

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق



السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام

تحت إشراف :

من إعداد الطالب :

د. مراد بدران

مخاشف مصطفى

لجنة المناقشة :

رئيسا	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	أ. محمد بن عمار
مقررا	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	أ. مراد بدران
مناقشا	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	أ. بلقاسم دايم
مناقشا	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	أ. عبد الرحمن عزاوي

السنة الجامعية

2008 / 2007



إهداء

إلى من شجعني طوال مشواري الدراسي .. أبي أطل الله في عمره ..
إلى من أعانني بحبها و نصائحها. والدتي العزيزة أطل الله في عمرها ..
إلى أختي العزيزة ..
إلى كل الأقارب و الأصدقاء ..
إلى أساتذة و كلية الحقوق بتلمسان ..
إلى موظفي كتابة الضبط بمجلس قضاء سيدي بلعباس ...
إلى كل من نسيت إسمه سهوا ...

تشكرات

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أشكر الله سبحانه و تعالى ، أحمده على عونه في الوصول إلى كتابة هذه المذكرة و إخراجها إلى حيز الوجود.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور الذي أشرف على إنجاز هذا البحث، أستاذي الفاضل مراد بدران، الذي ساعدني كثيرا بأفكاره النيرة وسعة خاطره .

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل للسادة أعضاء لجنة المناقشة الذين تكبدوا عناء قراءة هذه المذكرة و مناقشتها .

كما لا يفوتني أيضا أن أتقدم بشكري الخاص إلى كل من :

أساتذة كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان .

موظفي مكتبة كلية الحقوق و المكتبة المركزية بجامعة تلمسان.

كل شخص أمدني بيد المساعدة من بعيد أو من قريب لإنجاز هذه المذكرة.

شكرا جزيلا



قائمة المختصرات :

د . ت .	دون تاريخ .
د . د . ط .	دون دار الطبع .
د . م . ج .	ديوان المطبوعات الجامعية .
ص .	الصفحة .

La liste des abréviations :

L .G .D . J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
OP. CIT.	Ouvrage cite.
R. D. P.	Revue de droit public.
C. S.	Cour suprême.
Ch.	Chambre.
Adm.	Administratif.
R. A. J. A.	Recueil des arrêts de la jurisprudence Administrative.
G. A. J. A.	Les grands arrêts de la jurisprudence Administrative.
O. P . U.	Office des publications univercitaires.
P.	Page.
T.	Tome.

المقدمة

يقوم مبدأ المشروعية على أساس وجود قواعد صارمة ، تلتزم الإدارة باحترامها ، و مراعاتها في تصرفاتها . فمن واجب الإدارة التقيد بأحكام القانون في أعمالها منعاً للتعسف في استخدام سلطتها ، و هذا لضمان الحماية الكافية لحقوق الأفراد وحررياتهم . غير أن حماية هذه الأخيرة يجب ألا يحجب عن الأبصار حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن سيرها ، ذلك أنه إذا كان من اللازم تجنب استبداد الإدارة ، و قهرها ، فيجب ألا تتسم الإدارة بطابع الآلية ، والروتين. و هذا بأن تغل أيدي رجالها ، و يكبت فيهم روح الإبداع ، و الابتكار ، و هذا لتقرير العمل المناسب في الوقت المناسب .

لهذه الأسباب ، فإن الإدارة تتمتع ببعض الامتيازات التي تستهدف موازنة مبدأ المشروعية . إن هذه الامتيازات تتمثل في منح الإدارة قدراً من الحرية يتفاوت ضيقاً ، واتساعاً وهذا بحسب الظروف .

وعلى العموم ، لقد تبلورت هذه الامتيازات في ثلاثة صور رئيسية تشمل كل من نظرية الظروف الإستثنائية و نظرية أعمال الحكومة أو السيادة ، والسلطة التقديرية التي هي مجال بحثنا¹.

وإذا كان ظاهر هذا الموضوع يضيق لأول وهلة من نطاق السلطة التقديرية ، فيقتصرها على القرارات الإدارية ، فإن نشاط الإدارة لا يقتصر على هذه الأخيرة فحسب ، بل إن الإدارة يصدر عنها أعمال مادية ، و عقود إدارية . فالعقود الإدارية قد تسبقها مراحل تمهيدية ، تكون على شكل قرارات إدارية ، كما أن التنفيذ المادي لها يتطلب أن يكون تنفيذاً لقرار إداري ، أو على الأقل لقاعدة عامة واردة في التشريع ، أو في حكم يحدد أوضاع هذا التنفيذ ومداه ، لأن الأصل العام أن جميع

¹ - Charles DEBBASCH , Science administrative , 3^{ème} éd , Dalloz, 1976 , p . 87 .

تصرفات الإدارة ، يجب أن تكون في حدود القانون . و هذا في الحقيقة يعد المبدأ الأساسي القائم في الدولة القانونية .

إن مقتضى انحصار وظيفة السلطة التنفيذية في مجرد تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، يستلزم أن تقوم وظيفة السلطة التنفيذية بصفة عامة ، و الإدارة بصفة خاصة على مجرد التعبير الصادق عن إرادة المشرع بلا نقص ، أو زيادة. و بهذا المعنى تكون سلطات الإدارة مقيدة باستمرار ، و ربما كان هذا هو المثل الأعلى فيما يتعلق بحماية حقوق الأفراد و حرياتهم ، وهذا بطبيعته مرهون بإرادة الشعب عن طريق ممثليه في البرلمان . فالإدارة ملزمة بتحقيق الهدف المعين الذي يجب أن تسعى إلى تحقيقه. على أن مهمة الإدارة قد تنحصر في تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها. فعمل الإدارة هنا كعمل القاضي ، إذ أن كلاهما يقتصر عمله على مجرد تطبيق القانون عندما تتحقق الشروط التي يتطلبها المشرع . إلا أن مقتضيات العمل ، وضرورة الحياة الإدارية ، تحول دون الأخذ بهذا النهج على إطلاقه. فالإدارة ليست بالآلة الصماء، بل هي تتكون من أفراد مبصرين يواجهون ظروفًا متغيرة ، تقتضي في كثير من الحالات تنوعًا في المعاملة . و للجماعة مصلحة في أن يتم السماح للإدارة بمواجهة كل حالة وفقاً لظروفها الخاصة ، حتى يمكن تحقيق المصلحة العامة على أتم وجه ممكن.

و على العموم فالسلطة ، سواء كانت تقديرية أم مقيدة ، فما هي إلا وسيلة لتطبيق القانون¹. على أن القيمة الحقيقية لخضوع الإدارة للقانون في الدولة القانونية ، لا تظهر بأجلى معانيها إلا إذا كانت هناك رقابة قضائية يتمثل بها الضمان الحقيقي لخضوع الإدارة للقانون ، و حماية الأفراد من تعسفها ، و هي تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية مقيدة كانت أو تقديرية.

وعلى العموم إذا كانت السلطة التقديرية هي مسألة مسلم بها للإدارة. فماذا يقصد بها؟ وما هو

¹ - A . VILLARD, Manuel de droit public et administratif , 3^{ème} éd , Foucher, Paris , p.p.125126 .

الأساس القانوني التي تقوم عليه ؟ وماهي مجالاتها ؟ وإلى أي مدى يمكن القول أن هناك ثمة مجال منفصل لكل من السلطة التقديرية والإختصاص المقيد ؟ أم أن السلطتين يجب أن تجتمع معا في كل عمل إداري ؟ وكيف يعرف هذا الجانب من مدى حرية الإدارة في التصرف في القرار الإداري ؟. فهل الإدارة هنا حرة في الإمتناع عن اتخاذ قرار معين بالذات ؟ وإلى أي وقت ممكن ؟ وهل يتعين عليها إذا أرادت إصداره أن تلتزم صورة معينة وإجراءات محددة ؟ وما مدى حريتها في تغيير الأوضاع القانونية قبل صدوره ؟ وماهي الأهداف التي يجب أن تسعى إلى تحقيقها بهذا القرار؟ و إلى أي مدى يمكن أن تصل رقابة القضاء الإداري في هذا الشأن؟.

إن هذه الإشكالات تبرز بشكل واضح أهمية موضوع السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية ، و الذي وقع عليه اختيارنا ، ذلك لأن هذا الموضوع يثير مسائل قانونية لا تقل أهمية الواحدة عن الأخرى ، سواء من الجانب الفقهي ، أو من جانب الفائدة العلمية المرجوة .

ولقد كان دافعنا لمعالجة هذا الموضوع ، يتمثل في أنه من أهم المواضيع التي لم تنل نصيبا وافيا من الدراسة في الجزائر هذا من جهة. ومن جهة أخرى أنه يعتبر موضوع ذا طبيعة عملية. فبالإضافة إلى الجانب الفقهي ، فقد اعتمدت هذه الدراسة على القرارات الحديثة منها والقديمة للقضاء الإداري الجزائري و القضاء المقارن. كما تكمن أهمية هذا الموضوع في كونه يهدف أيضا إلى تحقيق فاعلية الإدارة ، أي الإعتبارات المتعلقة بالصالح العام ، وهي بلا شك أولى من الرعاية من المصلحة الخاصة ، أي ضمان حرية الأفراد. لهذه الأسباب، فإن هذه الدراسة تهدف إلى تحقيق التوازن و التكامل بين مبدأي الفاعلية و الضمان ، إذ أن الإخلال بهما سيؤدي إلى نتائج سلبية .

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع ، إلا أن البحوث حوله في الجزائر ، تكاد تكون منعدمة مما صعب عملية البحث فيه ، و هذا بسبب نقص المراجع المتخصصة ، إن لم نقل انعدامها ، ناهيك عن قلة إمكانية الحصول على القرارات القضائية المتعلقة بهذا الموضوع صراحة ، وهذا على عكس

القضاء الفرنسي و القضاء المصري .

إن معالجة هذا الموضوع ، اقتضت مني التعرض إلى تحديد مفهوم السلطة التقديرية ، و ذلك حتى
نتمكن من معرفة الخصائص بدقة (الفصل الأول) ، ثم القيام بعد ذلك بتبيان حدود ممارسة السلطة
التقديرية (الفصل الثاني) .

الفصل الأول : مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

إن الإدارة و هي تمارس اختصاصاتها قد تمتلك الحرية في التصرف ، و تقدير وقت القيام بالعمل ، وذلك دون معقب عليها ، بحيث يكون لها الكلمة الأخيرة دون منازع . و في المقابل ، فإن الإدارة قد تكون ملزمة بالتصرف في بعض الحالات ، بحيث يفرض عليها القانون بطريقة آمرة و على سبيل الإلزام ، الهدف المعين الذي يجب أن تسعى إلى تحقيقه . فمهمتها هنا تقتصر على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها . ففي الحالة الأولى نكون أمام السلطة التقديرية ، أما في الحالة الثانية ، فنكون أمام الإختصاص المقيد¹.

إن حرية الإدارة في مجال سلطتها التقديرية ، تعد ضرورة اجتماعية فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع ، و فيما يتعلق بعلاقتها بالقضاء . أما فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمشرع ، فإن السبب الرئيسي لقيام السلطة التقديرية يرجع إلى اعتبارين أساسيين² : أما الإعتبار الأول ، فمرده إلى مستلزمات تطبيق القواعد العامة التي يسوغها المشرع على الحالات المتعددة ، و المتشعبة التي تعرض أثناء التنفيذ . إن هذه الحالات لا يمكن للمشرع بأي حال من الأحوال ، أن يحيط بها مقدما ، في حين أن الإدارة هي التي تقابلها ، و يجب أن تمكن من مواجهة كل حالة وفقاً

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : إبراهيم عبد عزيز شيحا ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، 2006 ، ص . 132-140 ؛ عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ، دار النهضة العربية ، مصر 1971 ، ص . 61 ؛ سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1991 ، ص . 30 ؛ حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1987 ، ص . 260 ؛ محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، القرار الإداري - العقد الإداري ، 1989 ، ص . 109 ؛ سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في إستعمال السلطة ، مطبعة جامعة عين شمس ، ص . 322؛ مراد بدران ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الإستثنائية ، دراسة مقارنة بين الجزائر و فرنسا ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجليلي الليابس ، سيدي بلعباس ، 2004 ، ص . 45 ؛

G . VLACHOS , Principes généraux du droit administratif , Ellipses Paris, 1993 , p . 88.

² - سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 33.

لظروفها. أما الإعتبار الثاني ، فإنه يرجع إلى الخبرة ، و التجارب التي تكتسبها الإدارة ، ووسائلها الخاصة التي تستقي منها معلوماتها ، و الروح العملية التي تستمدتها من إشرافها المستمر على المرافق العامة في الدولة . و لهذا السبب فإن المشرع مهما راعى الحذر ، و التبصر ، لا يمكنه أن يحدد جميع أوجه مناسبة العمل الإداري ، و لا بد أن يعتمد في جانب كبير من ذلك على حسن تصرف الإدارة . أما فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالقضاء ، فإن رقابة القاضي الإداري تضيق إذا تعلق الأمر بالجانب التقديري من نشاط الإدارة¹. فمهما وضع القاضي أمامه من معلومات ، ومهما قام بأبحاث و تحريات حول موضوع النزاع، فإنه سيتحقق بشأنه أمراً واحداً أو أكثر من الأمور الآتية:

- أولاً : أنه يكون بعيداً عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة .
 - ثانياً : و هو يصدر حكمه عادة بعد مضي زمن ، قد يمتد إلى سنين عديدة بعد وقوع تلك الحوادث ، مما يستحيل أن يكون صورة مماثلة للحالة وقت وقوعها .
 - ثالثاً : أن القاضي تنقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تعرض على الإدارة ، كما أنه لا يحيط تمام الإحاطة بالوسائل التي تتخذها الإدارة لدرء هذه الحالات².
- إن هذا المعنى الخاص بالسلطة التقديرية ، يناقض المعنى الآخر الخاص بالإختصاص المقيد . ففي بعض الحالات يتحتم على الإدارة إذا ما توفرت شروط معينة ، أو عناصر واقعية محددة ، أن تتصرف على نحو معين ، بمقتضى القانون ، دون أن يكون لديها خيار في ذلك³. و من ثم لا يكون للإدارة حرية الإمتناع عن إصدار القرار المتعين إصداره ، و الذي توفرت له أركانه .

كما أن الإدارة لا تستطيع أن تعمل خلافا لما حدده القانون ، و إلا عد تصرفها قابلاً للإبطال .

¹ - إن القاضي الإداري و هو يراقب اختصاص الإدارة التقديري ، فإنه قد يتعرض لبحث ملاءمة العمل الإداري في كل حالة ، و بطريقة غير مباشرة يجعل من نفسه سلطة رئاسية على جهة الإدارة ، الأمر الذي يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات . أنظر في هذا المعنى : محمد أنس جعفر قاسم ، الوسيط في القانون العام القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص . 128 .

² - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 34 .

³ - ابراهيم عزيز شيجا ، المرجع السابق ، ص 139 مأخوذ عن:

غير أن هذا التحديد العام لمعنى السلطة التقديرية ، والإختصاص المقيد ، قد يوحي بأن جميع السلطات ، أو التصرفات يمكن أن تصنف ضمن هاتين الطائفتين . طائفة التصرفات و السلطات التقديرية من جهة ، و طائفة التصرفات و الإختصاصات المقيدة من جهة أخرى¹ . أي أن القرار بعبارة أخرى ، إما أن يكون تقديريا بالكامل ، أو أن يكون مقيدا بالكامل . إن هذا التصنيف الثنائي ليس صحيحا على إطلاقه ، لأنه لا يعبر في الواقع عن كل الحقيقة ، بل هناك طائفة ثالثة من القرارات ، أو بالأحرى تصنيف آخر ، و لعله الأهم على الإطلاق ، و الأكثر شيوعا ، و هو أن يكون القرار في جزء منه تقديريا ، أما الجزء الآخر فيكون مقيدا² . بمعنى آخر أن التقدير ينصب على بعض الأركان ، أو أحدها دون البعض الآخر ، دون أن يكون هناك تعارض ، أو تناقض في مثل هذه القرارات ، إذ لا يعني تواجدهما ، إلا المصاحبة في نفس القرار .

إن الإختلاف بين السلطة التقديرية ، و الإختصاص المقيد ، إنما هو إختلاف في الدرجة ، و ليس إختلاف في الجوهر أو الطبيعة³ ، بل أنه يمكن القول ، بأن الإختصاص المقيد بالكامل هو أمر مستحيل ، و أن الأصل هو السماح للإدارة بقدر من الحرية التقدير ، يختلف ضيقا و اتساعا بحسب الظروف ، و الإعتبارات التي يقدرها القانون . أما الإختصاص المقيد فهو الاستثناء ؛ ولذلك فإن كل عمل إداري ، إنما يحتوي في الواقع على قدر من السلطة التقديرية ، و الإختصاص المقيد معاً . فقد تصل السلطة التقديرية أحيانا في إطلاقها إلى حد بعيد ، و قد تتضاءل أحيانا أخرى لحد شديد ، بحيث يطغى عليها فكرة الإختصاص المقيد . ولكن يتعذر القول بوجود عمل إداري يحتوي على سلطة تقديرية مطلقة ، أو إختصاص مقيد خالص ، وهو ما

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 61 .

² - سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الكتاب الحديث ، الإسكندرية ، 1996 ، ص . 146 .

³ - سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، المرجع السابق ، ص . 146 . مأخوذ عن : محمد رفعت عبد الوهاب ، القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، 1981 ، ص . 303 .

يؤكد الفقه الحديث في فرنسا¹. فلو افترضنا مثلا ، أن نصا قانونيا نص على أنه إذا ارتكب موظف عام خطأ معين ، فإن رئيسه يستطيع أن يوقع عليه أحد الجزاءات المقررة لنوع الخطأ التأديبي المرتكب، مثلا الدرجة الأولى ، أو الدرجة الثانية ، أو الدرجة الثالثة ، فالرئيس هنا مقيد من ناحية ، أنه لا يستطيع أن يختار أي جزاء يروق له ، و إنما أن يكون مقيدا في توقيع الجزاءات المذكورة في النص . إلا أنه من ناحية أخرى ، له حرية اختيار جزاء من الجزاءات المحددة . ففي هذه الحالة ليست هناك سلطة تقديرية مطلقة ، وإنما هناك مجال مقيد ، ومجال تقديري في نفس التصرف .

إذن فهما قيل في ضرورة وجود السلطة التقديرية ، و مهما قيل في عملية تبريرها ، فإن السلطة التقديرية هي حقيقة واقعة ، وهي أمر لا غنى عنه للإدارة التي أصبحت في الوقت الحاضر إدارة خدمات ، حتى تتمكن من أداء وظيفتها على أكمل وجه تحقيقا للمصلحة العامة . وليس في ذلك أي إضرار بحقوق الأفراد و حرياتهم ، خاصة مع حرص المشرع ، و القضاء ، على عدم الإعتراض بالسلطة التقديرية ، إلا بالقدر اللازم و الضروري لتحقيق أهدافها .

و على العموم ، إذا كان هناك اتفاق حول ضرورة السلطة التقديرية للإدارة ، إلا أن الفقه سرعان ما اختلف ، فيما يتعلق بالمعيار الذي يمكن الوصول إليه للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد ، و هذا لمعرفة مدى التداخل الموجود بينهما .

و من هنا سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين :

نتناول في المبحث الأول : مضمون السلطة التقديرية للإدارة .

ثم نتناول في المبحث الثاني : تمييز السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد .

المبحث الأول

مضمون السلطة التقديرية للإدارة :

¹ - G. VEDEL , Droit administratif, 1968 , Paris , p . 232 .

Le pouvoir discrétionnaire

إن مبدأ المشروعية ، هو المبدأ الذي يجب أن تخضع له جميع السلطات العامة في الدولة ، و الإلتزام به في كافة أعمالها ، و هذا تحقيقا للصالح العام¹. غير أن المشروعية وحدها لا تكفي لهذه الغاية ، بل لا بد من توافر عنصر الملاءمة في تصرفات السلطة الإدارية² ، لتمكين هذه الأخيرة من اتخاذ القرارات المناسبة في مختلف الحالات الواقعية .

هذا الجانب من الملاءمة ، الذي تمارسه السلطة الإدارية في إطار المشروعية الإدارية ، هو ما يصطلح عليه بالسلطة التقديرية . فماذا نعني إذن بالسلطة التقديرية للإدارة ؟ .

إن الإجابة على هذا التساؤل إجابة وافية و كافية ، تقتضي التعرض إلى :

مدلول السلطة التقديرية ، ثم الأساس القانوني للسلطة التقديرية ، ثم تمييز السلطة التقديرية عن باقي الأعمال الأخرى ، و ذلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : مدلول السلطة التقديرية :

تعد السلطة التقديرية من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الحديث . فلقد ساعدت هذه النظرية ، بعد أن توضحت معالمها ، و استبان حدودها - و هذا بفضل أبحاث فقهاء القانون العام الفرنسي من جانب و قضاء مجلس الدولة الفرنسي من الجانب الآخر - على

¹ - A . de LAUBADERE , Y . GAUDEMET , Traité de droit administratif , 16^{ème} éd , 2002 , L.G. D. J. , t . 1 , p . 578 .

² - R . CHAPUS , Droit administratif général , 9^{ème} éd , 1995 , Delta , Montchrestien , t . 1 , p . 930 ; G . VEDEL , Droit administratif , op , cit . , p . 278 .

إطلاق يد الإدارة في تحقيق الصالح العام ، و كذا المحافظة على حقوق الأفراد و حرياتهم . فالمشرع في تنظيمه القانوني للنشاط الإجتماعي ، لا يستطيع في كل الحالات أن يحيط بكل الأمور بجميع تفاصيلها ، و لا أن يغطي بتنظيمه كل المسائل في عموميتها ، و جزئياتها . لهذه الأسباب ، فإن المشرع يحدد عادة بعض الضوابط ، و المواجهات العامة في شأن هذا الأمر ، أو ذلك ، و يترك بعد ذلك للإدارة حرية تقدير التصرف ، و هذا بحكم أنها الأكثر اتصالا بالحياة اليومية الجارية ، و الأكثر احتكاكا بمشاكلها المتعددة و المتجددة¹.

و لتبيان مدلول السلطة التقديرية للإدارة على نحو واضح ، يجب أن نبين أيضا ما المقصود بالإختصاص المقيد للإدارة كسلطة مقابلة لفكرة السلطة التقديرية ، ثم نخلص بعد ذلك لذكر مبرراتها ، و بعد ذلك نميزها عن السلطة التقديرية للهيئة التأسيسية و السلطة التشريعية و كذا السلطة القضائية ، و ذلك من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للإدارة :

لقد حظي البحث في موضوع تعريف للسلطة التقديرية للإدارة ، باهتمام فقهي واسع . و قد اختلف فقهاء القانون الإداري في تعريفها ، تبعا لإختلافهم في تحديد المجال الذي يترك فيه القانون للإدارة قسطا من حرية التصرف ، و ذلك على الشكل التالي :

أولا : التعريف اللغوي للسلطة التقديرية :

إن المعنى اللغوي لكلمة تقدير (discrétion) ، هو إمكانية التصرف الحر . أي التصرف طبقا لإرادة صاحب التصرف ، و طبقا لمحض رغبته الذاتية² . غير أنه إذا كان المعنى اللغوي للسلطة التقديرية يتلخص في الحرية الذاتية في التصرف ، فهل يضم المعنى القانوني ذات الميزة ؟

هذا ما سيتم معرفته من خلال التطرق إلى تعريف السلطة التقديرية للإدارة في الفقه القانوني .

ثانيا : التعريف القانوني للسلطة التقديرية :

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص . 110 .

² - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 61 .

لقد تعددت تعاريف فقهاء القانون الإداري للسلطة التقديرية ، و اختلفت باختلاف الظروف و التطورات التي شهدتها هذه الأخيرة ، و ذلك على الشكل التالي :

أ - السلطة التقديرية في الفقه الفرنسي :

إن المتبع لفكرة السلطة التقديرية للإدارة من الوجهة التاريخية ، يدرك أن النظام القانوني الفرنسي كان السباق إليها ، بحيث كان للفقه دوراً كبيراً في تحديد معالمها . و قد سلك الفقهاء الفرنسيين في تعريفها عدة مسالك أهمها :

إن السلطة التقديرية للإدارة ، تعني حرية الإدارة في اختيار تصرفها . ويمكن هنا تشبيه قدرة الإختيار هذه ، بالرجل الذي يقف على مفترق الطرق ، ففتح له بذلك قدرة الإختيار بين هذه الطرق المتعددة التي يستطيع أن يتخذ أي منها بمحض تقديره الذاتي¹ . و قريب منه ، يعرف الفقيه ديلوبادير السلطة التقديرية بأنها ذلك الجانب من الحرية التي تتركه القوانين للإدارة لممارسة سلطتها التقديرية² .

كما حدد بونار هذا النوع من السلطة قائلاً : " تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الإختصاصات بصدد علاقتها مع الأفراد ، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع عن التدخل، ووقت هذا التدخل، وكيفية و فحوى القرار الذي تتحذه. فالسلطة التقديرية تنحصر إذن في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه"³ . و يعرفها الفقيه الفرنسي شاببي بأنها ، دعوة للإدارة لممارسة حرية تقدير الملاءمة⁴ . بمعنى أن سلطة التقدير تكمن أساساً في الملاءمة التي يترك القانون للإدارة أمر تقديرها في ضوء الصالح العام. أي أنها حق الإدارة في تقدير ملاءمة أعمالها و ذلك في حدود معينة .

ب - السلطة التقديرية في الفقه المصري :

¹ - G. PEISER , Droit administratif , (Contentieux administratif) , 14^{ème} éd , 1989 , Mémentos Dalloz , Paris , p . 27 .

² - A . de LAUBADERE , Y . GAUDEMET , Traité de droit administratif , op , cit., p.579.

³ - مأخوذ عن : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 50 .

⁴ - R . CHAPUS , Droit administratif général , op , cit ., p . 930 .

تأثر النظام القانوني المصري ، تأثرا شديدا بنظيره الفرنسي من خلال إعطاء تعريف جامع لفكرة السلطة التقديرية للإدارة ، و هذا لإبرازها كضرورة قانونية .

و لعل أبرز التعاريف التي عبرت بصدق عن حقيقة هذه السلطة ، بأنها " تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل الأفراد و القضاء ، لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها ، و وسيلة التدخل ، و تقدير بعض الحالات الواقعية التي تحدث ، و لتقدير أصلح الوسائل للمواجهة " ¹ . بمعنى آخر أن الإدارة وحدها أن تقرر الإجراء الملائم أو غير الملائم ، أي لها حرية وزن و ملاءمة قراراتها للظروف الواقعية ² .

ج - السلطة التقديرية في القانون الجزائري :

لقد تبنى النظام القانوني الجزائري نظرية السلطة التقديرية من خلال تأثره بالنظام الفرنسي . غير أن مفهوم هذه الأخيرة كنظام مستقل بذاته ، لم يلق البحث الكافي من قبل الفقهاء الجزائريين . و العدد القليل من التعاريف التي قيلت في حقها من طرف بعض الفقهاء المصريين الذين تكلموا عن النظام الجزائري ³ ، يلتمس فيها بعض التأثير بتعريفات الفقه المصري ، و الفقه الفرنسي ، على أنها الحرية التي تتمتع بها الإدارة في حدود الصالح العام لتختار وقت تدخلها ، و وسيلة التدخل ، و تقدير الحالات الواقعية التي تحدث .

¹ - لقد اتبع الدكتور الطماوي في تعريفه لسلطة التقديرية مسلك الفقيه بونار ، بحيث عمد إلى الدقة ، و التفصيل . أنظر في هذا المعنى : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 31-32 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1992 ، ص . 19 . مأخوذ عن : مصطفى أبو زيد فهمي ، القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة ، الطبعة الخامسة ، ص . 378 .

³ - من بين هذه التعاريف ، أن السلطة التقديرية هي " قدر من الحرية و المرونة ، تمنح للإدارة في تنفيذ القانون ، بحيث لا تكون النصوص قيда دائما عليها في كل عمل أو تصرف تقوم به " . أنظر في هذا المعنى : عبد العزيز الجوهري ، القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1987 ، الجزائر ، ص . 18 .

و يؤكد هذا المفهوم قرارات قضائية عديدة ، من بينها قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 10-02-1990 و الذي جاء فيه أن " للإدارة الحق في أن تؤجل البت في طلب رخصة البناء لمدة سنة طبقا للمادة 22 من القانون رقم 82-02 المتعلق برخصة البناء¹. مما يعني أن القاضي الإداري الجزائري لا يعارض تقدير الإدارة للوقت المناسب للتدخل ، ما لم تخرج عن حدود القانون .

و من ذلك أيضا ، ما جاء في قرار الغرفة الإدارية المؤرخ في 11-07-1981 ، و الذي جاء فيه أن " للإدارة فحص و معاينة مدى المساس الذي يلحقه البناء بالصحة و الأمن العموميين..."². هذا ما يؤيد حرية الإدارة في تقدير الوقائع ووسائل مواجهتها .

