نفسها عاجزة عن مباشرة الرقابة بنفسها فيما يخص مدى ملاءمة اختيار الأرض محل نزاع الملكية دون الإستعانة بخبراء في هذا 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 ملاءمة 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 و إقامتهم

لقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن فرض رقابة التكيف في بعض مجالات الضبط وترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة بشأنها، واقتصر دوره فقط على الرقابة على الوجود المادي للوقائع دون بحث التكيف، 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 التكيف 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 15-3-1983، 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".

<sup>1</sup> - المجلة القضائية، العدد الثاني، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 158.

<sup>2</sup> - محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص 316.

<sup>3</sup> - 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 123.

<sup>4</sup> -درسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، 2006، ص 172.

<sup>5</sup> - المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الرابع، 1989، ص 227.

### ثالثاً: موقف القضاء من رقابة التكيف القانوني للوقائع<sup>(1)</sup>

لقد ظهرت رقابة التكيف القانوني في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1914، في حكم "جوميل" الشهير<sup>(2)</sup>، إذ انطلاقاً 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 إهداء غير قائم على أسس علمية وفنية فإن قرارها بفرض القيود على الأفراد لحماية المنظر أو المكان، يكون قابلاً للإلغاء لعدم التكيف 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 الأنسة "ويس" في قرار مجلس الدولة في 28 أبريل 1938، وتتمثل وقائعها في كون معلمة متريضة قامت بواسطة رسالة شخصية بدعوة تلميذ معلم élève maitre للحضور أثناء العطلة للاستماع لمحاضرات ذات طابع ديني، ولقد اعتبر المجلس بأن ذلك لا يعتبر خرقاً لمبدأ الحياد المدرسي، وقام تبعاً لذلك بإبطال القرار الرفض ترسيمها في وظيفتها<sup>(6)</sup>.

---

<sup>1</sup> - وهذا 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. ولعل أشهر القضايا التي أبرزت فكرة الرقابة على التكيف القانوني للوقائع في القضاء الإنجليزي قضية "هويت و كلين" ضد وزير الصحة سنة 1939. والمهم في هذا الحكم أن رقابة القضاء قد امتدت إلى تكييف الوقائع التي تعطي للسلطة الإدارية أهلية إتخاذ القرار. وهذا ما عبر عنه الحكم عندما اعتبر مسألة ما إذا كانت الأرض موضوع النزاع تكون أو لا تكون جزءاً من بستان، هي مسألة سابقة على ممارسة الإدارة لإختصاص إصدار القرار، وهذا القرار يأتي نتيجة التكيف الصحيح للواقعة، وهو بذلك يخضع لرقابة هذه المحكمة. أنظر في ذلك: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> - تتلخص وقائعها في أن السيد "جوميل" قد طلب الترخيص له بالبناء في ميدان "بوفو" بباريس. فرفضت الإدارة طلبه لما مجدته 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 شابه من خطأ في التكيف القانوني للوقائع التي قام عليها. أنظر في ذلك: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 330. و أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسيب القرارات الإدارية، 2005، ص 76.

<sup>3</sup> - يرى الأستاذ chapus أن قرار جوميل يمثل أكبر خطوة خطاها مجلس الدولة الفرنسي في طريق رقابة مشروعية القرار. أنظر في ذلك:

René Chapus, Droit administratif général, tome 1, Montchestien, 9 emme édition, p 917 à 920.

<sup>4</sup> - عبد الله طلبه، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص 290.

<sup>5</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 255.

وفيما يتعلق بالقضاء الإداري المصري فقد بسط رقابته على التكيف في معظم الأحوال، ليطمئن 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 وإستقالة وإحالة على المعاش...<sup>(1)</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، التكيف القانوني الذي تصفيه الإدارة عليها ليتحقق من أنها تتدرج فعلا 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 التكيف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الجزائري نجد ما يأتي:

#### أ- القرارات المتعلقة بالتأميم

لقد ألغت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى العديد من القرارات الإدارية لعدم صحة التكيف القانوني للوقائع المستندة إليها، منها قرارها الصادر في قضية "تومارون"، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ الجزائر أصدر قرارا بتأميم أملاك السيد "تومارون" تطبيقا للمرسوم المتعلق بتأميم الإستغلالات الزراعية العائدة للأجانب، إلا أن الأملاك هنا مخصصة للإستعمال السكني، وهنا ألغى المجلس الأعلى قرار محافظ الجزائر لوجود خطأ في التكيف القانوني للوقائع، والذي صححه القاضي بإلغاء قرار المحافظ<sup>(2)</sup>. كما ألغى المجلس الأعلى-الغرفة الإدارية- قرارا مماثلا تم اصداره من وزير الفلاحة، حيث استند على نفس المرسوم الصادر في: 1963/10/1، 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 التكيف القانوني للوقائع.<sup>(3)</sup>

<sup>1</sup> - ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري، ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1957/1/5 بإلغاء قرار فصل مأذون شرعي لاتهامه بالإقدام على الزواج بعقد عربي. معتبرة أن هذا الفعل لا يشكل إخلالا من المدعي بواجبات وظيفته؛ إذ لم يكن يباشر عند زواجه عمله الرسمي كمأذون شرعي. وبالتالي لا مانع من أن يتزوج زوجا عرفيا دون أن يوثقه. أنظر في ذلك: خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 331. 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 تكيفه بأنه من قبيل سوء السلوك الشديد الذي يبرر فصله. ولمزيد من الأمثلة أنظر: عبد الغني بسيوي عبد الله، المرجع السابق، ص 256.

<sup>2</sup> - Bouchahda (H) et Kheloufi (R), Recueil d'arrêts, jurisprudence administrative, OPU Alger, 1985.p 9.

<sup>3</sup> - أحمد محيو، (ترجمة فائق وبيوض خالد)، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008، ص 189.

## ب- القرارات المتعلقة بنزع الملكية

كذلك استقر المجلس الأعلى على إلغاء القرارات الإدارية المشوبة بخطأ في التكيف 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 الآتفة الذكر، وليس لصالح هيئات المداولة 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 إستفادة مقررة لصالح هيئة تداولية اشتمل على خطأ القانوني ... ومتى كان كذلك إستجوب إبطال القرار المطعون فيه بالبطلان"<sup>(1)</sup>.

ومن العرض السابق، يتضح لنا مدى اتساع سلطات القاضي الإداري في رقابته على صحة تكيف 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 التكيف 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.

### الفرع الثالث

#### رقابة التناسب

إذا كانت القاعدة الأساسية التي تحكم رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة العامة، تتمثل في أن هذه الرقابة تنصب على مشروعية الأعمال الإدارية تاركة مجال الملاءمة لتقدير الإدارة، فإن هذه القاعدة قد طرأ عليها إستثناء هام في مجال الرقابة القضائية على عيب السبب، تمثل فيما يعرف "برقابة التناسب أو الملاءمة".

فإذا كانت رقابة القضاء الإداري على الوجود المادي للوقائع، تبحث عن إجابة للتساؤل عما إذا كانت الوقائع التي أسس عليها القرار قد وقعت بالفعل من الناحية المادية أم أنها لم تحدث. وأن رقابته على التكيف القانوني للوقائع تهدف إلى التأكد مما إذا كانت هذه الوقائع تطابق ما خلقته عليها الإدارة من وصف قانوني أم لا . فإن الرقابة القضائية على تناسب القرار الإداري فرضت لمعرفة مدى التناسب بين الوقائع ومضمون القرار الإداري الذي صدر بناءً عليها.

ومن هنا يطرح التساؤل حول ماهية هذه الرقابة وخاصة موقف القضاء الجزائري منها.

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 37404، الصادر في: 1989/12/29، المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية،

## أولاً : ماهية الرقابة على التناسب

سنتناول مفهوم الرقابة على التناسب ثم طبيعة هذه الرقابة.

### 1- مفهوم الرقابة على التناسب<sup>(1)</sup>

التناسب فكرة أساسية من أفكار القانون الإداري<sup>(2)</sup>، و يقصد به في مجال القرارات الإدارية؛ "تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحلله، أو هو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها، ويمكن أن ينشأ التناسب من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، والتناسب بهذا المعنى يمكن أن يتغير تبعاً للحالة المتوقعة والمضار المتحصلة، كما يمكن أن ينشأ بعمل حساب ختامي للمزايا المتوقعة وللمضار ودرجة خطورة الحالة وأهمية الهدف الواجب الوصول إليه، والضيق الذي تسببه للأفراد."<sup>(3)</sup>

ومن هنا كان المراد بالتناسب هو " اختيار الإجراء الملائم الذي يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع"<sup>(4)</sup>. أما في مجال التأديب فيقصد بمبدأ التناسب: " أن تأخذ بعين الاعتبار خطورة الأفعال المنسوبة للموظف وما يناسبها من جزاء تحت رقابة القضاء ضماناً لشرعية العمل الإداري وحسن سير الإدارة"<sup>(5)</sup>. وفي مجال الضبط الإداري يقصد بالتناسب: "... لا يكفي لتدخل الإدارة قيام سبب مشروع، بل لابد أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة مناسبة للأسباب التي استدعتها، بمعنى أن تكون وسائل الإدارة ضرورية ولازمة لتحقيق أغراض النظام العام"<sup>(6)</sup>.

يقصد برقابة التناسب بصفة عامة، أن يتحقق القاضي من مدى تناسب التصرف محل الرقابة والظروف و الإعتبارات الواقعية المحيطة بكل من الإدارة و المتعاملين، دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات.<sup>(7)</sup> كما يقصد برقابة التناسب "رقابة مدى التناسب بين الإجراء الذي اتخذته الإدارة وبين الوقائع أو الأسباب التي دفعتها إلى إتخاذ مثل هذا الإجراء، وذلك ما يتطلب من السلطة الإدارية المختصة أن

<sup>1</sup> - بالبحث في قواميس اللغة العربية، نجد أن لفظ التناسب مشتق من أصل كلمة "نسب". "والنسب يعني القرابة، وانتسب واستنسب، أي ذكر نسبه، وناسب مناسبة، مائله وشاكله ولاءمه. وتناسب أي تماثلاً وتشاكلاً، واستنسب الشيء، وحده مناسباً ملائماً، والنسبة، القرابة و ايقاع التعلق والارتباط بين شيئين. والتماثل بين علاقات الأشياء والكميات. والنسبة تعني الصلة، وفي علم الرياضيات تعني نتيجة مقارنة إحدى كميتين من نوع واحد بالأخرى، وتناسب الشيئين أي تشاكلاً، والتناسب التشابه. " أنظر في ذلك: - قاموس لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، مصر، ص 4405. و قاموس المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ط 1981/25، ص 803. وقاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التعليم بمصر، 1999، ص 612.

<sup>2</sup> - حاحا عبد العالي و أمال بعيش، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلله في دعوى الإلغاء، مجلة المنتدى القانوني، بسكرة، ص 136.

<sup>3</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجرمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 96.

<sup>4</sup> - نذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية، ص 256.

<sup>5</sup> - عبيوط محمد وعلي، الضمانات التأديبية في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المنتدى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011.

<sup>6</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الادارية، مطبعة عاطف، 1974، ص 330.

<sup>7</sup> - سامي جمال الدين، فضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 8.

تقوم بعملية تقييم وتقدير جيد ودقيق لأهمية وخطورة هذه الوقائع أو الأسباب، حتى يتسنى لها إختيار الإجراء الملائم لها"<sup>(1)</sup>.

ولعل في إجراء تمييز بين مفهوم التناسب بالمعنى السالف البيان وبين أكثر المصطلحات القانونية مقارنة له، وهو الملاءمة، ما يبده أي غموض أو لبس قد يكتنف ذلك المفهوم. فالملاءمة من أكثر المصطلحات القانونية التي تختلط وتتداخل مع اصطلاح التناسب للدرجة التي يتم فيها غالبا استعمالهما كمترادفين.

ينصرف مدلول الملاءمة في الإصطلاح القانوني بوجه عام، إلى توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان و المكان والإعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه<sup>(2)</sup>. أما التناسب فهو " يشير إلى الصلة الداخلية بين بعض مكونات القرار الإداري وأركانه وعناصره، وبالتحديد بين سببه ومحلّه"<sup>(3)</sup>.

فإذا كان إصطلاح الملاءمة يعني توافق القرار الإداري مع جميع العوامل والظروف المحيطة بإصداره من كافة جوانبه، فإن إصطلاح التناسب لا يعني سوى توافق الإجراء المتخذ - أي محل القرار الإداري - مع السبب المصاحب له، وبالتالي فهو ينصب على أحد جوانب الملاءمة في القرار، وليس على جميع جوانبها، فالتناسب بهذا المعنى أحد ملاءمات القرار الإداري في مجال السلطة التقديرية للإدارة<sup>(4)</sup>.

إن مفهوم الملاءمة أوسع إذن من مفهوم التناسب، بل إن المفهوم الأول يستغرق الثاني ويستوعبه، باعتباره يندرج في أحد أجزائه أو مكوناته، و من ثم فإنهما لا يتطابقان معا، ولا يعد أحدهما مرادفا للآخر<sup>(5)</sup>.  
للاخر.<sup>(5)</sup>

---

<sup>1</sup> - 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 17. وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الدستوري المصري في اعترافه بدستورية مبدأ التناسب، يشير إلى أن هذا المبدأ يعد نتيجة منطقية للمبدأ المنصوص عليه في المادة 08 من إعلان حقوق الانسان و المواطن؛ ونعني به مبدأ وجوب أن تكون العقوبة المختارة ضرورية بشكل قاطع و صريح. أنظر في ذلك: محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 114.

<sup>2</sup> - خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 99.

<sup>3</sup> جورج شفيق ساري، رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 23.

<sup>4</sup> - خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 101.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 101.

## 2 - طبيعة رقابة التناسب<sup>(1)</sup>

إذا كان القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر أم في الجزائر قد باشر رقابة التناسب في مجالات عدة، فقد ثار التساؤل حول أساس تلك الرقابة، بمعنى هل تعد حقيقة صورة من صور الرقابة على الملاءمة أم أنها لا تعدو أن تكون مظهرا من مظاهر تطور الرقابة على المشروعية؟.

وهنا نجد اختلافا بينا بين الفقهاء، حيث ذهب جانب منهم إلى اعتبار الرقابة في مجال التناسب -حتى وإن كانت تتم في مجال الملاءمة - رقابة مشروعية، على أساس أن دور القاضي الإداري في دعوى الإلغاء يقتصر فقط على مجرد فحص المشروعية دون الملاءمة. لذلك فهم يبررون ذلك بتفسيرات تتلاءم ووجهة نظرهم، في حين أن جانبا آخر من الفقه يرى أنه لا تعارض على الإطلاق بين ما تجرته الإدارة وهي بصدد مباشرة سلطتها التقديرية من ملاءمة وبين أن تخضع هذه الملاءمة للرقابة القضائية، فقاضي الإلغاء لم يعد قاض مشروعية فقط وإنما أصبح قاضيا للملاءمة.

فأي من هذين الفريقين أولى بالإتباع؟ هذا ما سنبينه فيما يأتي:

### أ-المشروعية أساس رقابة التناسب

يكاد يجمع الفقه على أن هذه الصورة من الرقابة لا يمارسها القضاء الإداري على القرارات الادارية إلا على سبيل الإستثناء من القاعدة العامة في رقابته على مشروعية الأعمال الإدارية، والتي تقتصر في الأصل على التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع ومن سلامة تكييفها القانوني، ولا تتعداه إلى الرقابة على تقدير أهمية الوقائع و خطورتها. لتعلق هذا التقدير بأحد عناصر الملاءمة التي تترخص فيها الإدارة؛ ذلك أن دور القاضي الإداري يتحدد -كقاعدة عامة- برقابة مشروعية القرارات الادارية، دون التعرض لبحث مدى ملاءمتها.

وتبعا لذلك، يرى أنصار هذا الإتجاه بأن القاضي الإداري يراقب مدى تناسب الإجراء الذي اتخذته الإدارة مع أهمية وخطورة الوقائع التي استندت إليها؛ وهو ما يجسد جوهر السلطة التقديرية للإدارة، إلا أنهم يرون أن هذه الرقابة لا تخرج عن كونها رقابة مشروعية، مستندين في ذلك إلى كون التناسب شرطا أو عنصرا من عناصر مشروعية القرار الإداري، وذلك لأن القاضي لا يراقب ممارسة التقدير لكنه يراقب مشروعية الفعل بحيث تصبح ملاءمة التصرف شرطا لمشروعيته.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - يدرج غالبية فقه القانون العام الرقابة القضائية على التناسب ضمن الحلقة الأخيرة من الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الاداري. إلا أن جانبا آخر من الفقه أمثال سامي جمال الدين، وخليفة سالم الجهمي، قد ذهب الى أن هذه الصورة من الرقابة أقرب الى الرقابة على عنصر المحل منها الى الرقابة على عنصر السبب، لأن تقدير أهمية الوقائع التي يقوم عليها القرار هي خطوة أولى إذا ما تحققت تلوها خطوة أخرى، وهي تقدير الخطورة الناجمة عن تلك الوقائع لتبرير مضمون وفحوى القرار للوقوف على مدى التوافق بينهما. أنظر في ذلك: -سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 216 وما بعدها. وخليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 332 و 333.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 08.

وهكذا يخلص أنصار هذا الإتجاه إلى أن رقابة القاضي الإداري للملاءمة تعتبر هذه الأخيرة شرطا من شروط مشروعية قرارات الضبط الإداري، ولذلك يصبح من واجب القاضي -باعتباره قاضيا للمشروعية- رقابة هذا الشرط للتأكد من سلامة تقدير الإدارة له. فالقاضي الإداري لا يراقب سوى مشروعية القرارات الإدارية دون ملاءمتها، وإذا اضطرت لرقابة هذه الملاءمة فإن ذلك يكون حينما تعتبر شرطا من شروط المشروعية، أما الملاءمة في ذاتها كظاهرة مستقلة ومنفردة، فإنها لا تخضع بحال من الأحوال لرقابة القضاء<sup>(1)</sup>.

#### ب- الملاءمة أساس رقابة التناسب

يرى أنصار هذا الإتجاه عدم وجود تعارض بين أن يكون للإدارة مكنة إجراء تناسب أو تلاؤم في قراراتها، وبين أن يباشر القضاء رقابته على هذه المكنة. فرقابة القاضي الإداري لمدى تناسب القرارات الإدارية لا تتعارض البتة مع ما يجب أن تتمتع به الإدارة من إستقلال أو حرية في هذا الشأن، ومن ثم فهي لا تمثل اعتداء عليها من جانب القاضي مما يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، كما يقول بذلك جانب آخر من الفقه<sup>(2)</sup>.

خاصة إذا ما وضعنا في الإعتبار أن هذه الرقابة لا تعني على الإطلاق أن يحل القاضي الإداري نفسه محل رجل الإدارة، أو أن يعتدي على اختصاصه في هذا الشأن، ذلك أن ما يتوصل إليه رجل الإدارة من تقدير لهذا التناسب هو الذي يشكل الإطار أو النطاق الذي تدور فيه رقابة القاضي. ورقابة القاضي قد تنتهي إما بالإبقاء على القرار المتضمن لهذا التقدير وإما بإلغائه دون تعديل؛ أي دون أن يصل الأمر إلى حد إصدار القاضي لقرار جديد بدلا من القرار الملغى، أو إلى حد التعديل في مضمون هذا القرار مع الإبقاء عليه. إذ في هذه الحالة فقط يمكن القول بوجود اعتداء من جانب القاضي على إستقلال وحرية السلطات الإدارية، وهو ما لم يحدث مطلقا مما يؤكد احترام القاضي الإداري لوظيفته القضائية<sup>(3)</sup>.

صفوة القول أن رقابة القاضي الإداري للتناسب هي رقابة ملاءمة وليست رقابة مشروعية. ولهذا نلاحظ أن القضاء الإداري يزحف بتلك الرقابة إلى الأمام كلما وجد الفرصة سانحة لذلك، وهو ما تظهره الإتجاهات الحديثة في قضائه<sup>(4)</sup> والتي نتناولها في المطلب الثاني.

<sup>1</sup> - يرجع الأستاذ "عمار عوابدي" السبب في ذلك إلى كون فكرة الملاءمة فكرة ذات طابع مادي وعملية فنية غير قانونية، تتمثل أساسا في إيجاد التناسب بين الوقائع والإجراءات أو القرارات المتخذة والأغراض أو الأهداف منها. أنظر: عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998، ص 554 و 556.

<sup>2</sup> - انظر في الفقه الفرنسي "هوريو" و "بونار"، أما في الفقه المصري فنجد "السيد محمد إبراهيم"، "سعد عصفور" و "محسن خليل".

<sup>3</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 190.

<sup>4</sup> - تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعمم هذه الرقابة على قرارات الضبط الإداري كافة، حيث أخرج منها عدداً من القرارات تاركاً للإدارة في خصوصها حرية واسعة في التقدير. ومن ذلك ما تتخذه الإدارة من إجراءات بوليس عليا ومن قرارات ذات سمة سياسية والحالات المتعلقة بالمسائل الفنية. وهي ذات الحالات التي إمتنع فيها عن رقابة الإدارة فيما تجرته من تكييف الوقائع التي تدعيها في خصوصها. للمزيد من التفاصيل حول مجالات الضبط

### ثالثا : موقف القضاء من رقابة التناسب<sup>(1)</sup>

لقد كان الضبط الإداري المجال الخصب الذي أعمل فيه مجلس الدولة الفرنسي رقابة التناسب،<sup>(2)</sup> ولقد شكلت القرارات الإدارية الضبطية الصادرة عن السلطات المحلية، وهي ما يطلق عليه ب: "إجراءات الضبط المحلية" المجال الأساسي الذي باشر فيه مجلس الدولة الفرنسي رقابته لمدى التناسب بين إجراء الضبط المحلي وبين الخطر الذي اتخذ من أجله<sup>(3)</sup>.

ويعد حكم Benjamin الشهير نقطة الإنطلاق الحقيقية لتلك الرقابة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي<sup>(4)</sup>، فقد صدر هذا الحكم بمناسبة قرار أصدره عمدة مدينة Névers ، يمنع بمقتضاه اجتماعا عاما بسبب تخوفه من الإضطرابات التي قد يتسبب فيها هذا الاجتماع وما قد يؤدي إليه ذلك من إخلال بالأمن والنظام في المدينة. ومع اعتراف المجلس بإمكانية حدوث مثل هذه الإضطرابات إلا أنه ألغى مع ذلك قرار العمدة، حيث تبين له بعد فحص ظروف الدعوى وإجراء التحقيقات اللازمة، أن الاضطرابات المحتملة التي

---

الإداري التي إمتنع القاضي الإداري في خصوصها عن رقابة الملاءمة أنظر: - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، 2005، ص 84.