و يقابل السلطة التقديرية ، فكرة الإختصاص المقيد (Compétence liée) . و يقصد بالإختصاص المقيد للإدارة ، أن الإدارة يتحتم عليها ، إذا ما توافرت شروط معينة ، أو عناصر واقعية محددة ، أن تتصرف على نحو معين بمقتضى القانون ، دون أن يكون لها الخيار في ذلك . و من ثم فلا يكون للإدارة حرية الإمتناع عن إصدار القرار المتعين اصداره و الذي توفرت له أركانه ، كما أنها لا تستطيع إصدار قرار آخر محل القرار المتعين إصداره . فالإدارة هنا مقيدة ، ولا تستطيع أن تعمل خلافا لما حدده القانون ، و إلا عد تصرفها مخالفا للقانون³.

و من أهم الأمثلة التي يسوقها الفقه الإداري⁴ على السلطة المقيدة ، عملية إصدار التراخيص التي استوفت جميع الشروط لإصدارها ، إذ لا يكون من حق الإدارة أن تطلب لمن توافرت فيه

¹ - المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، في 10-02-1990 قضية رقم 62040 ، (ب . ح) ضد (م . ش . ب . س) ، المجلة القضائية ، العدد 03 ، 1991 ، ص . 181 و ما بعدها .

² - المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، في 11-07-1981 قضية رقم 22236 ، (أ . ر) ضد (و . د) ، سلسلة الإجتهااد القضائي الصادر عن وزارة العدل ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1986 ، ص . 196 و ما بعدها .

³ - إبراهيم عبد العزيز شيجا ، المرجع السابق ، ص . 139 .

⁴ - G . VLACHOS ، op , cit . , p. 88.

الشروط القانونية شروطا جديدة . و من هذا أيضا ما نصت عليه المادة 64 من القانون رقم 90-30 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية¹ ، على أن " تتمثل الإستعلامات الخاصة لجزء من الأملاك الوطنية العمومية المخصصة لاستعمال الجميع ، و المرخص بها بعقد واحد الطرف ، في رخصة الطريق و الوقوف ، و تمثل هذه الإستعلامات شغلا مؤقتا ، و تخضع للسلطة التقديرية للإدارة ، و تكون قابلة للطعن في حالة الإستعمال التعسفي للسلطة ... " .

و على العموم ، يعد الإختصاص المقيد أكبر ضمانا لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم من تعسف الإدارة و عنتها ، و هذا مقارنة مع السلطة التقديرية . إذ يكفي الفرد هنا أن يثبت الشروط المادية التي يتطلبها القانون ، حتى يمكن للإدارة أن تستجيب لطلباته ، فإن هي انخرقت عن الطريق السوي لأمر من الأمور ، فما أسهل أن يردها القضاء إلى جادة الصواب . و هذا دون أن يكون من حريتها حجة تستر بها انحرافها و تعسفها² . غير أن الإسراف في تقييد الإدارة تقييدا كبيرا ، من شأنه أن يؤدي إلى أوحم العواقب ، فهو يشل حركتها ، و يكبت نشاطها، و يعدم روح الإبتكار فيها ، ذلك لأن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة لزوم الإختصاص المقيد ، لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم .

الفرع الثاني : مبررات الإعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة :

تعد السلطة التقديرية سلطة خطيرة إذا ما أساءت الإدارة استعمالها . إلا أنه و بالرغم من خطورتها ، إلا أن أمر وجودها لا مناص منه ، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال تقييد نشاط الإدارة في جميع نشاطاتها .

لذلك يجمع الفقه³ على أن السلطة التقديرية للإدارة لا غنى عنها لثلاثة أسباب هي : مقتضيات

النشاط الإداري - قصور دور المشرع - ضمان الرقابة القضائية

أولا : مقتضيات النشاط الإداري : (المبررات الفنية)

¹ - القانون رقم 90-30 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، الجريدة الرسمية رقم 52 ، الصادرة في 02 ديسمبر 1990.

² - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، المرجع السابق ، ص . 50.

³ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 33-34 .

لا جدال في أن إعطاء الإدارة حرية ، في ممارستها لنشاطها يؤدي إلى حسن أداء الوظيفة العامة . فهذه المسألة تعطي حرية التقدير ووزن الملاحظات في العمل الإداري . كما تساعد على غرس روح الابتكار. لهذا كان من واجب المشرع ، أن يفسح المجال للإدارة في بعض الحالات لاستخدام سلطتها التقديرية ، و هذا بفضل خبرتها ، و تجاربها التي تكتسبها من الروح العملية التي تستمدتها من إشرافها المستمر على المرافق العامة في الدولة هذا من جهة .

و من جهة أخرى أن التنظيم الإداري السليم ، و مقتضيات المصلحة العامة ، يستدعي في بعض المجالات عدم تكبيل الإدارة بالقيود التي تشل حركتها ، و تفقدها مرونة التصرف ، على النحو الذي يؤثر على ملاءمة مواجهتها لظروف الحياة المتغيرة و المختلفة ، مما يضر بشكل مباشر بالمصلحة العامة¹. بالإضافة إلى أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتوافق مع إدارة مبرجة السلوك ، مثل الإنسان الآلي ، و إنما يستلزم لتحقيقها ، أن تمنح الإدارة سلطة تقديرية بالقدر الكافي و اللازم ، وهذا لمواجهة التحولات التي يشهدها عالم الإدارة العامة اليوم².

و بناء عليه ، فإن السلطة التقديرية للإدارة هي الوسيلة الناجحة، والفعالة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها، ومواجهة الإحتياجات العامة للأفراد، والتي تستطيع بمقتضاها اختيار أنسب الوسائل، وأفضل الأوقات لكي تقوم بالعمل أو تمتنع عنه. ولكي أيضا تتخذ القرارات اللازمة والملائمة .

ثانيا : قصور دور المشرع : (المبررات العملية)

بالرغم من أنه ليس ثمة ما يمنع المشرع من تقييد النشاط الإداري بالكامل ، و من ثم مصادرة كل سلطة تقديرية ، إلا أنه ثبت استحالة تحقيق ذلك ، باستثناء مسائل محدودة من النشاط الإداري³.

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص . 110 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 27 .

³ - أنظر في تفاصيل ذلك : حمد عمر حمد ، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها ، الطبعة الأولى ، 2003 ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ص . 131-132 .

و من ناحية أخرى ، أن المشرع مهما بلغت دقته في وضع القوانين ، فإنه لا يستطيع أن يلم و يحيط بكل الجزئيات التي لا حصر لها ، بحيث يضع لكل مشكلة حلها . لذلك كان من اللازم أن يترك للإدارة ، و هي تمارس وظيفتها حرية تقدير ملاءمة أعمالها¹ ، و هذا لما لها من أجهزة فنية متخصصة ، هي القادرة على تحديد هذه التفاصيل ذات الطابع الفني .

بالإضافة إلى ذلك ، فإنه يلزم لسلامة التنظيم القانوني ، أن يتحقق للقوانين القدر الكافي من الثبات و الإستقرار . و بما أن الظروف قد تتغير من وقت لآخر ، فإن ذلك يستوجب إعادة النظر في شروط و أوضاع تطبيقها . لهذا كان من الأفضل أن تحدد هذه الشروط بواسطة السلطة التنفيذية² ، خاصة و أن العمل التشريعي يتطلب وقتا كبيرا ، من أجل إعادة تغيير القوانين وتعديلها، مما يؤدي إلى تفويت فرصة معالجة المشاكل في وقتها .

ثالثا : ضمانات الرقابة القضائية (المبررات القانونية)

حينما يخاطب المشرع الأفراد الخاضعين لقواعده العامة المجردة ، فإنه يلجأ إلى وضع الإطار العام ، أو النطاق الخارجي الذي تكون عليه أفعال الأفراد ، شريطة أن يترك للأفراد حرية الاختيار داخل هذا الإطار العام . و الإدارة بحكم كونها من الأشخاص المخاطبين بالقواعد القانونية ، فإنها تتمتع بحرية تقدير ملاءمة أعمالها و قراراتها الإدارية .

بمعنى آخر أنه ، لا خطر من تمتع الإدارة بهذه الحرية ، ما دام أن هناك رقابة قضائية تضع حداً للإدارة ، إذا ما خرجت عن سلطتها . و من ثم ، فإن السلطة التقديرية ليست سلطة تحكيمية ، و إنما هي سلطة قانونية يتوافق وجودها مع مبدأ المشروعية ، بحيث لا تتحقق هذه المشروعية إلا بالتأكد من أنها قد استهدفت المصلحة العامة ، و هو الدور الذي يتولاه القاضي الإداري في حدود خبراته و قدراته ، و مدى اتصاله بالإدارة العامة و نشاطها .

الفرع الثالث : تمييز السلطة التقديرية عن باقي السلطات العامة في الدولة :

¹ - محمود حافظ ، القضاء الإداري ، مطبعة الجامعة الأردنية ، الطبعة الأولى ، 2001 ، عمان ، ص . 150 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 27-28 .

إذا كانت الإدارة تتمتع بقسط من الحرية في التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية ، فإن هذه الحرية تختلف عن الحرية التي تتمتع بها السلطات العامة في الدولة ، و هي السلطة التأسيسية ، و السلطة التشريعية ، و السلطة القضائية .

أولاً : حرية السلطة التأسيسية و حرية الإدارة ¹ :

تعد السلطة التأسيسية أعلى سلطة في الدولة ، و هي تسمى كذلك لأنها تجد مصدرها في ذاتها ، بحيث لا تجد سلطة أخرى تعلوها هذا من جهة . و من جهة أخرى فهي التي تعمل على إنشاء و تأسيس السلطات الأخرى التنفيذية و التشريعية و القضائية ، كم أنها هي التي تضع الدستور لأول مرة في الدولة ، كما أنها تحدد بمطلق حريتها و دون قيد ما ، شكل الدولة ، و نظام الحكم فيها . من خلال ما سبق يتضح أن السلطة التأسيسية تتميز بخاصيتين هما :

- أنها سلطة أصلية أو أولية : و هذا يعني أنها أسبق في الوجود من جميع السلطات الأخرى التي ينظمها الدستور ، كما أنها لا تخضع إلى نصوص قانونية دستورية سابقة.

- أنها سلطة غير مقيدة أو غير مشروطة: وهذا يعني أن لها مطلق الحرية في وضع الدستور الذي تراه ملائماً للبلاد، كما أنها تختار النظام الدستوري، و نظام الحكم وشكله دون قيد، أو شرط مسبق.

و غني عن البيان ، أن هذه الحرية لا تعرف الحدود² و لا تخضع للرقابة القضائية ، وهذا مقارنة مع السلطة التقديرية للإدارة ، التي هي فكرة قانونية محصورة في حدود مرسومة . و بالتالي لا يمكن الحديث عن السلطة التقديرية للهيئة التأسيسية³.

ثانياً : حرية السلطة التشريعية و حرية الإدارة :

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : محمد عمر حامد ، المرجع السابق ، ص . 149 .

² - إن هذه الحرية لا يجد منها إلا قيد واحد ، و المتمثل في رد الفعل الذي قد يتولد في نفوس الأفراد ، مما يؤدي الى سقوط الدستور سواء بطرق سلمية أو بطريق ثوري و المتمثل في ضرورة مطابقة عمل السلطة التأسيسية لرغبات الشعب . هذا من الناحية الداخلية ، و هو ما يهمنى في هذا المقام . أما من الناحية الخارجية ، فإنه قد توجد عوامل كثيرة و ظروف و اعتبارات تتحكم في السلطة التأسيسية ، و بالتالي توجه نشاطها و عملها ، و لا تجعلها مطلقة الحرية في وضع الدستور كما تشاء . أنظر في هذا المعنى : الأمين شريط ، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998 ، ص . 123-124 .

³ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 35 .

تتمتع السلطة التشريعية في صدد ممارسة اختصاصها بحرية واسعة ، و لكنها ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية . فالمشروع يتقيد بما ورد في الدستور من قواعد ، بالإضافة إلى المبادئ الأساسية في الدولة . و تختلف السلطة التقديرية للإدارة ، عن السلطة التقديرية للهيئة التشريعية ، في أن حرية السلطة التشريعية هي الأصل، و أن الإستثناء هو ذلك القيد الذي يضعه الدستور . أما بالنسبة للإدارة ، فإن الأصل أن تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاء به القانون، و في حدود قواعد الشكل و الإختصاص . و من ثم كان التقييد هو الأصل و الحرية هي الإستثناء¹ .

و إذا كان الدستور قد يحدد مسبقا قواعد الشكل (أي المراحل التي يمر بها التشريع) و يحدد أيضا قواعد الإختصاص (أي الهيئات التي تملك المساهمة في التشريع) ، و يحدد أيضا المحل (القيود الموضوعية التي لا يجوز للتشريع أن يتخطاها) ، فإن السلطة التشريعية قد تستقل بتقدير أهداف التشريع ، لأن ذلك يتعلق بالسياسة أكثر منه بالقانون ، هذا من جهة . و من جهة أخرى ، إن الأغلبية في البرلمان تلعب دورا مهما في تقدير أهداف التشريع . و هذا ما هو معمول به في الجزائر ، لأنها تأخذ بنظام تعدد الأحزاب طبقا لأحكام دستور 1996 . و على العكس من ذلك ، فإنه ليس للإدارة أي تقدير فيما يتعلق بالغاية من تصرفاتها ، بل تخضع الإدارة في ذلك لقيود تشريعية ، و رقابة قضائية .

إن حرية البرلمان في التشريع ، أبعد من أن تقاس على حرية الإدارة في التنفيذ . ذلك أن أهداف الإدارة هي محدودة باستمرار ، أما أهداف التشريع فلا يمكن ، بل و ليس من المصلحة تحديدها بصورة معينة ، وهذا بسبب تطور الظروف الإجتماعية ، وكذا تداول الممثلين للبرلمان، إذ ليس للممثلين الذين انتهت عهدتهم أن يفرضوا إرادتهم باستمرار على ممثلين آخرين. إلا أن هذا المبدأ لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، بل يجب أن تتفق هذه الأهداف ، مع الحدود التي رسمها الدستور . اللهم إذا أريد الخروج عن هذا النطاق ، و من ثم تكون النتيجة تعديل الدستور بالطريقة المنصوص عليها .

¹ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 36 .

ثالثا : حرية السلطة القضائية و حرية الإدارة :

إن عمل السلطة القضائية يشبه بكثير عمل السلطة التنفيذية . ويضرب الفقه¹ هنا مثلا بالنسبة للإدارة التي تتمتع بحرية التقدير في اختيار العقوبة الملائمة للخطأ التأديبي الثابت حدوثه. ونفس الشيء بالنسبة لتوقيع العقوبة الجنائية ، فإن القاضي له سلطة تقديرية في توقيع العقوبة في مختلف أنواعها كالحبس و الغرامة أو بتطبيقهما معا . و ما يؤكد هذا التشابه هنا ، هو الرقابة القضائية على كل من الخطأ التأديبي ، و الخطأ الجزائي ، فالقضاء الإداري لا يمكن أن يعقب على ملاءمة العقوبة التأديبية للخطأ التأديبي إلا استثناء . ونفس الشيء بالنسبة لمحكمة النقض ، إذ لا يمكنها أن تراقب قسوة ، أو تفاهة العقوبة التي يوقعها قاضي الموضوع² .

غير أنه قد تختلف حرية القاضي عن حرية الإدارة في مجال التفسير الذي يجيزه القاضي . فهذا الأخير يعبر عن إرادة المشرع ، و لا يعبر عن إرادته هو . و على العكس من ذلك ، فإن رجل الإدارة يعبر عن إرادته الخاصة به هو . و يعبر الفقه³ عن هذه الحالة ، أن القاضي في الحالة السابقة حين يقضي فإنه يقول " وفقا للتفسير الذي أخذ به ، إنما يريد المشرع كذا .. " ، أما رجل الإدارة فإنه يقول " باسم القانون ، ووفقاً للرخصة المخولة لي ، أريد كذا ... " . كما أن حكم القاضي يحوز على حجية الأمر المقضي فيه ، و هذا باعتباره عنوانا للحقيقة . في حين أن قرارات الإدارة لا تحوز على هذه الحجية ، و إن كانت تتمتع بنوع من الإستقرار .

المطلب الثاني : الأساس القانوني للسلطة التقديرية⁴ :

إن عملية البحث هنا في أساس وجود السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة ، يكمن في إرادة من وراء التنظيم القانوني الذي يحكم نشاطها¹ .

1 - أنظر في تفاصيل ذلك : حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص . 150 .

2 - لا يمكن و في أي حال من الاحوال أن تراقب المحكمة العليا بإعتبارها محكمة قانون الوقائع الخاصة بالجريمة و من ثم الرقابة على مدى سلطة القاضي في مجال تقدير العقوبة (الحد الأدنى و الحد الأقصى) .

3 - أوتوماير ، القانون الإداري الألماني ، الجزء الأول ، ص . 211 . أشار إلى ذلك : سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 46 .

4 - إن المقصود بالبحث في أساس السلطة التقديرية للإدارة إنما هو معرفة أصل قيامها .

غير أنه ، مهما كانت هاته القواعد التي تنظم هذا النشاط من أحكام الصياغة ، و عميق التوقع ، فإن تقييد النشاط الإداري تماما إنما هو الإستحالة بعينها ، لأنه لا يتصور أن يقوم المشرع بوضع مقاييس دقيقة ، و معايير منطقية لعلاج كل حالة على حدى هذا من جهة . و من جهة أخرى ، أن الصالح العام ، كثيرا ما يتطلب ترك قدرا من الحرية للحل وفق متطلباتها ، حتى يمكنها اتخاذ التصرف الملائم للظروف و الوقائع².

و في سبيل البحث عن إرادة من هو وراء التنظيم القانوني الذي يحكم نشاط الإدارة ، ذهب البعض من الفقه إلى تفسير أساس وجود السلطة التقديرية للإدارة ، من خلال فكرة قانونية تتعلق بفكرة الحقوق الشخصية. فهذه السلطة تثبت للإدارة في نطاق نشاطها الذي يتناول مصالح الأفراد الشخصية ، و ذلك لعدم جود حماية قضائية لمجرد المصالح . و ذهب البعض الآخر إلى أن أساس السلطة التقديرية ، يكمن في الطبيعة الذاتية للمشروع ، لأن النشاط الإداري يشبه في الحقيقة نشاط الأفراد في إدارة مشروعاتهم . و على ذلك فهي تمارس سلطتها التقديرية ، كما يمارس رئيس المشروع نشاطه . كما ذهب البعض الآخر في تفسير أساس السلطة التقديرية للإدارة ، إلى نظرية التدرج . فما مدى صحة كل نظرية من هذه النظريات كأساس للسلطة التقديرية للإدارة؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : نظرية الحقوق الشخصية :

¹ - إن الإعراف بهذه السلطة التقديرية يؤكد أن الدولة التي اعترفت بها هي دولة قانونية بحيث إعتناقها مبدأ المشروعية .

² - عصام البرزنجي ، المرجع السابق ، ص. 174 و ما يليها .

تعتبر فكرة الحقوق الشخصية من أهم الأفكار التي سائرت تطور مسألة قبول دعوى الإلغاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي . فهي تتمحور حول مركز النزاع فيما يخص قبول الدعوى العادية بالإلغاء أمام مجلس الدولة . ثم تطورت فيما بعد ، و أصبحت مجرد شرط لقبول دعوى تجاوز السلطة . إلا أنها بدأت تختفي ، لأن مجلس الدولة أصبح يقبل الطعون في القرارات الإدارية في مجال دعوى تجاوز السلطة أيا كان نوع النزاع ، و حتى ولو تعلق الأمر بالحقوق الشخصية التي لم تكن ترقى إلى مرتبة الحقوق (مجرد المصالح)¹ .

و على العموم ، فلقد أولى جانب من الفقه القانوني² لنظرية الحقوق الشخصية اهتماما بالغا ، بحيث اعتبرها الأساس القانوني التي تقوم عليه كل سلطة تقديرية تتمتع بها الإدارة في ممارسة نشاطها . إذا ، فما فحوى هذه النظرية ؟ ، و ما موقف القضاء الإداري الجزائري منها ؟ .

أولا : مضمون نظرية الحقوق الشخصية :

إن تطور شروط قبول دعوى الإلغاء ، كان له أثر بالغ في تطور الأراء الفقهية حول فكرة الحقوق الشخصية . ومن أهم هذه الآراء ، رأي الفقيه بارتلمي ، و رأي الفقيه بونار ، الذين أسسوا سبب وجود السلطة التقديرية ، أو أسباب الإعتراف بها ، على فكرة الحقوق الشخصية .

أ - الفقيه بارتلمي : (Barthélmey)³

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 186 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 35 .

³ - BARTHELMEY , Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés , thèse , Toulouse , 1891 , p. 707 .

أشار إلى ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 186 .

في إطار البحث عن أساس وجود السلطة التقديرية، وأساس الإختصاص المقيد، ميز الفقيه بارتلمي بين المصالح البسيطة، والحقوق الشخصية. ولقد عرف المصلحة هنا بأنها "هي تلك المنافع، أو المزايا التي يتمتع بها الفرد و ليس لها من حماية قضائية". أما الحقوق الشخصية "فهي تلك المنافع و المزايا التي يمكن ضمان احترامها بوسيلة قانونية". إن هذه الوسيلة تتمثل في الدعوى القضائية l'action en (justice)، وهذا باعتبارها الوسيلة التي تميز الحقوق الشخصية عن المصالح ، لأنها ممثلة لسلطان الإرادة للفرد على مصلحته. ويكمن الإختلاف الجوهرى هنا بين الحق الشخصي والمصلحة ، في وجود وسيلة قانونية هي الدعوى القضائية. وعلى العموم، وباعتبار أن هذه المصالح لا تحوز على حماية قضائية، فإن هذا يؤدي إلى الإعتراف للإدارة بتمتعها بكامل الحرية في المجالات التي لا يستطيع الأفراد أن يخاصموها فيه. وعلى العكس من ذلك تعتبر الحقوق الشخصية والدعوى التي تحميها الأساس الذي يفسر الإختصاص المقيد.

ب- رأي الفقيه بونار : (Bonnard)¹

يرى الفقيه بونار أن أسلوب الدعوى القضائية لا يمكن الحديث عنه ، إلا في الدولة القانونية ، التي توصف بالدولة العادلة ، و التي تضمن للفرد حماية ضد الإدارة للحصول على حقوقه . بمعنى آخر أن هذه الحماية ، هي التي تمكنه من رفع دعوى قضائية ضد الإدارة ، باعتباره صاحب حق . و هذه الحقوق تسمى بالحقوق الشخصية العامة (droits subjectifs) . و مع ذلك فإن هذا الفقيه قد تساءل حول معرفة هذه الحقوق الشخصية العامة و عناصرها ؟ . و في هذا الصدد يقول الفقيه بونار أن الحقوق الشخصية العامة ليست في حقيقتها سوى طائفة من الحقوق الشخصية . أما الطائفة الثانية فهي الحقوق الشخصية الخاصة ، و هي تلك التي يواجهها الأفراد في علاقاتهم القانونية فيما بينهم . في حين أن الحقوق الشخصية العامة ، هي طائفة من الحقوق الشخصية التي يواجهها الأفراد في علاقاتهم القانونية مع الدولة باعتبارها دائنة ، أو مدينة .

¹ - BONNARD , Les droits puplics subjectifs des administrés , R.D.P .,1932 , p. 695 .

أشار إلى ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 187 .

إن أول ما يميز الحقوق الشخصية ، كما يقول الفقيه بونار ، هو قدرة الفرد على مطالبة الإدارة بشيء له فيه مصلحة ، على أساس من قاعدة قانونية ، عن طريق الدعوى القضائية . وهذا بوصفه التزاما قانونيا مفروضا على عاتق الإدارة (Obligation juridique) .

غير أن هذا الإلتزام ، لا يمكن أن يقوم دائما ، و بأي حال من الأحوال بمناسبة علاقة الأفراد بالإدارة . فكثيرا ما تكون هناك علاقات ، و لكنها لا تولد رابطة قانونية ، و التزاما قانونيا . فالإدارة كما يقول الفقيه بونار ، تتمتع باختصاص تقديري أو سلطة تقديرية . وفي هذه الحالة بالذات لا يقوم حق شخصي لمصلحة الفرد ، و من ثم لا يستطيع أن يطالب الإدارة بشيء لإنتفاء الرابطة أو الإلتزام القائم بينه و بين الإدارة¹ . و على العكس من ذلك فإنه في حالة الإختصاص المقيد ، تكون هناك من الحقوق الشخصية ما يتولد مباشرة من المراكز المنصوص عليها في القانون ، و بالتالي يمكن حمايتها بالدعوى القضائية المتصلة بهذه الحقوق اتصالا وثيقا² .

ج - تقدير نظرية الحقوق الشخصية :

يذهب بعض الفقه³ إلى القول بأن هذه النظرية لا تصلح لتعتبر أساسا للسلطة التقديرية و سببا للإعتراف بها . فهي تضمن أوجه كثيرة من الأخطاء و التناقض و هذا من خلال :

- إن أصحاب نظرية الحقوق الشخصية و من خلال تعليقاتهم ، يرجعون وجود الإختصاص المقيد إلى الحق الشخصي . كما أنهم من ناحية يجعلونه نتيجة للإختصاص المقيد ، و بذلك يجعلون من الحق الشخصي ، أساسا و نتيجة للإختصاص المقيد .

¹ - BONNARD , Précis de droit administratif , op , cit., p .74 .

مأخوذ عن : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 189 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 35 .

³ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 191 .

- إن ما ذهب إليه الفقيه بارتلمي ، عندما اعتبر بأن الحق الشخصي يمثل قيودا على سلطة الإدارة ، فيه الكثير من المبالغة . فالمشعر و القضاء يعترفان للإدارة بحق وضع قيود مختلفة على تمتع الأفراد بحقوقهم الشخصية مثلا ، كمنع أصحاب الأملاك من البناء في أملاكهم قبل الحصول على رخصة بالبناء من السلطة المختصة¹. غير أن الإجازة هنا بإعطاء الرخصة مرهونة بفكرة تحقيق المصلحة العامة. لذلك كانت المصلحة العامة في هذا المجال ، هي التي تشكل قيودا على تمتع الإدارة بسلطتها في مواجهة الحقوق ، لا الحقوق نفسها .

و على العموم فإن الربط بين الحقوق الشخصية و الإختصاص المقيد ، و من ثم توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق² ، هو ربط غير حتمي . بمعنى آخر ، أن الفكرة القائلة بارتباط ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية ، بوجود أو عدم وجود ما يطالبها بها الأفراد ، ليست دائما صحيحة . فأى عمل إداري مهما كانت طبيعته ، يخضع في حقيقته لمبدأ المشروعية ، بما يستلزمه من الدفاع عن المصلحة العامة من جهة ، و من حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم من جهة أخرى. كما أن السلطة التقديرية في حد ذاتها ، قد تقوم في مواجهة الحقوق الشخصية نفسها، وذلك لاعتبارات الملاءمة و الصالح العام³.

ثانيا : موقف القضاء الإداري الجزائري من النظرية :

إذا كان التقدير الفقهي لهذه النظرية ، يتجه إلى عدم حتمية الربط بين السلطة التقديرية وحالة غياب الحقوق الشخصية. فما موقف القضاء الإداري الجزائري منها ؟ . فهل أخذ القضاء الإداري الجزائري بموقف المؤيدين ، أو بموقف النقاد ؟ .

من خلال استقراء بعض قرارات القضاء الإداري في هذا المجال ، يتضح أن هذا الأخير كان له من هذه النظرية موقفين :

أ - الإعراف القضائي للإدارة بحق وضع قيود على تمتع الأفراد بحقوقهم الشخصية :

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، دار الفكر العربي 1987 ، ص. 68 .

² - هو المعيار الذي يشكل أساس السلطة التقديرية للإدارة عند أنصار نظرية الحقوق الشخصية .

³ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب الرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 195 .

و من الأمثلة على ذلك ، ما أقره القاضي الإداري ، في قضية (ش ع) ضد (والي "س" و وزير الداخلية) ، المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة ضد قرار هذا الأخير ، المتضمن غلق محل الطاعن لدواعي الأمن و النظافة ، و تنفيذاً لأحكام المرسوم رقم 34-76 ، المؤرخ في 20-02-1976 ، المتعلق بالمنشآت الخطرة و الغير صحية و المزعجة¹.

و قد توصل القاضي الإداري الجزائري في هذه القضية ، إلى أن للإدارة الحق في تقدير الإجراءات المعدة ضرورياً للأمن و الصحة العمومية ، مع مراعاة الشرط المنصوص عليه في المادة 35 من المرسوم ، و المتعلق بالمدة الممنوحة لمسير المحل للإستجابة للإنذار المسبق ، و المحدد بثلاثة أشهر².

ب - مواجهة السلطة التقديرية للحقوق الشخصية لإعتبارات الملاءمة و الصالح العام :

و من الأمثلة على ذلك ، ما أقره القضاء الإداري ، في قضية (الفريق ع) ضد (والي ب) ، و المتعلقة بالطعن ضد قرار الوالي ، المتضمن نزع ملكية مكتسبة للطاعن من أجل المنفعة العمومية³. و قد توصل قاضي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا ، إلى أن " ... القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز مشروع... ". فالقاضي الإداري هنا ، أقر سلطة الإدارة التقديرية ، و هذا تحقيقاً لإماتيازات الملاءمة و الصالح العام .

¹ - المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، (الفريق ع) ضد (والي ب) ، قرار رقم 46723 ، 21 أبريل 1990 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1990 ، ص . 162 و ما بعدها .

² - تنص المادة 35 من المرسوم رقم 34-76 على ما يلي : " يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهات القضائية أن يبعث بإنذار إلى مالك أو مدير أو مسير المؤسسة المصنفة ، الذي لم يراع قوانين الولاية و الحماية التي تخضع لها مؤسسته ، يدعوها فيها إلى أن يستجيب لأجل لا يتعدى ثلاثة أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضرورياً للأمن و النظافة و الصحة العمومية".

³ - إن دور حق الملكية هنا يتمثل بالمصلحة في الطعن أو في دعوى الإلغاء لقرار الإدارة . لأن القاضي الإداري هنا لا يبحث مقدماً في حق الملكية ، بل كل ما يفعله هنا ، هو أن يقابل الشروط القانونية ، و قرار التصريح بالمنفعة العمومية . بمعنى آخر أن القاضي الإداري في دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة لا يبحث في تبعية موضوع الدعوى ، كما يفعل في دعوى القضاء الكامل ، ذلك لأن العنصر الأساسي و الجوهري في الحق الشخصي الذي يبحث في هذه الدعوى أمام القضاء العادي ، هو رابطة التبعية بين مال و شخص ، و مهما كانت طبيعة هذا المال .

و من ذلك أيضا ، ما أورده القضاء الإداري ، في قضية (ف ج) ضد والي ولاية تيزي وزو ، و المتعلقة بالطعن ضد قرار الوالي ، المتضمن إدماج أراضي خاصة ضمن الإحتياطات العقارية للبلدية . بقوله أنه " إذا كانت الملكية الخاصة مضمونة بنص الدستور ، و أنه لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته ، فإنه يجوز للإدارة أن تلجأ إلى إدماج الملكية الخاصة في الإحتياطات العقارية للبلدية إذا كان ذلك تحقيقا للمنفعة العامة ، و في حدود ما ينص عليه القانون ¹ .

من خلال ما تقدم ، يتضح أن القضاء الإداري الجزائري ، كان له مسلك المعارضين لنظرية الحقوق الشخصية ، مما يعني أنها لا تشكل الأساس الكامل للسلطة التقديرية للإدارة .

الفرع الثاني : فكرة المشروع كأساس وجود السلطة التقديرية :

إذا كانت نظرية الحقوق الشخصية لا تستطيع أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية ، فإن هناك نظرية أخرى في هذا المجال نالت الكثير من الإهتمام . إن هذه النظرية تدور أساسا حول فكرة أساسية تقوم من خلالها بتشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي ، فالإدارة بمختلف أجهزتها هي عبارة عن مشروع ، و أن طبيعة هذا الأخير هي التي تفسر ما تتمتع به الإدارة من سلطة التقدير الحر تماما ، كما يتمتع بهذا القسط من حرية التصرف رئيس المشروع الفردي ، بحيث أن لهذا الأخير كافة السلطات لتسير مشروعه .

إذن ، فما فحوى هذه النظرية ؟ ، و ما موقف القضاء الإداري الجزائري منها ؟ .

أولا : مضمون نظرية المشروع :

حاول أصحاب هذه النظرية إيجاد أساساً للسلطة التقديرية ، و ذلك بعد أن وجدوا أن نظرية الحقوق الشخصية لا تستطيع أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة . و من رواد هذه النظرية الفقيه موريس هوريو ، و الفقيه أندري هوريو .

أ- رأي الفقيه موريس هوريو : ²

¹ - المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، (ف ج) ضد والي ولاية تيزي وزو ، قرار رقم 69631 ، في 30-06-1990 ، من اجتهادات المحكمة العليا ، الصادر عن المديرية الفرعية للمنازعات ، د . د . ط . د . ماي 1998 ، الجزائر .

² - M . HAURIOU , Précis de droit administratif , 12^{ème} éd , 1933 , p.351 .

أشار إلى ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 196 .

يشبه هنا الفقيه موريس هوريو النشاط الإداري بنشاط الأفراد ، من حيث أن الإدارة مثل الأفراد تقوم بإدارة مشروعها ، بحيث تملك تقييد نشاطها ذاتيا ، كما تملك كذلك تقدير ملاءمة نشاطها. و المشروع في هذه الحالة " هو عبارة عن نشاط أو مجموعة من الأنشطة المركبة التي تدار في وقت ووسط معينين ، من خلال المواجهة و التوقع ، بحيث يتطلب فيمن يوجه هذا النشاط قسطا من الحرية و الإستقلال ". وفي هذا يمكن تبرير السلطة التقديرية، كما يقول الفقيه، من حيث وجودها، من واقعة أن الهيئات الإدارية إنما هي أشخاص قانونية . و يمكن أيضا تبريرها من حيث قيامها بالنسبة لمجال الملاءمة من واقعة ، أن هذه الهيئات إنما هي في الواقع تدير مشاريع أو تترأس مشاريع معينة، ومن ثم ، تمثل صفة المشروع للنشاط الإداري مصدر السلطة التقديرية وأساس قيامها .

ب - رأي الفقيه أندري هوريو :¹

يرى الفقيه أندري هوريو بأن أشخاص القانون عموما هم بمثابة رؤساء مشروع. فالفرد يكون بالنسبة لحياته الخاصة مشروعاً، والهيئات الإدارية تكون مشروعاً بالنسبة للنظام العام، والمنفعة العامة. لهذه الأسباب، فالهيئات الإدارية تقيّد نفسها تقيداً ذاتياً، كما أنّها تملك تقدير ملاءمة أعمالها ونشاطها. بل إن هذه الصفة تظهر بجلاء في الهيئات الإدارية أكثر ما تظهر على الصعيد الفردي، ذلك لأن الهيئات الإدارية، هي عبارة عن مشروع كبير للنظام العام، والمنفعة العامة.²

ج - تقدير نظرية المشروع :

¹ - A . HAURIOU , Le pouvoir discretionnaire et sa justification , p. 233 .

مأخوذ عن : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 199 .

² - للمزيد من التفاصيل انظر : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 36 .

في إطار تقدير هذه النظرية، يوجه جانب من الفقه¹ أهم انتقاد في الصميم ، بقوله : إن أول ما يستدعي الإنتباه ، هو أن هذه النظرية تشبه المشاريع الخاصة بالإدارة العامة . و هذا ما لم يمكن التسليم به ، ذلك أن المشروع الفردي في مجال القانون الخاص ، لا يستهدف أساساً إشباع المصلحة العامة ، و إنما يستهدف بالدرجة الأولى إشباع مصلحة مدير المشروع الخاصة . في حين أن الإدارة أو المشروع الإداري ، ليس له هدف إلا إشباع المصلحة العامة .

وعلى خلاف ذلك ، يرى البعض الآخر من الفقه² ، أن هذا الإتجاه هو الأقرب إلى الصحة ، وذلك بالنظر إلى السلطة الإدارية ، و خاصة من الناحية الموضوعية ، إذ يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتبارها من قبيل المشروعات، وهو أمر من السهل التسليم به بصدد المرافق العامة. كما أنه ليس من العسير النظر إلى الضبط الإداري ، و تنفيذ القوانين ، باعتبارها كذلك من المشروعات التي تبتغي أهدافاً تدرج في إطار المصلحة العامة ، مثلها مثل سائر أوجه النشاط الفردي ، مع اختلاف الغايات و المقاصد .

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من النظرية :

إذا كانت نظرية المشروع قد حظيت باهتمام فقهي بالغ ، فهل نالت ذات الإهتمام بالنسبة لموقف المشرع ؟ .

إن أغلب المراسيم التنفيذية ، تشير إلى اعتماد الإدارة على نظرية المشروع كأساس لفكرة السلطة التقديرية . و من الأمثلة على ذلك ، ما ورد في المرسوم رقم 97-12 ، المؤرخ في 09-06-1997 ، والذي يتضمن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات ومشتقاتها ، وتحويل أملاكه ، وحقوقه والتزاماته، ومستخدميه إلى المعهد الجزائري للبتروكيميا ، والكمياء ، والغاز ، والبتروكيميا ، والمواد البلاستيكية³.

¹ - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 203 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملازمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 37 .

³ - الجريدة الرسمية رقم 41 ، الصادرة في 10 جوان 1997 .

فعلى أساس اعتبار موضوعات النشاط الإداري من قبيل المشروعات التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، تمتعت الإدارة الممثلة في وزير الطاقة و المناجم¹ ، بحرية تقدير ملاءمة أحد نشاطها . فالإدارة رأت بأن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات ، و تحويل التزاماته إلى المعهد الجزائري للبتروك هو الإجراء الأكثر ملاءمة لتحقيق الصالح العام للوطن . و مصدر التقدير هنا ، هو بلا شك نظرية المشروع التي بنت عليها الإدارة الجزائرية حرية نشاطاتها أو مشروعاتها .

و من هذا أيضا ، يذكر المرسوم رقم 212-97 المؤرخ في 09-06-1997 ، المتضمن إنشاء الديوان الوطني لمكافحة المخدرات و إدماجها² . فعلى أساس نظرية المشروع ، قدرت الإدارة الحاجة إلى هذا المرفق أو المشروع ، ثم ملاءمة إنشائه للصالح العام ، و لغاية ترقية الصحة و حمايتها . و أساس التقدير هنا ، هو أن النشاط الإداري يعتبر من قبيل المشروعات التي تهدف إلى المصلحة العامة . و من القرارات القضائية المؤيد لنظرية المشروع ، ما أقره مجلس الدولة في القرار المؤرخ في 09-03-2004 ، بقوله " و حيث أن المستأنف قد تحصل على عقد امتياز يسمح له باستغلال محطة نقل المسافرين لمدة ثلاث سنوات و حيث أن العقد المذكور لا يسمح لصاحبه الحصول على أي حق شخصي دائم ، و خاصة الحق في تجديد الإمتياز ، الذي هو مؤقت و قابل للرجوع فيه متى رأت السلطة المانحة ذلك ... " ³ .

من خلال هذا القرار ، يتضح بأن القاضي الإداري الجزائري ، قد أقر للإدارة حرية تجديد عقد الإمتياز بهدف تحقيق الصالح العام ، مما يعني أنه فسح المجال لنظرية المشروع ، لتكون أساسا تمارس الإدارة من خلاله تصرفاتها . بمعنى آخر أن القضاء أعطى للإدارة حرية في فسخ العقد متى رأت أن الوضع لا يحقق بشكل أو بآخر المصلحة العامة.

الفرع الثالث : نظرية تدرج القواعد القانونية :

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 96-214 ، المؤرخ في 15 جوان 1996 ، الذي يحدد صلاحيات وزير الطاقة و المناجم ، الجريدة الرسمية رقم 37 ، الصادرة في 16-06-1996 .

² - الجريدة الرسمية رقم 41 ، الصادرة في 10 جوان 1997 .

³ - قضية شركة نقل المسافرين ضد رئيس بلدية وهران ، مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل ، العدد 05 ، 2004 ، الجزائر ، ص . 212-213 .

بصدد البحث عن أساس آخر لفكرة السلطة التقديرية ، ذهب بعض الفقه لتفسير أساسها ، من خلال نظرية فقهية هامة ، تسمى بنظرية تدرج القواعد القانونية . فما فحوى هذه النظرية ؟ ، و ما موقف المشرع الجزائري منها ؟ .

أولا : مضمون نظرية تدرج القواعد القانونية :¹

ترجع هذه الفكرة إلى الفقيه النمساوي كلسن . و بمقتضى هذه الفكرة تتدرج القواعد القانونية في الدولة في مراتب مختلفة ، بحيث تكون كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تنفيذا للقاعدة الأعلى منها مرتبة ، هذا من ناحية . و من ناحية أخرى تكون ، منشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة . و عليه ، فحينما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية ، فإن اختصاصه يكون مقيدا ، إذا وقف بقراره عند حدود التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية . في حين يكون اختصاصه تقديريا إذا أضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة في القاعدة القانونية التي استمد منها هذا الإختصاص .

و هو ما يمكن اعتباره بمثابة التخصيص لعمومية القاعدة القانونية .

ومن الأمثلة على ذلك ، ما نصت عليه المادة 57 من دستور 1996 ، بقولها " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام و الوظائف في الدولة .." . ثم يتدخل المشرع فيزيد من هذا التخصيص ، إذ يصدر قانونا عاما يوضح 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 الوظيفة العامة ، والدستور كأصل عام . و أخيرا يصل التخصيص إلى نهايته ، بحيث تستنفذ القاعدة القانونية أغراضها بصدور قاعدة قرار إداري بتعيين أحد المواطنين في وظيفة عامة² .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 34 .

² - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 52-53 .

غير أن ما يعاب على هذه النظرية ، هو أنه ضيقت من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص ، و وضع العناصر الجديدة ، في حين أنها قد تتحقق كذلك في حالة الإختيار بين قرارين ، أو أكثر ، أو الإمتناع عن اتخاذ القرار . و في هذه الحالات جميعها ، لا توجد أية إضافات لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى .

و من ناحية أخرى ، فإن نظرية التدرج تشير إلى وجود السلطة التقديرية و تؤكد لها ، لكن دون أن تبين أساس وجودها أو منحها أو تقريرها .

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من النظرية :

إذا كانت الأفكار التي جاءت بها تلك المدرسة ، تحتوي على جانب من الصحة ، من حيث تدرج القواعد القانونية ، فهل حظيت بنفس التأييد بالنسبة لموقف المشرع الجزائري ، باتخاذها لها كأساس للسلطة التقديرية للإدارة ؟ .

من خلال تتبع مسلك الإدارة الجزائرية في ممارسة نشاطاتها ، يتضح أن هذه الأخيرة قد اعتمدت هذه النظرية كأساس للسلطة التقديرية للإدارة المخولة لها . و من أهم المراسيم في هذا المجال يذكر :

المرسوم التنفيذي رقم 96 - 308 المؤرخ في 18-09-1996، المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة¹، الذي جاء تنفيذا للقانون رقم 90 - 30، المؤرخ في 01-12-1990، المتضمن الأملاك الوطنية²، و تنفيذا للقانون رقم 91-77 المؤرخ في 27-04-1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية³..... . بحيث تنص المادة الأولى منه، على أنه " ... يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها إلى منح الإمتياز، كما ينص عليه هذا المرسوم " .

و مما لا شك فيه، أن منح الإمتياز هو مسألة تقديرية للإدارة، بحيث تمنحه الإدارة للشخص الذي تقدر ملاءمته لهذه المهمة، في حدود القانون و الصالح العام . و بالتالي، يمكن اعتبار هذا المرسوم بمثابة التخصيص لعموم القاعدة القانونية - أي الخاصة بالقوانين السابق ذكرها - و هو ما يبرر الأخذ بنظرية التدرج كأساس للسلطة التقديرية للإدارة⁴.

غير أن المشرع لم يكتف بتبني المعنى الذي استقر عليه الفقه - التخصيص لعموم القاعدة القانونية، و إضافة عناصر جديدة - بل تعدى هذا المعنى إلى أوسع من ذلك . فالإدارة تتمتع في بعض الحالات بحرية اتخاذ القرار، أو الإمتناع عن اتخاذه لدواعي الملاءمة و الصالح العام . و هو ما يجعل فكرة التدرج، بمعنى أوسع من الذي استقر عليه أصحاب هذه النظرية .

المطلب الثالث : تمييز السلطة التقديرية عن بعض الأعمال الأخرى :

1 - الجريدة الرسمية رقم 55، المؤرخة في 25 سبتمبر 1996 .

2 - الجريدة الرسمية رقم 52، المؤرخة في 02 ديسمبر 1990 .

3 - الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 08 ماي 1991 .

4 - يربط الفقه في بعض الحالات نظرية تدرج القواعد القانونية، بغيب انعدام الأساس القانوني . و مثال ذلك، هو أنه إذا صدر قرار إداري، فإن هذا القرار يجب أن يستند في صدره كقاعدة عامة إلى أساس قانوني . و يستوي في ذلك أن يكون القرار تنظيميا أو فريا . أنظر في هذا المعنى: محمد تقيّة، رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، الجزائر، ص. 154.

إن جميع السلطات العامة في الدولة ، تتمتع بقدر من حرية التقدير يختلف ضيقا و اتساعا بحسب السلطة و طبيعة عملها . و بما أن السلطة الإدارية هي من ضمن هذه السلطات ، فإنها تتمتع بهذه الحرية في مباشرة أعمالها المتمثلة ، في العقود و القرارات الإدارية ، و كذلك الأعمال المادية¹ . غير أنه ، و بشيء من التعمق في تحليل أعمال السلطة الإدارية ، لتحديد مواطن السلطة التقديرية فيها ، فإن ذلك قد يؤدي إلى القول بأن هذه السلطة ترتد دوما إلى القرارات الإدارية .

فالعقود الإدارية تتم على مراحل تمهيدية تتكون من قرارات إدارية ، مثل قرارات إبرامها ، و قرارات إرساء المناقصات ، و المزايدات ، و قرارات الحرمان من دخولها ، و كذلك قرارات توقيع الجزاءات على المتعاقدين مع الإدارة .

كما أن الأعمال المادية للإدارة ، هي أيضا تدور معظمها حول تنفيذ القرارات الإدارية . مما يعني بوضوح أن القرار الإداري ، هو من وراء تصرفات الإدارة باستمرار . و بما أن القرار الإداري يقوم بمجرد التعبير ، أو الإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية المنفردة ، و نيتها في احداث أثر قانوني معين ، فإن من شأن هذا التحديد أن ينفي الخلط بين القرارات الإدارية ، و سائر الأعمال الأخرى التي تتمتع الإدارة فيهما بقدر واسع من حرية التقدير ، و ذلك مثل أعمال السيادة أو الحكومة ، و كذلك الأعمال المادية .

الفرع الأول : السلطة التقديرية و أعمال الحكومة (السيادة) :

يشترط لصحة انعقاد القرار الإداري ، وجوب صدوره عن سلطة ادارية ، و هذا لإستبعاد كافة التصرفات الصادرة عن غير السلطة الإدارية ، حتى و لو سميت باصطلاح "قرار" . بل و الأكثر من ذلك ، استبعاد كافة تصرفات السلطة التنفيذية " غير الإدارية " .

¹ - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 43 .

و بمعنى آخر أن السلطة التنفيذية¹ تمارس نوعين من الوظائف ، الوظيفة الإدارية المتصلة بتنفيذ القوانين و حماية النظام العام و اشباع الحاجات العامة . و الوظائف الحكومية التي تربط السلطة التنفيذية في الداخل و الخارج . أي في علاقة السلطة التنفيذية بالسلطات العامة في الدولة ، أو علاقتها بين الدول و المنظمات الدولية ، سواء كان ذلك في وقت السلم أو الحرب .

و على العموم تخرج الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصددها ممارستها للوظيفة الحكومية من نطاق الرقابة القضائية . إذ تعد في هذه الحالة من أعمال الحكومة أو أعمال السيادة² .

لكن ما مدى حرية السلطة التنفيذية و هي تمارس وظائفها الحكومية ؟

للإجابة على هذا التساؤل ، يجب التمييز بين نوعين من الأعمال :

¹ - إن السلطة التنفيذية أو السلطة الإدارية في الجزائر تتكون من :

أولاً : رئيس الجمهورية ، و هو يتولى وفقاً للمادة 72 من الدستور ، السلطة السامية في الحدود المثبة في الدستور . و من أهم القرارات الإدارية الصادرة عنه ، و التي تصلح أن تكون محلاً للطعن أمام مجلس الدولة ، الأوامر طبقاً لنص المادة 124 من الدستور ، و هذا قبل المصادقة عليها من طرف البرلمان . أنظر في هذا المعنى : **مراد بدران** ، الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية " النظام القانوني للأوامر " مجلة الإدارة ، الجزائر ، المجلد 10 ، العدد 02 ، 2000 ، ص . 9 و ما بعدها ، و لرئيس الجمهورية كذلك اتخاذ المراسيم الرئاسية التي تعد قرارات إدارية سواء أخذنا بالمعيار العضوي أو الموضوعي ، و هذا طبقاً لنص المادة 125 من الدستور ، و هذا باستثناء بعض المراسيم الرئاسية ذات الأهمية ، بحيث يمكن تكييفها على أنها من أعمال السيادة ، الأمر الذي يجرها عن دائرة اختصاص مجلس الدولة . أنظر في هذا المعنى : محمد الصغير بعلي ، القضاء الإداري " مجلس الدولة " ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، 2004 ، الجزائر ، ص . 135 .

ثانياً : رئيس الحكومة : و هو يتولى ممارسة السلطة التنظيمية طبقاً لنص المادة 3/85 ، و المادة 02/125 من الدستور ، و ذلك باصداره المراسيم التنفيذية ، و التي تعد من قبيل الأعمال الإدارية ، بحيث تكون محلاً للطعن فيها أمام مجلس الدولة ، ما لم تشكل عملاً من أعمال السيادة .

ثالثاً : الوزارة : يتمتع أعضاء الوزارة بسلطة إصدار القرارات الإدارية ، سواء كانت قرارات تنظيمية أو فردية ، كما يمكن إصدار قرارات إدارية مشتركة صادرة عن وزيرين أو أكثر .

رابعاً : كافة المنظمات والأجهزة الإدارية المرتبطة بالحكومة سواء كانت سلطات إدارية مركزية أو سلطات لا مركزية ، و سواء كانت هيئات عمومية وطنية أو منظمات مهنية . فهي جميعاً أشخاص إدارية تتمتع بالحق في إصدار القرارات الإدارية.

و عليه يشترط في القرارات الإدارية صدورها عن سلطة إدارية تندرج ضمن هذه المنظمات . و بالتالي يخرج من نطاق هذه القرارات الإدارية ، تصرفات الأفراد العاديين وقرارات السلطة العامة الأخرى بخلاف السلطة التنفيذية ، أي أعمال السلطة التشريعية و القضائية . أنظر في هذا المعنى : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية ، المرجع السابق ، ص.58.

² - تلاشت أهمية هذه النظرية ، باعتبارها محل انتقادات فقهية واسعة ، بحيث يدعو بعض الفقه إلى التقليل من نطاق تطبيقها ، أو حتى إلغائها ، فهي نظرية غير موجودة ، لأنها من صنع القضاء لا المشرع . أنظر هذا المعنى : **ابراهيم عبد العزيز شبيحا** ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص . 182 وما بعدها ، و قريب منه ينظر : **سليمان محمد الطماوي** ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 128 وما بعدها؛ **محمد الصغير بعلي** ، المرجع السابق ، ص . 137.

أولاً : السلطة التقديرية و الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية :

و في هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين ، حالة السلم ، و حالة الحرب .

أما في حالة السلم فلم يتعرض المؤسس الدستوري في الجزائر لكافة الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية ، إلا في المادة 77 / 3 ، 9 ، 10 و فيها ينص الدستور¹ على ، تقرير السياسة الخارجية للأمم ، و توجيهها ، و على إبرام المعاهدات الدولية ، وكذا قبول أوراق اعتماد الدبلوماسيين الأجانب و إنهاء مهامهم . و المواد 137 و 132 ، و فيهما ينص الدستور على مصادقة رئيس الجمهورية على المعاهدات الدولية . و في هذا الصدد تتمتع السلطة التنفيذية في هذه الحالة بسلطة تقديرية واسعة ، وهذا إزاء تخلي المؤسس الدستوري عن وضع أية قيود في هذا الشأن.

أما عن العلاقات الدولية غير السلمية، مثل إعلان الحرب، فلم يرد بشأنها سوى نص المادة 95، والتي تقضي باختصاص رئيس الجمهورية بإعلان الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء ، والإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن و استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة. و طبقا لنص المادة 96 من الدستور ، تتمتع السلطة التنفيذية ، بسلطة تقديرية واسعة في مباشرة الأعمال العسكرية ، و هذا لتوليها جميع السلطات العامة في الدولة و إيقافها للعمل بالدستور .

ثانيا : السلطة التقديرية و الأعمال المتصلة بالعلاقات بين السلطات العامة :

وتدور أعمال الحكومة في هذا الصدد حول العلاقات بين السلطتين التشريعية و التنفيذية بصفة أساسية . الأمر الذي يستدعي عملية التمييز بينهما :

أ - الأعمال التي تباشرها السلطة التشريعية في مواجهة السلطة التنفيذية :

¹ - الجريدة الرسمية رقم 76 ، الصادرة في 28-12-1996 .

الأصل أن ممارسة الوظيفة التشريعية يندرج في إطار اختصاص البرلمان . غير أنه و في بعض الحالات ، يشارك البرلمان في الوظيفة التنفيذية عن طريق مراقبته لنشاط الحكومة بعدة و سائل حددها الدستور¹ . و من بين هذه الوسائل ، نذكر المادة 134 الخاصة بحق توجيه الأسئلة ، و المادة 133 بخصوص استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة ، و المادة 80 الخاصة بمناقشة برنامج أعضاء الحكومة و إمكانية الموافقة أو عدم الموافقة عليه ، و المادة 84 التي تخول للمجلس الشعبي الوطني حق سحب الثقة... الخ . و الغالب هنا ، هو أن السلطة التشريعية تتمتع بحرية تقدير واسعة في مواجهة السلطة التنفيذية² .

ب - الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية في مواجهة السلطة التشريعية :

أما عن أعمال الحكومة التي تباشرها السلطة التنفيذية ، فهي تبدو أكثر تقييد من سابقتها الصادرة عن السلطة التشريعية . و من الأمثلة على ذلك ، ما ورد في نص المادة 129 من الدستور، و الخاصة بالمرسوم الرئاسي الذي يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، و هذا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة و رئيس الحكومة . و كذا المرسوم الرئاسي الذي يحدد تاريخ الانتخابات و استدعاء الهيئة الناخبة³ .

الفرع الثاني : الأعمال المادية و السلطة التقديرية للإدارة :

يشترط أيضا لصحة انعقاد القرار الإداري ، أن يكون عملاً ارادياً منفرداً ، بحيث تتجه فيه الإرادة إلى احداث أثر قانوني معين . و هذا الشرط بطبيعته ، يضي على تصرف الإدارة صفة العمل القانوني و طبيعته .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : الأمين شريط ، المرجع السابق ، ص . 195 .

² - دستور الجزائر لسنة 1996 .

³ - هناك أيضا بعض الأعمال التي يعتبرها مجلس الدولة الفرنسي من قبيل أعمال السيادة ، كاستدعاء أو نهاية الدورات التشريعية، و اقتراح القوانين ، و صدور ها ، و استشارة الشعب في مشروع قانون ، و طلب من السلطة التشريعية لإجراء مداولة ثانية في قانون ، و تشكيل الحكومة ، و التوجه إلى المجلس الدستوري . أنظر في هذا المعنى : محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق ، ص . 136 ؛ رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994، ص . 43 .

و من هذا المنطلق ، فإن أساس التفرقة بين القرار الإداري و العمل المادي يكمن في إحداث القرار الإداري لأثر قانوني . و بما أن العمل المادي يكون مقصور الأثر على تنفيذ وضع نشأ من قاعدة قانونية مباشرة و لا ينشئها ، فإنه لا يعتبر عملا قانونيا . بمعنى آخر أن العمل المادي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى احداث آثار قانونية . و يطلق على هذه التسمية اسم الأعمال التنفيذية ، و هي ليست قرارات إدارية ، بل هي أعمال مادية¹ . و من أهم الأعمال التي قد تختلط بالقرارات الإدارية ، في حين أنها من الأعمال المادية التي لا أثر قانوني لها بذاتها ما يلي :

أولا : الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقا للقوانين و القرارات الإدارية :

تعتبر الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبقا للقوانين ، و القرارات الإدارية ، من قبيل الأعمال المادية ، ذلك لأن هذه الأخيرة لا يترتب عليها أي آثار قانونية على نفاذها ، و هذا على عكس القرارات الإدارية ، التي يشترط لقيامها ، وجوب إحداثها لآثار قانونية معينة ، سواء تمثلت هذه الآثار في إنشاء مراكز قانونية جديدة ، أو تعديلها .

و استنادا على ذلك تفلت هذه الإجراءات من الرقابة القضائية بواسطة دعوى الإلغاء ، على أساس أنها مجرد أعمال تنفيذية للقوانين و اللوائح ، أو أنها قرارات كاشفة وليست منشئة ، بحيث لا يتولد عنها آثار قانونية بذاتها ، و من ثم تنتفي عنها صفة القرارات الإدارية و طبيعتها².