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن فكرة التناسب قد وجدت تطبيقات لها في الشريعة الإسلامية في ميدان التعازير. وهي العقوبة التي لم يحددها الشارع لكل معصية ليس فيها حد ولا كفارة وإنما ترك أمر تقديرها للقاضي، لكن ذلك لا يعني تركها لهوى هذا الأخير لأن الغرض الأساسي من التعزير في الإسلام هو الزجر. وبالتالي فالعقوبة لا بد أن تكون محققة لهذا الغرض. فلا يجوز أن تقف دون الحد الذي يتحقق معه الزجر بالتفريط أو التساهل. ولا تكون أزيد مما يلزم لتحقيق ذلك بالعلو أو الإفراط، بل يتعين أن تكون على قدر الحاجة بما يتحقق معه الغرض من فرضها دون زيادة أو نقصان. فتقدير العقوبة لا يتم بصورة تحكيمية وإنما يتحدد بما يتناسب مع جسامة الجريمة وخطورة مرتكبها. أنظر في ذلك: فؤاد معوض، تأديب الموظف العام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 118.

<sup>2</sup> - وقد قيل في تبرير ظهور الرقابة في مجال الضبط الإداري في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن مجال الضبط يتصل إتصالا وثيقا بالحريات العامة، وأن موضوع الحريات العامة يعتبر مسألة قانونية. وبالتالي فهو يشكل عنصرا من عناصر مشروعية إجراء الضبط. ويبدو أن اعتبار موضوع الحريات العامة مسألة قانونية لا يقدم تبريرا كافيا، لذلك اعتبر الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي ويسانده في ذلك الدكتور خليفة سالم الجهمي أن انحصار رقابة التناسب في بداية ظهورها في مجال الضبط الإداري فترة من الزمن، يرجع إلى إعتبارات عملية تتعلق بالسياسة القضائية التي دأب مجلس الدولة الفرنسي على انتهاجها، والتي اتسمت نحو الاتساع في فرض رقابته على أعمال الإدارة. وليس أدل على ذلك من قيام المجلس بمد هذا النوع من الرقابة إلى مجالات عديدة من النشاط الإداري. انظر: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 335-336.

<sup>3</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 152.

<sup>4</sup> - لقد سبقت هذه القضية قضايا أخرى، وقد كان ذلك إبتداء من سنة 1907 حينما أصدر المجلس حكمه في قضية " شركة الفيهارموني الموسيقية" بإلغاء قرار عمدة Fumay القاضي برفض الترخيص لهذه الشركة بممارسة مهنتها بحجة المحافظة على النظام العام، حيث وجد المجلس أن الأسباب أو الوقائع التي استند إليها القرار المذكور ليست من شأنها الإخلال بهذا النظام. وفي عام 1909 أصدر المجلس حكما مشابها للحكم السابق أشار فيه صراحة إلى أن مهمة القاضي يجب أن تمتد في مجال الضبط الإداري إلى بحث ما إذا كانت الإدارة قد اتخذت طبقا لظروف الدعوى قرارا لا تبرره ضرورات المحافظة على النظام العام. لمزيد من التفاصيل حول الموضوع أنظر: - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من تسبب الإدارة للقرارات الإدارية، دون دار النشر، القاهرة، 2005، ص 83.

تذرع بها العمدة لا تبلغ خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام إذا ما سمح بعقد الاجتماع<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى الأحكام الخاصة بحرية الاجتماعات العامة فقد صدرت أحكام أخرى تتعلق بالعديد من الحريات العامة مثل: حرية العبادة، حرية الصناعة والتجارة، حرية الصحافة<sup>(2)</sup>... ففي مجال حق الملكية والحقوق الفردية الأخرى، باشر مجلس الدولة الفرنسي رقابة التناسب على قرارات نزع الملكية والإستيلاء، فقد قضى مثلا بإلغاء قرار عمدة مدينة Nante بالإستيلاء على شقة سكنية لإحدى الأرامل لإتخاذها مأوى لمنكوبي الحرب العالمية الثانية، مؤسسا حكمه على أن مشكلة إيجاد مأوى لهؤلاء المنكوبين ليست سببا كافيا لنزع ملكية تلك الشقة، حيث يمكن تدبير هذا المأوى بوسيلة أخرى غير الإستيلاء<sup>(3)</sup>.

في مجال الوظيف العمومي أو القرارات التأديبية، فإن القضاء الفرنسي ثابت على أن تقدير خطورة الذنب الإداري وتقدير الجزاء المناسب له من مطلقات السلطة الادارية<sup>(4)</sup>. أما فيما يتعلق بمسائل الفصل، فإننا نجد مجلس الدولة يتشدد في خصوصها عموما، ولذلك فقد بسط رقابته في بعض القضايا على ملائمة هذه القرارات ومدى تناسب قرار الفصل مع الوقائع والأفعال المنسوبة إلى الموظف المفصول<sup>(5)</sup>، أما في غير هذه الحالة - أي قرارات الفصل -، فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يمارس رقابته على التناسب تاركا هذا المجال لحرية الإدارة مادام سلوكها بريئا من أي انحراف<sup>(6)</sup>.

بالنسبة للوضع في الجزائر، فعلى الرغم من أن مبدأ التناسب لم يستقر بعد ولم تتضح معالمه في القضاء الإداري الجزائري، إلا أن هذا الأخير قد أخذ ببعض أحكام ومبادئ نظرية التناسب في مجال القرارات أو الجزاءات التأديبية أسوة بالقضاء الفرنسي والمصري.

---

<sup>1</sup> - ميهوب يزيد، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011، ص 7. ونذير أوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية ص 256. حيث جاء في منطوق القرار :

« Qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité des troubles allégués , le maire de nevers ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n ait pas pu, sans interdire la conférence maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu' il lui appartenait de prendre »

<sup>2</sup> - المذكورة نفسها، ص 257.

<sup>3</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 340

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 333.

<sup>5</sup> - من أوائل أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، حكمه في قضية *Vinolay* و *Lebon*. أنظر في ذلك: حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2003، ص 177.

<sup>6</sup> - مع ذلك تجدر الإشارة إلى أن هناك عددا محدودا جدا من الأحكام التي فرض فيها مجلس الدولة رقابة التناسب، وذلك فيما يتعلق بمسائل التطهير الإداري. فعندما وقعت فرنسا تحت الإحتلال الألماني أصدرت حكومة "فيشي" قانونا في 1949/7/17 لمعالجة آثار القانون الأول. وذلك بتطهير الجهاز الإداري ممن تعاونوا مع سلطات الإحتلال. وهنا نجد أن مجلس الدولة لم يبحث مدى صحة الوقائع المنسوبة للموظف أو تكييفها القانوني فقط، وإنما تجاوز ذلك إلى بحث مدى تناسب الوقائع مع الخطورة، بحيث تبرر إجراء التطهير. أنظر: - مراد بدران، المرجع السابق، ص 335.

ففي قرار للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 14417 المؤرخ في 18/03/1978، رفض القاضي بسط رقابته على التناسب، ومما جاء في القرار: "... أن لدى الإدارة سلطة تقديرية للتصرف حسب مشيئتها للعقوبة التأديبية التي تأمر بها نظرا لخطورة الخطيئة المرتكبة، وليس لدى القاضي الإداري الفاصل في قضية تجاوز السلطة تقدير أهمية العقوبة المتخذة من السلطة الإدارية ومدى مناسبتها لخطورة الخطيئة المسببة لها..."<sup>(1)</sup>

على خلاف ذلك، نجد قرارا للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 42568، الصادر ب: 7 ديسمبر 1985 في قضية (ب م ش) ضد (وزير الداخلية والمدير العام للأمن الوطني)<sup>(2)</sup>، حيث راقب المجلس الأعلى مدى ملاءمة الجزاء التأديبي مع المخالفة المرتكبة، وانتهى إلى أن الإدارة كانت محقة في تقديرها لمدى التناسب بين المخالفة المرتكبة والجزاء المقدر. ومما جاء في حيثيات القرار: " من المقرر قانونا أن الأخطاء التأديبية تشمل كل تقصير مرتكب في ممارسة الوظيفة والأفعال المرتكبة خارج الوظيفة والتي تمس من حيث طبيعتها بشرف واعتبار الموظف أو الكفيلة بالحظ من قيمة الفئة التي ينتمي إليها، أو المس بصورة غير مباشرة بممارسة الوظيفة، ومن ثم فإن الإدارة العامة بإتخاذها قرارا بعزل الموظف الذي كان قد انتهج سلوكا لا يتماشى وصفته كمعون من أعوان الشرطة والذي كان في نفس الوقت قد خرق التزام الاحترام والطاعة للسلطة الرئاسية، التزمت بتطبيق القانون وكان بذلك قرارها سليما. ولما كانت الأخطاء المهنية المرتكبة من الموظف كافية لتبرير عزله، فإن الإدارة كانت محقة في قرارها بتسليط هذا الجزاء ".<sup>(3)</sup>

من القرارات الحديثة في هذا المجال، نجد قرار مجلس الدولة الصادر في 26 جوان 1999<sup>(3)</sup> الذي أقر وطبق مبدأ التناسب في مجال القرارات التأديبية، ومما جاء في حيثيات القرار: " حيث يثبت من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق وأدين بعقوبة سالبة للحرية تتمثل في تسليط عليه شهرين حبسا نافذة و غرامة قدرها 2000 دج.

حيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية والتعليم وإن كان يشغل منصب مقتصد مما يفترض معه أن يكون هذا الفضاء سليما من كل السلوكيات الأخلاقية غير السوية التي تلوث عالم البراءة. حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة ... ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا وهو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطاعا، فضلا عن كونها تدل على اخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي. وحيث ترتيبا على ذلك فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيا ثابتا، مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافا لإدعاءاته.

<sup>1</sup> - أنظر: حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية، عالم الكتب، القاهرة، 1971، ص 317.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص 215.

<sup>3</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دارهومة، الجزائر، 2002، ص 183.

وحيث من جهة أخرى فلإن من الثابت فقها وقضاء أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط إلا اذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبي الخطأ و العقوبة، و هو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف.

وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس من الواقع والقانون<sup>(1)</sup>. نستنتج من هذا القرار أن القاضي الإداري قد قام بالتحقق من صحة الوصف المعطى للخطأ التأديبي وكذلك الدرجة التي يدخل فيها، وكذا من حيث تناسب درجة العقوبة مع درجة الخطأ المرتكب. كما يملك القاضي الإداري سلطة رقابة واسعة في إعادة الموظف المعزول إلى منصبه إذا ما ثبت عدم مشروعية قرار الفصل وانجر عن هذا القرار عواقب وخيمة خلال فترة العزل كإيقاف المرتب، عدم الترقية... هذا فيما يتعلق برقابة التناسب في مجال القرارات التأديبية، أما في مجال الضبط الإداري فإن رقابة القاضي الإداري الجزائري لملاءمة القرارات الصادرة في مجال الضبط الإداري نادرة بل وتكاد تكون منعدمة، خاصة في ظل الظروف الاستثنائية.<sup>(2)</sup>

ولعل حساسية هذا النوع من القرارات وحادثة مجلس الدولة ونظام ازدواجية القضاء، بالإضافة إلى الإضطرابات الأمنية الخطيرة التي كانت تعيشها البلاد منذ إعلان حالة الطوارئ بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 92 / 44 المؤرخ في 1992/2/9، قد كانت السبب في امتناع مجلس الدولة الجزائري عن مد رقابته إلى هذا النوع من القرارات. كما أن هذا المرسوم قد منح لهيئات الضبط الإداري سلطات تقديرية واسعة في مجال تقييد الحريات العامة، إلا أنه لم يؤمن بالمقابل حماية لحقوق الأفراد من تعسف سلطات الضبط الإداري في استعمال سلطاتها.<sup>(3)</sup>

ومن القضايا التي أخذ فيها القضاء الجزائري بهذا البعد الحديث لرقابة التناسب على سلطة الإدارة التقديرية في مجال الضبط الإداري، نجد قضية "شركة سوتريبال " ضد (والي ولاية برج بوعريريج) في 1994/7/24، حيث جاء في مضمون قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا: "أن القاضي الإداري مؤهل بتقدير ملاءمة التدابير المأمور بها لمتطلبات الوضعية"<sup>(4)</sup>، وعليه فسلطة القضاء الإداري تتسع بنظر التناسب إن تعلق الأمر بحرية أساسية، فيتجاوز الرقابة العادية إلى التأكد بأن الإجراءات الضابط ضرورة لا مناص منها لتحقيق الحد الأدنى المطلوب لإستقرار النظام العام، وإلا عد القرار الضابط معيبا في ركن السبب لسوء تقدير الملاءمة.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 183.

<sup>2</sup> - مراد بدران، المرجع السابق، ص 342. مع ملاحظة أن رقابة القضاء لقرارات الضبط الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية تكتسي أهمية بالغة لسيادة تلك الظروف في الجزائر أكثر من الظروف العادية.

<sup>3</sup> - مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 40.

<sup>4</sup> - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 27.

وفي قرار آخر لمجلس الدولة ب 1999/2/1 في قضية (بوسلاح - م) ضد (والي ولاية تلمسان) قضى بإلغاء إستفادة المعني من قطعة فلاحية، مستندا على تحريات السلطات الأمنية المعنية التي أكدت سلوك المعني العدائي للثورة التحريرية. لكن القاضي قدر أن الأسباب المقدمة لا ترقى لإلغاء الاستفادة، وقضى مجلس الدولة بإلغاء على أساس أن "القرار الولائي موضوع الدعوى جاء غير مغطا ومدعما بأدلة كافية على ما ينسبه إلى المستأنف عليه مما يجعله منعدم الأساس". ومن الضروري أن نبين أن الحالات التي يتمتع فيها القضاء الجزائري عن رقابة التكييف القانوني للوقائع تعد في ذاتها حالات الإمتناع عن رقابة التناسب تبعا منطقياً<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### أساليب الرقابة الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة

لقد سلك القضاء الإداري<sup>(2)</sup> في مجال رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، سياسة قضائية اتسمت بالترج الهادئ والثابت، فقد إتجه بداية -كما رأينا- إلى إنكار كل دور رقابي له في مجال تلك الأعمال، ثم ما لبث أن غير هذه السياسة، حيث بدأ برقابة الغلط في القانون ثم الغلط في الوقائع، ثم مد هذه الرقابة كقاعدة عامة إلى التكييف القانوني للوقائع. وأخيرا إنتهى إلى بسط رقابته على تقدير الإدارة لخطورة وأهمية الوقائع ومدى تناسب الإجراء الذي إتخذته مع هذه الخطورة أو تلك الأهمية، ولكن استثناء من القاعدة العامة في قضائه، إلى درجة أنه قام -في بعض الحالات- بإحلال تقديره للوقائع بدلا من تقدير وتقييم رجل الإدارة. وأمام إحساس مجلس الدولة الفرنسي بعدم كفاية هذه الأنماط الرقابية لما تشتمل عليه من نقاط ضعف وثغرات تسمح للإدارة بأن تمارس سلطتها التقديرية بشكل تحكمي وتعسفي، خاصة في المجالات الحديثة للدولة المعاصرة، فقد ابتكر المجلس نظريات جديدة في مجال الحد من سلطة الإدارة التقديرية بغرض تحقيق التوازن بين تمكين هذه الأخيرة من إدارة مرافقها بما يحقق صالح المجتمع ويصون النظام العام فيه، وبين حماية وضمأن حقوق الأفراد و حرياتهم .

وتمثلت أولى تلك الخطوات في رقابة الخطأ البين في التقدير ثم تلتها نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار .

## الفرع الأول

### رقابة الخطأ البين

تعد نظرية رقابة الخطأ البين من المستجدات التي استحدثها مجلس الدولة الفرنسي في رقابته للسلطة التقديرية للإدارة، وحتى نقف على مدلولها، فإننا سنتناول مفهومها ونطاقها وطبيعة الرقابة القضائية عليها، وأخيرا موقف القضاء المقارن والجزائري من هذه النظرية.

<sup>1</sup> - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2006، ص 176.

<sup>2</sup> - ونقصد بذلك مجلس الدولة الفرنسي.

## أولاً: مفهوم الخطأ البين<sup>(1)</sup>

إذا كان الفضل في ظهور نظرية "الخطأ البين" في مجال السلطة التقديرية يعود إلى مجلس الدولة الفرنسي<sup>(2)</sup> - كما سنرى فيما بعد-، إلا أن هذا الأخير قد إكتفى بابتداع النظرية دون وضع معيار محدد لها<sup>(3)</sup>. ولذلك وضع الفقه معيارين لتمييز وتحديد الخطأ البين: المعيار اللغوي أو الوصفي والمعيار الموضوعي.

### 1- المعيار اللغوي<sup>(4)</sup>

هو المعيار الذي يشير فقط إلى المعنى اللغوي أو الإصطلاحي لصفة "البين" أو "الظاهر" manifeste التي يوصف بها الخطأ الذي ترتكبه الإدارة في تقدير الوقائع التي تستند إليها في قراراتها<sup>(5)</sup>. فالخطأ البين طبقاً لهذا المعيار، "هو الخطأ البديهي (évidente) أو الجسيم (grossière) أو الصارخ (flagrante) أو الخطير (grave) أو الجلي (éclatante) أو الفاحش (lourde). فإذا تحقق وصف واحد من تلك الأوصاف في الخطأ، أصبح بينا ومن ثم يكون القرار الإداري المشتمل عليه جديراً بالإلغاء"<sup>(6)</sup>.

ولهذا يعرف الأستاذان "أوبي" و "دراجو" الخطأ البين على أنه: "الخطأ الواضح والجسيم الذي يكون مرئياً حتى بالنسبة لغير المتخصصين من رجال القانون". أو كما يقول الأستاذ "فوديل": "هو الخطأ الذي يقفز أمامنا بحيث يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه ومن أول وهلة دون الحاجة إلى الإستعانة بأهل الخبرة

---

<sup>1</sup> - ذهب بعض الفقه إلى تسمية هذه النظرية باسم "الغلط البين"، مثل الأستاذ يحيى الجمل ومحمود سلامة جبر، إلا أن الأستاذ رمضان محمد بطيخ - ونشاطه الرأي- يفضل استعمال مصطلح "الخطأ البين" حتى لا يختلط الأمر مع نظرية الغلط في القانون المدني، خاصة أن لكلا النظريتين أحكاماً تتميز بها عن الأخرى، سواء من حيث المضمون أم من حيث مجالات التطبيق أم من حيث أطراف العلاقة. أنظر في ذلك: رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996.

<sup>2</sup> - تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكن أول من قال بهذه الفكرة، فقد سبق للمحكمة الإدارية بسويسرا أن أخذت بها. كما أخذ بها القضاء الإنجليزي إستناداً إلى فكرة "عدم المعقولة" وأخذ بها مجلس الدولة البلجيكي. وكان مجلس الدولة المصري أسبق من نظيره الفرنسي في الأخذ بها وإن قصرها على مجال التأديب وأسمائها بنظرية الغلو، ومجلس الدولة الفرنسي طور هذه النظرية وعممها لتصبح نظرية عامة في فقه القانون العام. أنظر: خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص 160.

<sup>3</sup> - من المعروف عن مجلس الدولة الفرنسي أنه يحرص عادة على ألا يضع تعريفات في أحكامه تكون سبباً في إعاقة قضائه في المستقبل.

<sup>4</sup> - للخطأ في اللغة العربية معانٍ متعددة، منها أنه ضد الصواب أو الحيدة عنه. والخطأى من تعمد ما لا ينبغي، ولهذا فقد يأتي بمعنى الذنب. أنظر: -قاموس لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، مصر، ص 192. أما في الإصطلاح القانوني، فإن الخطأ هو اخلال بالتزام قانوني. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار احياء التراث العربيين بيروت، ص 778.

أما فيما يتعلق بلفظ الظاهر، فيقصد به في اللغة العربية: ظهر ظهوراً، أي برز بعد الخفاء. والظاهر خلاف الباطن، وظاهر البلد خارجه، وظاهر الجبل، أعلاه، وخارج العيون، جاحظها. وهي ذات المعاني التي تشير إليها قواميس اللغة الفرنسية.

<sup>5</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 225.

<sup>6</sup> - خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 135.

والتخصص في إكتشافه". أما الأستاذ "ريفيرو" فيرى أن الغلط البين هو: "الغلط الذي ينكر ويتعارض والمنطق السليم"<sup>(1)</sup>.

وقد اعتمد مجلس الدولة المصري معيار الجسامة أو المعيار اللغوي كميز للخطأ البين في التقدير، " وهو الخطأ الذي يكون مرئياً لغير المتخصصين، أو هو الخطأ الذي يجري على عكس ما تقتضيه طبيعة الأشياء أو الذي لا تخطئه العين"<sup>(2)</sup>.

أما في المجال الفني و العلمي، فقد عرف الفقه الخطأ البين على أنه: "الخطأ البديهي أو البين الذي يدرك أو يمكن التعرف عليه من قبل غير المتخصصين في تلك المجالات"، أو كما يقول مفوض الحكومة الفرنسي Braibant "يمكن التعرف عليه حتى من قبل جاهل"<sup>(3)</sup>.

وهو الخطأ البعيد عن كل شك، فإذا ما شك القاضي في وضوح وجسامة الخطأ، انتفت عنه صفة "الخطأ البين"، فمع الشك ينتفي كل خطأ بين ومع اليقين يتحقق هذا الخطأ. ولهذا نجد الأستاذ Kahn يعرف الخطأ البين بأنه: "الخطأ الذي لا يثير في نفس القاضي أدنى شك في وجوده فإن تطرق إليه الشك افتقد صفته كخطأ بين، حيث يفسر الشك لصالح الإدارة"<sup>(4)</sup>.

وإذا كانت كلمة "بين" وفقاً لهذا المعيار اللغوي، توحى بأن هذا الخطأ قد وصل إلى درجة من الوضوح تكفي لإقناع القاضي بوجود مثل هذا الخطأ، أو تكفي لإزالة أي شك لديه حول هذا الخطأ، إلا أن هذا المعنى اللغوي أو الإصطلاحي للخطأ البين، لم يكن محل إجماع من جانب رجال القانون والفقه، على أساس أن وصف "الجسامة" قد يكون وصفا ملازماً للخطأ البين كما هو الحال للأخطاء والإجراءات التأديبية، وقد يكون غير ملازماً أو ضرورياً للخطأ البين. كما هو الحال في مجال إجراءات البوليس العالي<sup>(5)</sup>.

## 2- المعيار الموضوعي

لا يشترط في الخطأ البين أن يكون ظاهراً أو واضحاً، إذ قد يكون عند ظاهره مما يقتضي إجراءات بحث معمق في الدعوى الإدارية، ومن هنا تبنى جانب آخر من الفقه المعيار الموضوعي. بحيث يميز البعض بين الخطأ البين والخطأ غير البين على أساس مدى قدرة الشخص العادي على التعرف عليه.

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37، العدد 1، القاهرة، مارس، 1993، ص 212.

<sup>2</sup> - زكي محمود النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 49.

<sup>3</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 225.