ويقصد بالقرار الكاشف ، ذلك القرار الذي لا يحدث جديدا في عالم القانون ، بل يقتصر عمله على إثبات ، أو تقرير حالة موجودة من قبل ، و محققة بذاتها للآثار القانونية³.

ثانيا : التدابير الداخلية و السلطة التقديرية للإدارة :

¹ - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 75 - 76 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 78 .

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

تشمل التدابير الداخلية ، طائفة غير متناسقة و متجانسة من الإجراءات الإدارية التي لا يمكن الإستغناء عنها . فهي صمام الأمان ، و المحرك الأساسي للعمل الإداري . و من أهم أمثلة هذه التدابير، المنشورات ، و التعليمات الداخلية التي يطلق عليها " تعليمات المرفق " ، كما يضم أيضا موضوع التدابير ، الأوامر الإدارية الداخلية ، و البلاغات الرسمية . كما يندرج ضمن دائرة التدابير الداخلية أيضا ، تدابير تنظيم الإمتحانات الجامعية ، و جداول المراقبة¹ .

و لتمييز الإجراءات الداخلية عن الأعمال القانونية للإدارة ، فإنه يلزم الرجوع إلى محتوى و مضمون الإجراء أو العمل . فإذا كان من شأن هذا العمل إحداث أثر قانوني ، فإنه يعد من قبيل الأعمال القانونية ، أي القرارات الإدارية . أما إذا كان العكس - أي لم يحدث أثر قانوني - فإنه يعد من ضمن التدابير أو الإجراءات الإدارية ، و التي تعد من قبيل الأعمال المادية² هذا من ناحية . و من ناحية أخرى أن موضوع التمييز بين الأعمال القانونية ، و التدابير الداخلية يرتبط أيضا بمسألة قبول دعوى الإلغاء ضدها . و عليه ، فإن القاضي الإداري سيكون مضطرا للبحث عما إذا كان المنشور قد أثر في المركز القانوني أم لا ؟ . و بهذا يكون معيار التأثير في المركز القانوني للطاعن ، هو الحد الفاصل بين التدابير الداخلية ، و الأعمال القانونية .

وعلى العموم ، تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، بصدد تقرير هذه المنشورات والتوجيهات. لأن الإدارة في هذه الحالة لا تلتزم بشكل محدد . فقد تصدر هذه التدابير في صورة مواد مثل مواد القانون أو اللائحة . كما قد تصدرها في شكل خطاب ، أو رسالة للعاملين بالإدارة . كما قد تصدرها في شكل أوامر، أو في شكل اقتراحات ، و آراء استشارية .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : علي خطار الشطناوي ، القضاء الإداري ، الجزء الأول ، ص . 408 .

² - J. RIVERO , Les mesures d'ordre intérieur administratives , Paris , 1934 .

مأخوذ عن : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، ص . 88 .

المبحث الثاني:

تميز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد :

Le Pouvoir discrétionnaire et La Compétence liée

سبق و أن قلنا أن فكرة السلطة التقديرية تقوم على تمتع رجل الإدارة بتقدير مناسبة إصدار القرار الإداري . أما في حالة الاختصاص المقيد ، فإن هذه الحرية تزول¹ ، بحيث لا يكون أمام رجل الإدارة إلا إصدار القرار على النحو الذي سبق للقانون أن أملاه عليه . و لكن كيف يتسنى لرجل الإدارة ، و للقاضي الإداري من بعده أن يعرف ما إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في مواجهة حالة بالذات ، أم أن اختصاصها مقيد بقاعدة قانونية ؟ . بمعنى آخر كيف يتسنى له و للقاضي الإداري عند الرقابة القضائية أن يعرف ما إذا كان لزاما عليه أن يتخذ التصرف المعين الذي أملاه عليه القانون أم لا ؟ .

إن هذه المسألة تحتاج إلى وضع معيار مميز يتخذه رجل الإدارة أساسا يهتدي به ، لمعرفة ما إذا كانت سلطته في إصدار قرار ما مقيدة أو تقديرية . و من هنا تظهر ضرورة التمييز بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد ، و ذلك من أجل تحديد مدى الرقابة القضائية على هذا القرار . غير أنه لا يمكن أن يفهم من هذا ، بأن هناك مجال منفصل بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد . بل أن التقدير و التقييد في القرارات الإدارية ، إنما يوجدان معا في كل عمل إداري . بمعنى آخر أنه ليس ثمة قرار تقديري بحت ، كما أنه ليس ثمة قرار مقيد بحت . بل أن هناك نوع من التداخل بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد .

و في إطار تقسيم هذا المبحث ، فإنه سوف يخصص المطلب الأول: لمعايير التمييز بين السلطة

¹ - من الأفضل التعبير عن هذه الحالة بالاختصاص المقيد (compétence liée) ، و لو أن هناك من ينعته أيضا بالسلطة المقيدة (pouvoir liée) ، ذلك أننا إزاء حالة احتفت فيها السلطة التقديرية تماما ، و لم يبق إلا الإختصاص المقيد بالقاعدة القانونية. أنظر في هذا المعنى : محمد عبد الجواد حسين ، المرجع السابق ، ص . 214 .

التقديرية و الإختصاص المقيد . أما **المطلب الثاني** فسندرس أهمية التمييز بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد وأما **المطلب الثالث** فسندرس فيه مدى التداخل بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد .

المطلب الأول: معايير التمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد :

تعد مسألة وضع معيار للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد ، من أهم و أدق المسائل التي شغلت أذهان الباحثين في فقه القانون الإداري . ففي الوقت الذي ذهب فيه البعض إلى أن معيار التفرقة يكمن في القواعد التشريعية ، فإن الفريق الثاني ذهب إلى أن قواعد التنظيم القانوني عموما هي التي تشكل المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد . و يقصد بقواعد التنظيم القانوني عموما ، مجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية أيا كان مصدرها ، سواء كان هذا من الناحية التشريعية ، أو من الناحية القضائية¹ .

و على هذا الأساس ، فإن اختلاف النظرة بين القواعد التشريعية ، و قواعد التنظيم القانوني عموما ، كان له أثر كبير في إيجاد المعيار الفاصل بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد .

الفرع الأول : معيار علاقة الإدارة بالقواعد التشريعية :

إن السلطة التقديرية هي أمر يتصل بتطبيق القواعد القانونية . و من ثم فإنها ترجع بالدرجة الأولى إلى موقف المشرع عند سن القواعد القانونية² . بمعنى آخر أن المشرع هو الذي يحدد من يتولى تطبيق أحكام هذه القواعد القانونية ، و ما إذا كان الإختصاص الذي يتمتع به رجل الإدارة تقديريا أو مقيدا . و في سبيل البحث عن أهم المعايير التي قيلت في هذا الصدد يذكر ما يلي :

أولا : معيار مدى إلزامية القواعد القانونية :

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 68 .

² - سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص . 264 .

في مجال البحث عن معيار للتمييز بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيّد ، يقدم الفقيه لون نظريته . و هي عنده نظرية عامة ، يمكن تطبيقها بالنسبة لمختلف فروع القانون، و تكون صالحة للتطبيق في جميع النظم القانونية للدول المختلفة . فما فحوى هذه النظرية ؟ ، و ما مدى صحتها؟.

أ - مضمون النظرية :

حاول الفقيه لون¹ من خلال نظريته ، التمييز بين الأحكام الحاسمة أو القاطعة ، و الأحكام الجوازية كأساس للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيّد . و يقصد بالأحكام الحاسمة ، تلك التي لا تترك لمن يخضع لحكمها أي حرية في تحديد المسلك الذي يتخذه . غير أن الجانب الذي لا ينظمه القانون ، لا يكون له أهمية ، و سوف يكون متروكا لمحض تقدير الشخص المخاطب . فإذا أوجبت قاعدة قانونية مثلا على سائق سيارة الأجرة أن ينقل الزبائن من مكان إلى مكان معين ، دون أن توضح له المسلك الذي يجب أن يأخذه ، فإن اختيار السائق لمسلك معين لن يكون له من أهمية قانونية ، ذلك لأنه بالنسبة لهذا الجانب سوف يتصرف كأبي فرد عادي . أما القواعد الجوازية ، فيقصد بها تلك القواعد التي تترك لمن يخضع لأحكامها حرية الإختيار بين أعمال متعددة ، يعتبر كل منها عملا من أعمال الدولة².

غير أن الواجب و القدرة هنا كمصطلحين ، لا يمكن فهمها عند الجميع على نحو واحد بالمعنى نفسه ، لأنهما من المفاهيم النسبية التي تختلف باختلاف اللغات و الأزمنة . لذلك كان هناك دائما مجالا لتفسير النصوص للتوصل إلى هذا المعنى أو ذاك ، و هذا رغم ما تكتنف هذه العملية ذاتها من صعوبات كثيرة .

و على هذا الأساس ، أضاف الفقيه لون ، فكرة الغرض لضبط معياره للتمييز بين القواعد الحاسمة ، مصدر الإختصاص المقيّد ، و القواعد الجوازية ، مصدر السلطة التقديرية³ . فعملية التمييز السالفة

¹ - LAUN, Le pouvoir discrétionnaire, Rapport au congrès de l'institut international de droit public , publié dans l'annuaire dudit institut , 1935, p. 113 .

مأخوذ عن : عصام عبد الوهاب البر زنجي، المرجع السابق ، ص. 68 .

² - علي خطار شطناوي ، القضاء الإداري ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص. 69 .

³ - أشار إلى ذلك : علي خطار شطناوي ، المرجع السابق ، ص. 69 .

بين القواعد الوجوبية و الجوازية ، هي عملية واسعة و فضفاضة و جد صعبة . فإذا كان من المتصور من حيث المبدأ أن صياغة القانون يمكن أن تكون دائما على نحو حاسم و قاطع ، إلا أن الواقع العملي على غير ذلك تماما ، لأن الصيغة الجوازية ، هي الأخرى ضرورية من جهة نظر الفن التشريعي .

و من هذا المنطلق ، نكون بصدد اختصاص مقيد إذا كان الغرض محددًا في القاعدة بشكل صريح أو ضمني . و تكون سلطة صاحب الإختصاص تقديرية إذا لم يكن الغرض محددًا ، بحيث يكون صاحب الاختصاص حرا في اختيار غرض من الأغراض التي ينبغي الوصول إليها . و مما لا شك فيه ، أن ركن الغاية يعد ركنا ثابتا لا يتغير في جميع أعمال الإدارة ، و الذي يتمثل في تحقيق المصلحة العامة سواء كانت صلاحية صاحب الاختصاص ، تقديرية أم مقيدة .

ب - تقدير النظرية :

يرى الفقيه لودوفيتشي¹ أن أول ما يمكن أن يوجه من نقد إلى هذه النظرية ، أنها جاءت عامة ، و كأنها وضعت كما و لو لم يكن هناك قضاة بالمرّة . بالإضافة إلى ذلك ، فإن هذا الرأي لا يتفق مع واقع الرقابة القضائية . ذلك لأنه إذا راقب القاضي التفسير الذي تجرّبه الإدارة ، فلا شك أننا سنكون أمام اختصاص الإدارة المقيد كما قرر لون . و لكن إذا رفض القاضي إجراء هذه الرقابة ، فإن السلطة ستكون حينئذ سلطة تقديرية لا سلطة مقيدة ، و هذا على عكس ما قرره لون .

أما بالنسبة لعملية تحديد الأغراض ، أو عدم تحديدها ، فإن الأمر متروك لتقدير القاضي الإداري . فقد يحدث حقيقة أن يرفض القضاء ممارسة رقابته على القرار الإداري ، و يعترف للإدارة بسلطة تقديرية في إصدار قرارها المطعون فيه ، و هذا سواء حدد المشرع الغرض أم لم يحدده . كما

¹ - Lino DI QUAL, La compétence liée ,L.G.D.J., Paris , 1964, p .107 ; Lodovici , L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire , Thèse Lille , 1937. p. 126 .

أشار إلى ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 71 .

قد يرى في بعض الحالات ضرورة تحديد غرض معين ، مبررا موقفه أن كل سلطة تمنح ، ينبغي أن يكون لها غرضا محددًا . و هكذا تنقلب السلطة التي بدأت ، و كأن المشرع أراد أن يحولها من سلطة تقديرية ، إلى سلطة مقيدة .

ثانيا : معيار مدى الإعلان القانوني لأسباب القرار الإداري

حاول الفقيه بونار¹ من خلال نظريته ، الإعتماد على الإجتهد القضائي لإستخلاص معيار يستطيع من خلاله التمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد . فما فحوى هذه النظرية ؟ ، و ما مدى صحتها ؟ .

أ - مضمون النظرية :

يحدد الفقيه بونار فكرة السلطة التقديرية للإدارة بصورة عامة إذ يقول " أن هناك سلطة تقديرية للإدارة في حالة ما إذا كانت القوانين و اللوائح قد نصت على اختصاص الإدارة بمناسبة علاقة قانونية لها مع الأفراد ، و تركت لها سلطة التقدير الحر لملاءمة إقدامها على التصرف أو عدم إقدامها عليه"² . و يقابل فكرة السلطة التقديرية ، فكرة أخرى مناقضة لها، هي الاختصاص المقيد، بحيث يكون الاختصاص مقيدا في حالة ما إذا نصت القوانين و اللوائح على إلزام الإدارة بالتصرف أو الامتناع عنه . إلا أن العميد بونار اعترف بعدم كفاية هذا التعريف لتمييز فكرة السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد بشكل قاطع و دقيق . فمن النادر أن تحدد القوانين و اللوائح الالتزامات القانونية للإدارة مسبقا ، و بصفة صريحة ، إقدامها على التصرف ، أو عدم اقيامها . لهذا كان من الضروري التوصل إلى تعريف آخر يمكن الركون إليه للتمييز بين السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد .

إن هذه المسألة في الحقيقة هي مسألة على جانب كبير من الصعوبة ، وإثارة للجدل ، و الاختلاف في القانون الإداري . و على هذا الأساس حاول الفقيه بونار الاعتماد على الاجتهاد

¹ - **BONNARD** , Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir , R , D . P . , 1923 , p . 363 .

مأخوذ عن : علي خطار شطناوي ، القضاء الإداري ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص . 71 ؛ و قريب منه ينظر : محمد عبد الجواد حسين ، المرجع السابق ، ص . 224 .

² - **BONNARD**, Précis de droit administratif, 4^{ème} éd , 1943 , p. 76 .

مأخوذ عن : عصام عبد الوهاب البر زنجي ، المرجع السابق ، ص . 74 .

القضائي للتمييز بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيّد . فتكون سلطة الإدارة تقديرية إذا لم تعلن القوانين و الأنظمة مسبقا الأسباب القانونية و الواقعية بصفة كلية ، أو إذا حددتها بصفة عامة¹ . إذ يلحق غياب الإعلان الكلي لأسباب القرار ، وجود نوع من حرية التقدير في قيمة الأسباب ، و ملائمة القرار . ويكون اختصاص الإدارة مقيدا ، إذا حدد القانون أسباب القرار الإداري . و لهذا تكون الإدارة ملزمة بالتصرف أو الامتناع عنه ، أو التصرف بشكل معين، أو اتخاذ أو عدم اتخاذ قرار إداري على نحو معين و بمضمون محدد² .

ب- تقدير النظرية :

لقد اتخذت نظرية بونار أهمية كبرى في الدراسات الفقهية ، و اعتمدت من قبل الكثيرين من الكتاب في جوانب كثيرة من دراساتهم . إلا أنه و بالرغم من الجهود الكبيرة الذي بذله العميد بونار في اخراج نظريته ، و صياغتها ، و الدفاع عنها ، و على الرغم من التأييد الواسع الذي نالته ، و خاصة في مجال الرقابة على الأسباب الواقعية للقرار الإداري ، إلا أنها لم تلق ترحيبا واسعا على أساس أن هذه النظرية اتسمت بنوع من التعميم ، هذا من جهة . و من جهة أخرى أنها أنكرت الدور الإنشائي الذي يلعبه القاضي الإداري في هذا الصدد ، و هذا من خلال تقيده لسلطة الإدارة التقديرية .

ثالثا : معيار مدى عمومية و تجريد القاعدة القانونية :

حاول الأستاذ شاتيلان¹ من خلال نظريته ، إيجاد معيار مناسب للتمييز بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيّد ، معتمدا في ذلك على تحليل المدرسة النمساوية لتدرج القواعد القانونية . فما فحوى هذه النظرية إذا ؟ ، و ما مدى صحتها ؟ .

أ - مضمون النظرية :

و في هذا الصدد تذهب ، المدرسة النمساوية للقول بأن القواعد القانونية في المجتمع ، تختلف من حيث قيمتها القانونية ، فهي تتدرج في شكل هرمي ، و هذا بحسب قيمتها القانونية ، بحيث تكون

¹ - يقصد الفقيه بونار بالأسباب (les motifs) هنا تلك الحالات الواقعية أو القانونية السابقة ، التي تقع فتؤدي إلى نشاط معين . أنظر في هذا المعنى : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 75 .

² - علي خطار شطناوي ، القضاء الإداري ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص . 72 - 73 .

كل قاعدة قانونية في هذا التدرج ، تنفيذاً لقاعدة أخرى أعلى منها درجة ، و في نفس الوقت تكون منشئة لقاعدة تليها ، و في درجة أقل منها .

و تأسيساً على ما سبق، فإن اختصاص رجل الإدارة لن يكون تقديرياً إلا بقدر ما يضيفه في قراره من العناصر إلى القاعدة التي استمد منها اختصاصه ، إذ يكون في هذه الحالة اختصاصه مقيداً إذا اقتصر على التنفيذ الحرفي للقاعدة التي استمد منها اختصاصه ، دون أن يضيف إليه عناصر جديدة . و عليه فكلما كانت القاعدة القانونية أكثر عمومية و تجريداً اتسع مدى سلطة رجل الإدارة التقديرية و نطاقه ، و هذا نظراً لما يتطلب تطبيق القاعدة القانونية من تخصيص ، فالسلطة التقديرية في هذه الحالة تتجلى أساساً في القدرة على تخصيص القاعدة القانونية. أما إذا كانت القاعدة القانونية أقل عمومية و تجريداً ، فهنا نكون بصدد الاختصاص المقيد لإدارة ، إذ أن القاعدة القانونية في هذه الحالة عند تطبيقها ، لا تستجيب لأي تخصيص ، بل لا تحتل إلا التنفيذ المادي دون إدخال أي عنصر جديد لتخصيصها .

ب - تقدير النظرية :

لم تسلم نظرية المدرسة النمساوية هي الأخرى و رأي العميد شاتيلان من النقد² ، و هذا بسبب احتوائها على نوع من الغموض و الإبهام . فلقد تمثل أهم نقد وجه لها ، في أن السلطة التقديرية تتمثل دائماً في وضع قواعد جديدة ، إلا أن الحقيقة خلاف ذلك . فالسلطة التقديرية يمكن أن تتمثل أيضاً في حرية الاختيار بين قرارين أو عدة قرارات تحددت عناصرها مقدماً بالقواعد الأعلى التي

¹ - CHATELAIN , De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et jugements , thèse, Paris, 1942 .

مأخوذ عن : علي خطار شطاوي ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص . 70 .

² - موريس هورويو ، القانون الإداري ، الطبعة 12 ، 1933 . ص . و ما بعدها 301. مأخوذ عن : عصام البر زنجي ، المرجع السابق ، ص . 82 .

يعود إليها إنشاء سلطة الإدارة¹. ففي هذه الحالة هناك سلطة تقديرية، ولكن بالنسبة لاختيار هذا القرار أو الإمتناع عن اتخاذه .

الفرع الثاني : معيار علاقة الإدارة و قواعد التنظيم القانوني عموما :

لقد حاول أنصار هذا المعيار تجنب كل العيوب المجتمعة في النظريات السابقة في تمييز السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد . فلقد حاولوا إلقاء الضوء على دور القضاء الإداري ، باعتباره مصدرا من مصادر القانون الأخرى ، إلى جانب القواعد التشريعية . فالقضاء الإداري لا يقف أبدا عند التحقق من مطابقة قرارات الإدارة مع التنظيم التشريعي فقط ، بل كذلك يتحقق من احترام الإدارة للقواعد التي يضعها نفسه ، فهو يضع دائما قواعد جديدة .

و من هذا المنطلق ، فإن تحديد معيار السلطة التقديرية للإدارة ، يكمن في تخلف التحديد القانوني بمصدره التشريعي و القضائي ، لا مجرد عدم التحديد التشريعي فقط .

و في سبيل البحث عن معيار آخر للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد ، ظهرت عدة آراء ، و أهمها على الإطلاق : رأي الفقيه آيزنمان ، رأي الفقيه لودوفيتشي ، رأي الفقيه ديلوبادير .

أولا : نظرية الفقيه آيزنمان :

حاول الفقيه آيزنمان² من خلال نظريته أن يجد معياراً مناسباً للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد ، معتمدا في ذلك على معيار هام ، يتجلى في مدى كفاية تحديد التنظيم القانوني . فما فحوى هذه النظرية ؟ ، و ما مدى صحتها ؟ .

أ - مضمون النظرية :

يحاول الفقيه آيزنمان إعطاء مفهوم عام تقريبي للسلطة التقديرية . فيقول بأن السلطة التقديرية " تعني قدرة الاختيار بين عدة قرارات ، أي هناك مجموعة من القرارات المتاحة و الممكنة . فكلما كان المختص بإصدار القرارات الإدارية من رجال الإدارة يملك حق الاختيار بينهما ، أمكن القول أن

¹ - عمار بوحوش، الاتجاهات الحديثة في علم الإدارة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1984 ، ص . 157 و ما بعدها.

² - EISENEMANN , Cours de droit administratif de droit public, 1949. 1950 , p. 419.

مأخوذ عن : علي خطار شطناوي ، المرجع السابق ، ص . 70.

لديه سلطة تقديرية ". لهذا فإن التقدير يعني التقيد الذاتي أو الاستقلال لمن يملك إصدار القرار ، و هذا دون التقيد بإرادة أخرى .

ويقابل فكرة السلطة التقديرية ، فكرة أخرى مناقضة هي بلا شك السلطة المقيدة ، - أي أن ما يقابل التقدير هو التقيد - أو الإلزام . و يقصد بالتقيد ، التحديد المسبق ، أو المنصوص عليه في قاعدة قانونية ملزمة . فالاختصاص المقيد هو الإلزام الذي لا يترك أي حرية أو مجال للإدارة الشخصية لمصدر القرار الإداري¹ .

و يتساءل الفقيه فيما بعد عن مصدر السلطة التقديرية فيقول : " إن مصدر التقدير هنا ، هو بلا شك مصدر قانوني ، ذلك أن الصفة التقديرية في حد ذاتها ، تتأتى من حالة قانونية معينة ، أو بعبارة أخرى من حالة معينة لتنظيم القانوني . "

¹ - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 110 .

و لكن ماذا يقصد باصطلاح التنظيم القانوني ؟

يقصد بالتنظيم القانوني ، كل القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطة الإدارية ، و ليس فقط القواعد التشريعية . فالسلطة التقديرية لا يمكن تقييدها فقط بالتشريع ، بل تنقيد بقواعد أخرى هي القواعد القضائية . و بالتالي فإن تقييد حرية الإدارة في اتخاذ القرار ، إنما هو نتيجة للقواعد التشريعية ، و القواعد القضائية على حد سواء¹ .

ب - تقدير النظرية² :

من خلال دراسة معيار ايزنمان ، لا يمكن الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلا في حالة تخلف التحديد القانوني الدقيق بمفهومه الذي أعتمد ، و المكون من القواعد التشريعية و القواعد القضائية ، و هذا باعتبارهما مصدران يكمل كل واحد منهما الآخر في القانون الإداري .

بمعنى آخر أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة ، لا تتطابق أبدا مع مدى الحرية التي تتركها النصوص التشريعية ، بل لا بد من أن يعتمد القاضي مسلك هذه النصوص ، و هذا بإضافه بعض العناصر الجديدة المكملة لهذه النصوص.

ثانيا : نظرية الفقيه ديلوبادير :

حاول الفقيه ديلوبادير³ من خلال نظريته ، و كسائر الفقهاء أن يجد هو الآخر معيار يستطيع من خلاله أن يميز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد . فما فحوى هذه النظرية ؟ ، و ما مدى صحتها ؟ .

أ - مضمون النظرية :

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : علي خطار شطناوي ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص . 71 .

² - يبدو أن هذه النظرية لم تتعرض للنقد كما تعرضت إليها النظريات السابقة ، لكن كل ما في الأمر هو أن هذه النظرية لم تبرز لنا ماهو الدور الحقيقي الذي يلعبه القاضي الإداري من خلال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة . أنظر في هذا المعنى : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 303-311 .

³ - A . de LAUBADERE, Traité élémentaire de droit administratif, 3^{ème} éd , t.1, p . 213.

مأخوذ عن : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 106 .

يتميز الفقيه ديلوبادير السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيّد فيقول " هناك سلطة تقديرية عندما تكون الإدارة حرة في أن تتخذ هذا القرار أو ذاك . بمعنى أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة عندما لا يكون مسلكها محددًا بالقانون . و على العكس من ذلك ، يكون اختصاص الإدارة مقيدا ، عندما يتبع على الإدارة أن تتخذ قراراً معيناً . بمعنى أن الإختصاص المقيّد للإدارة يثبت عندما يكون مسلكها قد تحدد مقدما بقواعد القانون " .

و يضيف الفقيه ديلوبادير ملاحظة مهمة ، بأن التشريع ليس بالمصدر الوحيد في تقييد اختصاص الإدارة ، بل هناك اختصاص مقيّد بواسطة القاضي نفسه ، إلى درجة أن هذا الأخير يساهم مع المشرع في تحديد الحالات التي تكون فيها السلطة مقيدة أو تقديرية¹ .

ب - تقدير النظرية :

بالرغم من الإنتقادات الموجهة لهذا المعيار² إلا أن هذه النظرية قد اقتربت من الصواب . فلا يمكن اعتبار تخلف التحديد التشريعي ، دليلاً على وجود السلطة التقديرية للإدارة فقط ، بل أن القاضي الإداري كذلك قد يتدخل و يملأ الثغرة التشريعية ، و ينشئ بذلك اختصاصاً مقيداً إلى جانب الاختصاص المقيّد التشريعي .

الفرع الثالث : المعيار الراجح :

¹ - لا يختلف هذا المعيار كثيراً عن ما جاء به الفقيه لودوفيتشي مؤكداً في ذلك على دور القضاء في رقابة العمل الإداري . و عليه فإذا مارس القضاء رقبته على العمل الإداري ، كان اختصاص الإدارة مقيداً . أما إذا انتفت هذه الرقابة فهنا نكون بصدد السلطة التقديرية . إلا أن هذا المعيار و الذي سمي بمعيار الرقابة القضائية ، لم يسلم هو الآخر من النقد ، ذلك أن هذا المعيار انسجم مع مرحلة قضائية مر بها مجلس الدولة الفرنسي ، و المتمثل في استبعاد بعض أعمال الإدارة من ميدان الرقابة القضائية ، في حين أن مجلس الدولة قد عدل عن هذا الإجتهد ، و أصبح يخضع جميع أعمال الإدارة لرقابته القضائية و بدرجات متفاوتة . أنظر في هذا المعنى : علي حطار شطناوي ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص . 68-69 .

² - مما يعاب على هذا الرأي ، أنه ربط فيما بعد فكرة السلطة التقديرية ، بفكرة تقدير ملاءمة القرار الإداري ، في حين أنه يمكن إلى جانب ذلك في التقدير الحر للمشروعية نفسها . أنظر في هذا المعنى : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 109 .

بعد ما تم دراسة مختلف الآراء و النظريات التي قيلت في تعريف السلطة التقديرية ، و تمييزها عن الاختصاص المقيد ، كان لا بد من إيجاد معيار يمكن الركون إليه للتمييز بينهما.

و لعل المعيار الراجح هنا ، هو الجمع بين المعايير التي قيلت ، و هي الاعتراف بالقضاء الإداري إلى جانب المشرع بالدور الذي يلعبانه في وضع قواعد القانون الإداري ، و من ثم التمييز بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد . فالمشرع هنا ، هو الذي يضع القواعد القانونية التي تمنح للإدارة سلطة تقديرية من أجل القيام بالأعمال الإدارية . كما أنه هو الذي يتولى صياغتها من الناحية القانونية . و هو الذي يحدد مدى عموميتها ، و تجريدتها و هو الذي يسمح لصاحبها بإضافة شيء جديد لها . كما أنه هو الذي يحدد في الكثير من الأحيان ، الأسباب القانونية و الواقعية التي يقوم عليها القرار الإداري .