<sup>4</sup> - وهذا ما دفع مفوض الحكومة M.Galabert، إلى التخلي عن إقتراح له بإلغاء قرار وزير الصحة بمنع بيع دواء معين للجمهور على أساس الخطأ البين في تقدير الأخطار الناجمة عن هذا الدواء. وقد ركز في تقريره على نعمة الشك، وانتهى إلى القول -الذي تبعه فيه مجلس الدولة- أن الإدارة لم ترتكب خطأ بيناً في تقديرها للخطر الذي ينطوي عليه الدواء. أنظر: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 226، 227.

<sup>5</sup> - خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 135.

فالخطأ البين أو الظاهر هو الخطأ الذي يمكن التعرف عليه من طرف شخص عادي في ثقافته مأخوذاً في الاعتبار كافة الظروف المحيطة به؛<sup>(1)</sup> أما غيره فلا يمكن التعرف عليه إلا من قبل المتخصصين<sup>(2)</sup>. لكن هذا الإتجاه أيضاً كان محل انتقاد من قبل رجال الفقه، على اعتبار أنه يغالي في حقيقة صفة البيان أو الوضوح التي يجب أن يكون عليها الخطأ في التقدير، لدرجة يقال معها أن الشخص العادي يستطيع بيانه أو إكتشافه فمثل هذه الأخطاء لن يقع فيها رجل الإدارة، حيث يفترض فيه أن يكون على قدر من التخصص و الخبرة في الشؤون الإدارية بما يجنبه الوقوع في مثل هذه الأخطاء.

أمام الإنتقادات الموجهة للمعيارين - اللغوي والموضوعي-، نجد أن المعيارين يكملان كل منهما الآخر؛ بحيث لا يمكن الإعتماد على واحد من بينهما فقط للتعرف على الخطأ، فالوضوح والجسامة في الخطأ ( وهو المعيار اللغوي أو الإصطلاحي)، يساعد القاضي عند فحصه لملف الدعوى أو الظروف التي أحاطت بتقدير الإدارة للوقائع (وهو المعيار الموضوعي) من سرعة إكتشاف هذا الخطأ أو التعرف عليه.

ومن هنا يمكننا تعريف الخطأ البين في التقدير بأنه " الخطأ الذي يرى فيه القاضي من خلال بحثه لملف الدعوى ولمختلف الظروف التي جرى فيها هذا التقدير تجاوزاً لحدود المعقولة ووضوحاً لدرجة البداهة"<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: طبيعة الرقابة القضائية على الخطأ البين في التقدير

لن نتساءل في هذا الموضوع فيما إذا كانت رقابة الخطأ البين تدخل ضمن رقابة المشروعية أو الملاءمة كما فعلنا بالنسبة لأنواع الرقابة التقليدية على السلطة التقديرية. ذلك أن رقابة الخطأ البين تنصب طبعاً على ملاءمة القرار الإداري وليس على مشروعيته، خاصة أنها تهدف كما يقول Kahn -مفوض الحكومة- إلى تصحيح كل ما تنطوي عليه نظرية السلطة التقديرية من إمكانية للتجاوز أو التعسف<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 139.

<sup>2</sup> - يظهر من إستقراء أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري، إتجاهها إلى وضع معيار موضوعي لنظرية الخطأ الظاهر، بحيث لا يعتمد تقدير وجود الخطأ البين على حسن أو سوء نية الإدارة، من ناحية. وبحيث لا يكون أمره متروكاً لمحض تقدير القاضي، من ناحية أخرى. وإنما يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير، بحيث يحكم بالإنهاء في الحالة التي يتبين فيها أن تقدير الإدارة جاء مشوباً بخطأ ظاهر يفسد هذا التقدير ويكون مجاوزاً لحدود المعقول. أنظر : خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 143.

<sup>3</sup> - تجدر الإشارة إلى أن إثبات الخطأ البين يخضع للقواعد العامة للإثبات، علماً أن مذهب الإثبات في القانون الإداري هو مذهب الإثبات الحر وهذا ما أضفى على الإجراءات الإدارية الطابع الإيجابي التحقيقي. إلا أنه لا بد أن ننوه إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد انتهى إلى التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي. ففي حكم "باريل" الصادر سنة 1954، أضحى القاضي الإداري لا يلقي عبء الإثبات على عاتق الطاعن، وإنما يطلب منه فقط أن يكون محمداً وأن يستند على بعض القرائن. ويملك القاضي أن يكمل الملف بإجراءات التحقيق مادام الطاعن قد أورد قرائن جدية على إنحراف الإدارة بسلطتها التقديرية. ففي هذا الحكم طلب المجلس من الوزير مجموعة الوثائق التي إتخذ على أساسها القرار، وإزاء رفض الإدارة الرد على هذا الأمر تم إلغاء القرار المطعون فيه. ولمزيد من التفاصيل راجع:- محمد محده، الإثبات في المواد الإدارية، مجلة الإجتهد القضائي، العدد الثاني، سنة 2005، ص 80 وما بعدها.

<sup>4</sup> - السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإنهاء، الطبعة الأولى، مطابع جريدة السفير بالإسكندرية، 1963، ص 33.

ولهذا فإن القاضي الإداري يقوم من خلال هذه النظرية بإحلال تقديره الشخصي محل تقدير رجل الإدارة، وذلك في حالة ما إذا ما كان هذا التقدير الأخير مشوباً بخطأ<sup>(1)</sup>. وهنا لنا أن نتساءل عن موقع رقابة الخطأ البين بين مستويات الرقابة التي يباشرها قاضي تجاوز السلطة؛ فمن المعروف أن هناك ثلاثة مستويات لتلك الرقابة وهي<sup>(2)</sup> :

- رقابة دنيا *contrôle minimum* ، وتتناول الوقائع التي تدعيها الإدارة لقرارتها من حيث وجودها المادي أو عدم مخالفتها للقانون، وكذلك من حيث عدم إنطوائها على تعسف أو سوء إستعمال من جانب الإدارة.

- رقابة عادية *contrôle normal* ، وتتناول التكييف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها.

- رقابة قصوى *contrôle maximum* ، وتتناول أهمية وخطورة الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها، ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ على أساسها.

لقد ذهب معظم الفقهاء الفرنسيين والمصريين إلى إعتبار رقابة الخطأ البين عنصراً من عناصر الرقابة الدنيا. فالفقيه الفرنسي "دراجو" يقول بأن : "مفهوم الحد الأدنى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة، قد اتسع ليضيف إلى عناصر رقابة الحد الأدنى عنصراً جديداً، هو وجود خطأ بين في التقدير، بما يعني أن الرقابة على تقدير الوقائع لا تمثل أقصى صور التطور في الرقابة على الوقائع، بل تدخل في رقابة الحد الأدنى من جانب قاضي الإلغاء ". وكذلك الفقيه *kornprolest* الذي يقول: "إن رقابة الخطأ البين قاصرة فقط على المنازعات التي تباشر في خصوصها الرقابة الدنيا"<sup>(3)</sup>. ومن الفقه المصري نجد الدكتور "يحيى الجمل" حيث يقول " إن أحكام مجلس الدولة الفرنسي عممت تطبيق هذه الفكرة وإعتبرتها أحد عناصر الحد الأدنى للرقابة "<sup>(4)</sup>.

في حين يرى جانب آخر من الفقه بأن رقابة الخطأ البين تدخل ضمن مستوى الرقابة العادية التي تتناول التكييف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها. فقد سبق وأن ذكرنا في إطار حديثنا عن أساليب الرقابة التقليدية بأن رقابة التكييف القانوني يرد عليها إستثناءان، وهما إجراءات البوليس العالي

<sup>1</sup> - وهذا ما يؤكد مفوض الحكومة *braibant* حينما خاطب مجلس الدولة قائلاً : " ليس هناك أدنى شك في أن القاضي لا يستطيع أن يحل تقديره محل تقدير رجل الإدارة في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية، ومع ذلك فقد توسعت في نطاق الرقابة التي يمارسها المجلس منذ اثني عشرة سنة من خلال نظرية الخطأ البين في التقدير حتى شملت هذه السلطة". رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 223.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 223.

<sup>3</sup> - Alain Moyrand, le droit administratif, l'hermès, Lyon, 1992, p 166-167. et voir : Gustave Peiser, contentieux administratif, 12 eme édition, Dalloz, 1999, p 189 et 190.

<sup>4</sup> - يحيى الجمل، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع، مجلة القانون والإقتصاد، حقوق القاهرة، العدد الثالث والرابع، السنة الحادية والأربعون، 1972 ، ص 235 .

والمسائل العلمية والفنية، وبالتالي فالقاضي الإداري لم يلجأ إلى فكرة الخطأ البين إلا للتغلب على الصعوبات التي تواجهه لبسط رقابة التكييف القانوني على مسائل تنسم بالدقة والتقنية أو تتطلب خبرة عملية معينة لإرتباطها بالواقع العملي أكثر من إرتباطها بالواقع النظري، ومن ثم فقد إعتبرت رقابة الخطأ البين آنذاك وسيلة ناجعة لسد الثغرات التي تصيب تلك الرقابة.<sup>(1)</sup>

وقد أدرج جانب ثالث من الفقه رقابة الخطأ البين ضمن الرقابة القصوى؛ ذلك أن الواقع العملي قد أثبت -كما سنرى عند دراستنا للتطبيقات القضائية- بأن رقابة الخطأ البين لم تعد تباشر فقط في مجال التكييف القانوني للوقائع. وإنما إمتد مجال إعمالها إلى تقدير الإدارة للوقائع في ذاته. لهذا يقال للرقابة هنا بأنها رقابة ملاءمة، ومن ثم فقد أطلق على رقابة القاضي للخطأ البين في هذه الحالة اسم "رقابة الخطأ البين في التقييم"<sup>(2)</sup>.

بل وقد إمتد مجال إعمال نظرية الخطأ البين إلى مدى تناسب مضمون أو محل القرار الإداري مع الوقائع التي يستند إليها هذا القرار، وهو ما يقال له رقابة التناسب<sup>(3)</sup>. وفي ذلك ذهب الأستاذ "شانتلي" chanta إلى أن "قضاء الغلط الظاهر يعدل مجال الملاءمة، حيث تنصب الرقابة على ملاءمة هذا التقدير، ومن ثم يمكن أن يستند الخطأ إلى مبدأ التناسب"<sup>(4)</sup>.

ومما سبق طرحه، فإننا نرى بأن رقابة الخطأ البين في مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة والسلطة التقديرية بصفة خاصة تشمل: الخطأ البين في تكييف الوقائع، الخطأ البين في تقييم وتقدير هذه الوقائع، والخطأ البين في ملاءمة القرار لظروف الواقع<sup>(5)</sup>.

### ثالثا: نطاق الرقابة القضائية على الخطأ البين

لقد أشرنا في إطار حديثنا عن طبيعة الرقابة القضائية على الخطأ البين في التقدير بأن هذه الأخيرة قد شملت المجالات التي كانت تخرج عن رقابة التكييف القانوني للوقائع مثل: معادلة الوظائف، مبادلة الأراضي الزراعية، تقدير حالة منتج دوائي معين ...

لكن هذه الرقابة قد اتسعت لتشمل جوانب الملاءمة، وبالتالي أصبحت شاملة لكافة نزاعات العمل الإداري التي لم تكن مجالا لأية رقابة قضائية من قبل، سواء تلك التي تثور في المجالات التقليدية لهذا

<sup>1</sup> - زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 123.

<sup>2</sup> - عمورة حكيمة ومقلاني منى، 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.

<sup>3</sup> - زروق العربي، المقال السابق، ص 123.

<sup>4</sup> - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص 37. وجورج فوديل، بيار دلقولقية، القانون الإداري، الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنويع، 2001، ص 246.

<sup>5</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ "زروق العربي" في مقاله السابق الذكر، قد اعتبر بأن رقابة الخطأ البين لها شقين فقط هما رقابة التكييف القانوني ورقابة الملاءمة. ولكنه لم يذكر رقابة الوجود المادي للوقائع.

العمل، أم النزاعات التي تثور في المجالات الحديثة له<sup>(1)</sup>. وتبعاً لذلك سنتناول في هذا الفرع المجالات التقليدية لرقابة الخطأ البين ثم المجالات الحديثة لهذه الرقابة .

## 1- المجالات التقليدية لرقابة الخطأ البين

تعتبر نزاعات الوظيفة العامة والضبط الإداري عصب المجالات التقليدية لرقابة الخطأ البين، وذلك لكونهما يجسدان التناقض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. فالإدارة تسعى إلى تسيير مرافقها العامة والمحافظة على النظام العام ولو تعارض ذلك في بعض الأحيان مع المصلحة الخاصة وحقوق الأفراد وحررياتهم، وهؤلاء سيسعون إلى تحقيق مآربهم الخاصة، ولو كان ذلك على حساب تعطيل مصلحة المرافق العامة أو تهديد النظام العام .

"مجال الوظيفة العامة والضبط الإداري يشكلان إذن التربة التي نمت وتطورت فيها الرقابة القضائية حتى وصلت إلى الصورة التي هي عليها الآن، ولهذا يعد أمراً منطقياً أن تظهر في إطارها أولى تطبيقات نظرية الخطأ البين"<sup>(2)</sup>.

ففي مجال الضبط الإداري، كان القاضي الإداري الفرنسي يرفض دائماً أن يباشر رقابته على مدى التناسب بين طبيعة وخطورة الوقائع المدعاة من جانب الإدارة ومقتضيات ومتطلبات القانون. إذ كان يكتفي بالتحقق من أن الإجراء محل الطعن قد اتخذ من قبل سلطة مختصة وطبقاً للإجراءات والأشكال المحددة قانوناً<sup>(3)</sup>، وانطلاقاً من وقائع صحيحة وعلى أساس سند قانوني صحيح<sup>(4)</sup>. وفيما عدا ذلك فإن الإدارة كانت تستطيع أن تسبغ على سلوكيات ومواقف الأجنبي أو على مضمون ومحتوى المطبوعات الجامعية، الوصف الذي تراه مبرراً لإجراء الطرد أو المنع<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - عمورة حكيمة ومقلاني منى ، الملتقى السابق.

<sup>2</sup> - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 240 .

<sup>3</sup> - وهي محدودة في المجال الذي تبحث فيه، كما أنها لا تتسم في الغالب بالإنزاح بالنسبة للإدارة.

<sup>4</sup> - ولهذا نجد مجلس الدولة الفرنسي قد قضى سنة 1962، بإلغاء قرار وزير الداخلية بمنع المطبوعات والمؤلفات ذات المصدر الأجنبي من الدخول إلى الأراضي الفرنسية. على أساس أن قرار المنع قد أشار بشكل عام إلى كافة المطبوعات التي تصدر عن بعض المكتبات أو دور النشر. في حين كان من الواجب على الإدارة قبل اتخاذ مثل هذا القرار أن تقوم بفحص جدي وخاص لكل حالة على حده. وإستناداً إلى هذا السبب أيضاً فقد أصدرت المحكمة الإدارية ب: "ليون" عام 1969 حكماً بإلغاء قرار مستعجل بطرد أحد الأشخاص لكونه حاملاً للجنسية الجزائرية. إذ تقول المحكمة في هذا الحكم أن "القرار المطعون فيه وقد اتخذ على وجه الاستعجال، لم يؤسس على فحص أو بحث دقيق ومتأن لظروف هذا الشخص". انظر: رمضان محمد بطيخ ، المرجع السابق، ص 265

<sup>5</sup> - ميهوب يزيد، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة

قالمة، 2011، ص 6.

ولقد برر مفوضو الحكومة موقف مجلس الدولة الفرنسي من رقابة قرارات الضبط الإداري المتعلقة بالأجانب، بأن السبب الحقيقي للإتجاه القضائي المشار إليه يكمن أساساً في أن القاضي الإداري كان يعتقد أنه يحقق بهذا المسلك رغبة المشرع في عدم منح الأجانب نفس الضمانات التي يمنحها للمواطنين الفرنسيين. وذلك ما يظهر من الإختصاصات المفرطة التي قررها المشرع لسلطات الضبط الإداري تجاه الاجانب إبان فترة حرب التحرير الوطنية. كما قد يكمن ذلك في أن مجلس الدولة كان يعتبر دائماً أن إجراءات الضبط الخاصة بالأجانب لها تأثيرها على علاقات الحكومة الفرنسية بحكومات الدول الأخرى.

ونظرا للإنتقادات التي وجهت لموقف مجلس الدولة الفرنسي تجاه الأجانب، وفي إطار حرصه على تحقيق التوازن بين دواعي المصلحة العليا من ناحية وبين توفير رقابة فعالة للأجانب في فرنسا من ناحية أخرى، فقد عمل مجلس الدولة في وقت حديث نسبيا على إدخال فكرة الخطأ البين في رقبته لإجراءات الضبط الخاصة بهؤلاء الأجانب. ففي سنة 1973 أصدر حكما يعد في الواقع نقطة تحول حقيقي في إتجاه مجلس الدولة حول تبني نظرية رقابة الخطأ البين في مجال منازعات الأجانب وهو الحكم الخاص بقضية مكتبة François Maspéro ضد وزير الداخلية<sup>(1)</sup>.

أما فيما يتعلق بمنازعات تأديب الموظفين، فإذا كنا قد ذكرنا سابقا بأن القضاء الإداري الفرنسي قد إمتنع عن أعمال رقابة الملاءمة على القرارات التأديبية إلى زمن قريب؛ أي حتى عام 1978 أين أقر مجلس الدولة الفرنسي رقابة تقدير الإدارة لمدى ملاءمة وتناسب الجزاء التأديبي الموقع على الموظف مع الأفعال أو الوقائع المنسوبة له. فإن ذات الأمر ينطبق على رقابة الخطأ البين في التقدير بحيث إمتنع القضاء الإداري عن أعمال هذا الوجه من الرقابة، رغم مطالبة مفوضي الحكومة له بضرورة العدول عنه ومن ثم تطبيق نظرية رقابة الخطأ البين في مجال القرارات التأديبية<sup>(2)</sup>، بل وقد كان موقف القضاء على هذا النحو محل إمتعاض من جانب عدد من رجال الفقه الذين كانوا يرون فيه أساسا وسندا لاستبداد السلطات التأديبية. لكن مجلس الدولة الفرنسي ما لبث أن عدل عن هذا الموقف السلبي من رقابة الخطأ البين في المجال التأديبي، حيث أصبح بفضل هذه النظرية يراقب الخطأ البين في تقييم أو تقدير الإدارة للوقائع التي تستند إليها في قراراتها التأديبية، ومدى تناسبها مع ما تتضمنه تلك القرارات من جزاءات<sup>(3)</sup>.

---

الأمر الذي رأى معه أنه من الأفضل أن يترك للإدارة في خصوصها سلطة تقديرية واسعة. انظر في ذلك: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 268 و 269.

<sup>1</sup> - تلخص وقائع هذه القضية في أن مكتبة "فرانسوا ماسبيرو" تقدمت بطعن أمام مجلس الدولة تطلب فيه إلغاء قرار وزير الداخلية الصادر بتاريخ 27 يناير 1969، والقاضي بمنع نشر وتوزيع وبيع مجلة القارات الثلاث التي تصدرها هذه المكتبة. مستندة في ذلك إلى أن تقدير الوزير لخطورة المجلة المذكورة على النظام العام ليس تقديرا صحيحا. فتناول مجلس الدولة الفرنسي بالبحث والدراسة تقدير الوزير لمدى خطورة مجلة القارات الثلاث السابقة على النظام العام. وانتهى إلى القول بأن هذا التقدير ليس مشوبا بخطأ بين. أنظر: المرجع نفسه، ص 272 و ص 273.

<sup>2</sup> - فقد إقترح السيد "كان" في مذكرته المقدمة للمجلس بخصوص قضية الأنسة "شيفرو"، التي كانت تعمل مساعدة ممرضة في إحدى المراكز الطبية بإلغاء الجزاء الموقع عليها على أساس الخطأ البين. قائلا في هذه المذكرة: "إن التقارب بين الجزاء المقترف (عدم معاملة أحد المرضى بلطف ورقة)، والعقوبة الموقعة (العزل من الخدمة) يبدو أنه تفاوت غير مقبول أو غير ملائم... وأن الحل التقليدي بعدم رقابة هذا التفاوت يتسم بالقسوة ولم يعد مبررا في الواقع". ثم يضيف قائلا: "إذا كان من غير العدل توقيع عقوبة الإنذار أو اللوم لفعل لا يبرر بطبيعته توقيع أي جزاء فإنه يكون من غير العدل أيضا توقيع عقوبة العزل أو الطرد من الخدمة، لمجرد ارتكاب الموظف خطأ طفيف أو عرضي". ومن جانبه، يدافع أيضا السيد braibant مفوض الحكومة عن الإقتراح بضرورة تطبيق رقابة الخطأ البين في المجال التأديبي، حيث يتساءل متهمكما وساخرًا عما يستطيع أن يفعله موظف عوقب بالطرد من الخدمة لمجرد وصوله متأخرا بعض الوقت إلى موقع عمله؟. أنظر: المرجع نفسه، ص 249 و 250.

<sup>3</sup> - إذ ليس من العدل، كما يرى جانب من الفقه، أن تترك السلطة الإدارية المختصة لتصرف بحرية تامة على بيانو الجزاءات وتختار ما تراه محققا للنعمة التي ترغب في سماعها. فهذا من شأنه الإخلال الخطير بضمانات وحقوق الموظفين المشروعة. المرجع نفسه، ص 260.

هذا ويلاحظ أن القضاء الإداري لا يتطلب عند أعماله لتلك الرقابة ضرورة أن يكون هناك تناسب صارم بين الخطأ المرتكب والعقوبة التأديبية الموقعة. وإنما يتطلب فقط ألا يكون التفاوت صارخا عن عدم تناسب بين فإن كان التفاوت كذلك، أي صارخا قضى بإلغاء القرار الصادر بالعقوبة التأديبية<sup>(1)</sup>.  
تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن رقابة الخطأ البين في المجال التأديبي لا تقتصر على الحالات التي تكون فيها الجزاءات متسمة بالغلظة، وإنما تباشر أيضا في حالة ما إذا كان هناك تساهل وتسامح ملحوظ في العقاب من جانب الإدارة عن أخطاء ووقائع لا تتلاءم البتة وهذا التساهل<sup>(2)</sup>.

## 2- المجالات الحديثة لرقابة الخطأ البين

لقد ترتب على تحول الدولة من دولة حارسة الى دولة متدخلة ظهور مجالات حديثة للعمل على إثر سيادة المذهب الإجتماعي أو التدخلي، فإن هذا الوضع قد جعل المصلحة العامة تعلق كثيرا عن المصلحة الخاصة. مما فرض على الإدارة أن تلتزم بضرورة القيام بدور أساسي في المجتمع، الأمر الذي أصبح معه من البديهي أن يعترف لها المشرع بحرية أكبر في التصرف أو بسلطة تقديرية أوسع في مختلف هذه المجالات الحديثة الإقتصادية، الإجتماعية، البيئية...<sup>(3)</sup>

إلا أن هذه الحرية لم تكن مطلقة، فقد إنتهج مجلس الدولة لهذا الغرض أساليباً تتلائم وسرعة ومرونة تلك المجالات، بحيث أصبح يركز على كيفية تقييم الإدارة لهذه الوقائع، دون إهمال ظروف ومعطيات كل نزاع على حده للوقوف على ما يشوب تقدير الإدارة من خطأ بين، سواء في تقدير الوقائع في ذاتها وإما في صحة تكييفها القانوني، وإما في مدى التناسب بين الوقائع المذكورة والإجراء المتخذ على أساسها.<sup>(4)</sup>

ففي مجال تخطيط أو تنظيم المدن، فإن القاضي الإداري يراقب غالبا الوقائع التي تستند إليها القرارات المنفذة للسياسات المتعلقة بهذا التخطيط، وهو في أعماله لتلك الرقابة لا ينظر الى المبادئ النظرية التي

---

<sup>1</sup> - وهو ما حدث في قضية "vinolay"، حيث لاحظ أن التقارب بين الأخطاء المسندة للموظف، وهي القسوة الصارمة في معاملته لمؤوسه وبين عقوبة العزل من الخدمة يعد تفاوتاً صارخاً و بينا، بل وقد وجد لهذا القضاء تطبيقات في مجال الوظيفة العامة المحلية، حيث قضى مجلس الدولة بمناسبة توقيع عقوبة الفصل على سكرتير عمدة إحدى القرى الصغيرة، بأن الأخطاء المنسوبة لهذا السكرتير لا تبرر على الإطلاق توقيع عقوبة الفصل التي تعد أشد العقوبات التأديبية. المرجع نفسه، ص 262.

<sup>2</sup> - فقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الجزاء التأديبي الموقع على سائق حافلات بإحدى القرى، نظراً لعدم تناسب هذا الجزاء مع خطورة الذنب المقترف. حيث يتبين من التحقيق أن هذا السائق كان يقود إحدى سيارات البلدية تحت تأثير المشروبات الكحولية. وهو سلوك يشكل في حقيقته - كما يقول المجلس - خطأً تأديبياً على درجة من الخطورة. مما يتناقض وما يتسم به قرار السلطة التأديبية من تساهل مفرط. أنظر في ذلك: - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص 341. وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد عمل رقابة الخطأ البين في كل ما يتعلق بالمنازعات الوظيفية، بحيث طبقها فيما يخص قرارات الإلتحاق بالوظيفة العمومية أو تقارير كفاءة الموظفين أو قرارات الإحالة على الإستيداع أو الفصل، إلى جانب القرارات والجزاءات التأديبية، و التي فصلنا الحديث عنها أعلاه.

<sup>3</sup> - زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 121.

<sup>4</sup> - رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 279.

يستند إليها مصدر القرار لتطبيق هذه السياسيات. وإنما يهتم بشكل مباشر بظروف الواقع العملي ذاته وما يسوده من قيم إجتماعية معينة، بمعنى أنه يراقب قرارات تخطيط المدن من منظور بيئي؛ أي في إطار البيئة الإجتماعية التي صدرت فيها. وهنا تلعب رقابة الخطأ البين دوراً أساسياً، وذلك إما لغياب النصوص التشريعية في هذا المجال، أو لعدم وضوح ودقة هذه النصوص<sup>(1)</sup>.

أما في المجال الإقتصادي، فقد أعمل القاضي الإداري هذا النمط الرقابي ويستدل على ذلك بعدد القضايا التي فصل فيها مجلس الدولة الفرنسي.<sup>(2)</sup>

وفيما يخص مجال البيئة، فقد بدأ القضاء الإداري يعطي المنازعات المتعلقة بهذا المجال إهتماماً متزايداً، خاصة وأن التنظيمات القانونية المتعلقة به لازالت في مختلف دول العالم تقريبا حديثة العهد ومحدودة التطبيق، الأمر الذي يلقي على عاتق القضاء دوراً أكبر من أجل حماية أفضل للبيئة.

ولذلك نلاحظ أن سياسة الدولة، لم تعد تهتم فقط بالمسائل المتعلقة بحماية حق الملكية الخاصة للأفراد ومنع أي اعتداء قد يقع على هذا الحق. وإنما أصبحت تهتم كذلك بكافة المسائل ذات العلاقة بنوعية وجودة الحياة البيئية، بحيث أصبحت الدولة حريصة على أن تؤكد للمواطنين أن لهم الحق في أن تكون البيئة التي يعيشون فيها نظيفة وصحية، ولهذا فقد ظهر في معظم دول العالم تقريبا حق جديد لصالح الأفراد يعرف بـ: "الحق في البيئة"<sup>(3)</sup> *le droit de l'environnement*، وتحقيقاً لهذه السياسة وتدعيماً لهذا الدور، فقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على حماية جانبي البيئة<sup>(4)</sup>، من خلال إعماله لرقابة الخطأ البين في جميع المنازعات التي تثور في هذا الصدد<sup>(5)</sup>، وهي رقابة تنصب على التكييف القانوني الذي تضيفه الإدارة على الوقائع التي

<sup>1</sup> - زروق العربي، المقال السابق، ص 123

<sup>2</sup> - وذلك عندما يباشر رقبته على تقييم الإدارة وتقديرها لخطورة إستعمال الجمهور لمنتج طبي معين، إذ بعد أن أحاط بكافة الوقائع التي إستندت إليها الإدارة في هذه الصدد وكيفية تقديرها لهذه الوقائع، إنتهى إلى إلغاء قرار وزير الصحة بمنع تناول هذا المنتج الطبي. حيث تبين له أن هذا التقدير كان مشوباً بحطاً بين مما أثر على صحة ومشروعية القرار المطعون فيه. وهو ما انتهجه أيضاً في خصوص تقدير الإدارة لما إذا كانت "الزيادي" المحفوظة تحت درجة عالية من التبريد تعادل في قيمتها الغذائية "الزيادي" الطازجة. وكذلك السماح بإفتتاح مخبر تحاليل إستناداً للقواعد المنظمة لمثل هذه المسائل، حيث باشر في هذا الصدد تقييماً شخصياً لكافة الظروف الإقتصادية التي إستندت إليها الإدارة لتبرير هذا الرفض ومنها: عدد الأفراد الذين يستفيدون من هذا المخبر، مساحة القرية المراد إقامة المخبر فيها، المسافة بين تلك القرية وأقرب مخبر تحاليل مماثل... إنتهى المجلس إلى القول بأن تقييم الوزير لهذه الوقائع الإقتصادية كان مشوباً بحطاً بين، ومن ثم فقد ألغى قرار الرفض. أنظر في ذلك: خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 142.

<sup>3</sup> - رمضان محمد بطيخ، الإتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية و موقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996، ص 282.

<sup>4</sup> - من المعروف أن للبيئة جانبين: أحدهما إقليمي: وهو الجانب المرئي والملموس للإنسان. وهو في الواقع جانب جمالي، ولهذا يطلق على حمايته "بالحماية الجمالية". والجانب الآخر جانب الطبيعة ذاتها، أو ما يطلق عليه بجانب التعادل أو التوازن البيولوجي. وهو الجانب الذي يشكل الإطار الحياتي للإنسان، ولهذا فالحماية المقررة له تسمى بـ: "حماية الطبيعة". ومع ذلك فإن هذين الجانبين غير مستقلين عن بعضهما البعض. خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 143.

<sup>5</sup> - والمنازعات في هذا المجال عديدة، من ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بعدم اعتبار *la place beauveau* بمثابة منظر أثري، أو على العكس إعتبر *La place de l'étoile*، بأنها تمثل مناظر أثرية، ومن ثم فهي جديرة بالحماية. المرجع نفسه، ص 144.

تستند إليها قراراتها في تلك المجالات، وما يكون قد أصاب هذا التكيف من خطأ بين قد جعل القاضي الإداري من رقابته عنصرا لصالح الإجراءات التي تهدف إلى حماية البيئة، حتى وإن كانت تحمل في ذات الوقت إعتداء على حق الملكية الخاصة.<sup>(1)</sup>

وهكذا فإن القاضي الإداري - من خلال تقنية الخطأ البين - أصبح يأخذ في اعتباره عند تقديره أو تقييمه الشخصي لوقائع المنازعات المتعلقة بالبيئة، ضرورة تغليب المصلحة العامة أو بمعنى آخر تغليب كل ما من شأنه حماية البيئة على المصالح الفردية أو الخاصة.

#### رابعا: موقف القضاء الجزائري من رقابة الخطأ البين

نبادر بداية إلى القول أنه بمراجعة قرارات مجلس الدولة الجزائري المنشورة، أو التي تمكنا من الحصول عليها، لم نجد لهذه النظرية تطبيقات قضائية توحى بتبني القضاء الفاصل في المادة الإدارية الجزائرية لها كنظرية عامة في القانون، وذلك بالمفهوم والشمول التي هي عليه في القضاء الإداري الفرنسي. ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أننا تمكنا من رصد قرابة ثلاث قرارات قضائية أعمل فيها مجلس الدولة الجزائري رقابة الخطأ البين، أو على الأقل إستعمل هذه التسمية، وقد إقتصرت ذلك على مجال القرارات التأديبية.

ويمكن الوصول حسب قول المستشار "فريدة أبركان" إلى الغلط الواضح في التقدير بالإجابة عن التساؤل الآتي : ألا يعد الجزاء المسلط على الموظف مبالغا فيه؟<sup>(2)</sup>

" إن الإدارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية بخصوص إختيار الجزاء، غير أن القاضي يمارس رقابة دنيا عندما يتوصل إلى وجود خطأ واضح ناجم من تعسف الإدارة في حرية التصرف الممنوحة لها وعن تجاوزها حدود المعقول في الحكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملازمة ".<sup>(3)</sup>

وقد كرس مجلس الدولة الجزائري لأول مرة رقابة الخطأ البين في التقدير من خلال قرار مجلس الدولة رقم 172994، الصادر ب: 1998/7/27<sup>(4)</sup>. وتتلخص وقائع القضية في أن المجلس الأعلى للقضاء قد أصدر بتاريخ: 1998/7/27، قرارا بعزل قاض من مهامه، بدعوى أنه خالف الواجبات المنصوص عليها في المادة 1/19 من القانون الأساسي للقضاء السابق المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، والتي كانت تمنع القضاة من أن يمتلكوا في مؤسسة بأنفسهم أو بواسطة الغير مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامهم أو تمس بإستقلال القضاء، المنع الذي صار منصوصا عليه في المادة 18 من القانون العضوي رقم 11/04، المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي الجديد للقضاء.

<sup>1</sup> - وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الإتجاه صراحة في حكم حديث نسبيا حينما قضى بأنه : " يتبين من فحص ملف الدعوى أن البناء المزمع تشييده ليس من شأنه أن يعرض للخطر حماية موقع أثري أو أن يخل بالتنظيم الجمالي للمدينة، أو أن يتناقض مع الرغبة في وجود مساحات بيئية خضراء، أو أن يؤدي إجمالا إلى نتائج سلبية أو مؤسفة على البيئة، فتقدير الإدارة لكافة هذه العناصر لم يكن مشوبا بخطأ بين ". المرجع نفسه، ص 145.

<sup>2</sup> - فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 40.

<sup>3</sup> - المقال نفسه، ص 40.

<sup>4</sup> مجلة مجلس الدولة، العدد 01 ، 2002 ، ص 83 و 84 .

وتتمثل الأفعال المنسوبة للقاضي، في أنه يملك في الشياح عقارات منها مخبر للصور مسير من طرف أخيه، كما أنه تدخل لصالح أحد أفراد عائلته أمام جهة قضائية جزائية، وأخيرا تغييره بدون مبرر عن منصب عمله بالذهاب خارج الوطن، فقام القاضي المعزول برفع دعوى ابطال القرار التأديبي أمام مجلس الدولة متمسكا بالوجه المأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات، فأصدر مجلس الدولة بتاريخ: 1998/7/27 القرار موضوع التعليق الحالي، متمسكا بإختصاصه بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء.<sup>(1)</sup>

وفي الموضوع، القضاء بإبطال القرار المطعون فيه أحذا لأول مرة بنظرية "الخطأ الظاهر في التقدير"، وقد جاء في حيثيات القرار: "...حيث أن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء الفاصل في القضايا التأديبية، تعد قرارات صادرة عن سلطة إدارية مركزية وبهذه الصفة تكون قابلة للطعن فيها بالإبطال ... حيث أن القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا، أن القاضي الإداري ملزم بمراقبة إحترام هذه الضمانات ... حيث أنه حتى ولو كانت هذه الأفعال ذات طابع يبرر عقوبة تأديبية، فإن المجلس الأعلى للقضاء قد إرتكب بالرغم من هذا خطأ صارخا في التقرير<sup>(2)</sup> بتسليط العقوبة الأشد".

وقد قبل مجلس الدولة الطعن بالإلغاء على الرغم من أن المادة 99 فقرة 02 من القانون الأساسي الملغى لم تكن تجيز الطعن في هذه القرارات، مستندا في ذلك إلى وجه قانوني غير مألوف يخرج عن الأوجه الخمسة المعروفة لقبول دعوى تجاوز السلطة، وهو الغلط الصارخ في التقدير. حيث إعتبر مجلس الدولة أن المجلس الأعلى للقضاء بتقديره لعقوبة العزل يكون قد إرتكب غلطا صارخا في تقدير الوقائع، مما أدى به إلى تسليط عقوبة العزل التي لا تتناسب وفق تقديره مع طبيعة الأفعال المنسوبة للقاضي محل المتابعة التأديبية.

<sup>1</sup> - لقد إعتبر مجلس الدولة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، قرارات صادرة عن سلطة إدارية مركزية، وبالتالي يكون مختصا بالفصل في الطعون المقدمة ضد هذه القرارات كقاض أول وآخر درجة، طبقا للمادة 9 من القانون العضوي 98 / 01 المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11 / 13. لكن هذا الموقف لقي إعتراضا من طرف بعض أساتذة القانون، بسبب الإعتقاد بأن المجلس الأعلى للقضاء هو بمثابة جهة قضائية عندما يعقد للفصل في القضايا التأديبية. وبالتالي من المفروض أن يطعن بالنقض في قراراته التأديبية بإعتباره جهة قضائية متخصصة. بحيث نجد الأستاذ "رشيد خلوفي" في معرض حديثه عن " الطعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء عن نشاطه التأديبي"، خلص إلى تأكيده على الطبيعة القضائية للمجلس الأعلى للقضاء عندما يبت في المسائل التأديبية. لكن الأستاذ "غناي رمضان" في معرض تعليقه على القرار المذكور أعلاه، قد ساق مجموعة من الحجج تؤيد رأيه في إعتبار مجلس الدولة محقا في التمسك باختصاصه للفصل في دعوى ابطال القرارات التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء كقاض أول وآخر درجة لكن مجلس الدولة الجزائري قد حسم هذا الخلاف عندما أصدر سنة 2005 قرارا بتشكيله الغرف مجتمعة، اعتبر من خلاله قرارات المجلس الأعلى للقضاء في المجال القضائي قرارات قضائية تقبل الطعن بالنقض فيها أمام مجلس الدولة. أنظر: رشيد خلوفي، القضاء الإداري (تنظيم و اختصاص)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 189 و 194.

<sup>2</sup> - والأصح والأسلم هو الخطأ الصارخ في التقدير لا التقرير.

- ولقد أبدى الأستاذ "غناي رمضان"<sup>(1)</sup> من خلال تعليقه على هذا القرار، جملة من الملاحظات والأبعاد المترتبة عن الأخذ بوجه الغلط الصارخ في التقدير نجملها فيما يأتي :
- إن إجتهد مجلس الدولة في غاية الأهمية، لأن من شأنه توسيع دائرة رقابة المشروعية وتقليص السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في إصدار قراراتها.
  - أن هذا الإجتهد القضائي جعل قاضي الإلغاء يتعدى عقبة طالما منعه من ممارسة رقابة كاملة على القرارات الصادرة بمحض سلطة الإدارة التقديرية. مما كان يجعل الرقابة القضائية على هذه القرارات رقابة ضيقة لا تشمل جميع نواحيها، فكلما غابت ضوابط المشروعية كانت تغيب معها رقابة قاضي تجاوز السلطة.
  - أن عدم خضوع الإدارة لرقابة القضاء، ولو في المجالات التي تتمتع فيها سلطة تقديرية هو وضع صار محل نقد من قبل فقهاء القانون. لأن دولة القانون والحق تقتضي خضوع الإدارة للقانون وتقتضي خضوع أعمالها لرقابة القضاء، ومن هنا بدأت أعمال السيادة تتراجع وتفقده مصداقيتها.
  - أن الأخذ بهذا الإجتهد فيما يخص رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، هي في الحقيقة بداية لمشوار يمكن أن يؤدي إلى إستعمال هذا الاجتهاد في مجالات كثيرة جد حساسة بالنظر إلى أهميتها. وبالنظر لما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية واسعة، مثل القرارات الإدارية المتعلقة بالأجانب (إقامة، رخص عمل، طرد...) وكل أنواع القرارات التي تحتكر الإدارة فيها سلطة تقدير مدي ملاءمتها لتعلقها بالنظام العام.
  - أن إستعمال هذا الإجتهد في منازعات الوظيف العمومي، من شأنه توسيع رقابة القاضي الإداري على القرارات المهمة بالنسبة لمسار الموظفين. إلا أن القضاء كان يمتنع عن رقابتها نظرا لكونها من مجالات السلطة التقديرية، ومثال ذلك القرارات المتعلقة بتفويض الموظفين والتسجيل في قوائم التأهيل وغيرهما.
  - إن إعتقاد هذا الإجتهد في مجال رقابة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بإمكانه أن يرتب عواقب وخيمة في حالة سوء إستعمال وتوجيه هذا الإجتهد، إذ بإمكان القاضي الإداري أن يتدخل في مسائل تخص سير أعمال القضاء العادي، عندما يتمسك بإختصاصه لرقابة قرارات تأديبية تتعلق بوقائع ذات صلة بأداء المهام القضائية.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - غناي رمضان، تعليق على قرار "عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء(حالة الغلط الصارخ في التقدير)"، مجلة مجلس الدولة، العدد السادس، 2005، ص 52 و 53.

<sup>2</sup> - وذلك ما جعل جانبا من الفقه يعترض على هذا الإتجاه، فيما تضمنه من منح القضاء سلطة التعقيب على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء. إذا كان هناك عدم تناسب صارخ بين الوقائع المنسوبة للقاضي محل المتابعة والعقوبة المقررة. بحيث إعتبر هذا الجانب الفقهي بأن هذا الإتجاه

وتبدو أهمية هذا القرار، إلى جانب كونه أول قرار قضائي كرس نظرية الخطأ البين في التقدير، في أنه يمثل أول حالة معروفة إستجاب فيها المشرع إلى ما إستقر عليه القضاء لدى إعداد نص قانونية جديدة، وذلك بإستبعاد القانون العضوي رقم 12/04 لعدم إمكانية الطعن في القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، إذ بتعريف المادتين 61 و62 للخطأ التأديبي الجسيم، وبتحديد المادة 63 للحالات التي يتعرض فيها القاضي إلى عقوبة العزل، فإن ذلك يشكل تقييدا للسلطة التقديرية التي كان المجلس الأعلى للقضاء يتمتع بها في ظل القانون القديم، فمثلا يمكن للمشرع سن قوانين يؤكد فيها إجتهااد القضاء، يمكنه سن قوانين تضع حدا لإجتهااد قضائي غير مناسب.

ولقد أعمل مجلس الدولة الجزائري في قرار لاحق له في: 1999/6/26<sup>(1)</sup> رقابة الخطأ البين، وإن لم يبلغ القرار التأديبي محل الطعن بالإستئناف، ولكنه برر ذلك بعدم وجود خطأ صارخ في تقدير العقوبة، إذ كانت العقوبة المقررة مناسبة وملائمة للفعل المرتكب. (إنشاء محل للفسق).

وقد جاء في تسبب القرار: "حيث يتبين من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق وأدين بعقوبة سالبة للحرية، تتمثل في تسليط عليه شهرين حبسا نافذة وغرامة قدرها 2000 دج. حيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية والتعليم، وإن كان يشغل منصب مقتصد مما يفرض معه أن يكون هذا القضاء سليما من كل السلوكيات الأخلاقية غير السوية التي تلوث عالم البراءة. حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة... ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا وهو الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطاعا، فضلا عن كونها تدل على إخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي... وحيث من جهة أخرى، فإن من الثابت فقها وقضاء أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبي الخطأ والعقوبة وهو أمر غير محقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف.

وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون".

يتبين من خلال هذا القرار أن القاضي الجزائري الفاصل في المادة الإدارية، قد أعمل مرة أخرى رقابة الخطأ البين في التقدير في مجال القرارات التأديبية، بحيث رفض إلغاء قرار الإدارة بعزل الموظف الذي يشغل منصب مقتصد لكون العقوبة ملائمة للذنب المرتكب ولا يوجد بينهما تفاوت أو عدم تناسب واضح.

---

يخالف القواعد الأصولية الخاصة بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية. أنظر في ذلك: - فريدة مزياي و آمنة سلطاني، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، العدد 7، بسكرة، 2001، ص 132.

<sup>1</sup> - قرار رقم 1234 76 الصادر في 26 / 6 / 1999 منشور ب: -لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار

وهذا ما تم في قضية "يحياوي ضد وزير العدل"، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى أن: "المشروع تطبيقاً للمادة 531 من قانون الإجراءات المدنية، الخاصة بطلبات المراجعة تركت لوزير العدل تقدير الأسس التي يؤسس عليها طلب المراجعة، و بالنتيجة فإن وزير العدل حرّ في إحضار أو عدم إحضار النائب العام بطلب المراجعة مادام ذلك يدخل في نطاق الإختصاص التقديري .

غير أن قراره من منع ممارسة حق محمي قانوناً، أي حق الدفاع فإنه يشكل في نفس الوقت مساساً خطيراً بحرية أحد الأفراد، و إن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسبباً، وأن وزير العدل قراره قد ارتكب غلطا واضحا في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن".<sup>(1)</sup>

يتضح من خلال القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري في مجال رقابة الخطأ البين في التقدير، أن هذا الأخير قد أعمل هذا النوع من الرقابة في مجال القرارات التأديبية، و لهذا نأمل أن يمد القاضي الإداري في الجزائر رقابة الخطأ البين لتشمل بقية القرارات الإدارية التي تصدر بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية في مختلف مجالات العمل الإداري، تماما كما فعل نظيره الفرنسي حينما عمم تطبيق نظرية الرقابة على الخطأ البين لنتناول مختلف قرارات الإدارة التقديرية، كما أوضحنا من قبل.

## الفرع الثاني

### رقابة الموازنة بين المزايا والأضرار

لقد أدت عدم فعالية الرقابة التقليدية على السلطة التقديرية للإدارة إلى تزايد إنحرافها وسوء استعمالها لهذه الآلية، وبالتالي المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم. خاصة وأن سلطات الإدارة في تطور واتساع مستمرين. ولقد اضطر هذا الوضع القضاء الإداري إلى إعادة تقييم سلطاته في مجال الرقابة على السلطة التقديرية، بأن يوازن بين ما تتمتع به الإدارة من امتيازات وحدود ما يجوز لها من المساس بحقوق الافراد وحررياتهم. وهو ما دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى إرساء نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار المترتبة عن القرارات الادارية كقيد على السلطة التقديرية للإدارة.