غير أنه و مهما كانت الحرية التي تتركها النصوص التشريعية للإدارة ، فإن ذلك لا يكفي لمنح الإدارة سلطة تقديرية بهذا المدى التي جاءت به ، بل لا بد من أن يعتمد القاضي مسلك هذه النصوص ، و هذا بإضافة بعض العناصر المكملة لها . كما له أيضا أن يقيد من حرية الإدارة ، عن طريق وضع قواعد جديدة أو تركها كما هي ، كما له أيضا أن يتعرض لرقابة الملاءمة في بعض الحالات ، و هذا دون أن يتجاوز اختصاصه الأصل ، المتمثل في رقابة المشروعية¹ . إلا أن الاعتراف للمشرع ، و القاضي الإداري بتقييد ، أو إطلاق حرية الإدارة غير كافي ، بل لا بد من الاعتماد إلى جانب هذه النتيجة المتوصل إليها ، على كل القوانين ، و اللوائح و التعليمات التي تضعها الإدارة لتنظيم مسلكها باعتبارها مصدرا من مصادر التقدير الإداري لأنه ، قد يحدث أن تقيد الإدارة نفسها بوضع تعليمات تجعل أمر مخالفتها غير مطابق للقانون².

¹ - يقدر القاضي الإداري الملاءمة في حالتين : أما الحالة الأولى فعندما يتعرض إلى وضع قاعة قانونية معينة ، بعد أن يرى من الملائم وضع تنظيم قانوني معين بالنسبة لمجال ترك من قبل المشرع دون تنظيم . أما الحالة الثانية ، عندما يتعرض استثناء إلى تقدير الملاءمة في إجراء معين ، أو عندما يبحث في التناسب بين خطورة و أهمية الوقائع الثابتة ، و الإجراء المتخذ على أساس منها . أنظر في هذا المعنى : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 172 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 260 .

المطلب الثاني: المتائج المترتبة على التفرقة بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد :

لقد أصبحت عملية التمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد ، من أهم ما يميز القانون العام في الوقت الحاضر . ذلك أن فقهاء القانون العام الذين سبق ذكرهم ، و القضاء الإداري ، عندما يفرقون بين السلطة التقديرية ، و الإختصاص المقيد ، إنما يفعلون ذلك بقصد تحقيق هدف معين ، يرتبون من خلاله العديد من النتائج القانونية الجذ هامة . إذن فما هي هذه النتائج القانونية ؟ ، و ما مدى أهميتها ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل سوف يتم تخصيص ثلاث فروع ، نتناول في الفرع الأول : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية أركان القرار الإداري ، و نتناول في الفرع الثاني : أهمية التفرقة من ناحية حق الفرد إزاء المرافق العامة ، و نتناول في الفرع الثالث : أهمية التفرقة من ناحية سحب القرارات الإدارية .

الفرع الأول: أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية عناصر القرار الإداري الداخلية¹ :

إن عملية البحث في السلطة التقديرية للإدارة ، و اختصاصها المقيد لا محل له فيما يتعلق بعنصري الإختصاص و الشكل ، ذلك أن القواعد الخاصة بهذين العنصرين تدخل في إطار العناصر الخارجية للقرار الإداري . أما عناصر القرار الداخلية ، فهي التي يمكن أن تكون مجالاً لسلطة الإدارة التقديرية و اختصاصها المقيد . و لما كان الأمر كذلك ، فكان لابد من معرفة أهم النتائج القانونية التي تترتب على عملية التمييز بين السلطة التقديرية ، و الإختصاص المقيد ، من ناحية عدم مشروعية هذه الأركان و المتمثلة في ركن السبب ، و ركن المحل ، و ركن الغرض .

أولاً : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية ركن السبب :

يعرف السبب ، على أنه حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني¹ . و عدم مشروعية السبب ، تظهر إذا قام رجل الإدارة مستنداً إلى سبب غير موجود . و

¹ - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 226-227 .

تسمى هذه الحالة بحالة الخطأ في الواقع ، كما تظهر كذلك عندما يستند القرار على سبب موجود، و لكن لم تكتمل له الصفات القانونية ، و هذه الحالة هي حالة الخطأ في القانون . أما إذا توافرت صحة الأسباب من ناحيتي الواقع أو القانون ، فإن الإدارة عادة ما تتمتع بسلطة تقديرية² .

غير أن عدم المشروعية هنا التي تصيب ركن السبب، تختلف فيما إذا كانت القرارات مبنية على سلطة تقديرية ، أو مبنية على اختصاص مقيد . أما في الحالة الأولى، فإنها تؤدي إلى عيب الانحراف في استعمال السلطة ، أما في الحالة الثانية ، فإنها تؤدي إلى عيب مخالفة القانون³ .

هنا تظهر أهمية التفرقة بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد . كما تظهر أيضا هذه الأهمية في حالة تحديد الأسباب . و عليه ، فإذا حدد المشرع أسبابا معينة ، يتعين توافرها قبل اتخاذ القرار ، فإن اختصاص الإدارة يكون مقيدا في حالة توفر هذه الشروط . أما إذا لم يحدد المشرع الأسباب التي يستند إليها القرار الإداري ، أو أن يقوم بتحديدتها مع ترك الحرية للإدارة في اختيار نوعية القرار الذي يصدره بناء عليها ، فهنا نكون بصدد السلطة التقديرية للإدارة .

ثانيا : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية الغرض :

ركن الغرض أو الغاية أو الهدف⁴ (le but) هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها ، و التي هي غاية النشاط الإداري ، أيا كان صورته و المتمثلة في المصلحة العامة . فإذا ما

¹ - أنظر في تعريف السبب : عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، شروط الطعن بالإلغاء في القرار الإداري في الفقه و قضاء مجلس الدولة ، دائرة الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ، ص . 40 ؛ عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، الدار الجامعية ، 1993 ، ص . 335 ؛ سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 199 ؛ خالد سمارة الزغبى ، القرار الإداري بين النظرية و التطبيق ، دار النشر للتوزيع و النشر ، 1999 ، ص . 39 ؛ أحمد أنور حمادة ، القرارات الإدارية و رقابة القضاء ، دار الفكر الجامعي ، 2004 ، ص . 29 ؛ علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري (الجزء الثاني) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2004 ، ص . 866 .

² - محمد عبد الجواد حسين ، المرجع السابق ، ص . 232 .

³ - كان لهذا التصور أهمية كبرى بالنسبة للتطور الذي اعتمده الفقيه لافيريار ، بحيث صنف أوجه الإلغاء إلى عيب عدم الاختصاص ، و عيب الشكل ، و عيب الانحراف بالسلطة ، و عيب مخالفة القانون الذي يضم عيب المحل و عيب السبب . إلا أنه سرعان ما فقد هذا التطور قيمته في الوقت الحاضر ، ذلك لأنه لم يعد يتفق مع حقيقة ما وصل إليه تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما بعد . أنظر في هذا المعنى : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 248 .

⁴ - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، المرجع السابق ، ص . 71 ؛ خالد سمارة الزغبى ، المرجع السابق ، ص 98 ؛ عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص . 45 .

أصدر رجل الإدارة قرارا صحيحا في حد ذاته ، و لكن لغرض آخر غير الغرض الذي منح لأجله ، كان هذا العمل معيبا بعدم مشروعية الغرض ، و الذي يسمى بعيب الانحراف في استعمال السلطة¹.

و على العموم ، فمهما بلغ التطور في البحث عن الإحرف في استعمال السلطة ، فلن يقوم هذا العيب إلا بصدد استعمال السلطة التقديرية . أما في حالة الإختصاص المقيد ، فلا يظهر هذا العيب ، لأن المشرع هو الذي ألزم الإدارة إيجابا أو سلبا بالتصرف على نحو معين ، وبالتالي يكون التشريع هو الذي راعى الغرض. و من هنا تظهر أهمية التفرقة بين السلطة التقديرية، و الإختصاص المقيد ، ذلك أنه في الحالة الأولى يظهر عيب الإحرف باعتباره الحد الخارجي لها ، أما الحالة الثانية فلا يظهر هذا العيب².

ثالثا : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية المحل :

يقصد بمحل القرار الإداري ، موضوع القرار أو فحواه ، و المتمثل في الآثار القانونية التي يحدثها القرار مباشرة ، و ذلك بالتقدير في المراكز القانونية ، سواء بالإنشاء ، أو التعديل، أو الإلغاء³. فالقرار الصادر بفصل موظف ، يكون أثره فصل العلاقة بين الموظف، و الجهة الإدارية . و القرار الصادر بمصادرة أموال معينة ، يكون محله إزالة ملكية الفرد عن الأموال المصادرة .

و تتجسد عدم مشروعية المحل ، في اصدار رجل الإدارة قرارا لا يستطيع إصداره ، إما بتحريمه عليه مطلقا ، و إما لأنه ملزم بإصداره في ظروف معينة و لأسباب محددة . و عدم مشروعية المحل هنا ، لا تظهر إلا إذا كان اختصاص رجل الإدارة مقيدا . أما إذا كان اختصاص رجل الإدارة تقديريا ، فإنه بذلك يتمتع بحرية في اختيار الوسيلة لمواجهة الموقف . و من هنا تظهر أهمية و فائدة التفرقة بين القرارات المبنية على سلطة تقديرية ، و تلك المبنية على اختصاص مقيد ، حيث يكون

¹ - عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص. 66؛ محمد أنور حمادة، المرجع السابق، ص. 141؛ علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص. 824.

² - محمد عبد الجواد حسين ، المرجع السابق ، ص . 232 .

³ - أنظر في تفاصيل ذلك: عبد الغني بسيوني عبد الله ، 2006، المرجع السابق، ص. 620 وما بعدها؛ أنور حمادة، المرجع السابق، ص. 129؛ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص . 32 .

البحث منصبا في الحالة الثانية فقط على مخالفة القانون . أما الحالة الأولى فينصب البحث فيها على عيب الإنحراف في استعمال السلطة¹.

الفرع الثاني : أهمية التفرقة من ناحية حق الفرد إزاء المرافق العامة :

للمرفق العام معنيان . أما المعنى العضوي ، فيقصد به كل منظمة تنشئها الدولة و تخضع لإرادتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور . أما المعنى الوظيفي أو الموضوعي ، فيقصد به كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة².

و نظرا لأهمية وجود المرافق العامة ، و ضرورة إنشائها ، فإن معرفة أمر إحداثها هو غاية في الأهمية . و لمعرفة ما إذا كانت سلطة الإدارة تقديرية ، أم مقيدة في هذا الشأن ، فإنه يجب التمييز بين حالتين : قبل إنشاء المرافق العامة ، و بعد إنشائها .

أولاً : قبل إنشاء و تنظيم المرافق العامة :

ليس للأفراد أن يطالبوا أمام القضاء بإجبار السلطة العامة بوضع اللوائح اللازمة لتنظيم مرفق تقرر إنشاؤه فعلا ، أو بتخصيص الإعتماد اللازم لتقييده . فالحكومات تتمتع عادة بسلطة تقديرية واسعة في كل ما يتعلق بإنشاء ، و تنظيم المرافق العامة . فسلطتها في هذا الشأن ، لم تكن أبدا مقيدة على درجة تحرمها حرمانا مطلقا من سلطتها التقديرية³.

من هنا تظهر أهمية التمييز بين الإختصاص المقيد و السلطة التقديرية ، إذ أن الافراد ، و طبقا لمقتضيات المنطق ، لا يجوز لهم أن يطالبوا الدولة بإنشاء أو تنظيم مرفق عام . ذلك لأن الدولة عادة ما تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال . لكن ماهو الحل إذا كان اختصاصها مقيدا على وجه لا يترك لها فيه أي حرية للتقدير بإنشاء ، أو تنظيم مرفق ، فهل يجوز للأفراد مطالبة الدولة للقيام بهذا الإجراء الذي أملاه عليها القانون ؟

¹ - محمد عبد الجواد حسين ، المرجع السابق ، ص . 234 .

² - عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، دار ربحانة ، د . ت ، الجزائر ، ص . 156-157.

³ - أنظر في تفاصيل ذلك : محمد عبد الجواد حسين ، حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة ، مجلة مجلس الدولة المصرية ، السنة الثانية، ص . 160.

قد ينشأ التزام قانوني هنا على السلطة العامة ، يقابله في ذلك حق شخصي للأفراد يخولهم حق المطالبة أمام القضاء بإجبار السلطة العامة على إنشاء المرافق العامة و تنظيمها . إلا أن هذا الحق، إذا أمكن تصوره من الناحية النظرية ، فلن يترتب عليه أي أثر من الناحية العملية ، بسبب عدم وجود المحكمة المختصة بهذا الطلب¹. غير أن عدم وجود المحكمة المختصة للحكم على الإدارة ، وإلزامها بالقيام بهذا العمل ، لا يفقد أهمية هذه التفرقة . فالتعرف على اختصاص الإدارة المقيد في حد ذاته يكشف في الواقع عن مسؤوليتها الأدبية أما هيئة الناخبين ، و بالتالي عن مسؤوليتها السياسية أما البرلمان².

ثانيا : بعد إنشاء و تنظيم المرافق العامة :

تظهر أهمية التفرقة بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد في الأحوال التي يمكن للفرد من خلالها مطالبة الإدارة بتقديم الخدمة إليه شخصيا. غير أن القضاء الإداري ، و معظم الفقهاء³ يفرقون في هذه الحالة فيما إذا كان هذا الطلب موجهاً ضد المرافق العامة الإدارية البحتة ، أو المرافق الصناعية التجارية .

أما المرافق الإدارية البحتة ، فإنها لا تنشئ للفرد أي حق إزاءها ، و بالتالي لا تكون الإدارة ملزمة شخصيا قبل الأفراد بتنفيذ الإلتزام و تقديم الخدمة. أما بالنسبة للمرافق الصناعية ، و التجارية ، فإنها تشابه بذلك المشروعات الحرة التي تخضع في الكثير من النواحي لقواعد القانون الخاص . و طبقا لهذا المبدأ العام ، يمكن أن يكون للفرد قبل هذه المرافق حق شخصي يخوله حق المطالبة به أما القضاء ، شريطة أن تكون الإدارة مقيدة الإختصاص . أما إذا كانت سلطتها تقديرية ، فلن يتوفر هذا الحق . و عليه فإن المشرع يقيد اختصاص الإدارة ، و يلزمها بالتصرف على نحو معين

¹ - محمد عبد الجواد حسين ، سلطة الإدارة التقديرية و اختصاصها المقيد ، المرجع السابق ، ص . 234 .

² - إن الشعب هو مصدر كل سلطة ، و أن البرلمان يعد مسؤولاً لكل المسؤولية عن عمله في تشريع القوانين لإحداث المرافق العامة ، و هذا من خلال البرامج التي يتم إعدادها و التي من خلالها صوت الشعب من أجلها و على أساسها . و في هذه الحالة تنقيد سلطة الإدارة في إنشاء ما تم الوعد به أمام الشعب .

³ - أشار إلى ذلك : محمد عبد الجواد حسين ، سلطة الإدارة التقديرية و اختصاصها المقيد ، المرجع السابق ، ص . 226 .

. فهي لا تعدو أن تكون إلا آلة في تنفيذ أو توريد المنفعة . و تقييد اختصاص الإدارة هنا قد ينشأ عن العقد ، كما قد ينشأ عن القانون .

أ - بالنسبة للتعاقد :

إذا تعاقد الفرد مع المرفق العام من أجل الحصول على خدمة ما ، على أساس مثلا توقيع وثيقة اشتراك كهرباء ، أو المياه أو الغاز، سواء كان ذلك عن طريق الإمتياز ، أو عن الطريق المباشر أي (مع السلطة الإدارية) ، فإن العلاقة هنا هي علاقة تعاقدية يحمها القانون الخاص. وكذلك الحكم إذا لم يوقع المنتفع على وثيقة خاصة بالإننتفاع ، إذ أن التعاقد هنا ، نشأ بإيجاب و قبول ثابتين ، كتذكرة السفر بالسكك الحديدية . و الذي يهمننا هنا هو إظهار أهمية التمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد . ففي حالة التعاقد السابقة ، فلا مجال للسلطة التقديرية للإدارة ، لأنه إذا كان المشرع قد ترك للإدارة حرية إبرام العقد ، فإن هذه الأخيرة تختفي من وقت إبرامه ، و بذلك يظهر أثر الإختصاص المقيد .

ب - بالنسبة للقوانين و اللوائح :

طبقا للمبادئ العامة ، يجوز للفرد أن يلزم الإدارة بتقديم الخدمات و الحاجات التي أنشئ المرفق العام من خلالها . و أساس ذلك هو إلزام القانون للجهة الإدارية بتقديم الخدمة ، لأن اختصاص الإدارة في هذه الحالة يكون مقيدا . و على هذا الأساس ، يكون للفرد إزاء المرافق العامة حق شخصي ، يستمد إما من الرابطة التعاقدية ، أو من القانون . و في كلتا الحالتين يجوز للفرد أن يحصل على حكم يلزم من خلاله المرفق الصناعي ، أو التجاري بتقديم الخدمة ، أو المنفعة المقررة له شخصيا بمقتضى العقد ، أو الإتفاق أو حكم القانون . و من هنا تظهر أهمية و أثر التفرقة بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد على النحو السابق بيانه¹ .

الفرع الثالث : أهمية التفرقة من ناحية سحب القرارات الإدارية :

¹ - أشار إلى ذلك : محمد عبد الجواد حسين ، سلطة الإدارة التقديرية و اختصاصها المقيد ، المرجع السابق ، ص . 238 .

يترتب على عملية التمييز بين السلطة التقديرية ، و الإختصاص المقيد نتيجة بالغة الأهمية ، تتصل بنظرية هامة في القانون الإداري ، و هي نظرية سحب القرارات الإدارية غير المشروعة . و يقصد بالسحب الإداري ، إنهاء و إعدام الآثار القانونية للقرارات الإدارية غير المشروعة بأثر رجعي ، شريطة أن يتم في خلال مدة زمنية مقررة لإجراء عملية السحب¹. ذلك أن دواعي الإستقرار تقضي بأنه ، إذا صدر قرار فردي معيب من شأنه أن يولد حقا مكتسبا ، فإن هذا القرار يجب أن يستقر عقب فترة زمنية معينة من الزمن ، يسري عليه ما يسري على القرار الصحيح الذي يصدر في ذات الموضوع إلى حين سحبه . و هذا تنفيذا للإلتزامات الإدارة بالمحافظة على مبدأ المشروعية . لكن على أي أساس تقوم نظرية السحب الإداري ؟ .

تقوم نظرية السحب الإداري ، على أساس محورين هامين . أما المحور الأول فيتعلق باحترام مبدأ المشروعية الذي يفرض على الإدارة أن تكون تصرفاتها في دائرة القانون . أما المحور الثاني، فيتعلق بمبدأ استقرار الحقوق و المراكز القانونية المترتبة على القرار الإداري .

و لغرض التوفيق بين هذين المبدأين المتعارضين ، استقر القضاء الإداري على أن القرار الإداري المعيب ، متى كان من شأنه أن يولد حقا بالمعنى الواسع ، فإن حق الإدارة في سحبه يقوم في الفترة التي يكون فيها القرار مهددا بالإلغاء القضائي . و هذه الفترة محددة تشريعا في القانون الفرنسي بشهرين ، تسري من يوم نشره أو إعلانته² ، و في الجزائر بشهرين ، إذا كان القرار صادراً عن سلطة مركزية ، و بأربعة اشهر ، إذا كان القرار صادراً عن بلدية ، أو ولاية ، أو هيئة عامة إدارية.

غير أن القضاء الإداري المصري³ ، فرق في حدود هذه القاعدة بين نوعين من القرارات الإدارية . القرارات المبنية على سلطة تقديرية ، و القرارات المبنية على سلطة مقيدة ، فقصر الحماية على النوع

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : عبد الجواد حسين ، سلطة الإدارة التقديرية و اختصاصها المقيد ، المرجع السابق ، ص. 248 - 266 ؛ عمار عوابدي ، القانون الإداري ، الجزء الثاني ، النشاط الإداري ، د . م . ج ، الطبعة الثالثة ، 2005 ، ص. 150 ؛ عبده محرم ، سحب القرارات الفردية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ، 1952 ، ص. 105-131 ؛ عمر حامد عمر ، المرجع السابق ، ص. 159 ؛ سليمان محمد الطماوي ، نهاية القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الخامسة و السادسة ، ص. 207-250.

² - حسين درويش عبد الحميد ، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء ، دار الفكر العربي ، 1981 ، ص. 303 .

³ - حمدي ياسن عكاشة ، المرجع السابق ، ص. 995 .

الأول دون الثاني . بمعنى أن قاعدة عدم جواز السحب ، بعد فوات ميعاد الطعن ، إنما تنطبق على القرارات الصادرة على سلطة تقديرية ، أما القرارات الصادرة بناء على سلطة مقيدة فيجوز سحبها في أي وقت. لكن ما هو تبريرهم في ذلك ؟ .

أنكر القضاء الإداري المصري¹ صفة القرار الإداري على القرار المبني على سلطة مقيدة ، بسبب أن هذا الأخير لا ينشئ بذاته مركزاً قانونياً ، و لا يعدل من مركز قانوني قائم بذاته . ذلك لأن المركز القانوني نشأ ، و تكامل ، و تحدد مداه بموجب قاعدة قانونية أعلى ، ولم تعد ثمة إرادة أعلى في هذا الشأن من شأنها إحداث هذا التعديل ، أو التغيير في التنظيم القانوني . و من ثم فإن هذا القرار ، تنتفي عنه صفة القرار الإداري . و لهذا فلقد جرى القضاء على وصفه بأنه قرار كاشف أو مقرر ، و أحيانا يطلق عليه صفة العمل المادي أو العمل التنفيذي .

غير أن البعض الآخر² ينفي صحة هذا القول ، مؤكداً بأن هذه القرارات ، و إن لم تنشأ مراكز قانونية ، فهي تسند مركزاً قانونياً عامة إلى فرد بذاته . و لا يسوغ القول بأي حال من الأحوال ، بأن القرار الإداري المبني على سلطة مقيدة ، هو عمل مادي أو عمل تنفيذي ، فالعمل المادي ، أو التنفيذي ليس له دور في إنشاء المراكز القانونية أو إسناده إلى فرد من الأفراد . بينما القرار الإداري ، و لو كان مبني على سلطة مقيدة ، فإن له دوراً في إحداث المركز القانوني أو على الأقل على ما تقدم ذكره - إسناده إلى فرد معين - .

و قد أكد ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا³ الصادر بتاريخ 29 فبراير 1964 بقوله " لا يمكن القول بأن العمل الفردي الذي يكون تطبيقاً لنص عام ، لا ينشئ أو يعدل مركزاً قانونياً ، لأن القرار الإداري المنشئ لمركز قانوني ، هو في الوقت ذاته تطبيق تنفيذي لقاعدة قانونية أعلى " .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 720 .

² - حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 1003 .

³ - حكم المحكمة الإدارية العليا ، الصادر بتاريخ 29-02-1964 ، السنة التاسعة ، ص . 707 . مأخوذ عن : حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 1003 .

و في كل الأحوال ، يجب في أن تتسع نظرية سحب القرارات الإدارية ، لتشمل أيضا القرارات المبنية على سلطة تقديرية ، إلى جانب القرارات المبنية على سلطة مقيدة ، على أن تتحصن القرارات الإدارية بنوعيتها ، بفوات مواعيد الطعن القضائي حفاظا على قاعدة استقرار الحقوق و المراكز القانونية .

المطلب الثالث : أهم التطبيقات القضائية التي تبين مدى التداخل بين التقدير و التقييد :

إن هذا التحديد العام لمعنى كل من السلطة التقديرية ، و الإختصاص المقيّد يوحي بأن جميع السلطات أو التصرفات ، يمكن أن تصنف إلى مجرد هاتين الطائفتين : طائفة التصرفات ، أو الإختصاصات المقيدة في جانب ، و طائفة التصرفات ، و السلطات التقديرية من جانب آخر . بمعنى آخر أن القرار الإداري إما أن يكون تقديريا بالكامل ، أو أن يكون مقيدا بالكامل¹ .

غير أن هذا التصنيف الثنائي ليس صحيحا على إطلاقه ، كما أنه لا يعبر في الواقع عن الحقيقة . فهناك طائفة ثالثة ، و هي أهمها على الإطلاق ، بحيث يكون جزء منها تقديري ، و الجزء الآخر مقيد . بمعنى آخر أن حرية الإدارة بالنسبة للقرارات الإدارية ، لا تنصرف إلى تلك القرارات جملة واحدة ، و إنما تختلف في نطاق القرار الإداري الواحد ، باختلاف العنصر الذي توجد فيه² .

و بناء على ذلك ، يمكن القول مبدئيا ، أن تعبير " قرار صادر عن اختصاص مقيّد " و " قرار صادر عن سلطة تقديرية " هو تعبير غير موفق ، لتداخل التقدير و التقييد معا ، لأنه حتى و لو وصلت حرية الإدارة إلى مدى بعيد ، بحيث يطغى عليها الطابع التقديري بصفة مطلقة ، فإن عنصر التقييد يظل قائما و لو بدرجة بسيطة. و العكس صحيح بالنسبة لتضاؤل حرية الإدارة ، بحيث يطغى عليها طابع التقييد في تصرفاتها. بالإضافة إلى أن فقهاء القانون العام ، عندما فرقوا بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيّد ، حاولوا أن يعرفوا بذلك مدى رقابة القضاء الإداري ، تلك الرقابة التي تهيمن على تصرفات الإدارة المقيدة ، و التي يجب أن تسير وتحمي في النطاق الذي رسمه المشرع.

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 110 .

² - سليمان محمد الطماوي ، نهاية القرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 239-240؛ حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 1004 .

وعلى العموم ، لا يجوز القول أن فكرة السلطة التقديرية تتعارض مع فكرة الإختصاص المقيد ، لأن كل عمل إداري ، إنما يحتوي في الواقع على مزيج هذين النوعين من السلطة . وكل ما هناك ، هو مجرد اختلاف في القدر و الكمية التي يحتويهما كل عمل إداري¹ .

و في سبيل التوضيح أكثر ، ارتأينا إعطاء بعض الأمثلة ، لبعض القرارات التي يوجد فيهما نوع من التداخل بين السلطة التقديرية ، و الإختصاص المقيد ، بحيث نتناول في الفرع الأول قرارات الإدارة في مجال التعيين في الوظائف العامة ، ثم نتناول في الفرع الثاني : قرارات الإدارة في مجال التأديب ، و أخيرا في الفرع الثالث قرارات الإدارة في مجال الإعتقال الإداري .

الفرع الأول : السلطة التقديرية في مجال التعيين بالوظائف العامة²:

تملك الإدارة كقاعدة عامة ، سلطة تقديرية واسعة في مجال التعيين في الوظائف العامة ، باعتبارها القائمة على حسن سير المرفق العام بلا تعقيب عليها . و على هذا الأساس و بموجب هذه السلطة الممنوحة لها، تملك الإدارة الحرية في قصر بعض الوظائف العامة على الرجال دون النساء ، و هذا طبقا لمقتضيات ملاءمة التعيين في الوظيفة ، و ملاساتها و ظروف البيئة ، و أوضاع العرف و التقاليد . و ليس في ذلك أي إخلال بمبدأ المساواة قانونا³ . كما أنها تملك أيضا الحرية في اختيار شخص معين لشغل وظيفة معينة ، إذا كانت هذه الوظيفة تحمل مقومات خاصة تصلح أن تكون محلا للتقدير الخاص للإدارة . و يحدث هذا الأمر كثيرا بالنسبة للترقيات الداخلية التي تقوم بها الإدارة ، بناء على مؤهلات علمية ، و ليس على أساس الأقدمية . فالإدارة هي التي لها حق المفاضلة، باعتبارها قائمة على تسير المرفق العام و انتظامه .

غير أنه إذا كان التعيين في الوظائف العامة ، هو من الأمور المتروكة لسلطة الإدارة التقديرية في حدود ما تراه متفقا مع الصالح العام ، إلا أن ذلك مشروط بمراعاة ما نص عليه القانون . من ذلك ما حدده القانون مثلا من معايير انتقاء المترشحين للمسابقات ، كنتقدير الشهادة ، أو أقدمية

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص . 146-147.

² - حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 691 و ما يليها .

³ - المادة 51 من دستور الجزائر لسنة 1996 .

الشهادة ، أو الخبرة المهنية¹ ، و هذا للترجيح و المفاضلة فيما بينهم عند المزاومة ، هذا من جهة . و من جهة أخرى ، فإن الرقابة القضائية أيضا ، تلعب دورا مهما في تقييد سلطة الإدارة في هذا المجال ، و هذا من خلال التحقق من أن القرار محل الطعن ، يستند إلى سبب موجود ماديا ، وصحيحا من الناحية القانونية ، و أنه صدر مستهدفا الصالح العام .

من خلال ما تقدم ، فإنه تجدر الإشارة هنا ، بأنه يوجد نوع من التداخل بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد . ذلك لأن الإدارة إذا كانت تملك الحرية في تقدير عنصر السبب ، إلا أنها تكون عكس ذلك في تقدير عنصر الغاية في القرار الإداري . و هكذا يظل عنصر التقييد و التقدير قائما و لو بدرجة بسيطة بين هاتين الحالتين².