ولتحديد معالم هذه النظرية بوضوح فإننا سنتناول أولا مضمون نظرية الموازنة، ثم معيارها، ثم مجالات إعمالها، وفي نقطة رابعة طبيعة الرقابة القضائية عليها، وأخيرا موقف القضاء من هذه النظرية.

### أولا: مضمون نظرية الموازنة

ينصب تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار أساسا على محل القرار الاداري؛ أي على موضوع أو مضمون هذا القرار، وبمعنى أدق ينصب على الأثر القانوني الذي تتجه الإدارة الى إحداثه<sup>(2)</sup>، مع ملاحظة أن تطبيق هذه النظرية يقتصر على الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - فريدة ابركان، المقال السابق، ص 40.

<sup>2</sup> - يقصد بمحل القرار الإداري ذلك الأثر القانوني الناتج عنه، سواء تمثل هذا الأثر في إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاء هذا المركز. أنظر:- عمار بوضيف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر و التوزيع، 2009، ص 195.

لقد ظهرت نظرية الموازنة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في ميدان نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ثم تم تعميمها فيما بعد لتشمل جميع المجالات.<sup>(2)</sup>

ووفقاً لهذه النظرية فإن القاضي الإداري يطرح ثلاث أسئلة<sup>(3)</sup>، أولها يتساءل القاضي ما إذا كان المشروع المبتغى يحقق المصلحة العامة، ثم يبحث القاضي عما إذا كانت الوسائل -مثل نزع الملكية- ممكنة من أجل تحقيق المشروع .

وفي المرحلة الثالثة -وهي الأهم- فإن القاضي الإداري يتأكد من أن المزايا المتولدة عن المشروع تفوق الأضرار والمساوئ المترتبة عنه. و بمعنى آخر، فإن القاضي يأخذ في إعتباره عند تقييم مضمون قرار ما كافة الجوانب المتعلقة بهذا المضمون، سواء فيما يتعلق بالأضرار الناجمة عنه أم بالمزايا المترتبة عليه. بحيث يتمكن بعد ذلك من إجراء عملية موازنة بين النقيضين؛ أي المزايا والأضرار، وبين الغاية أو الهدف من ذلك القرار من ناحية أخرى. فإذا إنتهت عملية الموازنة إلى ترجيح الأضرار يتعين عليه الحكم بإلغاء القرار، أما اذا كانت المزايا هي المرجحة، أعلن عن صحة ومشروعية ذلك القرار<sup>(4)</sup>.

ومن خلال هذه المرحلة، يتضح أن مبدأ الموازنة يتعلق بالآثار الناجمة عن القرار، أو بمعنى أدق، فإن القضاء يأخذ في الإعتبار آثار القرار لتحديد ما إذا كان يحقق المصلحة العامة أم لا.<sup>(5)</sup>

ويقصد برقابة الموازنة في مجال نزع الملكية -وهو المجال الذي ظهرت فيه- "بسط رقابة القاضي الإداري على توافر شرط المنفعة العامة، وتجاوز حدود هذه الرقابة من مجرد التأكد من توافر المنفعة العامة من وراء القرار الإداري بنزع الملكية إلى حد الموازنة بين المصالح التي يحققها القرار وتلك التي يمس بها وترجح بعضها على البعض الآخر للحكم على مدى مشروعية القرار".<sup>(6)</sup>

وعليه فإن القاضي الإداري وفقاً لهذا القضاء يضع المزايا المترتبة عن القرار الإداري في أحد كفتي ميزان العدالة، ويضع في الكفة الأخرى العيوب أو المساوئ التي ينطوي عليها، وذلك بالنظر إلى كافة

---

<sup>1</sup> - زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا: النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 132.

<sup>2</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 152.

<sup>3</sup> - [www. Academon.fr/Disseration-L'avenir du controle de proportionnalité dans le contentieux administratif /26254](http://www.Academon.fr/Disseration-L'avenir%20du%20controle%20de%20proportionnalit%C3%A9%20dans%20le%20contentieux%20administratif/26254) .Vu le : 27/9/2012.

<sup>4</sup> - Ibid.

<sup>5</sup> - Martine Lombard, op.cit, p 281.et voir : Jacqueline Morand-Deville, op.cit, p 286.

<sup>6</sup> - نبيلة كامل عبد الحليم، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية ( الإتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 5 و 6.

المعطيات والظروف التي تحيط به؛ أي أنه يباشر تقييما حقيقيا لذات التقييم الذي أجرته الإدارة في هذا الشأن ليقرر بعد ذلك ما إذا كان التقييم معقولا أو غير معقول.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: معيار الموازنة بين التكاليف والمزايا

يقصد بمعيار الموازنة أو التقييم بين التكاليف والمزايا: "ما يستعين به القاضي الإداري ليتمكن من التحقق من مزايا وعيوب عملية ما، أو نتائج تصرف اداري"<sup>(2)</sup>. ففي مجال عملية نزع الملكية، يتجسد هذا المعيار في الإعتبارات والمعطيات التي تبرز المزايا المترتبة عن هذه العملية وكذلك المساوئ والتكاليف، حيث يستطيع القاضي بعد إجراء عملية الموازنة تقريب أي الكفتين أرجح<sup>(3)</sup>.

وقد وضع مفوض الحكومة Braibant من خلال تعليقه على الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي « nouvelle ville est » أو ما يعرف "بالمدينة الجديدة الشرقية"، مجموعة من المعايير التي لا بد من أخذها بعين الإعتبار عند تقدير الموازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن العملية التي تطالب الادارة باجرائها. ومما جاء في القرار: " ... أي مشروع لا يمكن أن تتوافر فيه صفة المنفعة العامة، إلا اذا كانت الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة والتكاليف المالية التي تقتضيها، والآثار الإجتماعية الناشئة عنه متوازنة مع ما ينشأ عنه من منفعة "<sup>(4)</sup>.

من خلال هذا الحكم يتبين لنا أن معيار الموازنة بين مزايا وتكاليف أي قرار أو إجراء إداري، يتمثل فيما يأتي:

#### 1- معيار المساس بالملكية الخاصة أو ما يعرف بمعيار حق الملكية الخاصة

وفقا لهذا المعيار، يقارن القاضي الإداري بين الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الحق نتيجة نزع الملكية وبين الفوائد التي قد تترتب عن المشروع المراد إنجازه.<sup>(5)</sup> فقد اعتبر القضاء الفرنسي في بعض الحالات أن المساس بالملكية الخاصة مبالغ فيه excessive، وذلك مثلا في حالة نزع الملكية لمساحة تقدر ب 1733م، من أجل إنجاز موقف للسيارات، أو حالة الإستيلاء على أرض مجاورة لمتنزه من أجل تصحيح

<sup>1</sup> - زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص 124.

<sup>2</sup> - حكيمة عمورة ومقلاقي منى، 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.

<sup>3</sup> - زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا، المقال السابق، ص 136.

<sup>4</sup> Long, M, et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 12 eme édition, Paris, 1999, P 632.

<sup>5</sup> - زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا، المقال السابق، ص 136. وحكيمة عمورة ومقلاقي منى، المقال السابق.

حدوده وتنظيم أماكن الألعاب بشكل أفضل؛ حيث عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذه المنفعة العمومية "بالمنفعة جد محدودة".<sup>(1)</sup>

وهو ما قضى به أيضا في قضية "المدينة الجديدة" كما سنرى، أين اعتبر بأن الفوائد التي قد تترتب عن إقامة هذا المشروع تفوق الأضرار التي ستصيب أصحابها.<sup>(2)</sup>

## 2- معيار التكاليف المالية للعملية

يتوجب على القاضي - وفقا لهذا المعيار- أن يأخذ بعين الاعتبار أثناء قيامه بعملية الموازنة، التكاليف المالية التي ستتحملها الجهة المنفذة للمشروع وما إذا كانت قادرة فعلا على التنفيذ.<sup>(3)</sup> فالقاضي لا يكتفي بتقدير هذه التكاليف، بل يراقب المقدرة المالية للجهة القائمة على التنفيذ.

إذ أن مشروعنا معينا قد يكون صالحا للتنفيذ على مستوى إقليم أو مدينة كبرى، حيث تستطيع الجهة القائمة على التنفيذ أن تتحمل تكاليف إنشائه دون أن يصيبها إرهاب مالي، بينما قد لا يكون هذا المشروع صالحا للتنفيذ في قرية صغيرة ذات موارد محدودة، حيث يسبب مثل هذا القرار أو التنفيذ أعباء مالية تفوق قدرتها.<sup>(4)</sup>

## 3- معيار التكلفة الاجتماعية للمشروع

أو بمعنى أدق، الآثار الاجتماعية التي قد يتسبب هذا المشروع في إلحاقها سواء بالأفراد أم بالبيئة<sup>(5)</sup>. ففي قضية "مستشفى الأمراض العقلية"<sup>(6)</sup> Société civile Sainte Marie، قام مجلس الدولة الفرنسي بالموازنة بين مصلحتين: المحافظة على الصحة العامة من ناحية و إنشاء طريق سريع، وما يترتب عليه من سهولة وسير في المرور من ناحية أخرى، ثم إنتهى بترجيح المصلحة الأولى ومن ثم إلغاء القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة. نظرا لما قد يترتب على هذا القرار من مساوئ وأضرار،<sup>(7)</sup> تفوق الفوائد المحتملة من إنشاء الطريق السريع.

## ثالثا: مجالات الرقابة القضائية على الموازنة

<sup>1</sup> - إقلولي محمد، سلطات القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قلمة، 2011، ص 04.

<sup>2</sup> - رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 313.

<sup>3</sup> - إقلولي محمد، المقال السابق، ص 05.

<sup>4</sup> - وفي هذا الإطار، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بإلغاء مشروع بإنشاء مطار في إحدى القرى، عندما وجد التكاليف المالية اللازمة لهذا المشروع لا تتناسب تماما مع المصادر المالية لتلك القرية، فقد اعتبر أن ذلك من شأنه أن يسبب أضرارا للإقتصاد المحلي، و المقدرة ب 800.000 فرنك تفوق بكثير الفوائد التي قد تترتب عن إنشاء المطار. المقال نفسه، ص 5 و 6 .

<sup>5</sup> - زروق العربي، نظرية الموازنة بين المزايا والأضرار، المقال السابق، ص 137.

<sup>6</sup> - تتخلص وقائعها في صدور قرار بإنشاء طريق سريع شمال مدينة "نيس" يربط هذه المدينة وما يحيط بها من مناطق بدولة إيطاليا، وكان من شأن هذا الطريق إزالة جزء من مستشفى الأمراض العقلية صاحب التخصص الوحيد في المنطقة. أنظر: نبيلة كامل عبد الحليم، المرجع السابق، ص 24 و 25.

<sup>7</sup> - وتمثل في هدم مبنى يحتوي على 80 سرير، وحرمان المستشفى من المساحة الخضراء المحيطة به ومن أماكن توقف السيارات.

لقد ظهرت نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، وقد يرجع السبب في ذلك إلى ملاحظته مجلس الدولة الفرنسي من أن الإدارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة، لاسيما فيما يتعلق بتقرير فكرة المنفعة العامة، حيث لم يكن يحدها في هذا الشأن سوى عيب الإنحراف بالسلطة. وهو عيب يتسم بطبيعته بصعوبة الإثبات خاصة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، كما قد يرجع السبب في ذلك إلى كون فكرة المنفعة العامة ذاتها فكرة مرنة تتسم بعدم التحديد والوضوح، الأمر الذي أدى إلى إستخدامها لمصالح تخرج عن النفع العام.<sup>(1)</sup> كما قد يرجع السبب في ذلك إلى كون المجالات الحديثة وخاصة المتصلة بالعقارات والأموال، غالبا ما تحكمها نصوص قانونية وتنظيمية ينقصها الوضوح والدقة، بل وتتسم في الغالب بالمرونة وعدم الثبات، مما يجعل القاضي الإداري مجردا من كل سلاح فعال لمراقبتها.<sup>(2)</sup>

وقد يعود السبب في ظهور نظرية الموازنة في مجال نزع الملكية، إلى تغير مضمون المنفعة العامة ذاتها<sup>(3)</sup> تحت تأثير التدخلات الاقتصادية والاجتماعية للدولة وتغير فلسفة العلاقة بين الفرد والسلطة، فلم تعد فكرة المنفعة العامة فكرة مجردة ذات مضمون مطلق يقابل بينها وبين المنفعة الخاصة، بل أصبحت فكرة موضوعية تقدر وفقا لظروف المشروع وما يحققه من مزايا إقتصادية وإجتماعية، تأخذ في الاعتبار الأضرار المترتبة عليه وما يكلفه من أعباء مالية، قصد إقامة توازن بين المزايا والتكاليف.

لقد مر مفهوم "المنفعة العامة" في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بثلاث مراحل هي كالاتي:

### 1- المرحلة الأولى: المنفعة العامة لا تتوافر إلا في حالات معينة

خلال هذه المرحلة، كان القاضي الإداري يقر قرار نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إذا كان هذا الأخير ضمن الحالات التي حددها المشرع على سبيل الحصر. ومثال ذلك نزع الملكية للقيام بأشغال عامة كإقامة الطرق والبيادين العامة.<sup>(4)</sup>

وقد كانت حالات الملكية محددة للغاية، خاصة وأن القضاء كان يشترط أن يكون نزع الملكية للضرورة العامة<sup>(5)</sup>. لكن القضاء الفرنسي أحل فكرة "المنفعة العامة" محل "الضرورة العامة" حتى تتمكن الإدارة من

<sup>1</sup> - أنظر: رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 319.

<sup>2</sup> - زروق العربي، نظرية الموازنة بين المزايا والأضرار، المقال السابق، ص 134.

<sup>3</sup> - تجدر الإشارة إلى أن المفهوم الواسع والمطاط لفكرة المنفعة العامة والمعتمد عليه كأساس لنزع الملكية، قد أدى إلى تجاوزات خطيرة في هذا المجال، بحيث تم نزع الأملاك الخاصة للمواطنين دون أن ينفذ عليها أي مشروع عام، بل وتم تحويلها إلى أغراض خاصة لإنجاز تعاونيات عقارية وتوزيعها قطعاً للخوارج لإنجاز سكنات فردية. لمزيد من التفاصيل حول الموضوع أنظر: - معاشو عمار، التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، ص 157.

<sup>4</sup> - نبيلة كامل عبد الحليم، المرجع السابق، ص 10.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 10 و 11.

المضي قدما في تنفيذ الأعمال اللازمة لتحقيق النفع العام في شتى المجالات الإجتماعية والصحية والإقتصادية بل و حتى الجمالية.<sup>(1)</sup>

## 2- المرحلة الثانية: فكرة المرفق العام

خلال هذه المرحلة، توسع المشرع الفرنسي في حالات نزع الملكية، حيث ربط مفهوم المنفعة العامة بمفهوم المرفق العام<sup>(2)</sup>، إذ أن كل الأنشطة التي تقوم بها المرافق العامة كانت تيرر استخدام هذه الوسيلة الإستثنائية.<sup>(3)</sup> فقد أجاز القضاء الإداري الفرنسي نزع الملكية من أجل حماية الصحة العامة أو تحقيق أهداف إجتماعية كتوفير المساكن لذوي الدخل المحدود، أو رعاية الشباب كإقامة مبان لرياضية. بل و قد أجاز نزع الملكية من أجل تجميل المدن، كما لو إقتضى الأمر تجميل الأماكن المحيطة بالآثار<sup>(4)</sup>. كما قضى بصحة القرار الصادر بنزع الملكية لأجل إقامة معرض دائم أو سوق مغطى، أو توسيع أحد المعسكرات الصيفية إذا كان ذلك من أجل مساعدة المرفق العام على أداء وظائفه.<sup>(5)</sup>

لكن نظرا للأزمة التي عرفتها نظرية المرفق العام خاصة بعد أن إتسع تدخل الدولة في المجال الخاص ولجئها إلى الأخذ بأساليب أخرى غير المرفق العام لتحقيق المنفعة العامة. لم يعد معيار المرفق العام صالحا في هذا المجال، فإتجه القضاء الفرنسي للبحث عن معيار جديد.

## 3- المرحلة الثالثة: فكرة المصلحة العامة

أمام الأزمة التي تعرض لها مفهوم المرفق العام، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن قرار نزع الملكية سليم ومشروع متى توافرت مصلحة عامة تبرر عملية النزع. ففي قضية " كامبيرو " كتب مفوض الدولة أنه: "ليس من الضروري لتبرير نزع الملكية التمسك بنظرية المرفق العام، يكفي توافر المصلحة العامة"<sup>(6)</sup>، بل أن مجلس الدولة الفرنسي قد ذهب في هذا الإتجاه إلى حد إعتقاد فكرة المصلحة العامة غير المباشرة، كما هو الحال في قضية "فندق وكازينو مدينة نيس"<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - ويلاحظ في هذا الصدد، أنه نظرا للنطاق الضيق الذي كانت الإدارة تباشر فيه نزع الملكية فإن مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي المعروفة باسم Lebon، لم تكن تورد بين تقسيماتها كلمة نزع الملكية expropriation، و إنما كانت تورد حالات نزع الملكية تحت اسم "الأشغال العمومية"، travaux publics.

<sup>2</sup> - لقد ظهرت فكرة المرفق العام ابتداء من حكم بلانكو الشهير في 8 فيفري 1873.

<sup>3</sup> - نبيلة كامل عبد الحليم، المرجع السابق، ص 11 .

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 11.

<sup>5</sup> - حكيمة عمورة ومقلاقي منى، الملتقى السابق.

<sup>6</sup> - نبيلة كامل، المرجع السابق، ص 16.

<sup>7</sup> - تتخلص وقائع القضية في أنه تم الطعن بالإلغاء في قرار نزع ملكية أحد الفنادق، لإنشاء فندق جديد وكازينو بمدينة "نيس"، لكن مجلس الدولة الفرنسي قضى بعدم الغاء القرار لأن إزالة الفندق القديم سيسمح بتخطيط المنطقة على نحو يتيح بالإضافة إلى إقامة الفندق الجديد والكازينو إقامة دار بلدية جديدة. وبذلك يتوافر في قرار نزع الملكية شرط المنفعة العامة غير المباشرة. أنظر: نبيلة كامل عبد الحليم، المرجع السابق، ص 13 و 14.

كما تبين من خلال هذه المرحلة أنها كانت تمهيدا للتحويل الهائل الذي أدى بالقاضي الإداري إلى الموازنة بين مزايا القرار الإداري ومساوئه ليقدّر فيما بعد إذا كان يستحق الإلغاء أم لا.

هذا وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي ثلاث مبادئ تحكم عملية نزع الملكية بصفة عامة، وهي كالآتي:  
المبدأ الأول: أن نزع الملكية لا يمكن أن يستند إلى إعتبارات مالية بحتة<sup>(1)</sup>.

المبدأ الثاني: أن قرار نزع الملكية يكون موسوما بعدم المشروعية، إذا كان الهدف من ورائه تعطيل تنفيذ حكم قضائي. أو أن يكون القرار قد اتخذ بهدف الإضرار بأحد الأفراد، كالقرار الصادر بنزع الملكية بقصد حرمان المالك من إقامة مدرسة خاصة أو القرار الصادر بنزع ملكية أحد القصور بقصد منع مالكة من بيعه لأحد المستثمرين الأجانب.<sup>(2)</sup>

المبدأ الثالث: أن قرار نزع الملكية لا يمكن إتخاذه من أجل تحقيق منفعة خاصة، وإن كان مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى مساندة الإدارة لتحقيق منفعة خاصة إذا كان ذلك يؤدي بذاته إلى تحقيق منفعة عامة. بمعنى أن المجلس يقبل أن تتحقق المنفعة العامة بطريق غير مباشر عن طريق منفعة خاصة. وأشهر أحكام مجلس الدولة في هذا الصدد الحكم الصادر في 1971 والمعروف باسم شركة "Peugeot".<sup>(3)</sup>  
هذا فيما يخص المبادئ التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي في مجال نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، أما فيما يتعلق بالرقابة القضائية على هذا النزع، فيمكننا القول أنها مرت بمراحل ثلاث، بحيث أصبحت رقابة القاضي الإداري لقرارات المنفعة العامة، طبقا لنظرية الموازنة تمر بثلاث مراحل على النحو التالي ذكره<sup>(4)</sup>:

#### - المرحلة الأولى

فيها يتأكد القاضي الإداري من وجود منفعة عامة تبرر نزع الملكية<sup>(5)</sup>، وقد بينا كيف أن مفهوم المنفعة العامة قد توسع إلى درجة تم ربطه فيها بمفهوم المصلحة العامة. وبالتالي فإن دور القاضي الإداري

---

<sup>1</sup> - وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن القرار الصادر بنزع الملكية بهدف تخلص الإدارة من عقد إيجار ومن الإلتزامات المالية الملقاة على عاتقها يكون قرارا غير مشروع.

<sup>2</sup> - نبيلة كامل عبد الحليم، المرجع السابق، ص 15.

<sup>3</sup> - إذ أن الإدارة أصدرت بناء على طلب شركة Peugeot للسيارات، قرارا بنزع الملكية من أجل تعديل مسار طريق كان يمر بين المصانع التابعة للشركة. بحيث يسمح التعديل الجديد الطريق يمر بجانب المصانع دون أن يفصل بينهما لاجراء توسعات ضرورية للمصانع. وقد قرر مجلس الدولة في هذا الصدد: "إن المصلحة العامة تتوافر في هذه الحالة إذ تدعو إليها في آن واحد، ضرورات تطوير الطرق العامة ومتطلبات تطوير مجمع صناعي على درجة كبيرة من الأهمية، لما سيساهم في دعم الاقتصاد المحلي". المرجع نفسه، ص 18.

<sup>4</sup> - انظر: - زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا: النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006. ص 134 و 135 و 136. ورمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 308 الى 310.

<sup>5</sup> - مما ساعد الإدارة على الوصول الى نتائج دقيقة، اعتمادا على وقائع ثابتة بنتائج التحقيق المسبق الذي يوضح وبشكل دقيق الوضعية الفعلية للعقار وما إذا كان المشروع ذو منفعة عمومية حقيقية. أنظر: عمورة حكيمة و مقلاني منى، رقابة القاضي الإداري حول تحقق المنفعة العمومية ودورها في حماية حقوق المالك، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قلمة، 2011.

في هذه المرحلة يتجسد في مجرد التأكد من أن عملية نزع الملكية التي تطالب بها الإدارة ليس لها هدف سوى تحقيق المنفعة العامة، فإذا تثبت من ذلك إنتقل إلى المرحلة الثانية.

#### - المرحلة الثانية

فيها يتأكد القاضي الإداري من أن نزع الملكية العقارية الذي تطالب به الإدارة أمر حتمي ولازم لتحقيق المنفعة العامة. بمعنى أن القاضي الإداري يراقب ما إذا كان المشروع المزمع إقامته لن يحقق منفعة عامة إلا اذا أقيم في ذات موقع العقار الذي ستنزع ملكيته.<sup>(1)</sup>

#### - المرحلة الثالثة

تمثل قمة تطور الرقابة القضائية على قرارات الإدارة المتضمنة منفعة عامة، حيث لم يعد القاضي الإداري يكتفي برقابة ما إذا كان المشروع هو الذي يحقق المنفعة التي تدعيها الإدارة، بل أصبح يراقب إضافة إلى ذلك ما إذا كان المشروع الذي تطالب الإدارة بنزع الملكية من أجل إقامته يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب ومضار مستعينا في ذلك بالخبرة إن لزم الأمر.

وإن كانت الأستاذة "ليلي زروقي" قد انتقدت موقف القاضي الإداري الجزائري في هذا المجال، على أساس أن الجهات القضائية الإدارية تتعامل مع المنازعات المتعلقة بنزع الملكية كما يتعامل القاضي الإداري مع الأطراف. أي أنه يكتفي بما يقدم له من أدلة، وكثيرا ما يحال النزاع على خبير في مجال رقابة يملك القاضي فيه كل الصلاحيات والوسائل لحسمه دون اللجوء إلى الخبرة.<sup>(2)</sup>

وعليه فإن الرقابة القضائية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، لم تعد تقتصر فقط على رقابة الوجود المادي للوقائع وما إذا كانت هذه الوقائع تبرر أو لا تبرر قرار المنفعة العامة. وإنما أصبحت تتناول بالإضافة إلى ذلك، مضمون هذه القرارات بما تشتمل عليه - كما ذكرنا - من منافع وأضرار، وذلك في ضوء كافة المعطيات والإعتبرات البيئية والإجتماعية والمالية والإقتصادية<sup>(3)</sup>، وغيرها من المعطيات السائدة وقت تقدير أو تقييم هذا المضمون<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - المداخلة نفسها. وباستقراء بعض أحكام القضاء الجزائري نلاحظ تأثره في مجال نزع الملكية بأساليب الرقابة التقليدية، وهو ما أكدته قرار الغرفة الادارية للمحكمة العليا رقم 66900 المؤرخ في 21 ابريل 1990. والذي جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري غير مؤهل لمراقبة مسألة ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع ذي المنفعة العامة، ومن ثمة فإن النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العمومية غير مقدرة في غير محله". وقد علق الأستاذ "زروق العربي" على القرار الآنف ذكره قائلا: " ما يمكن استخلاصه من هذا الحكم الجديد أن القاضي الإداري ليس مؤهلا لرقابة اختيار الادارة للأماكن وذلك لإنجاز المشاريع للمنفعة العامة".

انظر: - زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للادارة و مدى تأثر القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006، ص 120.

<sup>2</sup> - المقال نفسه، ص 29.

<sup>3</sup> - [www. Academon.fr](http://www.Academon.fr), vu le : 27/09/2012.

<sup>4</sup> - تجدر الإشارة إلى أن الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بنزع الملكية في فرنسا نزولا على الإتجاه الجديد، تظل محدودة العدد، بل ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي لم يستخدم فكرة الموازنة لإلغاء أي قرار من قرارات نزع ملكية المشروعات الكبرى المدنية والعسكرية. أنظر في ذلك:

إذا كان مجال نزع الملكية للمنفعة العامة هو المجال الذي سيتأثر بمعظم أحكام القضاء الإداري الخاصة بقضاء الموازنة. إلا أنه لا يمثل مع ذلك المجال الوحيد لتلك الأحكام؛ إذ طبقت هذه النظرية في مجالات أخرى عديدة، ومن أهمها تلك المتعلقة بالتخطيط أو التنظيم العمراني l'urbanisme<sup>(1)</sup>، وبالأخص المجالات الخاصة بتراخيص المباني التي تصدر بالمخالفة لقواعد التخطيط أو التنظيم.<sup>(2)</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن القواعد القانونية التي تحكم هذا التخطيط أو ذلك التنظيم، تتسم بالمرونة في التطبيق حتى تكون دائماً متلائمة مع ما قد يحدث في المجتمع من تطورات إجتماعية وإقتصادية وبيئية وغيرها. وذلك ما نلاحظه في الواقع العملي؛ إذ يندر أن نجد قواعد قانونية من هذا النوع لا تتضمن مواداً أو نصوصاً تسمح للإدارة بملاءمة خطة تنظيم المدينة مع كافة التغيرات الإجتماعية، وذلك عن طريق ما يسمى بالإجراء الإستثنائي. مما يجعل هذا الإجراء من إطلاقات الإدارة تباشره بجديّة تامة وطبقاً لما تتمتع به من سلطة تقديرية.<sup>(3)</sup>

وحتى لا تتحول هذه الحرية المتروكة للإدارة إلى إجراء تعسفي، فإن القضاء الإداري إبتكر تطبيق نظرية الموازنة في هذا المجال، ذلك أن القاضي في هذه الحالة يجد نفسه أمام مصلحتين متناقضتين: الأولى مصلحة الأفراد أو الفرد الذي يطالب بتمتعته بالإستثناء من قواعد التنظيم العمراني. وهي مصلحة تجسد في واقع الأمر حق الملكية الخاصة الواجب حمايته من قبل القضاء. أما الثانية فتجسد مصلحة كافة المواطنين في تنظيم عمراني معين وضرورة الإعتراف لهؤلاء بحق التمتع ببيئة حضرية ملائمة.<sup>(4)</sup>

وقد كانت أولى القضايا التي باشر فيها مجلس الدولة الفرنسي رقابة الموازنة على الإجراء الإستثنائي في الدعوى المرفوعة باسم "دعوى مدينة ليموج" « la ville de Limoge »، أين إنتهى القاضي إلى وضع مبدأ هام مفاده أنه: "لا يمكن السماح قانوناً بأي إجراء إستثنائي على قواعد التنظيم العمراني، إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها هذا الإجراء بالمنفعة العامة، ليست مفرطة أو مبالغ فيها. وذلك بالنظر إلى المنفعة العامة التي يرتبها الإجراء الاستثنائي".

ومعنى ذلك، أن القضاء الإداري يفترض في هذه الحالة أن هناك منفعتين عامتين هما في الغالب متعارضتين: المنفعة التي ترمي إليها قواعد التنظيم العمراني، والمنفعة التي يرمي إليها الإجراء الإستثنائي. وهنا يجب ألا يمنح هذا الإجراء - من حيث المبدأ - لتحقيق منفعة خاصة لصاحب الشأن فحسب. بل يجب

---

- Charles Debasch et autres : institutions et droit administratif, P.U.F, Paris, 1991, p 239 et 240.

<sup>1</sup> - زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا، المقال السابق، ص 138.

<sup>2</sup> Voir : [www.Academon.fr](http://www.Academon.fr) vu le 27/09/2012

<sup>3</sup> - 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 235.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 325.

إضافة إلى ذلك أن تكون الأضرار التي يلحقها بالمنفعة العامة أقل بكثير من الأضرار التي ستترتب إذا تم رفضه من جانب الإدارة.<sup>(1)</sup>

ومن المجالات الأخرى التي طبقت فيها نظرية الموازنة بين المنافع والضرار، مجالات حماية البيئة<sup>(2)</sup>؛ حيث يعمل القاضي من خلال هذه النظرية على البحث عما إذا كانت الإجراءات التي ترغب الإدارة في إتخاذها أو تتخذها بالفعل لحماية الطبيعة أو ذلك الإرث الطبيعي لتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والخاصة. أو بمعنى آخر يبحث فيما إذا كانت الأضرار المترتبة على تلك الإجراءات تتجاوز بشكل مفرط المزايا الناجمة عنها لحماية الطبيعة أو الإرث الطبيعي، مما يؤثر سلبا على الحق المقرر للأفراد على الملكية الخاصة لكل منهم .

كما إمتد تطبيق هذه المادة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى مجالات أخرى، من ذلك مجال الإتفاقات الإدارية، ومجال إنشاء مناطق محمية حول الأماكن العامة، ومجال تسريح العمال، ومجال قرارات الإستيلاء، ومجال قرارات الجزاءات في العقود الادارية.<sup>(3)</sup>

#### رابعا : موقف القضاء الإداري من رقابة الموازنة

لقد سبق وأن ذكرنا أن رقابة الموازنة قد عرفت وجودها الأول عن طريق مجلس الدولة الفرنسي إعتبارا من صدور قراره الخاص "بقضية المدينة الشرقية" التي كان مقررا إقامتها شرق مدينة "ليل" الفرنسية.<sup>(4)</sup> وتتلخص وقائع هذه القضية أنه في محاولة لإعادة تخطيط مدينة "ليل"، وقصد نقل الجامعة من وسط المدينة نظرا لما يسببه وجودها من مشكلات في المواصلات والمرور، وتواجد عدد كبير من طلاب الجامعة

<sup>1</sup> - ولهذا فقد قضى بأن بناء فندق من ثلاثة طوابق، على أساس من إجراء استثنائي لقواعد التنظيم العمراني في وسط مدينة ليس بها فنادق تحقق منفعة عامة أكثر من تلك التي يحققها إعداد سبعة مواقف سيارات تتضمنها خطة التنظيم العمراني لهذه المدينة. أنظر في ذلك:

CE ,08 Dec, 1976, ministre de l'équipement. pris de :www. Légifrance.fr

<sup>2</sup> - وقد طبق المشرع الفرنسي هذه النظريات بموجب القانون الصادر سنة 1976 الخاص بحماية الطبيعة، الذي تم تعديله بموجب قانون 12 يوليو 1983. قصد إعادة تنظيم إجراءات حماية البيئة وجعلها أكثر فعالية، لمواجهة التغيرات التي طرأت في هذا المجال. أنظر: رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص 329 ونبيلة كامل عبد الحام، المرجع السابق، ص 72.

<sup>3</sup> - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 155.

<sup>4</sup> - تجدر الإشارة إلى أن هذا التطور الهائل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وإن كان يؤرخ له ابتداء من حكم "المدينة الشرقية الجديدة"، خاصة بسبب وضوح العبارات التي استخدمها الحكم و المذكورة من حيث ضرورة إجراء الموازنة بين المصالح التي يمسها القرار. لكن هذا الحكم وإن كان الأول من نوعه من حيث الوضوح في تحديد الإتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي، إلا أنه لم يصدر فجأة وبدون مقدمات. فقد سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن لجأ إلى معيار المنفعة الاقتصادية للقول بصحة ومشروعية قرار نزع الملكية. واستخدم أيضا فكرة "حسن إستخدام وسط البلد"، من حيث إيجاد مكان لانتظار السيارات للقول بوجود مبرر كاف لنزع الملكية. وفي قضية أخرى اشتهرت باسم "البقع الحمراء" استند القضاء الإداري للحكم بصحة قرار نزع الملكية إلى ما يستهدفه هذا القرار من منفعة عامة تتمثل في الدفاع عن البيئة وحمايتها من التلوث، لكن معظم رجال الفقه يرجعون الفضل في ظهور نظرية الموازنة إلى حكم "المدينة الشرقية الجديدة"، نظرا لوضوح عباراته. لكن هذا الحكم كما ذكرنا ليس سوى إستمرارية لما سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن سار عليه. أنظر: نبيلة كامل عبد الحليم، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الإتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 22.

(حوالي 30 ألف طالب ) وأساتذتها والعاملين بها. رأت السلطات المحلية نقل الجامعة بكافة كلياتها ومعاهدها ومبانيها وخدماتها الى شرق المدينة، مع إقامة حي جديد يتسع لعدد من السكان يتراوح ما بين 20 و25 ألف نسمة.

وكان هذا التخطيط الجديد يقتضي نزع ملكية ما يقارب 500 هكتار من الأراضي بتكلفة مليار فرنك فرنسي. غير أن تنفيذ هذا المشروع كان يقتضي نزع الملكية وإزالة 250 منزلا، كان بعضها حديث البناء، بل وبعضها كان مقاما وفقا لتراخيص بناء لم يمضي عليها أكثر من سنة.

وأمام إحتجاج سكان المنطقة بشدة، حاولت الإدارة التخفيف من الآثار التي تترتب على المشروع، فقامت بتخفيض عدد المنازل المطلوب إزالتها إلى 88 منزلا فقط. لكن "جمعية الدفاع عن منازل السكان المراد نزع ملكيتهم " قد طالبت بعدم هدم أي منزل من المنازل الواقعة بالمنطقة. لكن الإدارة تجاهلت مطلب هذه الجمعية وأصدرت قرارها بنزع ملكية 88 شخصا وإزالة منازلهم التي تعوق تنفيذ المشروع وفقا للتخطيط الموضوع له. وقد صدر بالفعل قرار وزير التخطيط والإسكان بتاريخ 3 أبريل 1968، وقد طعننت جمعية "الدفاع عن السكان " في القرار المشار إليه.

وقد صدر الحكم في هذه القضية مقررًا أن : " أي مشروع لا يمكن أن تتوافر فيه صفة المنفعة العامة، إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها بالملكية الخاصة والتكلفة المالية التي يقتضيها، والآثار الإجتماعية الناشئة عنه متوازنة مع ما ينشأ عنه من منفعة " .

إنتهى الحكم إلى أنه : " نظرا للأهمية التي يمثلها هذا المشروع في مجمله، فإن ما يقتضيه تنفيذه من إزالة بعض المباني السكنية لا يمكن أن ينفي عنه توافر شرط المنفعة العامة، ولذلك يتعين رفض الطعن في هذا القرار تأسيسا على الإنحراف بالسلطة "(1).

من خلال سرد منطوق الحكم، نستنتج أن مجلس الدولة الفرنسي قد إنتهى إلى صياغة نظريته الجديدة في الموازنة بين التكاليف والنفقات التي ستترتب على المشروع وبين المزايا التي سيحققها. وذلك على النحو السالف بيانه، الأمر الذي غدت معه سلطات القاضي الإداري في الرقابة على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة أكثر إتساعا عن ذي قبل. "إذ لم يعد يكتفي بالنظر إلى المنفعة العامة التي يحققها قرار نزع الملكية نظرة مجردة **inabstracto**، وإنما نظرة موضوعية **Inconcerto**، تسمح له بتقييم كافة المعطيات أو الظروف الموضوعية في الميزان والتي تحيط بتلك المنفعة"(2).

<sup>1</sup>- Le : 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement du Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « ville nouvelle est »,M. Long et autre, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz édition, paris 1999, P 641 et suivantes.

<sup>2</sup>- رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 320 و321.

وإعمالاً لهذه النظرية، فقد إنتهى المجلس في الدعوى السابقة إلى رفض الطعن، حيث وجد أن الموازنة بين المنافع التي ستترتب على المشروع. وهي إقامة مجمع سكاني و بناء سكن للطلاب وتخفيف الإزدحام في المدينة. وبين المخاطر أو العيوب التي ستنتج عنه، والمتمثلة في الإعتداء على الملكية الخاصة، التكلفة المالية التي يتطلبها المشروع والأضرار الإجتماعية الناجمة عنه... وقد كانت هذه الموازنة لصالح المنافع أكثر من كونها لصالح العيوب .

وقد توالى القرارات القضائية التي أعمل فيها مجلس الدولة الفرنسي رقابة الموازنة في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، إلى أن توسع نطاق هذه الرقابة لتشمل العديد من المجالات الحديثة: الإجتماعية، الإقتصادية، البيئية والعمرانية... كما سبق وتناولناها في إطار حديثنا عن مجالات رقابة الموازنة<sup>(1)</sup>.

هذا عن موقف مجلس الدولة الفرنسي من رقابة الموازنة، أما القضاء الإداري المصري ممثلاً في مجلس الدولة، فإنه لم يتبن بشكل حاسم نظرية الموازنة حيث يبدو من أحكامه التي أصدرها أنه لا يزال وفيها للمبادئ المستقرة في هذا الشأن، فقد رفض مد رقبته إلى عنصر الملاءمة في القرارات الخاصة بها مكتفياً في هذا الشأن برقابة مدى صحة الوقائع المادية، تاركاً للإدارة حرية تقدير المنفعة العامة التي تبرر إلتجاءها إلى نزع ملكية العقارات وتحديد المساحات اللازمة لتحقيق الغاية التي لجأت من أجلها إلى نزع الملكية<sup>(2)</sup>، وإختيار مواقع العقارات التي ترى نزع ملكيتها<sup>(3)</sup>، بالإضافة إلى تحديد الزمان الذي تراه مناسباً لنزع الملكية<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة للقضاء الفاصل في المادة الإدارية الجزائري، فقد أخذ ببعض أحكام نظرية الموازنة وطبقها في مجال قرارات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، إلا أن هذا التطبيق يختلف عن تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي السابقة، ذلك أنه أعمل في هذا المجال بعض أحكام نظرية الغلط البين في التقدير.

وهذا ما تؤكد الأستاذة "فريدة أبركان" بقولها: "يمكننا التفرقة بين الإجتهد القضائي للغلط الواضح في التقدير وبين نظرية الحصيلة- نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار- المطبقة في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، فقاضى تجاوز السلطة يثبت هذا من مدى تحقيق الشرط المتعلق بالمنفعة العامة، ومن

---

<sup>1</sup> - وذلك ما جعل الفقيه Jean Rivero يحذر من التماهي في أعمال هذا النوع من الرقابة، لأن مجلس الدولة الفرنسي قد تحول من وظيفة القضاء إلى وظيفة الحكم. أنظري ذلك: حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 179.

<sup>2</sup> - وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها صدر ب: 11 / 5 / 1961 بأن " للجهة الإدارية سلطة تقدير حالة الأجزاء الباقية من عقار إستملك جزءاً منه من حيث صلاحيتها للإنتفاع بها من عدمه ". أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 11 / 5 / 1961 ، أشار إليه: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 321.

<sup>3</sup> - فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها عام 1972 : " ...من المقرر قانوناً أن لجهة الإدارة سلطتها في إختيار الموقع وتحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما تراه محققاً للمصلحة العامة... ومثل هذا الإختيار مما يدخل في نطاق سلطتها التقديرية ودون تعقيب القضاء الإداري ". القضية رقم 571 لسنة 24 ص 111 . المرجع نفسه، ص 362.

<sup>4</sup> - نبيلة كامل عبد الحليم، المرجع السابق، ص 45.

جهة أخرى يستخلص ويأخذ نتائج هذا القرار بعين الإعتبار، وفي الواقع العملي فإن المسعى الملموس للقاضي عندما يقرر هذا القرار، قريب جدا من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير، بمعنى أن القاضي يراقب العمليات غير المعقولة المبالغ فيها بصورة كبيرة".<sup>(1)</sup>

وعليه فإن هذه النظرية تستند إلى وجوب مراقبة مدى مشروعية قرار إعلان المنفعة العمومية، وضرورة خضوع ذلك إلى إعتبارات قانونية، بأن تكون منافع العملية أكثر من مساوئها.

إن مدى إعمال القاضي لهذه النظرية فيما يتعلق بنزع الملكية يتحقق إذا شاب القرار الإداري خطأ واضح في التقدير، وبالتالي يربط القاضي الفاصل في المادة الإدارية الجزائرية بين نظرية الغلط البين ونظرية الموازنة، فلا يطبق نظرية الموازنة إلا إذا شاب القرار خطأ بارز في التقدير،<sup>(2)</sup> رغم الفروق الواضحة بين النظريتين.<sup>(3)</sup>

ولعل الأستاذة "فريدة أبركان"، قد استندت لتبرير هذا الموقف إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، في: 1991/01/13: " حيث 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 من العملية، أي إشباع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن...."<sup>(4)</sup>

ومن هنا قضت المحكمة العليا بإلغاء قرار نزع الملكية، "لأنه مشوب بغلط فادح".<sup>(5)</sup>

لكننا نجد في قضايا أخرى بأن القاضي الإداري الجزائري قد أعمل رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. وإن لم يشر صراحة إلى ذلك.

ومن ذلك نجد قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 71373 الصادر في: 1991/01/13، في قضية بن جيلالي ومن معه ضد والي ولاية تيزي وزو ومن معه. حيث وازن القاضي بين المنفعة العامة المتوخاة من مشروع إنجاز جزء من الطريق وبين الملكية الخاصة للمدعين، عندما أشار إلى أن: " الجزء المسخر من الطريق بطول 800م لا يمثل أي منفعة عامة ويؤدي الى تخريب الملكية الزراعية للمدعين".<sup>(6)</sup>

<sup>1</sup> فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص40.

<sup>2</sup> - يكون القضاء الجزائري بذلك قد ساند جانبا من الفقه الفرنسي أمثال هوريو وفالين، الذي يرى بأنه لا يوجد فرق بين النظريتين، على أساس أن مجالات إعمال كل منهما متطابقة. أنظر: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 333.

<sup>3</sup> - معرفة هذه الفروقات بالتفصيل، انظر: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 334-339. وخليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، ص 159-166.

<sup>4</sup> - فريدة أبركان، المقال السابق، ص 40.

<sup>5</sup> - المقال نفسه، ص 41.

<sup>6</sup> - إقلولي محمد، سلطات القاضي في الرقابة على شرط المنفعة العامة، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011، ص 5.

فقد غلب القاضي كفة الملكية الزراعية المقرر للمدعين على المنفعة التي ستجنحها الولاية من جراء عملية نزع الملكية.

وفي قضية أخرى، أخذ القاضي الإداري الجزائري بمعيار المنفعة الإجتماعية للمشروع، في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في : 1990/03/10، في قضية بوتلجة لخضر ضد والي ولاية المدية.<sup>(1)</sup> ومما جاء في القرار: " إن قطعة الأرض المتنازع عليها مخصصة كموقع لإنجاز مجمع دراسي، الشيء الذي يكتسي طابعا إجتماعيا ذا أولوية...".

نلاحظ أن القاضي أعطى أهمية كبيرة للمعيار الإجتماعي ومنحه الأولوية مقارنة بالملكية الخاصة التي مستها عملية نزع الملكية، و بذلك رفض الطعن ضد مقرر والي ولاية المدية. لكن هذه الأحكام التي إستطعنا العثور عليها في إطار رقابة الموازنة، والتي اقتصررت على المجال التقليدي الذي ظهرت فيه هذه الرقابة وهو مجال نزع الملكية، وإن كانت تشكل خطوة هامة وبداية موفقة لتطبيق هذه النظرية، إلا أننا نرى أنه لا يمكن الإعتماد عليها للقول بأنها تمثل إتجاها حديثا لرقابة السلطة التقديرية في الجزائر.

لكن إتجاه مجلس الدولة الجزائري على النحو السابق، وإن كان لا يزال متواضعا ولا يمكن أن يستدل منه على موقف حاسم في هذا الشأن. إلا أنه يمثل في نظرنا خطوة هامة وجادة على الطريق الصحيح، نأمل أن يدعمها بخطوات أخرى في هذا الإتجاه، مقتديا في ذلك بما حققه مجلس الدولة الفرنسي من تطور في هذا الخصوص، خاصة في المجالات التي أصبحت تهم الأفراد كثيرا، كالمجالات الإقتصادية، الإجتماعية والبيئية، و هي مجالات جديدة -دون شك- بالحماية والرعاية.