الفرع الثاني : السلطة التقديرية في مجال القرارات التأديبية :

يعرف القرار التأديبي³ بأنه ذلك القرار الصادر من الرئيس الإداري المختص ، أو ممن يفوضه قانونا ، لخطأ ارتكبه موظف أثناء تأدية وظيفته ، أو لخطأ من شأنه أن ينعكس على أدائها. والإدارة هنا حرة في توقيع الجزاء أو عدم توقيعه ، لأن هذه المسألة تعد من الأمور المتروكة لتقديرها و بلا معقب عليها⁴.

غير أنه إذا ما اختارت الإدارة أن تعاقب الموظف على الخطأ المرتكب من جانبه ، فيجب أن يتناسب هذا الأخير مع العقوبة التأديبية التي تقررها الإدارة . ذلك لأن المشرع لم ينظم الأخطاء التأديبية ، و ما يقابل كل منها من جزاء كما هو معروف في القانون الجنائي ، بل اكتفى بوضع تعريف عام للخطأ التأديبي ، على أنه عادة هو الإخلال بمقتضى الواجب الوظيفي ، ثم وضع مجموعة

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : التعليمات الوزارية رقم 08 ، المؤرخة في 01 أكتوبر 2004 ، المتعلقة ب كفايات و تنظيم و إجراء المسابقات والإمتحانات و الإختبارات المهنية .

² - محمد أنس جعفر قاسم ، المرجع السابق ، ص . 117 .

³ - مغاوري محمد شاهين ، القرار التأديبي و ضماناته ، دار الكتاب الحديث ، 1976 ، ص . 498 .

⁴ - تنص المادة 123 من المرسوم 85-59 ، المؤرخ في 23 مارس 1985 ، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية ، على أنه " تختص السلطة التي لها صلاحية التعيين أو السلطة المخولة إن اقتضى الأمر بالسلطة التأديبية و تمارس هذه السلطة بعد استشارة لجنة الموظفين التي تجتمع في مجلس تأديبي مع مراعاة أحكام المادة 125 أدناه " ، الجريدة الرسمية رقم 13 المؤرخة في 24 مارس 1985 .

من الجزاءات الجائز توقيعها ، و ترك للإدارة و غيرها من السلطات التأديبية ، سلطة تقديرية في اختيار الجزاء المناسب من بينها في كل حالة على حدى¹.

وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم السلطة التقديرية في مجال مدى تناسب الخطأ مع العقوبة التأديبية إلى اتجاهين :

أولاً : إستقلال جهة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة

إذا انتهت الإدارة بحسب فهمها الصحيح للعناصر ، التي استخلصت منها قيام الموظف بارتكاب خطأ تأديبي . فلا يبقى لها إلا أن تقدر الخطورة الناجمة عن ذلك ، و تقدير كذلك ما يناسب الجزاء التأديبي في حدود القانون . و تعد حرية الإدارة هنا ، من الأمور المتروكة لتقديرها الشخصي بلا معقب عليها ، ما دام أن قرارها قد خلا من مخالفة القانون و اساءة استعمال السلطة ، و كذا مراعاة التدرج ، لإعمال التلاؤم بين الجزاء ، و المخالفة التي استوجبتة ، و إلا خرج الجزاء عن نطاق المشروعية .

ثانياً : الغلو يحد سلطة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة :

إذا كان من حق السلطة التأديبية سلطة تقدير خطورة الخطأ الإداري ، وما يناسبه من جزاء، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة هو ألا يشوبها غلو . ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة الخطأ الإداري ، و بين نوع الجزاء و مقداره . ففي هذه الصورة بالذات، تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القانون من التأديب. والهدف الذي يتوخاه القانون من التأديب ، هو بوجه عام تأمين سير المرفق العام بانتظام ، و اضطراد. و لا يتأتى هذا التأمين ، إذا إنطوى الجزاء على مفارقة صارخة. وعلى هذا الأساس ، فإن المغالات في استعمال السلطة التقديرية يعد خروجاً من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية².

و على العموم فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية و اسعة في مجال إصدار القرارات التأديبية ، فإن المشرع على الرغم من ذلك ، أحاط اختصاص الإدارة في هذا المجال بسياج واسع من القيود و

¹ - حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 764 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 776 .

الرقابة ، مستهدفاً في ذلك تحقيق نوع من التوازن بين الفاعلية و الضمان ، أي بين توفير ضمانات أكثر للموظف ، و ضمان فاعلية السلطة التأديبية¹. و من هنا يظهر التداخل الموجود في القرار التأديبي الذي يضم نوع من الحرية في التقدير ، و التقييد في إصداره .

الفرع الثالث : سلطة الإدارة في إصدار قرارات الإعتقال الإداري :

يعتبر الإعتقال الإداري من أهم التطبيقات الخاصة بالجزاءات الإدارية ، و هو يعتبر إجراء وقائياً يصدر ضد شخص لم يرتكب جريمة محددة ، بحيث تأمر به سلطة غير قضائية استناداً إلى نصوص قانونية خاصة . فالإعتقال في معناه القانوني سلب مؤقت للحرية ، تجر به السلطة الإدارية ، و يتوجه إلى الحرية الشخصية للمواطن ، فيسلبها مؤقتاً دون أمر قضائي صادر من سلطة قضائية مختصة². و تتمثل الفلسفة المبررة للإعتقال ، في اتخاذ ما يلزم من إجراءات لمواجهة حالة الضرورة أو الظروف الإستثنائية التي يتعذر تداركها بالوسائل القانونية العادية على نحو يجعل من المحتم اتخاذ الإجراء الإستثنائي لمواجهة تلك الحالة³.

وتملك الإدارة في اعتقال الأشخاص سلطة تقديرية واسعة لا يحد منها إلا قيد واحد ، هو ألا يكون القرار مشوباً بغيب التعسف في استعمال السلطة أو الإنحراف بها ، و بشرط أن تقوم أمام الإدارة اعتبارات جدية تجعل من هذا الشخص المراد اعتقاله ، يهدد الأمن العام في الدولة ، أو سلامة اقتصادها ، أو الإخلال بالنظام العام و الآداب العامة و السكينة العامة .

من خلال ما تقدم ، يتضح جلياً أنه حتى في الحالات التي تواجه فيها الدولة مشاكل صعبة في إصدار مثل هذه القرارات التي تتمتع فيها بصلاحيات واسعة ، إلا أن التقييد يظل يلزمها في كل تصرفاتها ، و ما أسهل أن يردها القضاء إلى جادة الصواب ، إذا ما انحرفت عن الطريق السوي ، و

¹ - عبد الله محمد عبد الرحيم سعد، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب، مذكرة ماجستير، جامعة الفتح (ليبيا)، 2002، ص.2، ص.5.

² - أنظر في تفاصيل ذلك : عادل السعيد محمد ابو الخير ، المرجع السابق ، ص . 321 . مأخوذ عن : نبيل عبد المنعم جاد ، ضمانات الحرية الشخصية في ظل قوانين الطوارئ خلال مرحلتي التحقيق و المحاكمة ، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا باكاديمية الشرطة ، القاهرة ، 1988 ، ص . 260 ؛ مراد بدران ، المسؤولية عن إجراء الإعتقال الإداري ، أشغال الملتقى الوطني الذي نظمه معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة ، حول مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية يومي 13 و 14 ماي 2006 .

³ - عادل السعيد محمد ابو الخير ، المرجع السابق ، ص . 321 . مأخوذ عن : وجدي ثابت غبريال ، التظلم الإداري في أوامر الإعتقال أمام محكمة أمن الدولة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1991 ، ص . 01 .

هذا باعتباره كافل الحريات الفردية ، و حامى الحقوق العامة . و من هنا يظهر مدى التداخل بين السلطة التقديرية والإختصاص المقيد في كل عمل إداري .

الفصل الثاني

حدود ممارسة السلطة التقديرية للإدارة

خلصنا فيما سبق ، إلى أن السلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية ، يستمدّها رجل الإدارة من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها . فالسلطة التقديرية إذن تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية ، و تباشر في حدود هذه القاعدة . و بالتالي فإن مباشرتها تخضع دائما لمبدأ المشروعية وسيادة القانون . و من هنا لا يمكن القول ، بأن السلطة التقديرية تعد استثناء يرد على مبدأ المشروعية لموازنته ، أو للتخفيف من آثاره ، لأن هذه الأخيرة في واقع الأمر ، هي وسيلة لتطبيق القانون ، و من ثم الإلتزام بمبدأ المشروعية مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة¹ .

إن تتمتع الإدارة بحرية التصرف فيما يصدر عنها من قرارات إدارية بما لها من سلطة تقديرية - على النحو السابق إبرازه - ، لا يعني عدم خضوعها لأية حدود قانونية و قضائية . فالإدارة لا تستطيع أن تتجاهل مبدأ المشروعية ، أو الخروج عليه² . لأن حريتها في هذا الشأن ليست مطلقة ، و هي أبعد عن أن تكون سلطة تحكّمية . فعلى الإدارة إذن أن تراعي جميع أوجه المشروعية التي تحد من استعمال هذه السلطة ، و هذا في نطاق كل عنصر من عناصر القرار الإداري .

و على هذا الأساس ، فإن معرفة أسلوب تقييد القرار الإداري ، أو إطلاق حرية الإدارة في شأنه ، أو في شأن عنصر آخر من عناصره ، يحسم مشكلة السلطة التقديرية ، و المقيدة و يلقي عليها ضوء قويا . و لهذا فإن نقطة البداية في دراسة هذا الفصل ، تقتضي منا أولا تحديد نطاق السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة بالنسبة لكل عنصر من عناصر القرار الإداري . فكل عنصر من هذه العناصر ، يختلف عن الآخر ، في الأسلوب و كيفية تقييده ، أو الإعتراف بقسط من الحرية للإدارة في شأنه . كما أن البحث في حدود السلطة التقديرية للإدارة ، يقتضي منا البحث

¹ - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 31 .

² - J . RIVERO , Droit administratif , 7^{ème} édition , 1977 , Dalloz , Paris , p . 84 .

أيضا في كيفية ممارسة القضاء الإداري عامة ، و الجزائري خاصة لرقابته بالنسبة لمختلف عناصر القرار الإداري . تلك العناصر التي يمكن أن تكون محلا لسلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد. وفي كل الاحوال يلعب القضاء الإداري دوراً مهماً للحد من ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية للحيلولة دون تحولها إلى سلطة تعسفية . و بالإضافة إلى ذلك ، فقد تطورت رقابة القضاء الإداري لأعمال الإدارة ، إذ وصلت إلى حد البحث في ملاءمة القرار الإداري للتأكد من مشروعيته . و يبرر القضاء ذلك بالقول بأن الملاءمة ، تعد في بعض الحالات ، أحد عناصر المشروعية ، التي يجب التعرض لها لمعرفة مدى مشروعية القرار¹ .

فالمسألة إذن تدور حول سلطة القضاء الإداري ، من خلال تدخله في عملية فحص الملاءمة . فهل يعد تدخله في هذه الحالة اغتصابا لسلطة الإدارة في اتخاذ القرارات الإدارية ؟ أم أن القضاء الإداري لا يقف في طريق الإدارة ، و إنما يقف في طريق انحرافها بالسلطة ، بهدف الحيلولة دون أن تكون هذه السلطة التقديرية ، سلطة تحكيمية ، أو تعسفية ، أو مطلقة . لذلك كان من الأهمية رسم ، ووضع الحدود ، و الضوابط التي تقع على الإدارة في حالة ممارستها لسلطتها التقديرية ، حتى لا تنقلب وظيفتها إلى وظيفة استبدادية تهدر من خلالها حقوق الأفراد و حرياتهم .

فما مدى حرية التقدير التي يمكن أن تصل بالنسبة لكل عنصر من عناصر القرار الإداري ؟ وما مدى رقابة القضاء الإداري في هذا الشأن ؟ . تلك هي أهم الإشكالات التي سوف يتم الإجابة عليها من خلال مبحثين ، بحيث يتناول في المبحث الأول : مدى حرية التقدير بالنسبة لعناصر القرار الإداري ، و في المبحث الثاني : مدى رقابة القضاء الإداري لعناصر القرار الإداري في مجالها التقديري .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : محمد أنس قاسم جعفر ، المرجع السابق ، ص . 121 ؛ سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، المرجع السابق ، ص . 149 .

المبحث الأول :

مدى حرية التقدير بالنسبة لعناصر القرار الإداري :

إذا كان القرار الإداري يتميز بأنه عمل قانوني نهائي، صادر بإرادة الإدارة المنفردة كسلطة إدارية وطنية، و يترتب عليه آثار قانونية، فإنه توجد عناصر محددة لا بد من توافرها لكي يصدر القرار صحيحا و مشروعاً. إذن ماهي هذه العناصر التي نستطيع على أساسها، تحديد مدى حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة، بالنسبة لكل عنصر من عناصر القرار الإداري؟ .

من المعلوم أن القرار الإداري يقوم على خمسة عناصر أساسية وهي: الإختصاص، والشكل، والسبب، والمحل، والغاية¹. وباعتبار القرار الإداري وراء تصرفات الإدارة باستمرار، فعلى الإدارة و هي تستخدم سلطتها التقديرية في هذا الشأن، مراعاة هذه العناصر. لأن السلطة التقديرية في هذه الحالة أشبه بالحرية، قد تنقلب إلى فوضى إن لم ترسم حدودها وتوضع القيود على ممارستها². ولكن في أي عنصر من عناصر القرار الإداري، تظهر السلطة التقديرية للإدارة؟. اختلف الفقه³ في هذا الشأن حول إيجاد مواضع السلطة التقديرية. فمنهم من رأى أن حرية التقدير تتحقق في كافة عناصر القرار الإداري، ومنهم من رأى العكس.

1 - على خلاف غالبية الفقه الفرنسي، يذهب العميد دوجي إلى عدم اعتبار السبب عنصراً من عناصر القرار، بل يعتبره مجرد واقعة خارجية غريبة عن مكونات الإرادة، و لكنها فقط تثير في ذهن الشخص الفكرة التي يمكن أن تمثل في رغبة يراد تحقيقها، فتتحرك الإرادة لتحقيقها. و على ذلك فالسبب ليس بالعنصر الذي يدخل في العمل الإداري، بحيث ليس له أثر على قيمة العمل أو صحته. أنظر في هذا المعنى :

L . DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1921-1925 , p. 316 .

مأخوذ عن : عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 213 .

2 - أنظر في هذا المعنى : عبد الله محمد عبد الرحيم سعد، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب، مذكرة ماجستير، جامعة الفاتح (ليبيا)، 2002، ص 2 .

3 - انقسم الفقه الفرنسي في ذلك إلى اتجاهين : الإتجاه الأول : و يتزعمه الفقيه هوريو، و أيده الفقيه فالين، و طبقاً لهذا الإتجاه فإن السلطة التقديرية توجد في كل عناصر القرار الإداري بدرجات متفاوتة سواء من حيث الإختصاص، أو الشكل، أو الوقائع، أو الغرض أو الموضوع. ولكنها مع ذلك تخضع لاختصاص القاضي إذا شاب هذه العناصر عيب من العيوب .

أما الإتجاه الثاني : و يتزعمه الفقيه بونار، و يرى أن السلطة التقديرية، للإدارة إما أن توجد أو لا توجد. و إذا وجدت فلا تقبل أي قيد، وبالتالي لا تخضع لأية رقابة. و طبقاً لهذا الإتجاه لا توجد السلطة التقديرية إلا بالنسبة لموضوع القرار (عنصر السبب). مأخوذ عن : عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص 78 .

غير أن الرأي الراجح في تحديد مواضع السلطة التقديرية ، هو الرأي الذي اعتمده الفقيه بونار ، و الذي يتفق إلى حد كبير مع أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، و مرده أن التقدير و التقييد في القرارات الإدارية ، إنما يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري¹.

وعلى هذا الأساس فإذا ما تم تحددت مواضع السلطة التقديرية بالنسبة لكل عنصر من عناصر القرار الإداري ، فإن كلا من عنصري الشكل ، و الإختصاص ، يتصلان بكيفية ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية ، و من ثم فتتمثل فيها مشروعية القرار الخارجية². أما بقية العناصر الثلاثة ، وهي عناصر السبب ، و المحل ، و الغرض ، فهي تعد من عناصر المشروعية الداخلية ، و هي التي يمكن أن تكون محلا لسلطة الإدارة التقديرية و اختصاصها المقيد .

وعليه فإن تحديد مواضع السلطة التقديرية للإدارة ، لا ينبغي أن يتم خارج إطار هذه العناصر الثلاثة ، أي عنصر السبب ، و عنصر المحل ، و عنصر الغرض. إذن فما مدى حرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة بالنسبة لكل عنصر من هذه العناصر الثلاث ؟ .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 52 .

² - لا علاقة بين عنصر الإختصاص و فكرة السلطة التقديرية. ذلك لأن إختصاص الإدارة هو دائما مقيد بالقانون ، بحيث هو الذي يحدد بصفة دائمة الجهة المختصة لإصدار القرار . فلا تملك الإدارة بشأنه سلطة التقدير و الخروج تبعا لذلك عن حدود الإختصاص الذي عينه القانون . فإذا ما صدر قرارا من جهة غير مختصة قانونا ، كان هذا القرار مشوباً بعيب عدم الإختصاص و يكون قابلاً للطعن فيه بالإلغاء . و على ذلك فإن عدم الإختصاص يعني ، عدم التمتع بممارسة سلطة معينة ، سواء أكانت هذه السلطة تقديرية بالكامل ، أو تقديرية في جزء منها ، أو كانت مقيد بالكامل ، أو في جزء منها . و هذا يعني أنه لا علاقة بالمرّة بين فكرة الإختصاص من ناحية و فكرة السلطة التقديرية من ناحية أخرى .

أما فيما يخص عنصر الشكل ، فإن تمتع الإدارة بسلطة تقديرية ، لا يعفيها ، و بأي حال من الأحوال من ضرورة التزامها بقواعد الشكل الجهورية التي يتطلبها المشرع . فعلى رجل الإدارة باستمرار أن يفرغ إرادته في الشكل الذي يحدده القانون . ذلك لأن قواعد الشكل في القرار الإداري لا تعدو أن تكون قواعد خاصة بكيفية ممارسة السلطة ، و لا تتعلق بموضوعها . أما ما يمكن ملاحظته فيما يخص تسامح القضاء الإداري ، أحيانا بالنسبة لخروج الإدارة عن قواعد الشكل في بعض الحالات ، لم يكن اعترافاً منه للإدارة بأي مجال للتقدير بالنسبة لقواعد الشكل ، و لكن لأسباب أخرى كالتمييز بين الأشكال الجهورية و غير الجهورية والتمييز بين أن تكون قواعد الشكل مقررة لمصلحة الإدارة فقط ، أو لمصلحة الإدارة والأفراد. أنظر في هذا المعنى : سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، المرجع السابق، ص.60 ؛ وكذلك عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 220-225، وكذلك سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص. 147-148؛ وكذلك حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 660-661 ؛ و إبراهيم عبد العزيز شيحا ، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، 1999، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ص. 416-417 .

للإجابة على السؤال ، سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب أساسية. نتناول في المطلب الأول : مدى حرية الإدارة بالنسبة لركن السبب ، و نتناول في المطلب الثاني : مدى حرية الإدارة بالنسبة لركن المحل ، و نتناول في المطلب الثالث : مدى حرية الإدارة بالنسبة لركن الغرض.

المطلب الأول : الإدارة و تقدير أسباب القرار الإداري :

تعرف أسباب القرار الإداري بأنها ، مجموعة الوقائع التي تسبق القرار و تدفع إلى إصداره . فهو إذن المبرر والدافع إلى إتخاذ القرار الإداري. و يمكن تعريفه قانونا، بأنه مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف و اتخاذ القرار الإداري¹. فالسبب في توقيع الجزاء التأديبي ، هو تصرفات الموظف العام التي تعد من الأخطاء التأديبية. و السبب في قرار تعيين أحد الأفراد في وظيفة عامة، هو خلو هذه الوظيفة ممن يشغلها. والسبب في فض مظاهرة ، وتفريقها، هو الإخلال بالنظام العام من جراء هذه المظاهرة. لكن هل هناك مجالاً للتقدير بالنسبة لسبب القرار الإداري ؟.

قد يتجه المشرع إلى تحديد الأسباب التي يجب على الإدارة أن تقيم عليها قرارها . حينئذ لا يكون لرجل الإدارة في ذلك أية سلطة تقديرية في هذا الصدد². إلا أن الغالب ، أن القانون لا يحدد أسباب القرار الإداري ، و إنما يترك أمر تقديرها للسلطة الإدارية . ففي هذه الحالة بالذات، يمكن القول بأن الإدارة تملك سلطة تقدير هاته الأسباب³. إذن فما مدى صحة هذا القول ؟ . من خلال ما تقدم ذكره ، فإن سلطة الإدارة إزاء هذا الركن، لا يمكن أن تخرج عن الصور الآتية⁴:

الصورة الأولى : و تتعلق حول البحث في صحة قيام الحالة التي تدخلت الإدارة على أساسها ، هل كانت هناك إضطرابات حقا ؟ هل أخطأ الموظف ، و ارتكب الأعمال المنسوبة إليه ؟ و هل كان المنزل الذي أمرت الإدارة بهدمه آيلا للسقوط ؟ .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص . 282- 283 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 139

³ - A . de LAUBADERE et Y . GAUDEMET, Traité de droit administratif, op , cit ., p. 580 .

⁴ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 54 .

الصورة الثانية : و تتعلق حول البحث في التكييف القانوني لهذه الوقائع بفرض حدوثها ، فهل صحيح أن الأعمال المنسوبة إلى الموظف قد ثبت أن ارتكبتها فعلا ؟ ، و هل هذه الأفعال تكون خطأ تأديبياً بحيث تسمح للإدارة بالتدخل ، و توقيع العقوبة المناسبة التي يقرها القانون ؟ .
الصورة الثالثة : و التي تتعلق حول تقدير أهمية هذه الوقائع التي تمت و ثبت قيامها ؟ .
إذن فما مدى سلطة الإدارة في كل هذه المسائل ؟ .

هذا ما سوف يتم الإجابة عنه في إطار الفروع الآتية :

الفرع الأول : قيام الحالة الواقعية التي تدخلت الإدارة على أساسها :

إن أي قرار إداري ، إنما يتصل بالضرورة بحالة مادية (Situation matérielle) ، في عالم الواقع . فعندما يصدر رجل الإدارة قرارا ما ، فإنما يأخذ بعين الاعتبار حالة مادية معينة . و القانون في الحقيقة هو الذي يشكل المصدر الرئيسي لاختصاص الإدارة بالنسبة للتصرف إزاء تلك الحالات المادية . بمعنى آخر ، أنه إذا لم توجد حالة مادية ، فإن ذلك يعني أن المضمون القانوني للقاعدة ، لا يمكن أن يوضع موضع التنفيذ في مواجهة حالة مزعومة ، أو موهومة ليس لها قوام في الواقع .
من هذا المنطلق ، فلا يمكن للإدارة في هذه الحالة أن تتصرف ، إلا إستنادا إلى وقائع مادية ثابتة الوجود . فإذا لم توجد هذه الوقائع التي تستدعي تدخل الإدارة ، فإن ذلك يعني أن هذه الأخيرة تدخلت في مواجهة حالة ليس لها قوام في الواقع . و من ثم تكون النتيجة الطعن في مشروعية القرار ، و هذا لانعدام الأسباب المادية التي تستوجب تدخل الإدارة¹ .

وعلى هذا الأساس، يرى الفقيه² S. Laso أن الإدارة لا تملك حرية في تقدير الوجود المادي للوقائع، إذ أن الوقائع كما يقول، إما أن توجد، أو لا توجد، وعلى الإدارة أن تقرها وتظهرها. واستثناء من موقفه هذا، يرى أنه ومع ذلك، فلا يمكن أن نعارض ما تتمتع به الإدارة من حرية في تقدير الوقائع، خاصة فيما يتعلق بقرارات الضبط الإداري المتخذة تطبيقا لنصوص القوانين

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : لحسن بن شيخ أث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومه للطباعة و النشر، الجزائر ، 2001 ، ص 100-101 .

² - E.S. LASO : Traité de droit administratif , 1964 , p.409.

الإستثنائية، أو قوانين الإستعجال والضرورة. وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في الكثير من أحكامه¹.

بالتأسيس على ما سبق، يمكن القول بأن سلطة الإدارة في هذه الحالة ليست تقديرية، بل هي سلطة محددة بالقانون، وهذا من عدة نواحي:

أولا : اتفاق الوقائع التي ادعتها الإدارة مع الحقيقة المادية² :

فيجب على رجل الإدارة، أن يتحقق من الوجود المادي للوقائع التي يدعيها لإصدار قراره الإداري. لأنه في الحقيقة لا يملك أية سلطة لتقدير الوجود المادي للوقائع من عدمه. لهذا كان من الأرجح أن تكون هذه الوقائع مطابقة للحقائق المادية القائمة فعلا، وإلا كان قراره معيبا في سببه يستحق الإلغاء.

و مما لا شك فيه أيضا ، أنه يتعين أن تكون الوقائع التي يدعيها رجل الإدارة قائمة و موجودة وقت إصدار القرار . لهذا لا يجوز للإدارة أن تستند إلى وقائع لم تكن موجودة وقت إصدار القرار الإداري ، كما لا يجوز لرجل الإدارة توقع حدوث وقائع معينة ، قبل وقوعها فعلا و أخذها وجعلها أسبابا واقعية للقرار الإداري.

ثانيا : اتفاق الوقائع التي ادعتها الإدارة مع الحقيقة القانونية³ :

¹ - سلك مجلس الدولة الفرنسي هذا المسلك بالخصوص، في إجراءات الضبط التي اتخذتها السلطات الفرنسية في الجزائر، وهذا تطبيقا لنصوص القانون الصادر في 03 أبريل 1955 والخاص بحالة الاستعجال . إلا أن مجلس الدولة الفرنسي سرعان ما غير موقفه، وهذا ابتداء من سنة 1958، بحيث شرع في بسط رقابته ليس فقط للتحقق من أن الواقعة المدعى بها تندرج في طائفة الوقائع التي تصلح تبريرا للقرار دائما، وإنما أيضا للتأكد من الوجود الفعلي لهذه الواقعة. وابتداء من ذلك الوقت، يمكن القول بأن قاعدة ضرورة استناد القرار الإداري إلى وقائع صحيحة ماديا أصبحت قاعدة مطلقة التطبيق لا يرد عليها أي نوع آخر من الإستثناءات. أنظر في هذا المعنى: عادل السعيد محمد أبو الخير، المرجع السابق، ص. 558-559 ؛ وكذلك محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار الكتاب القانونية، 1998، ص. 455.

² - علي خطار شطناوي ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 908.

³ - انظر في تفاصيل ذلك : محمد أنس جعفر قاسم ، المرجع السابق ، ص . 122 ؛ وكذلك علي خطار شطناوي ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 909 .

يعد القانون المصدر الرئيسي بالنسبة لتصرفات رجل الإدارة ، فهو الذي يحدد مسبقا الشروط القانونية الواجب توافرها لتدخله. لهذا الأساس فيجب أن تكون هاته الوقائع متطابقة جيدا مع الشروط المنصوص عليها في القانون.

وتتجلى أهمية هذا التطابق أو التوافق ، في تحقيق نتيجة جد هامة ، مناطها التحقق من مادية الوقائع القانونية . و مثال ذلك الطلب الذي يشكل وجوده شرطا قانونيا ، لكي تتخذ الإدارة قرارها بإحالة الموظف إلى التقاعد ، و أيضا طلب الإستقالة الذي يشكل شرطا أو سببا في القرار الصادر بقبولها ، و أيضا حالة التهديد التي تشكل شرطا لكي تتخذ سلطات الضبط الإجراءات المناسبة لكي تحفظ به الأمن و النظام العموميين الذي هدد بالفعل أو يوشك أن يهدد ، و أيضا بالنسبة للأبنية الآيلة للسقوط ، و كذا الصفة الأثرية المتوفرة في موقع من المواقع .

يتضح مما سبق ، أن الإدارة لا تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير قيام صحة الوقائع من الناحية المادية ، إذ هي دائما تخضع لرقابة القضاء الإداري - كما سنرى - . الأمر الذي يستدعي القول ، بأن الإدارة تكون في مواجهة اختصاص مقيد بعدم التصرف ، أو الإمتناع عن التصرف وهذا في كل حالة تكون فيها الوقائع منعدمة الوجود .

الفرع الثاني : التكييف القانوني للوقائع بفرض ثبوتها :

سبقت الإشارة في مستهل هذا المطلب ، أن أسباب القرار الإداري تتكون من مجموعتين ، أسباب واقعية - و قد سبقت الإشارة إليها - و أسباب قانونية¹.

و يقصد بالأسباب القانونية ، الحالة القانونية التي توحى لرجل الإدارة بالتدخل، و اتخاذ القرار بخصوصها . فهي تشكل الأساس القانوني للقرار ، و الشرط الأساسي لممارسة الإدارة لنشاطها².