---

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 09.

## خلاصة الفصل:

لقد تناولنا خلال هذا الفصل وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وأساليب هذه الرقابة. وقد رأينا بأن الوسائل تنحصر في دعوى الإلغاء ودعوى التعويض.

فيما يتعلق بدعوى الإلغاء، نجد بأن القرارات الإدارية مهما كانت درجة التقدير فيها، فإنها تخضع لقيود والتزام هام وهو ضرورة صدورها عن سلطة مختصة ووفقا للشكليات والإجراءات القانونية، وإلا كانت باطلة. ومن ثم كان القضاء يمارس رقابة صارمة على أوجه المشروعية الخارجية؛ أي ركني الاختصاص والشكل والإجراءات. سواء كان إختصاص الإدارة في إصدار القرار الإداري مقيدا أو تقديريا.

أما بالنسبة لأوجه المشروعية الداخلية، فإننا نجد أن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية قد امتدت إلى ركن السبب ولكن بصفة محتشمة وفي نطاق ضيق جدا، لم يتعدى مجرد الرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع. بل وأحيانا يتوقف 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.

غير أنه إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة قرارها الإداري وملاءمته حين تصدره بناء على سلطتها التقديرية، فلا يكون تبعا لذلك محلا لرقابة أو تعقيب من جانب القضاء. فإنه يجب أن نلاحظ أن إستعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في هذا الشأن، لا بد أن يكون بعيدا عن إساءة استعمال السلطة وإلا شاب عملها البطلان.

رغم الدور الذي يلعبه قضاء الإلغاء في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، إلا أنه يرفض في أغلب الأحوال التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية. لكن القضاء الإداري مد رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال قضاء التعويض ليكمل ما عجز قضاء الإلغاء عن تداركه برقابته.

لقد حكم القاضي على الإدارة بالتعويض لإساءة إختيار وقت تدخلها وترتب عن ذلك ضرر للأفراد. كما حكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في إتخاذ القرار أو لإتخاذها قرارات غير ملائمة. وتعتبر الحالات السابقة تطبيقا لنظرية التعسف في إستعمال الحقوق الإدارية، التي يعتبر قضاء التعويض المجال الأصيل لإعمالها. هذا بالإضافة إلى بعض الحالات التي تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية وحكم القضاء الإداري بمسؤولية الإدارة استنادا إليها.

لا بد أن ننوه إلى أن رقابة القاضي الإداري على أعمال الإدارة كانت رقابة مشروعية فقط، ولم تكن تمتد إلى مجال الملاءمة، ومن ثم كان ميدان السلطة التقديرية للإدارة حرا طليقا من أي وجه من أوجه الرقابة. ثم بدأ القضاء يقر لنفسه تدريجيا سلطة فحص الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها المطعون فيها أمامه، ونقصد بذلك الوقائع التي تدخل ضمن حالات الإختصاص التقديري للإدارة. إذ كان يقضي بإلغائها كلما ثبت له عدم صحتها أو تبين له وجه الخطأ فيها. وهكذا برز للوجود أول قيد قضائي للحد من سلطة الإدارة التقديرية، ألا وهو الرقابة على الوجود المادي للوقائع.

ثم ما لبث مجلس الدولة الفرنسي أن وسع من نطاق رقابته، وذلك بأن راقب مدى تبرير الوقائع للقرار الإداري الذي يستند إليها، وهو ما يعرف برقابة التكييف القانوني للوقائع. حيث يستطيع القاضي من خلال تلك الرقابة مراجعة الإدارة في تقديرها للوصف القانوني الذي خلعتة على تلك الوقائع، وقد يقرها على هذا الوصف، وقد ينتهي إلى عدم صحته مع إحلال تقديره محل تقدير رجل الإدارة.

بعد أن إنتهى القضاء من وجوب فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها القانوني، بحث في مدى أهمية وخطورة تلك الوقائع وتقدير التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ على أساسها. وهو ما يطلق عليه برقابة التناسب، التي تشكل القيد التقليدي الثالث للحد من سلطة الإدارة التقديرية.

علينا أن نشير إلى أن مجلس الدولة الجزائري قد تبنى ما إنتهى إليه نظيره المصري والفرنسي في هذا الشأن. ولهذا فقد أخضع لرقابته الوجود المادي للوقائع التي يستند إليها القرار الصادر عن سلطة تقديرية كأصل أو مبدأ عام. كما تبنى رقابة التكييف القانوني على الوقائع كأصل ترد عليها إستثناءات. وأخيرا وعلى سبيل الإستثناء، مدى التناسب بين أهمية وخطورة الوقائع والإجراء المتخذ على أساسها، وإن قصر هذه الأخيرة على القرارات التأديبية فقط.

ولكن أمام عجز أساليب الرقابة التقليدية عن ردع الإدارة ومنعها من التعسف في استخدام سلطتها التقديرية، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظريات حديثة ساهمت إلى حد كبير في إعادة الإدارة إلى جادة الصواب.

لقد تمثلت أولى تلك الخطوات فيما يعرف برقابة الخطأ البين في التقدير. وهي الرقابة التي أصبحت تمثل نظرية عامة في فقه وقضاء القانون العام المقارن. حيث أصبح القاضي الإداري يلجأ إليها في كافة المجالات لتأكيد دوره الفعال في إحكام وتحقيق التوازن بين تمكين الإدارة من إدارة مرافقها بما يحقق صالح المجتمع ويصون النظام العام فيه، وبين حماية وضمن حقوق الأفراد و حرياتهم.

وقد خطا مجلس الدولة الفرنسي في هذا الإتجاه خطوة ثانية، وذلك بإنتهاجه أسلوب الموازنة بين المنافع والأضرار في الرقابة، لكي يحكم قبضته على كيفية مباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية، ومنعها بالتالي من كل تسلط أو تحكم محتمل في هذا الشأن.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الجزائري<sup>(1)</sup> لم يتبنى حتى يومنا هذا أساليب الرقابة الحديثة على السلطة التقديرية، سواء تعلق الأمر بنظرية الخطأ الواضح في التقدير أو نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

<sup>1</sup> - تجدر الإشارة إلى أن قضاة مجلس الدولة الجزائري قد فتحت بغرض تكوينهم دورات متخصصة في إطار برامج تبادل في إطار إتفاقيات مع مجالس دول فرنسا وبلجيكا ومصر، لذا نأمل أن يسايرها فيما وصلت إليه من أساليب رقابة حديثة على سلطة الإدارة التقديرية خاصة، إذ تشير الإحصائيات أن 22 قاضيا قد استفادوا من دورات على مستوى مجلس الدولة لبلجيكا من 2005 إلى 2010. كما استفاد 43 قاضيا من دورات على مستوى مجلس الدولة لفرنسا أو محاكم الإستئناف الإدارية في باريس وفي مرسيليا في إطار برنامج التبادل بين الجزائر وفرنسا قبل التوقيع على معاهدة التوأمة في مارس 2010. كما استقبل 08 قضاة في إطار هذه الإتفاقية. منهم 04 على مستوى محكمة الإستئناف الإدارية في مرسيليا، وإثنان منهم في محاكم الإستئناف الإدارية في

---

باريس وإثنان على مستوى مجلس الدولة. كما استفاد 08 قضاة من دورات على مستوى مجلس الدولة المصري خلال الفترة الممتدة من 2003 إلى سنة 2006. أنظر في ذلك: - يمينة عبد الوهاب، تطور القضاء الإداري في الجزائر، يوم دراسي حول تطور القضاء الإداري، إقامة القضاة، 2011، ص 10 وما بعدها.

خاتمة

في نهاية هذه الدراسة، نخلص إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في حالتين:

- إذا أتاح المشرع لها قدرا من حرية الاختيار بين عدة حلول في خصوص مسألة معينة.

- إذا تخلى المشرع عن وضع أية حلول، مكتفيا بتحديد الغاية أو الهدف من القرار الإداري.

غير أن الحالة الثانية تنطوي على خطورة قصوى، مفادها أن اتخاذ مضمون القرار على هذا النحو قد يؤثر سلبا على النشاط الإداري، إذا ما كان هذا المضمون لا يتلاءم مع مقتضيات المصلحة العامة. كما يمكنه أن يضر بمصلحة الأفراد، متى كان المضمون منطويا على أضرار تبلغ درجة ملحوظة من عدم التعادل أو التوازن بين المصالح.

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 الإستثنائية. فقد توصلنا إلى أنها تشترك معها في صدورها 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 الانتقاد.

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.

بما أن كل سلطة لا بد أن تجد حدوداً لها حتى لا تتحول إلى جور وتعسف، فإن السلطة التقديرية شأنها شأن جميع السلطات تخضع لضوابط خارجية وأخرى داخلية. ففيما يتعلق بالحدود الخارجية، التي تظهر في أركان الاختصاص والشكل والغاية، وجدنا بأن السلطة التقديرية لا تلعب دوراً أساسياً أو هاماً بل وتكاد تكون منعدمة في إطارها.

على العكس من ذلك، فإن الحدود الداخلية - التي تتمثل في ركني السبب والمحل - تتجلى فيها مظاهر السلطة التقديرية بشكل واضح، ما لم يتدخل المشرع ويحدد كل منهما على وجه الدقة، أو يتدخل القاضي ويفرض رقابته على اختيار السبب أو المحل لاعتبارات معينة.

لقد بينا خلال هذا البحث موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، حيث انقسم بين مؤيد ومعارض لهذه الرقابة. فكان لكل اتجاه حججه التي يستند إليها.

انطلق رافضو هذه الرقابة من نقطة واحدة، وهي أن القاضي الإداري لا يراقب سوى مشروعية القرارات الإدارية. لكننا انتهينا إلى أنه لا تعارض على الإطلاق بين أن يكون للإدارة سلطة تقديرية وبين 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 ودعوى التعويض.

ففيما يتعلق بدعوى الإلغاء، نجد أن القرارات الإدارية مهما كانت درجة التقدير فيها، فهي تخضع لقيدهام، وهو ضرورة صدورهما 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 والتكييف 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 محلا لرقابة أو تعقيب من جانب القضاء. فإنه يجب أن نلاحظ أن استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في هذا الشأن، لا بد أن يكون بعيدا عن إساءة استعمال السلطة وإلا شاب عملها البطلان.

رغم الدور الذي يلعبه قضاء الإلغاء في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن هذا القضاء غالبا ما يمتنع عن التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية. أما قضاء التعويض فهو يمد رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية، ليكمل ما عجز قضاء الإلغاء عن تداركه برقابته.

أمام تزايد تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية، فقد عمد القضاء الإداري المقارن ببسط رقابته على هذه السلطة، بعدما كان يمتنع تماما عن ذلك. حيث أقر لنفسه الحق في رقابة كافة وقائع القرارات الإدارية، بعد أن كان يتخذ موقفا سلبيا تجاهها. فبدأ ذلك برقابة صحة الوجود المادي لتلك الوقائع، معمما 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، تاركا 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 الإجراء المتخذ مع هذا التقدير. والتي بدأت في مجال الرقابة على قرارات الضبط الإداري والقرارات التأديبية لتشمل بعد ذلك معظم القرارات الإدارية. بالنسبة للقضاء الجزائي، 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 التكيف 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 التكيف 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 قضائياً جديداً 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. وبسبب 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.

يجدر بنا في نهاية هذه الدراسة، أن نستخلص أهم النتائج التي تمخضت عنها. ثم إبداء اقتراحات وتوصيات نعتقد أن من شأن الأخذ بها تقرير هذا النوع من الرقابة على حرية التقدير التي تتمتع بها السلطات الإدارية، مما يحقق فاعلية الإدارة من جهة، ويكفل حقوق وحرية الأفراد من جهة أخرى.

**النتائج:**

- 1- تعد السلطة التقديرية للإدارة ضرورة لازمة لسد الفراغ أو تكملة النقص الذي يوجد في مجموع النظام القانوني، بسبب عدم قدرة المشرع على التنبؤ بالظروف المحيطة بكل تصرف وملاساته.
- 2- تعتبر نظرية أعمال السيادة والحكومة ثغرة خطيرة في البناء القانوني وتشكل تهديدا لمبدأ المشروعية. لأن هذه النظرية تتضمن خروجاً صريحاً واعتداءً صارخاً على القانون.
- 3- توسع مجلس الدولة الجزائري في تقييد نفسه باعتماده ما يسمى بالأعمال الدستورية. وهو موقف لا يتماشى مع ما لهذه الهيئة القضائية العليا من دور تلعبه في مجال رقابة أعمال المؤسسات الدستورية الأخرى.
- 4- لم يستقر القضاء الإداري الجزائري على اعتماد عيب الانحراف بالسلطة بشكل حاسم. فهو تارة يأخذ به ويلغي القرارات على أساسه، وتارة ينكر وجود هذا العيب بالقرار الإداري. مما جعل توجهه هذا محل نقد.
- 5- إن الإدارة الجزائرية غير ملزمة بمبدأ التسبب الوجوبي لقراراتها، خاصة في مجال سلطتها التقديرية. مما يضر بمصلحة المتعاملين معها، من جهة؛ ويصعب المهمة على القضاء في بسط رقابته، من جهة أخرى.
- 6- عندما يحدد القانون أشكالاً أو إجراءات معينة ويلزم الإدارة باتباعها عند إصدار القرار الإداري، فإن سلطتها تكون مقيدة بضرورة إتباع هذه الأشكال أو تلك الإجراءات، وإلا تعرض قرارها للإبطال بسبب عيب الشكل أو الإجراءات. أما إذا تخلى المشرع عن تحديد أية ضوابط شكلية لتقييد الإدارة في إصدار قراراتها، فإنه تكون لهذه الأخيرة سلطة تقديرية في إتباع واختيار تدابير معينة حسب ما يبدو لها.
- 7- إن 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 الإداري وفقاً لعيب مخالفة للقانون.
- 8- يعد عيب مخالفة القانون أحد الحدود الداخلية التي تحد من استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية. ويقع التزام على عاتق الإدارة عند مباشرتها سلطتها التقديرية، ألا تخالف القانون مخالفة إيجابية أو سلبية وألا تخطئ في تفسيره، وإلا شاب قرارها عيب مخالفة القانون.
- 9- تعتبر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة رقابة ملاءمة وليست رقابة مشروعية. ذلك أن هذا النوع من الرقابة يمثل التطور الطبيعي للسياسة القضائية في القانون المقارن. وهو ما لم ينتبه إليه جمهور الفقه الذي ظل محبوساً داخل إطار رقابة المشروعية، ورفض الخروج بالرقابة القضائية إلى نطاق أوسع يستطيع القضاء فيه إعادة التوازن في العلاقة بين الفرد والإدارة.
- 10- إن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة لا تهدر مبدأ الفصل بين السلطات. فإذا كان هذا المبدأ يقتضي ألا يتدخل القاضي الإداري بأي شكل كان في أعمال السلطة الإدارية، فإن تدخل القاضي بأعمال أساليب الرقابة التقليدية أو الحديثة لا يشكل تهديداً أو انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات. كون القضاء

—هنا- لا يقيد السلطة التقديرية للإدارة، وإنما يبتغي من وراء مباشرة هذه الرقابة إرساء نوع من التوازن. وذلك عن طريق وضع معايير جديدة تسهل استخدام هذه السلطة التقديرية للإدارة، وبالمقابل تحد من سوء استعمالها.

11- لم يتبن القاضي الإداري الجزائري موقفا واضحا يمكن على أساسه القول أنه أخذ بالاتجاهات التقليدية التي استقرت في القضاء المقارن، وخاصة مجلس الدولة الفرنسي في مجال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

12- إن أساليب رقابة القاضي الإداري الجزائري على سلطة الإدارة التقديرية لم تعد تتماشى مع ظهور وظائف الدولة الحديثة، نتيجة تدخلها في كافة الميادين وعلى جميع الأصعدة. وهو الأمر الذي أعطى الإدارة مبررا للتوسع في سلطتها التقديرية على حساب حقوق الأفراد وحررياتهم. مما يبين عدم كفاية هذه الأساليب الرقابية للقضاء.

13- تستهدف أساليب الرقابة الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة غرضين إثنين: أولهما الحيلولة دون إصدار القرارات المتعجلة والقرارات غير المنطقية. وثانيهما إلزام الجهات الإدارية المختلفة بتقديم مبررات جدية لقراراتها وتصرفاتها القانونية بصفة عامة. وعليه فإن إهمال هذه الرقابة سيؤثر على النشاط الإداري في حد ذاته، وليس على حقوق الأفراد فقط.

14- بمراجعة ما توفر لدينا من قرارات مجلس الدولة الجزائري، لم نجد لنظرية الخطأ البين في التقدير تطبيقات قضائية توحى بتبني القاضي الجزائري لها كمنظريّة عامة في القانون، خلافا لما هو عليه في القضاء الإداري الفرنسي. كما أن القرارات القضائية التي أعمل فيها مجلس الدولة الجزائري رقابة الخطأ البين، أو على الأقل استعمل فيها هذه التسمية، قد اقتصر على مجال القرارات التأديبية، وبالأخص على قرارات الفصل.

15- أخذ القاضي الإداري الجزائري ببعض أحكام نظرية الموازنة، وطبقها في المجال الذي ظهرت فيه لأول مرة في القضاء الفرنسي، ألا وهو مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة. غير أن هذا التطبيق يختلف عن تطبيقات نظيره الفرنسي. ذلك أنه خلط في هذا المجال بين رقابة الموازنة ورقابة الخطأ البين في التقدير رغم الاختلاف الواضح بين النظريتين.

16- لم يجعل القاضي الجزائري من نظرية الموازنة مبدأ عاما يطبق في مختلف مجالات النشاط الإداري كما هو الحال بالنسبة لنظيره الفرنسي. حيث يبدو من أحكامه التي أصدرها في المجالات التي تطبق فيها هذه النظرية خاصة ذلك المجال الذي ظهرت فيه لأول مرة - وهو مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية-، أنه لازال وفيا للمبادئ التقليدية المستقرة في هذا الشأن.

17- تتعامل الجهات القضائية الإدارية مع المنازعات المتعلقة بنزع الملكية كما يتعامل القاضي الإداري مع الأطراف؛ أي أنه يكتفي بما يقدم له من أدلة، وكثيرا ما يحال النزاع على خبير في مجال رقابة يملك القاضي فيه كل الصلاحيات والوسائل لحسمه دون اللجوء إلى الخبرة.

18- أثبتت لنا بعض تطبيقات القضاء الإداري الجزائري أن عمليات نزع الملكية لا تتم إلا إذا جاءت تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية، تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية. لكن هذا الأساس المعتمد عليه لنزع الملكية قد تم تجاوزه ميدانيا، بحيث كثيرا ما يتم نزع الأملاك العقارية للخواص دون أن ينفذ أي مشروع عام عليها. إذ أنها تحول لأغراض خاصة لانجاز تعاونيات عقارية وتوزيعها قطعا للخواص لانجاز سكنات فردية. وذلك راجع إلى كون مصطلح "المنفعة العامة" مفهوم واسع غير محدد.

19- من خلال الإطلاع على بعض قرارات مجلس الدولة الجزائري، يظهر لنا الاستعمال الخاطيء لبعض المصطلحات القانونية أو استعمالها في غير موضعها. بحيث كثيرا ما تتضمن صياغة القرارات القضائية عبارات لا تفيد المعنى المقصود أو يكون إطارها أوسع أو أضيق مما يجب.

20- نلاحظ على قرارات مجلس الدولة الجزائري أنها تأتي قصيرة جدا ومقتصرة في مجملها على سرد الوقائع والإجراءات. بينما لا تتوسع أسبابها (حيثياتها)، بحيث تغيب أحيانا الإشارة إلى المرجع أو الأساس القانوني المستند إليه. فلا تظهر طبيعة الأساس من بين مصادر القانون الإداري المعروفة، كما تتجلى عدم الدقة والوضوح في إحصاء العيوب والنقائص التي تشوب الأعمال الإدارية. سواء كان ذلك في مجال القرارات الإدارية أو العقود الإدارية أو المسؤولية الإدارية.

21- رغم الانتقادات الموجهة إلى القضاء الإداري الجزائري، إلا أننا نثني عليه قيامه بنشر قراراته في مجلة متخصصة تدعى 'مجلة مجلس الدولة'، خاصة تلك القرارات التي تتضمن مواقف اجتهادية معتبرة، مما يسمح لذوي الاختصاص والحقوقيين بمتابعة ومناقشة مسائل قانونية ذات أهمية. غير أننا نبدي ملاحظة قلة أعداد المجلة منذ تأسيس مجلس الدولة سنة 1998 إلى اليوم: العدد من 01 إلى 09. كما أن العدد الأخير من هذه المجلة يفتقر إلى التطبيقات القضائية الخاصة بالغرفة الأولى بمجلس الدولة (غرفة الصفقات العمومية).

#### التوصيات:

انطلاقا من النتائج المتوصل إليها من هذه الدراسة، نقترح التوصيات الآتية:

1- يحبذ أن يساير الاجتهاد القضائي الجزائري نظيره المصري في منح الإدارة سلطة سحب قراراتها غير المشروعة الصادرة بناء على سلطة مقيدة، دون الالتزام بميعاد الطعن القضائي، مع مراعاة الحقوق المكتسبة للمستفيدين من هذه القرارات.

2- من المستحسن لمجلس الدولة الجزائري ألا يقيد نفسه بما أسماه: "الأعمال الدستورية" كقيد على اختصاصاته القضائية. وإذا كان من الضروري أن يرفض أعمال رقابته على هذه الأعمال، فإنه من المستحب أن يسبب رفضه، ليس بكونها من الأعمال الدستورية، وإنما لكونها من أعمال المطابقة الدستورية.

3- 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.

4- دعوة القضاء الجزائي 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 عملا لا أساس له، مادام المشرع لا يمنعه من ممارسة هذه السلطة. وإذا كان القضاء لا يزال متخوفا من وسم تصرفه على هذا النحو على أنه اعتداء على مجال الملاءمة المخصص للإدارة، فبإمكانه أن يدخل هذا القضاء- أي قضاء الملاءمة - في نطاق المشروعية، بفعل السلطة الخلافة المعترف بها للقضاء الإداري في إنشاء القواعد القانونية.

5- دعوة القاضي الإداري الجزائي إلى التركيز على الأخذ برقابة عيب الانحراف بالسلطة كعيب قائم بذاته. بحيث يتسع مجال الانحراف بالسلطة ليشمل الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية، وهذا المدى لا تصل إليه الرقابة على عيب السبب أو عيب مخالفة القانون.

6- 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.

7- يفضل أن يلتفت القضاء الإداري الجزائي 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.

8- نأمل أن يتبنى قضاؤنا 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 في تطبيقها في كافة المجالات الحديثة التي تخوضها الإدارة اليوم.