¹ - تتخذ الأسباب القانونية للقرار عدة أشكال ، فقد تتخذ شكل قاعدة تشريعية ، أو قاعدة دستورية ، أو مبدأ من مبادئ القانون ، أو حكم قضائي ، أو قاعدة عرفية . أنظر في هذا المعنى : عصام البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 232.

² - أنظر في تفاصيل ذلك : محمد محمد بدران ، رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص . 91.

غير أن هذه القوانين ، و هي تمنح لرجل الإدارة سلطات مختلفة ، لا تعطي غالبا إلا تحديدا غامضا ، أو عاما للوقائع ، وهذا جد طبيعي . فالقاعدة القانونية لا تصدر على شكل قاعدة فردية ، إذ أن من أبرز خصائصها كونها قاعدة عامة ، وبمجردة .

لهذه الأسباب يقع على عاتق رجل الإدارة معرفة معنى الوقائع موضوع البحث . و بمعنى آخر تكييف هذه الوقائع تكييفاً قانونياً . و على ذلك ، فإن عملية التكييف القانوني ، تعني إعطاء الواقعة الثابتة لدى رجل الإدارة إسماً ، أو عنواناً يحدد موضعها داخل نطاق قاعدة القانون التي يريد تطبيقها ، أو يدخلها ضمن الطائفة القانونية ، من الحالات المشار إليها في قاعدة القانون¹ . و لما كانت عملية التكييف القانوني للوقائع ، ما هي إلا مسألة تفسير الإدارة للقانون ، لإصدار القرارات الإدارية ، فقد تصيب هذه العملية عدة عيوب . إذن فما هي هذه العيوب التي يمكن أن تصيب عملية التكييف لإصدار القرار ؟ ، و ما مدى سلطة الإدارة في ذلك ؟ .

أولاً : إصدار القرار خارج مجال تطبيق القانون (En dehors du champs d'application : de la loi)

من المسلم به ، أن الوقائع التي تبرر تدخل الإدارة ، يجب أن يتحقق فيها الصفات القانونية التي يستلزمها المشرع . و بالتالي فإن عدم إمكانية تطبيق القاعدة القانونية على الحالة الواقعية محل البحث ، يترتب عليها عدم مشروعية القرار الإداري .

و من الأمثلة التي يمكن أن تورد على القرارات الإدارية التي تتخذ خارج نطاق تطبيق القانون، أن تستند الإدارة في قرارها بفصل موظف إلى قانون يستثني هذا الموظف من الخضوع له . و كذا إصدار قرارات إدارية في مواجهة موظف ، انتهت علاقته الوظيفية مع الإدارة . و كذا تطبيق أحكام تشريعية غير قابلة للتطبيق على موظفين عموميين . و كذلك الأمر بفرض ضرائب، ورسوم ، لا تدخل في مجال تطبيق القوانين المالية و الضريبية² .

¹ - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 172 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : زعزوعة فاطمة ، تسوية المنازعات الضريبية ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005 ، ص .

إن كل هذه القرارات و أمثالها ، تعد قرارات غير مشروعة ، إذ أن اختصاص الإدارة في ذلك، هو اختصاص مقيد بالإمتناع عن اتخاذ مثل هذه القرارات¹.

ثانيا : تخلف الأساس القانوني للقرار : (Le défaut de base légale)

يتمثل الأساس القانوني ، في العمل القانوني الذي يجيز مباشرة صلاحية الإدارة في إصدار القرارات الإدارية ، بحيث يسمح هذا العمل بتطبيق القانون على كل حالة واقعية معينة. هذا العمل القانوني الذي قد يكون مصدره نصاً تشريعياً ، أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون ، أو حكماً قضائياً ، يتخذ منه القرار الإداري سبباً ، و أساساً يقوم عليه. و إذا ما تخلف هذا الأساس، فإن ذلك يؤدي مباشرة إلى إفتقار القرار المتخذ لقيمته القانونية. إذن فماهي حالات تخلف الأساس القانوني للقرار ؟ .

أ - إفتقار القرار لأي أساس قانوني يصلح لتبريره :

و يعني هذا أن القرار ، لم يوفق في أن يكون له أي أساس قانوني يقوم عليه . فإذا كانت القوانين و اللوائح الخاصة بالموظفين² مثلاً ، تقرر قاعدة عامة ، على وقف العلاقة الوظيفية كأثر ضمني لصدور حكم على الموظف في جنائية أو جريمة مخلة بالشرف ، فإنه ينبغي من جهة أخرى ، إلغاء القرار السابق ، إذا ما نقض الحكم الذي صدر قرار الفصل تنفيذاً لمقتضاه ، و قضي ببراءة المتهم . و أيضاً ، إذا تبين أن الوظيفة التي عين فيها الموظف ، لا وجود لها في الميزانية ، و لا تملك الوزارة خلقها إلا بإذن البرلمان ، فيكون تعيين الموظف فيها قد صدر باطلا في أصله .

وعلى العموم ، تملك الإدارة حيال هذا الأمر اختصاصاً مقيداً سلبياً . أي أن عليها الإمتناع عن التصرف ، و إلا وقعت في حالة من حالات اغتصاب السلطة³.

ب : عدم صحة الأساس القانوني الذي استند عليه القرار :

¹ - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 260 .

² - المادة 174 من الأمر رقم 06-03 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة . و لعل السبب في ذلك ، هو أن طبيعة العلاقة الوظيفية لا تسمح بإبقاء الموظف داخل العمل. أنظر في هذا المعنى : طلحة نورة ، الجريمة الجزائية للموظف العام ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجليلي الليابس، سيدي بلعباس ، 2006 ، ص . 207 .

³ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 260 .

وتتمثل هذه الحالة مثلاً ، بأن تصدر الإدارة قراراً معيناً على أساس نص تشريعي ، في حين كان ينبغي عليها أن تصدره على أساس آخر . و لا يجوز الخلط هنا بين حالة عدم صحة الأساس القانوني ، و بين حالة الخطأ في القانون ، ذلك أن هذه الأخيرة يكون السبب القانوني فيها صحيحاً من حيث وجوده واختياره ، و لكن الإدارة أعطته تكييفاً خاطئاً. أما بالنسبة للحالة هذه ، وهي حالة الأساس غير الصحيح، فإن الإدارة بداية تخطئ في اختيار الأساس القانوني للقرار المتخذ. و بناء عليه ، فإن اختصاص الإدارة في هذه الحالة يكون مقيداً ، و إن هذه الحالة تمثل الميدان الخصب لممارسة السلطة التي يتمتع بها القضاء الإداري و المسماة بسلطة إحلال الأساس القانوني السليم محل الأساس القانوني المعيب¹.

ج : الأساس القانوني لم يوجد بعد :

و تتحقق هذه الحالة ، مثلاً في حالة اتخاذ الإدارة قراراً تطبق به قانوناً من القوانين بصورة مباشرة ، و هذا قبل أن تصدر المراسيم التطبيقية الخاصة به ، و خاصة إذا اشترط هذا القانون ضرورة أن يكون هناك مرسوم لغرض تطبيقه . و مما لا شك فيه ، أن الإدارة لا تملك أية سلطة تقديرية على الواقعة المادية في هذه الحالة، مادام أن الأساس القانوني لم يوجد بعد .

د : الأساس القانوني لم يعد موجوداً :

و تتحقق هذه الحالة ، حينما يكون الأساس القانوني مؤقت التطبيق بفترة زمنية معينة انقضت . و مثال ذلك أن يكون النص الذي اعتمده الإدارة أساساً لقرارها ، قد اشترط فترة معينة ، أو حالة معينة يمكن تطبيقه من خلالها ، ثم تكون هذه الفترة ، أو تلك الحالة ، قد انقضت ، ولم تعد موجودة . و لعل عملية نزع الملكية للمنفعة العامة في حالة الضرورة ، و التي تتعلق بالمشاريع المراد إنجازها بحالة الدفاع الوطني ، أحسن مثال على ذلك . فنزع الملكية لأغراض الدفاع الوطني لا يمكن

¹ - علي خطارشطناوي ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 878.

اللجوء إليها إلا في حالات الظروف الإستثنائية ، وبالتالي فإن القرارات التي تصدر بعد هذه الحالة تعد مفتقدة لأساسها الشرعي . و من ثم لا تملك الإدارة أية سلطة تقديرية فيها ، و هذا طبقا لنص المادة 12 من القانون 11/91¹ .

ثالثا : الخطأ في القانون² : (L 'erreur de droit) :

و يقصد بالخطأ في القانون ، أن التكييف القانوني الذي اختارته الإدارة للواقعة أو الحالة المادية التي بين أيديها خاطئاً . بمعنى آخر ، أن الإدارة أخطأت في المعنى ، أو المغزى لقاعدة قانونية معينة . ومن الأمثلة على ذلك ، فصل الموظف على أساس من إلغاء الوظيفة التي يشغلها ، في حين يظهر أن هذه الوظيفة لم تلغ قانونا . أو أن تصدر الإدارة قرارا ، و هذا بعد إعطاء تفسير خاطئ لقانون معين ، أو لائحة معينة .

إن مظاهر و أسباب الخطأ في القانون متعددة . فبالإضافة إلى الأسباب غير المنصوص عليها في

القانون ، هناك أسباب من التفسير الخاطئ للقانون . كما أن هناك أسباب ذاتية خاصة بالإدارة .

أ: الأسباب غير المنصوص عليها في القانون :

يشكل عدم توافق القاعدة القانونية ، و الحالة الواقعية ، الوجه المباشر لخطأ الإدارة في الأساس القانوني بمعناه العام . فالإدارة ، قد تستتر في بعض الأحيان ، و تتخفى وراء حالات إجرائية ، وموضوعية غير منصوص عليها في القانون . فما هي إذن هذه الحالات ؟.

الحالة الأولى : الأسباب الإجرائية :

¹ - تنص المادة 12 من قانون 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 ، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة ، الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 1991 ، على أنه يمكن إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية دون إجراء تحقيق مسبق كلما تعلق الأمر بالعمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني . إن هذه المادة لا تنطرق لحالة الإستعجال و لا لإجراءات الوضع الفوري على الأموال في حالة الظروف الإستثنائية التي تتعلق بالدفاع الوطني ، و إنما تنص فقط على سرية الأشغال . كما أنها أيضا ، لا تترجم حالات الظروف الإستثنائية كالحرب أو الأشغال العاجلة التي لا تحتل الإنتظار لضمان أمن و سلامة الأشخاص ، و هذا على عكس ما فعلته التشريعات الأخرى . و بالتالي فإن القاضي يجد نفسه أمام حالة فراغ قانوني يجب أن يحسمه بإجتهادته . أنظر في هذا المعنى : ليلي زروقي ، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية لمنفعة العامة ، مجلة مجلس الدولة ، مطبعة الديوان ، الجزائر ، 2003 ، العدد 3 ، ص . 24 .

² - الخطأ في القانون ، أو القرار المعيب بعيب الخطأ في القانون ، أو أن القرار مغلوطا قانونا كما تعدد التسميات يختلف كثيرا عن مخالفة القانون . إذ أن هذا الأخير يعني انتهاكا موضوعيا لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، أما الخطأ في القانون فإنما يقصد به عيبا في الإستدلال و الإستنتاج الذي يجريهما رجل الإدارة . أنظر في هذا المعنى : علي خطار شطناوي ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 888 .

لا تستطيع الإدارة من الناحية القانونية ، التستر وراء إجراءات غير منصوص عليها في القانون ، أو أن تستند على قانون لا يقبل التطبيق على الحالة المادية ، أو الواقعية المعروضة أمامها ، لإصدار قرار ، أو الإمتناع عن إصداره . و مثال ذلك ، أن ترفض الإدارة قبول تسجيل الطلبة في كلية الطب ، بحجة عدم إحتياز مسابقة غير منصوص عليها في هذا المنوال . أو أن تصدر الإدارة قرارا بفصل الموظف بسبب تعرضه للإعتقال ، دون إنتظار صيرورة الحكم نهائيا ، في حين أن القانون يأمر بتوقيف الموظف كإجراء وقائي دون عملية فصله¹ .

الحالة الثانية : الأسباب الموضوعية :

و من الأمثلة التي تضرب في هذه الحالة ، استبعاد الإدارة أحد الأشخاص من قائمة المترشحين لإحتياز مسابقة معينة ، و هذا استنادا لإعتبارات الجنس ، أو بسبب الآراء ، والمعتقدات الدينية ، و السياسية . أو استبعاد الإدارة أحد الأشخاص من قائمة المترشحين ، بحجة عدم توفره لبعض المؤهلات العلمية ، و هي غير منصوص عليها في القانون .

و في كلتا الحالتين ، تكون الإدارة أمام اختصاص سلمي (compétence négative) ، بحيث عليها أن تمتنع عن التصرف ، و إلا وقعت في حالة من حالات اغتصاب السلطة² .

ب- الأسباب المستمدة من التفسير الخاطئ للقانون :

يجب أن تكون الأسباب القانونية ، التي ادعتها الإدارة مطابقة تماما للأسباب المنصوص عليها في القانون . و من ثم يقع على الإدارة التزام أساسي مناطه التفسير الصحيح لأحكام القانون ، و هذا بالإعتماد على جميع النصوص القانونية ، و إلا وقعت في دائرة التفسير الخاطئ للقانون. و من أهم الأمثلة على ذلك ، رفض الإدارة قبول ملف أحد الأشخاص للترشح لمسابقة معينة، بحجة عدم توفره

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : طلحة نورة ، المرجع السابق ، ص . 168 .

² - عصام البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 266 .

على شهادة الإعفاء من الخدمة الوطنية ، في حين أن القانون ينص فقط على اثبات الوضعية تجاه الخدمة الوطنية¹.

ج - الأسباب الذاتية الخاصة بالإدارة :

عند قيام الإدارة ، في بعض الحالات بممارسة الصلاحيات التي تتمتع بها ، فإنها قد تعتقد أنها تتمتع بسلطة تقديرية ، في حين أنها تتمتع باختصاص مقيد. لذا فإنها ترتكب هنا خطأ في القانون. هذا وتجدر الإشارة إلى أن ممارسة السلطة التقديرية ، لا يعد حقا خالصا للإدارة ، بل هو يعد ضرورة ، أو حتمية تمارس في حدود القانون .

نخلص مما سبق ، أنه ليس ثمة من مجال متروك للإدارة في تكييف الوقائع ، فالإدارة ملزمة بأن تختار السبب القانوني الصحيح لقرارها . لكن السؤال المطروح هنا يتمثل في معرفة ما إذا كان

الأمر يعد كذلك بالنسبة لتقدير الإدارة للخطورة التي تنشأ عن الوقائع الثابت حدوثها ؟ .

الفرع الثالث : تقدير الخطورة التي تنشأ عن الوقائع و أهميتها :

إذا كانت الإدارة قد انتهت من عملية التحقق من قيام الحالة الواقعية التي تدخلت الإدارة على أساسها ، وكذا صحة التكييف القانوني لها - على النحو الذي سبق توضيحه - ، فلا يبقى أمامها الآن ، سوى معرفة مدى سلطتها إزاء تقدير أهمية هذه الوقائع ، و تقدير مدى خطورتها .

إن عملية تقدير أهمية السبب، ومدى خطورته، يعد من الجوانب التقديرية المتروكة للإدارة². بحيث تملك الإدارة في هذا الشأن ، حرية وزن مناسبات العمل ، كما أن لها حرية تقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها ، و التي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها . لكن كيف تستطيع الإدارة أن تقوم بعملية التقدير هذه ؟ .

¹ - تنص المادة 74 فقرة 4 من الأمر رقم 06-03 ، المتضمن القانوني الأساسي للوظيفة العامة ، على " ...أن يكون في وضعية قانونية اتجاه الخدمة الوطنية " . و يؤكد كذلك معنى هذه الفقرة نص المادة 154 من نفس الأمر ، بحيث تنص على أنه " يوضع الموظف المستدعى لأداء الخدمة الوطنية في وضعية تسمى الخدمة الوطنية " .

و نفس الكلام تؤكد المادة 144 ، و المادة 145 من الأمر رقم 74-103 ، المؤرخ في 15 نوفمبر 1975 ، المتضمن قانون الخدمة الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 99 المؤرخة في 10 ديسمبر 1974 . بحيث تنص 144 منه على أن " الموظف المدعو لإتمام مدة خدمته الوطنية يوضع في وضع خاص يطلق عليه اسم الخدمة الوطنية " ، و عليه ، يقع على الإدارة التزاما ، مناطه الإطلاع على كل القوانين ، و المراسيم ، و الأوامر ، إذا أرادت إعطاء التفسير الصحيح للنص المراد تفسيره ، وهذا طبقا لقواعد التفسير العامة المعروفة .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص. 61.

تقوم عملية التقدير هنا على أساس احتمالات مستقبلية ، و غير محققة . فإذا طلب أحد الأفراد مثلاً ، الإذن باستعمال جزء من المال استعمالاً خاصاً ، فإن الإدارة قد ترفض طلبه إذا قدرت أن استعماله المطلوب سيلحق ضرراً بالمال العام . إن عملية التقدير التي أجرتها الإدارة هنا ، تعد أمراً احتمالياً ، لأن الإدارة قد تخطئ في عملية منح الترخيص ، كما أنها قد تصيب . و مع ذلك فإن الإدارة ، تتمتع في مثل هذه الحالات بسلطة تقديرية ، فهي تعد في وضع يسمح لها أكثر من غيرها بتقدير الأمور تقديراً سليماً. لهذا كان من الأصح أن تترك الإدارة حرة في تدبير المخاطر التي تترتب على هذه الوقائع ، ما دامت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، هذا من جهة . و من جهة أخرى ، إن الإدارة و هي تقوم بهذا التقدير ، فإنها تتحمل التزاماً ، لا يمكن لها أن تتخلص منه ، وهو أن تضع نفسها في أفضل الظروف للقيام بالتقدير المذكور أعلاه ، و أن تجر به بروح موضوعية ، بعيداً عن البواعث الشخصية ، لكن بشرط أن يكون لها جميع العناصر اللازمة لإجرائه¹.

المطلب الثاني : الإدارة و محل العمل أو فحواه :

بعد أن تتحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية التي تبرر تدخلها ، و بعد أن تكيفها التكيف القانوني الصحيح ، و بعد عملية تقدير الأخطار التي قد تنجم عنها ، يظهر بعد ذلك ما يسمى بالأثر القانوني الذي ينتجه القرار ، وذلك عن طريق التغيرات التي يحدثها في المراكز القانونية عند صدوره سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء². هذا هو عنصر المحل الذي يعد جوهر القرار ومادته، والذي فيه تتجسد أبرز معالم السلطة التقديرية. لكن إلى أي مدى يمكن أن يصل الأمر؟. يتحدد موقف المشرع بصدد محل القرار الإداري ، و فقا لما يختاره هو من عدة نواحي :

فقد يحظر المشرع تماماً ترتيب أي أثر قانوني بصدد قرار إداري . مثلاً كتسليم اللاجئين السياسيين ، أو المصادرة العامة للأموال ، أو إبعاد المواطنين عن البلاد أو منعهم من العودة إليها .

¹ - سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، المرجع السابق ، ص . 65 ؛ محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري و دعوى الإلغاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1971 ، ص . 72-73 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص . 28 ، وكذلك سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، المرجع السابق ، ص . 65-66 ، و مؤلفه أيضاً ، الوجيز في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص . 588 .

كما قد يفرض المشرع ترتيب أثر قانوني محدد ، بصدد قرار إداري معين، بحيث لا يترك للإدارة إمكانية الاختيار بين عدة حلول . و مثال ذلك إحالة الموظف إلى الإستيداع في حالة تعرض أحد أصول الموظف أو زوجه أو أحد الأبناء المتكفل بهم لحادث أو لإعاقة أو لمرض خطير¹ .

كما قد يتيح المشرع للإدارة قدرا من حرية التقدير ، بأن يترك لها حرية الاختيار بين أكثر من أثر قانوني. مثال ذلك أن ينص القانون على حق الإدارة في توقيع عقوبة تأديبية في حالة إرتكاب خطأ تأديبي ، و هذا دون أن ينص على نوع العقوبة التأديبية مثلا .

وأخيرا ، قد يتخلى المشرع تماما عن تقييد الإدارة ، فيتجنب تحديد ما يمكن للإدارة أن ترتبه من الآثار القانونية مكتفيا - مثلا- بتحديد الغاية و الهدف من القرار . مثال ذلك أن يعطي القانون سلطة للإدارة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية النظام العام ، و الآداب العامة في ، حالة ما إذا تعرضت للتهديد . في هذه الحالة يكون القانون قد أعطى للإدارة سلطة تقديرية كاملة في ترتيب الآثار القانونية الكفيلة بحماية النظام العام ، و الآداب العامة. و مما لا شك أن هذه الحالات ، أي الحالات التي تكون فيها الإدارة مقيدة الإختصاص ، لا تحدث إلا نادرا ، بحيث يكاد يكون أمر تحقيقها مستحيلا من الناحية العملية. وبمفهوم المخالفة ، أن الإدارة إذا ما واجهت حالة ما ، فيكون لها الخيار في أن تتدخل أو تمتنع. و إذا تدخلت، فيكون لها الحق في اختيار وقت التدخل، كما يكون لها أيضا الحق في اختيار فحوى القرار. تلك هي أهم العناصر التي تتجلى فيها السلطة التقديرية للإدارة .

الفرع الأول : حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع :

يعتبر السبب ، المحرك الأساسي لنشاط الإدارة . فوجود السبب بشكل أو بآخر من الناحية المادية و القانونية ، يسمح للإدارة أن تتخذ إجراء معيناً بقصد إحداث أثر قانوني معين ، و هذا تحقيقا للمصلحة العامة². و بمعنى آخر عند تحقق أسباب معينة من القانون أو الواقع ، تكون الإدارة

¹ - المادة 146 فقرة 02 من الأمر رقم 06-03 ، المتضمن قانون الوظيفة العامة .

² - من الواضح أن هناك إرتباط واضح بين عنصري السبب و المحل . فالغالب أن القانون إذا اتجه إلى الإختصاص المقيد بشأن المحل، فإنه يلجأ أيضا إلى تقييد سلطة الإدارة بشأن السبب . بمعنى أنه يقرر أن لرجل الإدارة في مواجهة حالة واقعية معينة سلطة اتخاذ إجراءات محددة ، أي سلطة إحداث

في موقع يتيح لها فرصة التصرف على أساس من هاته الأسباب ، بحيث لا يجوز أن تتصرف في حالة انعدامها. ولكن هل تستطيع الإدارة بمحض تقديرها أن تختار بين أن تتدخل ، أو تمتنع عن التدخل لإحداث أثر قانوني ، حتى و لو توفرت الأسباب المبررة لتصرفها ؟ .

كقواعد عامة ، إن الإدارة حرة في أن تتدخل أو تمتنع ، وهذا ما لم يوجد التزام قانوني يأمرها أو ينهها ، وهذا هو الإستثناء¹. و بمعنى آخر ، إن مجرد تحقق الأسباب التي تجيز تدخل الإدارة ، لا ينفي الزامها بالتدخل . مثلاً ، إذا ارتكب الموظف خطأً تأديبياً ، فإن الإدارة- لسبب أو لآخر- قد ترى صرف النظر عن هذا الخطأ ، و عدم إصدار قرار إداري بتوقيع عقوبة على الموظف المخاطئ. وكذلك أن مجرد قيام و اضطرابات مظاهرات ، لا يحتم على الإدارة استخدام سلطاتها لقمعها، فقد ترى أن تدخلها قد يزيد النار اشتعالاً ، وأن تلك الاضطرابات ستنتهي من تلقاء نفسها.

لكن إذا كانت الإدارة تملك حرية واسعة في هذا الشأن، إلا أن حريتها هذه، تتفاوت تبعاً لكون هذه القرارات لائحية، أو قرارات فردية. فإذا كان الأمر متعلقاً بقرار فردي، فإن الفرد صاحب العلاقة له دائماً الحق في أن يطلب من الإدارة إصداره. غير أن الوضع يختلف عندما يتعلق الأمر بسلطة الإدارة اللائحية .

أولاً : فيما يتعلق بإصدار القرارات اللائحية :

تلعب القرارات اللائحية دوراً مهماً في إبراز الجزئيات، و التفصيلات اللازمة لنفاذ الأحكام التي يتضمنها القانون . لهذا كان من الضروري معرفة مدى التزام الإدارة بالتدخل في هذه الحالة ؟ .

الأصل أن السلطة التنفيذية حرة في إصدار القرارات اللائحية ، لأن هذا يندرج في إطار السلطة التقديرية للإدارة. لكن متى وجهت الدعوة من جانب السلطة التشريعية، تحتم على الإدارة أن تصدر القرارات اللائحية اللازمة لتنفيذ القوانين². وفي هذا الصدد يرى الفقيه AUBY¹ أن حرية الإدارة في

أثر قانوني معين في مواجهة ظرف أو واقعة معينة ، و بذلك يتولى القانون تحديد موضوع هذا الأثر بشكل كامل . و على العكس من ذلك إن عدم تحديد المحل يلزم عدم تحديد السبب ، بحيث يمكن القول أن السلطة التقديرية بالنسبة لحل القرار ، تتمثل في حرية اختيار السبب الذي يتفق معه محل القرار . أنظر في هذا المعنى : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 214 .

¹ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 62-63 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 476 .

هذه الحالة، هي منعدمة ، إذ أن الحكومة - كما يقول - هي ملزمة بتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وهي مسؤولة سياسيا عن أعمالها². لكن هل يحق هنا للفرد أن يطلب من الإدارة إصدار اللوائح التنفيذية ؟ .

إذا كانت النصوص الدستورية³ تلزم الحكومة بالتصرف لتنفيذ القوانين ، فإن المنطق هنا يقضي بأن من حق الفرد صاحب المصلحة - على أساس من هذه النصوص- أن يطلب من الإدارة أن تتدخل لإصدار اللائحة . و في حالة الرفض ، يستطيع أن يطعن بالإلغاء في قرارها هذا ، وذلك بحسب القواعد العامة للطعن في القرارات الإدارية . و لكن على الرغم من ذلك ، فإن القضاء الإداري الفرنسي مستقر في الوقت الحاضر ، على أن موضوع إلزام الإدارة بالتدخل ، في مجال ممارستها للسلطة اللائحية ، لا يمكن أن يناقش قضائيا⁴.

ثانيا : فيما يتعلق بإصدار القرارات الفردية :

يعد القانون المصدر الرئيسي لتدخل الإدارة أو امتناعها . فهو الذي يحدد لها قدرة التدخل من امتناعها ، حتى و لو توفرت الأسباب المبررة لتصرفها . لهذا كان من الأجدر ، أن يتم التمييز بين نوعين من النصوص القانونية لتحديد مدى سلطة الإدارة في إصدار هاته القرارات الفردية :

أ - القواعد القانونية الجوازية :

في ظل مثل هذه القواعد القانونية ، تملك الإدارة سلطة تقدير ملائمة التدخل أو الإمتناع⁵ . فما لم يحتم المشرع على الإدارة أن تتدخل، وأن تقوم بتصرف معين، فإن مجرد تحقق أسباب تدخل الإدارة، لا يلزمها بهذا التدخل في إصدار القرارات الفردية. وبالتالي، فإن امتناعها عن التدخل لا يشكل انتهاكا لالتزام قانوني مفروض عليها، وبالتالي لا يعد حالة من حالات عدم المشروعية.

¹ - AUBY, L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois , J.C.P., 1953 -1-1080.

مأخوذ عن : عصام البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 445 .

² - على خلاف بعض الأنظمة الأخرى ، فإن النظام الدستوري الجزائري يعفي رئيس الدولة من المسؤولية السياسية ، و هذا بالرغم من السلطة الفعلية الواسعة التي يمارسها ، و تبقى الحكومة هي وحدها المسؤولة أمام البرلمان . أنظر في هذا المعنى : الأمين شريط ، المرجع السابق، ص. 193.

³ - تنص المادة 85 فقرة 3 من دستور 1996 على أن رئيس الحكومة " يسهر على تنفيذ القوانين و التنظيمات " . و في نفس السياق تنص المادة 125 على أنه " يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود إلى رئيس الحكومة " .

⁴ - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 446 .

⁵ - محمود عاطف البنا ، حدود سلطة الضبط الإداري ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1980 ، ص. 100 .

مثال ذلك ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 213/97 ، المتضمن تجديد رخصة البحث عن المحروقات الممنوحة للمؤسسة الوطنية سوناطراك ، لمدة 5 سنوات في المساحة المسماة العوابد في تراب ولاية البيض¹. فلقد كان بإمكان الإدارة الإمتناع عن تجديد رخصة البحث عن المحروقات، غير أنها آثرت التدخل حسب ما جاء في المرسوم أعلاه ، الذي أعطها حرية تقدير ملاءمة هذا التصرف ، بأن جددت الرخصة للمؤسسة الوطنية سوناطراك .