9- ضرورة اعتماد القضاء الجزائي 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.

10- دعوة القضاء الإداري الجزائي إلى إعمال رقابة الموازنة بصورة مستقلة عن رقابة الخطأ البين، نظرا للاختلاف الواضح بين النظريتين.

11- يجب ألا يبقى مفهوم المنفعة العامة بدون توضيح. بحيث يمارس القاضي الإداري هذه المهمة بعمق في أحكامه، عكس ما هو معمول به من الناحية الواقعية، وهو ترك الهيئات الإدارية حرة في التحقق من وجود المنفعة العامة من عدمها.

12- 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.

13- 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.

14- يجب على الدولة أن تطور آليات العمل القضائي من خلال الاهتمام بالعنصر البشري كما ونوعا (العدد والتخصص). وإذا كانت هذه التوصية صالحة للجهاز القضائي ككل، فإنها تكون موجهة إلى القضاء الإداري من باب أولى، نظرا لحدثة عهد الجزائر بالازدواجية القضائية الذي يحتاج إلى رعاية خاصة واهتمام متميز.

# قائمة المراجع

## أولاً: النصوص القانونية:

- 1- دستور الجزائر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم:76، سنة 1996.
- 2- القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم بالقانون العضوي 13/11 المؤرخ في 26 يونيو 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 43، سنة 2011.
- 3- القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة.
- 4- القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في: 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية، عدد 51.
- 5- القانون المدني الجزائري.
- 6- الأمر 03/06 المؤرخ في 15 يونيو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 سنة 2006.
- 7- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1966 المعدل والمتمم، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 47.
- 8- الأمر رقم 01/11 المؤرخ في 23 فبراير 2011، المتضمن رفع حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 12.
- 8- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21، سنة 2008.
- 9- القانون رقم 02/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 37.

## ثانياً: النصوص التنظيمية:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 91 / 196 المؤرخ في 4 جوان 1991 المتضمن حالة الحصار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 29، المؤرخة في 12 جوان 1991 السنة 28.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 91 / 336 المؤرخ في 22/09/1991 المتضمن رفع حالة الحصار، الجريدة الرسمية المؤرخة في 25 سبتمبر 1991، العدد 44، السنة 28.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 44/92، المؤرخ في 9 فبراير 1992، المتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم 10، المؤرخة في 9 فبراير، 1992.
- 4- المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 6 فبراير 1993، المتضمن تمديد حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 08، المؤرخة في 7 فبراير، 1993.

## ثالثاً: الكتب

## أ- باللغة العربية

- 1- إبراهيم السيد محمد، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعاوى الإلغاء، الطبعة الأولى، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية، 1963.
- 2- أبو المجد محمد أشرف عبد الفتاح، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، دون رقم الطبعة، القاهرة، 2005.
- 3- أبو يونس محمد باهي، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.
- 4- البنا محمود عاطف، حدود سلطات الضبط الإداري، دون رقم الطبعة، دون دار النشر، القاهرة، 1980.
- 5- الحكيم سعيد، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم القانونية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، 1987.
- 6- الجهمي خليفة سالم، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- 7- الحلو ماجد راغب، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 8- الزغبى خالد سمارة، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- 9- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ.
- 10- الشنطاوي علي خطار، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الثقافة، 2004.
- 12- الشرقاوي سعاد، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- 13- الطماوي سليمان محمد، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1978.
- 14- \_\_\_\_\_ النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991.
- 15- \_\_\_\_\_ القانون الإداري، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1988.
- 16- \_\_\_\_\_ القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 17- \_\_\_\_\_ القضاء الإداري: الكتاب الثاني: قضاء التعويض، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1996.
- 18- \_\_\_\_\_ دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 19- النجار زكي محمد، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- 20- باينه عبد القادر، القضاء الإداري: الأسس العامة والتطور التاريخي ، دار توبقال للنشر، المغرب، 1985.
- 21- بدران مراد، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008 .
- 22- بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2007.
- 23- بعلي محمد الصغير، القضاء الإداري(مجلس الدولة)، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون تاريخ.
- 24- \_\_\_\_\_ الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009.
- 25- \_\_\_\_\_ القرارات الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005.
- 26- بعلي محمد الصغير و يسري أبو العلا، المالية العامة، دار العلوم، عنابة، 2003.
- 27- بسيوني حسن السيد، دور القضاء في المنازعة الإدارية، دراسة تطبيقية مقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر، عالم الكتب، القاهرة، 1971.
- 28- بسيوني عبد الرؤوف هاشم، المرافعات الإدارية (إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 29- بطيخ رمضان محمد، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، 1996.
- 30- بن الشيخ آث ملويا لحسن، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2002.
- 31- \_\_\_\_\_ دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثاني، المسؤولية الإدارية بدون خطأ، دار الخلدونية، الجزائر العاصمة، 2007.
- 32- \_\_\_\_\_ دروس في المنازعات الإدارية-وسائل المشروعية-، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 33- بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية، دراسة مقارنة، دار هومه، 2010 .
- 34- بو بشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 1994.
- 35- بوضياف عمار، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

- 36- \_\_\_\_\_ دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، 2009.
- 37- \_\_\_\_\_ الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار جسور للنشر والتوزيع، 2007.
- 38- \_\_\_\_\_ النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، دار الريحانة، الجزائر، 2003.
- 39- بوشعير السعيد، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة "طرق ممارسة السلطة أسس الأنظمة السياسية وتطبيقات عنها"، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون تاريخ.
- 40- جمال الدين سامي، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 41- \_\_\_\_\_ القضاء الإداري: الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 42- \_\_\_\_\_ التنظيم الإداري للتوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- 43- \_\_\_\_\_ أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 44- \_\_\_\_\_ الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، دون تاريخ.
- 45- حافظ محمود محمد، القضاء الإداري -دراسة مقارنة-، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، دون تاريخ.
- 46- حبيب محمود أبو السعود، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1990.
- 47- حسن محمد مصطفى، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974.
- 48- حلمي محمود، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة، الطبعة السابعة، القاهرة، 1986.
- 49- حمادة محمد أنور، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2004.
- 50- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003.
- 51- خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 52- \_\_\_\_\_ قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 53- \_\_\_\_\_ القضاء الإداري (تنظيم واختصاص)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 54- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 55- خليل محسن، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، مطبعة التوني، الإسكندرية، 1993.

- 56- خليل محسن، القضاء الإداري، دون بلد النشر، الدار الجامعية، دون تاريخ.
- 57- راضي مازن ليو، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الأول، 2006.
- 58- ساري جورجى شفيق، قواعد وأحكام القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 2003.
- 59- \_\_\_\_\_ رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 60- سكاكني باية، دور القاضي بين المتقاضي والإدارة، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 61- شحاتة توفيق، مبادئ القانون الإداري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1955.
- 62- شيحا عبد العزيز إبراهيم، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 63- \_\_\_\_\_ مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني - مجلس شورى الدولة-، الدار الجامعية، بيروت، 1996.
- 64- شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: نظرية الإختصاص، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 65- \_\_\_\_\_ المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 66- \_\_\_\_\_ المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 67- \_\_\_\_\_ المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، الهيئات والإجراءات أمامها، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 68- \_\_\_\_\_ المسؤولية عن المخاطر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 69- صقر نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 70- طلبه عبد الله، القضاء الإداري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
- 71- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة، 1963.
- 72- عبد الباسط محمد فؤاد، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 73- عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، 1989.
- 74- عبد العليم صلاح يوسف، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 75- عبد الله عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء-، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

- 76- عبد الوهاب محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون تاريخ.
- 77- عبد الوهاب محمد رفعت وحسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 78- عثمان خليل عثمان، مجلس الدولة ورقابة القضاء لأعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، عالم الكتب، القاهرة، سنة 1962.
- 79- عكاشة حمدي ياسين، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 80- عمر إسماعيل نبيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 81- عوايدي عمار، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
- 82- \_\_\_\_\_ نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 83- \_\_\_\_\_ النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 84- \_\_\_\_\_ عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982.
- 85- \_\_\_\_\_ النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 86- \_\_\_\_\_ نظرية المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
- 87- عمرو عدنان، مبدأ المشروعية - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 88- \_\_\_\_\_ إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد، دون رقم الطبعة، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2001.
- 89- عبد العال محمد حسنين، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
- 90- فوديل جورج، بيار دلقولقية (ترجمة منصور القاضي)، القانون الإداري، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع، 2001.
- 91- قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية - دراسة مقارنة -، دار الخلدونية، الجزائر، 2003.

- 92- كامل نبيلة عبد الحليم، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر و فرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 93- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر والتوزيع، دون تاريخ.
- 94- لعشب محفوظ، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 95- ليله محمد كامل، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الأولى، 1968.
- 96- محيو أحمد (ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد)، المنازعات الإدارية، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، جامعة الجزائر، 2008.
- 97- \_\_\_\_\_ محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عراب صاصيلا)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985.
- 98- معوض فؤاد، تأديب الموظف العام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 99- نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 100- يونس محمد باهي، الرقابة البرلمانية بين النظامين المصري و الكويتي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

#### ب- باللغة الفرنسية

- 1- Cathala Thierry, le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires, Libraire général de droit de jurisprudence, Paris, 1996.
- 2- Chapus René, Droit administratif général, tome 1, Montchrestien, 9 emme édition, 1995.
- 3- Chapus René, droit du contentieux administratif, 9ème édition, Montchrestien, 2001.
- 4- Debbach Charles, droit administratif ,6ème édition, economica, Paris, 2003.
- 5- Debbasch Charles et Jean-claude Ricci, contentieux administratif, Dalloz, 1999.
- 6- Debbasch Charles, institutions et droit administratif, tome 2, 4 ème édition, Presses Universitaire de France, 1998.
- 7- Debbasch Charles, J-C Ricci, le contentieux administratif, 7 emme édition, Dalloz.

- 8- Debbasch Charles et autres( J. Bourdon, J. Pontier, J. Ricci): institutions et droit administratif, Presses Universitaire de France, Paris, 1991.
- 9- Delaubadère, Manuel de droit administratif, 11 Emme édition, Libraire général de droit de jurisprudence, Paris.
- 10- Delaubadère, Yves Gaudement, traité de droit administratif, tome 1, 16 Emme édition, Libraire général de droit de jurisprudence, Paris, 1999.
- 11- Long, M, et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 12 eme édition, Paris, 1999.
- 12- Mahiou(A),cours du contentieux administratif, 2 Emme édition, Office des Publications Universitaires, Alger, 1981.
- 13- Moyrand Alain, le droit administratif, l'hermès, Lyon, 1992.
- 14- Peiser Gustave, Contentieux administratif, 11 Emme édition, Paris, 1999.
- 15- Rivero Jean et Jean Waline, droit administratif, 14 Emme édition, Dalloz, Paris, 1999.
- 16- Vedel(G), Delvolve (P) , droit administratif, 7 Emme édition, Presses Universitaire de France, 1980.
- 17- Rouault Marie Christine, droit administratif, Gualino édition, Paris, 2002.
- 18- zouaimia Rachid et Marie Christine Rouault , droit administratif ; collection droit pratique ,Berti édition, 2009.
- 19- Bouchahda (H) et Kheloufi (R), Recueil d'arrêts, jurisprudence administrative, Office des Publications Universitaires , Alger, 1985.

#### رابعاً: الرسائل والأطروحات

##### أ- باللغة العربية

- 1- أوهاب نذير، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة 1412 هجرية.
- 2- بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 3- بورايو محمد، "رئيس الجمهورية في دستور 22 نوفمبر 1976" دراسة تحليلية لإختصاصات رئيس الجمهورية من خلال الدستور الجزائري لسنة 1976، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1989.

- 4- تقيدة عبد الرحمان، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 1980.
- 5- دريسية حسين، حدود سلطة الضبط الإداري في مواجهة الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة قلمة، 2006.
- 6- صافي عبد الله، سلطات رئيس المجلس الشعبي البلدي في الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، 2008.
- 7- سحنين أحمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، جامعة الجزائر، 2005.
- 8- عزوز سكيمة، عملية الموازنة بين أعمال الضبط الإداري والحريات العامة، بحث لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1990م.
- 9- عمور سلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، رسالة ماجستير، الإدارية و المالية، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1988.
- 10- عمورة حكيمة، الضمانات القانونية للملكية العقارية في إطار نزاعها للمنفعة العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، سنة 2009.
- 11- فارة سماح، المسؤولية الإدارية عن الخطأ المرفقي، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، قلمة، 2005.
- 12- فاضل إلهام، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية -دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير جامعة قلمة، كلية الحقوق، 2005.
- 13- قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، كلية الحقوق، 2006.
- 14- قوتال ياسين، الرقابة القضائية على القارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة، 2005.
- 15- مولاي أسماء، التشريع في ظل الفترة الإنتقالية الواقعة بين 1992 و 1996، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.
- 16- ناجي هني موسى، طبيعة النظام القضائي الجزائري و مدى فعاليته في مراقبة أعمال الإدارة، رسالة ماجستير في الإدارة المالية العامة، جامعة الجزائر، 1985.

ب- باللغة الفرنسية

Bouabdellah Mokhtar, L'expérience Algérienne du contentieux administratif,  
Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Faculté de Droit, Université des frères  
Mentouri Constantine, 13 décembre, 2005.

## خامسا: الأبحاث المتخصصة

- 1- أبركان فريدة، مدى رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.
- 2- أبركان فريدة (ترجمة عبد العزيز أمقران)، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002.
- 3- أحمد هنية، عيوب القرار الإداري، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008.
- 4- الجمل يحي، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكيف الوقائع، مجلة القانون والاقتصاد، حقوق، العدد 03 و 04، القاهرة، 1972.
- 5- العتريس خالد محمد، دور مجلس الدولة المصري في التصدي للمسائل المتعلقة بالوظيفة العامة، عدد خاص بمنازعات الوظيفة العمومية، مجلة مجلس الدولة، 2007.
- 6- الغوثي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2000.
- 7- أنسيغة فيصل، رقابة القضاء على قرارات الإدارة ودورها في الدفاع على الحريات العامة للأفراد، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 03، بسكرة 2006.
- 8- بغدادي عزيزة، مراقبة شرعية أعمال المجموعات المحلية من طرف القضاء الإداري، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.
- 9- بن الطاهر محمد، المادة 07 من القانون 90-23 وانعكاساتها على القضاء الإداري، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.
- 10- بن طيفور نصر الدين، الطبيعة القانونية لمجلس الدولة و أثر ذلك على حماية الحقوق والحريات، مجلة مجلس الدولة، العدد 09 ، 2009.
- 11- بن سهلة بن علي، المجلس الدستوري بين الرقابتين السياسية والقضائية، دراسة مقارنة على ضوء التطور الدستوري في الجزائر، مجلة "إدارة" الصادرة عن المدرسة الوطنية للإدارة، 2001.
- 12- بودريوه عبد الكريم، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية-درجات البطلان في القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004.
- 13- بولحية شهيرة، مدى سلطة القاضي الإداري على الإدارة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، بسكرة، 2006.
- 14- بيزي لوران (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، لويس رولان المنظر المنسي للمرفق العام، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الرابع، الجزائرية للكتاب، 2006 .
- 15- تقية محمد، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.

- 16- جبر محمود سلامة، رقابة مجلس الدولة على الغلط البين في تكييف الوقائع و تقديرها في دعوى الألغاء، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37، العدد 1، القاهرة، مارس، 1993.
- 17- حاحا عبد العالي ويعيش آمال، تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة.
- 18- حاحا عبد العالي و أمال يعيش، الرقابة على التناسب، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، بسكرة.
- 19- حسين محمد عبد الجواد، بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد، مجلة مجلس الدولة، السنة الرابعة، القاهرة، 1953 .
- 20- خلوفي رشيد، مجلس الدولة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مجلد 09، العدد الأول، 1999.
- 21- زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا: النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 2006، 08.
- 22- زروقي العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القاضي الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003.
- 23- زروقي ليلى، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 1999، 54.
- 24- زويينة عبد الرزاق، الرأي الاستشاري لمجلس الدولة: ولادة كاملة ومهمة مبتورة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، سنة 2002 .
- 25- شرون حسينة و عبد الحليم بن مشري، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، 2005.
- 26- عزري الزين، دور القاضي الإداري في منازعات تراخيص البناء والهدم، مجلة مجلس الدولة، عدد خاص بمنازعات العمران، 2008.
- 27- عزوز بلقاسم علي، المساواة أمام الأعباء العامة، مجلة الحقوق الإدارية، العدد السادس، السنة الثانية، الجزائر، 2000.
- 28- علواش فريد و نبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 04، بسكرة.
- 29- غناي رمضان، عن قابلية خضوع أعمال المجلس الدستوري لرقابة القاضي الإداري-تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2001/11/12-، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003.
- 30- غناي رمضان، تعليق على قرار عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء (حالة الغلط الصارخ في التقدير)، مجلة مجلس الدولة، العدد السادس، 2005.
- 31- غناي رمضان، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع، 2009.

- 32- غناي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من نظرية العلم اليقيني، تعليق على القرار رقم: 160507، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، 2002.
- 33- فريجة حسين، السلطة التقديرية و اجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 02، بسكرة، 2005.
- 34- فريجة حسين، مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004.
- 35- لعروبي، دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطلان، ملتقى الغرف الإدارية، الديوان الوطني للاشغال التربوية، 1992
- 36- مفتاح عبد الجليل ومصطفى بخوش، دور القاضي الإداري وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مجلة الإجتهد القضائي، العدد الثاني، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005.
- 37- معاشو عمار، التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006.
- 38- نوح مهند، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004.
- 39- نويري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر-تطورها و خصائصها-، مجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، 2006.

#### سادسا: الملتقيات والدوريات

##### أ- باللغة العربية

- 1- إقولي محمد، سلطات القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالم، 2011.
- 2- تيري أولسون، القضاء الإداري في أوروبا: تقارب أم اختلاف؟، يوم دراسي حول تطور القضاء الإداري، إقامة القضاة، 2011.
- 3- دريد كمال، الصفات الواجب توافرها في القاضي الإداري للاضطلاع بسلطاته المنوطة به، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالم، 2011.
- 4- عبد الوهاب يمينة، تطور القضاء الإداري في الجزائر، يوم دراسي حول تطور القضاء الإداري، إقامة القضاة، 2011.
- 5- عمورة حكيمة و مقلاتي منى، 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.
- 6- عيبوط محند وعلي، الضمانات التأديبية في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالم، 2001.

- 7- فاضل إلهام، سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه في التشريعين الفرنسي والجزائري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011.
- 8- فارة سماح، سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض في دعاوى المسؤولية الإدارية، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011.
- 9- مزياني فريدة، سلطات القاضي الإداري في رقابة سبب القرار الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011.
- 10- ميهوب يزيد، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011.
- 11- نجاح عصام، تنفيذ القرارات القضائية الإدارية: حجبية على مقياس الإدارة؟، الملتقى الوطني الأول حول سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية، جامعة قالمة، 2011.

#### ب- باللغة الفرنسية

Bouabdellah 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.

#### سابعاً: القواميس

##### أ- باللغة العربية

- 1- لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، مصر.
- 2- الرائد/جبران مسعود(قاموس لغوي معاصر)، دار العلم للملايين، الطبعة الرابعة، بيروت، 1981.
- 3- أبو إبراهيم الفراهي، ديوان الأدب، معجم لغوي تراثي، ترتيب و تحقيق عادل عبد الخيار الشاطي، 2003.
- 4- المنجد الأبجدي، صادر عن دار المشرق العربي، الطبعة الثامنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 5- المنجد الإحصائي، الطبعة الرابعة، دار المشرق، بيروت، لبنان، دون تاريخ.
- 6- جبرار كورنو(ترجمة منصور القاضي)، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- 7- المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، 1986.
- 8- قاموس المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة وزارة التعليم بمصر، 1999.

ب- باللغة الفرنسية

Charle Debbasch ,yves Daudet :Lexique de termes politique, 2 eme -1  
édition,Dalloz,Paris,1978.

Ibrahim Dajjar : Nouveau dictionnaire juridique, Liban,2006. -2

3-Paul Robert :Le petit Robert ,Paris.

ثامنا: المواقع الالكترونية

www.ao academy.org. .1

www. Academon.fr .2

[www.legjfrance.fr](http://www.legjfrance.fr) .3

www. arpe- paca.org. .4

www.Fr.wikipedia.org/larep. De l'ad française. .5

www.fallaitpasfairedudroit.fr. .6

# الفهرس

## الفهرس

مقدمة.....(أ- و)

### الفصل الأول

#### ماهية السلطة التقديرية والرقابة القضائية

- المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة.....11
- المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.....11
- الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للإدارة.....12
- الفرع الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن بعض الأفكار المتصلة بها.....23
- المطلب الثاني: أساس السلطة التقديرية للإدارة و مبرراتها.....59
- الفرع الأول: أساس السلطة التقديرية للإدارة.....59
- الفرع الثاني: مبررات السلطة التقديرية للإدارة.....69
- المطلب الثالث: حدود السلطة التقديرية للإدارة.....75
- الفرع الأول: الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة.....75
- الفرع الثاني: الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة.....80
- المبحث الثاني: ماهية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....86
- المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....87
- الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....87
- الفرع الثاني: خصائص الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....89
- المطلب الثاني: موقف الفقه من الرقابة القضائية على السلطة التقديرية.....92
- الفرع الأول: الموقف المعارض للرقابة القضائية على السلطة التقديرية.....92
- الفرع الثاني: الموقف المؤيد للرقابة القضائية على السلطة التقديرية.....102
- المطلب الثالث: أهداف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....110
- الفرع الأول: الأهداف الساكنة.....110
- الفرع الثاني: الأهداف المتحركة.....112
- خلاصة الفصل الأول.....114

### الفصل الثاني

#### النظام القانوني للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

- المبحث الأول: وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....118
- المطلب الأول: الطعن بالإلغاء القضائي.....118
- الفرع الأول: أوجه المشروعية الخارجية.....120
- الفرع الثاني: أوجه المشروعية الداخلية.....134
- المطلب الثاني: الطعن بالتعويض.....148
- الفرع الأول: مفهوم الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية.....149
- الفرع الثاني: شروط الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية.....150
- الفرع الثالث: أساس الطعن بالتعويض في القرارات التقديرية.....152
- المبحث الثاني: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....164
- المطلب الأول: أساليب الرقابة التقليدية.....164
- الفرع الأول: رقابة الوجود المادي للوقائع.....165
- الفرع الثاني: رقابة التكيف القانوني للوقائع.....176
- الفرع الثالث: رقابة التناسب.....186
- المطلب الثاني: أساليب الرقابة الحديثة.....195
- الفرع الأول: رقابة الخطأ البين.....196
- الفرع الثاني: رقابة الموازنة.....210

224.....	خلاصة الفصل الثاني
228.....	خاتمة
238.....	قائمة المراجع
258-257.....	الفهرس