ب - القواعد القانونية الأمرة :

يقصد بها ، تلك القواعد التي تنص على أنه إذا ما توفرت الشروط الضرورية لإصدار القرار ، فإن الإدارة تلتزم باتخاذها . و عليه فإن اختصاص الإدارة في هذه الحالة ، هو مقيد بمدى توفر هذه الشروط . و مثال ذلك المرسوم رقم 91-195 ، و الذي يحدد ماهي الشروط الواجب توافرها في الشخص الذي ينوي أن يقود سيارة نقل المسافرين أو البضائع². فإذا ما توفرت في هذا الشخص الشروط المحددة طبقا لهذا المرسوم ، فما يبقى على الإدارة ، إلا أن تأذن لهذا الأخير بممارسة هذه المهنة . و اختصاصها في هذه الحالة هو مقيد ، و هذا تبعا للقواعد القانونية الأمرة في هذا المجال .

الفرع الثاني : حرية الإدارة في اختيار وقت التدخل :

الأصل هنا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال . ذلك أن اختيار اللحظة المناسبة التي يصدر فيها القرار ، لا يمكن تحديدها مقدما ، بل يترك أمر تقديرها للإدارة ، و لها في ذلك مطلق الحرية ، شريطة أن لا يكون اختيارها هذا مخالفا للقانون ، هذا من جهة . و من جهة أخرى، إن عملية اختيار الزمن ، تعتبر عاملا مهما في نجاح القرار أو فشله . لهذا كان من الأحسن أن توفق الإدارة في اختيار الوقت التي تصدر فيها قرارها . و من الأمثلة على ذلك ، تحديد وقت شغل الوظيفة العامة الذي يعتبر من الأمور المتروكة لسلطة الإدارة التقديرية ، لأن الإدارة قد تكون

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 213/97 ، المتضمن تجديد رخصة البحث عن المحروقات الممنوحة للمؤسسة سوناطراك ، المؤرخ في 09/06/1997.

² - مرسوم رقم 91-195 المؤرخ في 01 يونيو 1991 الذي يحدد الشروط العامة لممارسة النقل البري للمسافرين والبضائع.

بحاجة ماسة إلى عدد من الموظفين ، و لكنها ترى ارجاء هذا التعيين لوقت لاحق¹ . و من الأمثلة كذلك في النظام الإسلامي ، ما ثبت عن الخليفة عمر رضي الله عنه² ، حين أصدر قراراً يقضي بمنع القائد أبي عبيدة و جيشه من فتح الإمبراطورية الرومانية ، و تأجيل ذلك لمدة سنة ، إلى حين تسمح ظروف المسلمين و يتوافر الوقت الملائم لذلك .

غير أنه إذا كانت الإدارة تملك أساساً هذه الحرية في اختيار الوقت الذي تصدر فيها قرارها على هذا الشكل ، إلا أن هذه الحرية ليست كاملة ، بل هي مقيدة من عدة نواحي .

أولاً : حالة النص التشريعي :

قد يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل مباشرة إذا ما توافرت حالة معينة تستدعي التدخل . حينئذ تنعدم حرية الإدارة بتاتا في هذه الحالة . فإذا ما نص القانون مثلاً على تحديد تاريخ معين لتنفيذ طلب معين ، فإن ذلك يتضمن بدون شك إلزاماً قانونياً على الإدارة في أن تصدر قرارها بالتنفيذ في الوقت المحدد . و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 220 من الأمر 03-06³ التي حددت للإدارة فترة شهرين 02 ، لكي تتدبر موقفها في الإعلان عن قبول الإستقالة . و في كل الأحوال إذا لم ينص المشرع صراحة على ضرورة تصرف الإدارة ، فالصالح العام ، هو معيار تصرفها.

ثانياً : حالة الضرورة : (Cas d'urgence)

وضع الأستاذ فالين قاعدة استمدتها من قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁴ ، مفادها أن حرية الإدارة في اختيار وقت إصدار قرارها ، تختفي في حالة الضرورة. و يقصد بحالة الضرورة ، أن الإدارة تتخذ بعض الإجراءات الإستثنائية بوسائل لا تتم وفقاً للقانون ، وبصفة مؤقتة ، وذلك إزاء مواجهة

¹ - أنظر في هذا المعنى : حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 664.

² - حيث كان نص الرسالة التي بعثها إلى أبي عبيدة الجراح كالاتي : " و ذكرت أنك وجهت الخيول نحو البلاد التي فيها ملك الروم و جمعهم ، فلا تفعل ، و ابعث خيلك فاضممها إليك ، و أقم حتى يمضي هذا الحول ، و نرى من رأينا ، و نستعين بالله ذي الجلال و الإكرام على جميع أمورنا و السلام " . أنظر في هذا المعنى : محمد حميد الله ، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي و الخلافة الراشدة ، الطبعة الخامسة ، 1985 ، دار النفائس بيروت ، ص . 469.

³ - تنص المادة 220 من الأمر رقم 03-06 ، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة ، على أنه " لا ترتب الإستقالة أي أثر إلا بعد قبولها الصريح من السلطة المخولة التي لها صلاحية التعيين التي يتعين عليها اتخاذ قرار بشأنها في أجل أقصاه شهران 02 ابتداء من تاريخ إيداع الطلب " .

⁴ - مأخوذ عن : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 449 .

الأخطار التي تهدد كيان الدولة ، و المحافظة على سلامتها ، والتي تتطلب ضرورة التدخل ، والتصرف السريع ، و هذا دون مراعاة وقت التدخل لإصدار قراراتها¹.

و لا يعد هذا الخروج في جوهره ، مخالفة صريحة لمبدأ المشروعية ذاته ، لأن هذه القواعد إنما أنشئت لتحكم بعض العلاقات في ظل الظروف العادية ، ومن ثم فإن نطاق تطبيقها لا يمتد إلى الظروف الإستثنائية لعدم صلاحيتها للتطبيق عليها . إلا أنه ، ونظرا لعجز مصدر القرار عن تقرير القواعد الملائمة لتلك الظروف، تتدخل الإدارة مؤقتا، لإصدار بعض القرارات أو اللوائح لمواجهة هاته الظروف العارضة ، وهذا في إطار المشروعية الإستثنائية . وهنا بالذات ، تنعدم حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها ، وهذا نظرا للطابع الإستعجالي لتدخلها.

ثالثا : حالة التظلم الإداري :

يمكن إحراج الإدارة في هذه الحالة ، إذا ما تمادت في استعمال حريتها في اختيار الوقت المناسب لإصدار قرارها عن طريق التظلم الإداري ، ثم الإلتجاء إلى القضاء الإداري للحصول على حكم بإلغاء القرار الضمني إذا تحققت أسبابه و دواعيه² . و يعرف التظلم الإداري ، بأنه طريقة من الطرق القانونية ، أو وسيلة من الوسائل القانونية التي تسمح بإستصدار قرار إداري متفق مع القانون³ . و يعتبر سكوت الإدارة لمدة ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الطلب ، قرينة سلبية على اعتباره مرفوضا⁴ . مما يمكن الطعن في بالإلغاء أمام قاضي تجاوز السلطة .

الفرع الثالث : اختيار فحوى القرار :

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة ، المرجع السابق ، ص . 154-156 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 65 .

³ - تعتبر الشكوى المقدمة إلى مدير الضرائب بالولاية تظلم إداري مسبق . و هي وسيلة لحل النزاع وديا قبل أن يعرض الأمر على العدالة ، و هذا المنح الإدارة مراجعة أعمالها و التأكد من صحتها . أنظر في هذا المعنى : عمار معاشو ، عزوي عبد الرحمن ، تعدد مصادر القاعدة الإجرائية في المنازعات الإدارية في النظام الجزائري ، دار الأمل ، تيزي وزو ، الطبعة الثانية، 1999 ، ص 32 ، و قريب منه ينظر : رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1994 ، ص . 60-98 .

⁴ - أنظر المواد 275 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

إذا لم يفرض المشرع على الإدارة مقدما نوع القرار الذي يجب اتخاذه و فحواه ، فإن الإدارة حرة في تضمين قرارها الأثر الذي تريده . لكن بشرط أن يكون هذا الأثر جائزا و ممكنا¹. إذن فالمشرع في مثل هذه الحالات ، يكتفي برسم الخطوط العامة ، ثم يترك للإدارة حرية التصرف وفقا لكل حالة على حدى ، و هذا باختيار التنظيم الذي تريده ، أو الوسيلة التي تواجه بها الموقف، دون معقب من القضاء .

ومن الأمثلة على ذلك ، المرسوم رقم 90-230 ، المؤرخ في 25 جويلية 1990 ، المتضمن أحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب و الوظائف العليا في الدولة ، فتنص المادة 09 منه على أن "يكون التعيين في الوظائف العليا التابعة للإدارة المحلية حسب تقدير السلطة التي لها صلاحية التعيين"². لقد أعطى هنا المشرع سلطة تقديرية و اسعة للإدارة في مجال تعيين الموظفين التابعين للإدارة المحلية ، غير أنه لم يفرض عليها أية طريقة معينة للتعين ، كما لم يفرض عليها أيضا الوسيلة التي تتم بها عملية التعيين . و يبدو هنا ، أن هذا النص قد احتفظ للإدارة بحرية تضمين قرار التعيين الأثر الذي تريده ، الأمر الذي لم يفعله المشرع في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03 - 165 ، بحيث حدد سلطة الإدارة من خلال نصه على شروط و كيفية التعيين³.

بمعنى آخر ، أنه إذا كان التعيين في الوظائف العامة ، هو من الملاءمات التقديرية التي تستقل بها الإدارة ، في حدود ما تراه متفقا مع الصالح العام ، إلا أن ذلك مشروط بمراعاة بعض العناصر التي ينص عليها القانون ، و التي يراها لازمة لتبيين أوجه الترجيح ، و المفاضلة فيما بينهما⁴. و في نفس السياق يذكر أيضا، المرسوم رقم 83-200 ، المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية ، وتنظيمها ، و

¹ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 60 ، و مؤلفه : نظرية التعسف في استعمال السلطة ، المرجع السابق ، ص . 68 ، و مؤلفه أيضا : الوجيز في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص . 589 .

² - الجريد الرسمية رقم 31 ، المؤرخة في 25 جويلية 1990

³ - تنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03-165 ، المؤرخ في 09 أبريل 2003 و المتعلق بشروط و كفاءات تعيين مستشاري الدولة في مهمة غير عادية على أنه " يبلغ عدد مستشاري الدولة في مهمة غير عادية 12 مستشارا على الأكثر ، و يعينون من بين الأشخاص ذوي الكفاءات الأكيدة في مختلف الميادين و الأنشطة و يجب أن تتوفر فيهم أحد الشروط الآتية:

أن يكون حائزا على شهادة دكتوراه في القانون أو العلوم الاقتصادية أو المالية أو التجارية و يثبت سبع سنوات على الأقل في الوظائف العليا للدولة".

⁴ - أنظر في تفاصيل ذلك : حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 694.

تسييرها ، المؤرخ في 19 مارس 1983 ، حيث تنص المادة 18 منه على أن " يعين المدير بقرار من السلطة الوصية و تنهى مهامه حسب الأشكال نفسها " ¹ . فالسلطة الوصية هنا ، باعتبارها الساهرة على حسن سير المرفق العام ، لها مطلق الصلاحية التقديرية في التعيين ، حسب الأشكال ، و الإجراءات التي تراها مناسبة لذلك . و هذا ما لم يقيد القانون بنص خاص ، أو ما لم تقيد نفسها بقواعد تنظيمية معينة .

و من الأمثلة - أيضا - حول حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار ، في النظام الإسلامي ، ما جاء في التخيير بين الخصال الخمس في حق الأسرى ، و هي القتل ، و الإسترقاق ، والمن ، والفداء ، و الجزية . فالإدارة تختار من بين هذه الأمور ما يتلاءم مع الصالح العام للمسلمين ² . وبالتالي لها سلطة تقديرية في اختيار الفحوى أو الأثر المناسب الذي تبتغيه من القرار .

خلاصة القول ، أنه إذا تخلف القانون عن تحديد فحوى القرار ، فهذا يعد ترخيصاً منه للإدارة باختيار المحل ، أو الأثر الذي يتناسب مع متطلبات الصالح العام .

المطلب الثالث : الإدارة و الغرض من العمل الإداري :

إذا كانت الإدارة تتمتع بنوع من الحرية في تقدير أهمية بعض الظروف الواقعية أو القانونية التي تصادفها، وفي اختيار الوقت المناسب لاتخاذ قرارها ، وكذا فحوى القرار الذي تصدره، -على النحو السابق إبرزه - ، فيجب أن يكون دائما الهدف من ذلك هو ابتغاء المصلحة العامة. فحرية الإدارة في هذا الشأن ليست مطلقة ، هذا من جهة. ومن جهة أخرى ، إن الإدارة ملزمة بأن تستخدم سلطتها التقديرية بطريقة موضوعية خالصة، وبما يتفق مع روح القانون، وبالشكل الذي يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة ، لا المصالح الفردية ، و ذلك دون أي تمييز أو محاباة بين الأفراد ³ .

¹ - الجريد الرسمية رقم 16 ، المؤرخة في 22 مارس 1983 .

² - نذير محمد أوهاب ، السلطة التقديرية مفهومها و تأصيلها ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب ، دارأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، السنة 13 ، العدد 25 ، 1419 هجري ، ص . 25 .

³ - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 74 و ما بعدها ؛ محمد محمد بدران ، المرجع السابق ، ص . 95 ؛ محمد أنس جعفر قاسم ، المرجع السابق ، ص . 122 ؛ عادل السعيد محمد أبو الخير ، المرجع السابق ، ص . 617 .

ونظرا لأهمية هذا الركن في القرارات الإدارية ، فإن عملية دراسته تثير مسألتين مهمتين . أما المسألة الأولى فتتعلق بعملية تعريفه و تحديد أهميته ، و أما المسألة الثانية و هي الأكثر أهمية باعتبارها نتيجة أساسية ، فإنها تتعلق بمعرفة مدى تمتع الإدارة بحرية تقدير هذا العنصر ، إن كانت لها هذه الحرية . و هذا ما سوف نتناوله في الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف الغرض و أهميته :

يقصد بركن الغرض (أو الغاية أو الهدف) ، النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قراره . فالغاية مثلا من قرار صادر بنقل موظف إلى جهة عمل أخرى ، إنما يستهدف حسن سير المرفق العام وفقا لمقتضيات العمل ، و ظروفه ، و احتياجاته . و الغاية من القرار بإغلاق أحد محال بيع الأغذية ، هو توفير الصحة العامة و من ثم كفالة النظام العام¹ .

و تعتبر الغاية الحد الفاصل ، بين ما يعتبر سلطة تقديرية مشروعة ، و بين ما يعتبرها سلطة غير مشروعة . فهي تعد المقياس الحقيقي و الدقيق ، لمعرفة مدى صحة تصرف الإدارة ، و هي تشكل في نفس الوقت ، حدا لممارسة الإدارة للسلطة الممنوحة لها . و على أساس ذلك ، يمكن القول في بعض الحالات أن الإدارة انحرفت بأهدافها عن الأهداف المحددة لها ، و هو ما يعرف بالإنحراف بالسلطة (Le détournement de pouvoir)² .

و ينطوي ركن الغاية على أهمية خاصة ، سواء من الناحية القانونية أو من الناحية العملية . أما من الناحية القانونية ، فيتعلق هذا الركن بأهداف العمل الإداري في مجال ممارسة السلطة التقديرية للإدارة ، أي في الأحوال التي يترك فيها المشرع للإدارة جانبا من الحرية في التدخل من عدمه ، و في اختيار الوقت الملائم للتدخل . بمعنى أنه يوجد تلازم تام بين هذا الركن ، و بين السلطة التقديرية للإدارة ، التي تعتبر المجال الطبيعي لظهور إساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بها .

¹ - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية ، المرجع السابق ، ص . 271 .

² - يقصد بعيب الإنحراف بالسلطة، أو عيب إساءة استعمال السلطة كما يسميه البعض ، استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة ، أو باتباع هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون ، أنظر في هذا المعنى : عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ص . 260 .

أما من الناحية العملية ، فإن الرقابة على هذا الركن هي جد دقيقة . و مهمة القاضي فيها ، شاقة و عسيرة ، حيث أن عنصر الغرض في القرار الإداري يمثل عنصراً نفسياً ، مما يصعب عملية كشفه . فرجل الإدارة عند إصداره لقرار معين ، يتجه إلى فكرة تحقيق هذه النتيجة أو تلك ، أي أنه يتخذ القرار على اعتباره و سيلة للوصول إلى نتيجة معينة . و بهذا يكون رجل الإدارة في إطار عملية نفسية بحتة ، تتمثل في رغبته في الوصول إلى هذه النتيجة¹ .

الفرع الثاني : مدى حرية الإدارة في تقدير ركن الغرض في القرار الإداري :

القاعدة العامة هنا ، هو أن الإدارة ليست حرة في اختيار الغاية من تصرفاتها ، بل عليها أن تستهدف الغرض المنصوص عليه قانوناً ، أو ينبغي لها أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة ، و هذا في حالة إغفال النص القانوني عن تخصيص هدف معين² . و على هذا الأساس ، تساءل البعض³ عما إذا كان ربط نشاط الإدارة بفكرة المصلحة العامة ، يمكن أن يجعل من اختصاص الإدارة اختصاصاً مقيداً أم لا ؟ . و رداً على التساؤل ، يرى صاحب هذا السؤال ، أنه يتعين عدم الخلط بين فكرة الإختصاص المقيد ، و بين ضرورة تقييد الإدارة بفكرة المصلحة العامة . ذلك أن الفرق بين الإختصاص المقيد ، وكون الإدارة مقيدة باستهداف المصلحة العامة في جميع تصرفاتها ، هو أنه في حالة الإختصاص المقيد ، يوجد غرض معين و محدد ضمن إطار المصلحة العامة بمعناها العام ، وهذه هي حالة تخصيص الأهداف . أما فيما عدا ذلك من الحالات ، فإن الإدارة ، لن تكون ملزمة بغرض معين بذاته من أغراض المصلحة العامة ، فقد تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار غرض من عدة أغراض معينة ، و محددة في إطار المصلحة العامة . وبناء على ما تقدم ، يمكن تحديد الغرض وفق ثلاث حالات هامة :

أولاً : حالة تحديد الغرض بشكل كامل :

1 - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 492 .

2 - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 74 .

3 - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 492 ، و قريب منه ينظر : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية ، المرجع السابق ، ص . 276 .

في هذه الحالة ، يتم تحديد الغرض بشكل كامل لممارسة سلطة معينة . وبالتالي فإن اختصاص الإدارة في هذه الحالة سيكون مقيدا . و هذا ما نصت عليه المادة 62 فقرة 04 من القانون رقم 90-30 ، المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية¹ ، على أنه " يترتب على استعمال الأملاك الوطنية العمومية وفق غرض تخصيصها تقييد اختصاص الإدارة التي تسير الأملاك الوطنية " . إن اختصاص الإدارة في هذه الحالة ، هو مقيد بالغرض الذي خصصته المادة 62 من المرسوم 90-30 ، بحيث أن استعمال الأملاك الوطنية العمومية ، يخضع للإستعمال الجماعي ، كما يخضع أيضا للإستعمال الخاص ، و هذا في إطار رخصة إدارية مسبقة² . و من الأمثلة أيضا ، ما نصت عليه المادة 21 من القانون رقم 04-05 ، المؤرخ في 06 فبراير 2005 ، والمتضمن قانون تنظيم السجون ، و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين ، على أنه " أنه تحدث لجنة وزارية مشتركة لتنسيق نشاطات إعادة تربية المحبوسين ، و إعادة إدماجهم الإجتماعي، هدفها مكافحة الجنوح ، و تنظيم الدفاع الإجتماعي".

ثانيا : حالة عدم تحديد غرض القرار الإداري :

و هي الحالة التي لا يحدد فيها القانون غرض القرار بطريقة محددة ، و إنما يشير إليه بطريقة أو بأسلوب عام. و من الأمثلة على ذلك ، ما نصت عليه المادة 30 من القانون رقم 84-10 ، المؤرخ في 11 فبراير 1984 و المتعلق بالخدمة المدنية³ ، على أنه " في حالة الضرورة أو لاحتياجات إنجاز مشروع ذي أهمية وطنية ، يجوز على سبيل الإستثناء ، إبقاء الخاضع في منصبه بعد انتهاء المدة العادية للخدمة المدنية " . إن غرض إنجاز المشروع ذي أهمية وطنية ، المنصوص عليه في هذه المادة، هو غرض عام وواسع ، بحيث يشمل خلال إطاره الواسع عدة أغراض متميزة ، سواء من الناحية

¹ - الجريدة الرسمية رقم 52 ، المؤرخة في 02 ديسمبر 1990 .

² - تنص المادة 62 في فقرتها الثالثة من المرسوم 90-30 ، سالف الذكر على أنه " و على عكس ذلك يخضع الاستعمال الخاص للأملاك الوطنية العمومية الذي يمارسه المستعملون ، لرخصة إدارية مسبقة ، و يستوجب هذا الاستعمال من المستعمل دفع الأتاوى حسب الشروط التي يحددها القانون " .

³ - الجريدة الرسمية ، المؤرخة في 14 فبراير 1984. المعدل بالأمر رقم 06-06 ، المؤرخ في 15 يوليو 2006 ، الجريدة الرسمية رقم 47 ، المؤرخة في 19 يوليو 2006 .

الإقتصادية ، أو المالية ، أو السياسية ، أو الإجتماعية ، أو الثقافية ... الخ . و مما لا شك فيه ، أن الإدارة في هذه الحالة ، تتمتع بسلطة تقديرية في اختيار غرض من عدة أغراض ممكنة ، بشرط ألا تمارس اختصاصاتها لتحقيق أغراض شخصية أو سياسية ، أو بقصد الإنتقام . و في هذه الحالات الأخيرة يكون قرارها غير مشروع ، و هذا ما سنتعرض له الآن :

أ - استهداف السلطة التقديرية لمصلحة شخصية :

يحدث كثيرا في الحياة العملية الإدارية ، أن يقوم بعض رجال الإدارة باستغلال سلطتهم ، لتحقيق مصلحة شخصية ، أو نفع شخصي ، و قد يستغل بعضهم سلطته من أجل محاباة الغير¹ . و في هذا الإطار، نصت المادة 33 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته²، على أنه " يعاقب بالحبس من سنتين 02 إلى عشرة 10 سنوات، وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج ، كل موظف عمومي أساء استغلال وظائفه أو منصبه عمدا من أجل أداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل في إطار ممارسة وظائفه على نحو يخرق القوانين و التنظيمات ، و ذلك بغرض الحصول على منافع غير مستحقة لنفسه أو لشخص أو كيان آخر " .

ب - استعمال السلطة التقديرية لغرض سياسي أو حزبي :

إذا صدر القرار الإداري ، بقصد تحقيق هدف أو غرض سياسي أو حزبي ، فإنه يكون غير مشروع . و من الأمثلة على ذلك ، تعيين الإدارة لأحد الموظفين ، آخذة بعين الإعتبار ، نيابته الإنتخابية التي يمارسها . و من الأمثلة أيضا ، محاولة حزب معين بأن يصل إلى السلطة للتخلص، من أنصار الأحزاب الأخرى في الإدارة ، تمكينا لنفسه من ناحية ولإرضاء غيره من ناحية أخرى³ .

ج - استخدام السلطة التقديرية بقصد الإنتقام :

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص . 664 - 665 .

² - الجريدة الرسمية رقم 14 ، المؤرخة في 08 مارس 2006

³ - سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، المرجع السابق ، ص . 401 .

تعتبر هذه الحالة ، أشد حالات استغلال السلطة ، بحيث تمارس الإدارة سلطتها التقديرية ، لإيقاع الأذى بالغير، بقصد الإنتقام و التشفى لأحقاد وضغائن شخصية. ومن الأمثلة على ذلك ، امتناع الإدارة عن ترقية أحد الموظفين ، ثم نقله إلى وظيفة أدنى من وظيفته الأصلية ، ثم صرفه بعد ذلك من الخدمة . و هذا بقصد الإنتقام منه ، لأنه طالب بحقه أمام القضاء ، فأنصفه هذا الأخير. ومن الأمثلة أيضا ، أن تسرح الإدارة موظفا من الخدمة ، بعد أن رفع أمره إلى القضاء عدة مرات، واستصدر أحكاما بالغاء قراراتها¹ .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع هو الذي يحدد الهدف من وراء تصرفات الإدارة -وهو ما يعرف بحالات تخصيص الأهداف - . غير أنه في بعض الأحيان ، يتخلى المشرع عن هذا التحديد لتتولاه الإدارة بنفسها . و لكن دون أن يعني هذا ، أن الإدارة تتمتع بنوع من الحرية في تقدير المصلحة العامة أو تحديدها . و في كل الأحوال يلعب القضاء الإداري دوراً مهماً في التعقيب على هذا التقدير ، و هذا للتأكد من الغرض أو الهدف الحقيقي من اصدار القرار الإداري .

على أن ممارسة الإدارة لحرية تقدير مدى ملاءمة أعمالها في هذه المجالات ، ليست على إطلاقها - أي على أساس الحرية الكاملة في التقدير - بل ثمة هناك قيد و ضابط هام لهذه الحرية ، يتمثل في ضمانه الرقابة القضائية . و هذا ما سوف نتناوله في المبحث الثاني من هذه المذكرة .

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص . 664.

المبحث الثاني

مدى رقابة القضاء الإداري للقرار الإداري في مجاله التقديري :

لم يعد هناك جدل قائم حول ضرورة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية . فالجميع يعترف في الواقع بأن هذه السلطة ، أو ذلك القدر من الحرية التي تتمتع به الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة ، يعد بمثابة الشرط الأساسي لحياة و بقاء كل إدارة ، خاصة بعد تطور و ازدياد الدور الذي أصبحت تلعبه في الوقت الراهن، نتيجة توسع و تداخل مجالات أنشطتها¹.

غير أن تمتع الإدارة بسلطة التقدير - على النحو السابق إبرازه - لا يمكن أن يباشر خارج إطار القانون، و إنما ضمن حدوده. بمعنى أن الإدارة حينما تباشر سلطتها، فإنه يجب عليها أن تلتزم في هذا الشأن حدود النظام القانوني المقرر في الدولة. و في هذا ضمان لحماية الأفراد، وحررياتهم، و دليل على أن الدولة التي بها تلك الإدارة، هي دولة قانونية يسودها مبدأ المشروعية. و لكن كيف يتم ضمان خضوع الإدارة للقانون في ظل هذه الدولة القانونية؟. بمعنى آخر ، كيف يمكن إجبار الإدارة على ضرورة الإلتزام، أثناء مباشرة سلطتها التقديرية، حدود النظام القانوني المقرر ؟ .

لا يكفي النص هنا على مبدأ المشروعية ، لكي تكون الدولة قانونية ، و لكن لا بد من وجود هيئة قضائية تختص وفق للقانون ، برقابة تصرفات الإدارة ، للتحقق من صحتها ، و مدى مشروعيتها . هذا و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الرقابة الإدارية ، أو الذاتية ، أو البرلمانية مهمة ، إلا أن الرقابة القضائية تعد من أفضل و أنجع الطرق ، و هذا لما تكفله للأفراد من ضمانات و امتيازات تفتقر إليها كافة صور الرقابة الأخرى².

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : العربي زروق ، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ، و مدى تأثر القضاء الجزائري بها ، مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل، الجزائر ، العدد 8 ، السنة 2006 ، ص.117.

² - أنظر في تفاصيل ذلك : عوابدي عمار ، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1983 ، ص . 09- 12 .

و انطلاقاً من هذا التصور ، فإن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية ، تعتبر المظهر العملي والفعال لحماية مبدأ المشروعية¹. و هي تشكل في نفس الوقت مطلباً ملحاً و عاملاً أساسياً في الدول القانونية لحماية حقوق الأفراد ، و حرياتهم ضد تعسف الإدارة ، و استبدادها.

ولغرض تحقيق الصالح العام، والتوفيق ولو بشكل نسبي بين ما تتمتع به الإدارة من الحرية في التقدير ، وبين الحقوق و الحريات التي تتمتع بها الأفراد ، طور القضاء الإداري أساليب رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، بحيث بلغت حد البحث في ملاءمة القرار الإداري للتأكد من مشروعيته. فبعدما كانت رقابة القضاء الإداري تقتصر على وقائع القرارات الإدارية من حيث وجودها المادي². وسع القضاء من نطاق هذه الرقابة، بحيث تم إضافة قيد جديد للحد من السلطة التقديرية للإدارة، وذلك للتأكد من صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع. إن هذا ما يعرف برقابة التكييف القانوني للوقائع³. إلا أن الأمر لم يقف عند هذا الحد، لأن القضاء الإداري بادر بعد ذلك في اتخاذ خطوة جريئة إلى الأمام، وضع من خلالها قيوداً أخرى على سلطة الإدارة التقديرية، والمتمثلة في الرقابة على تقدير الإدارة لأهمية وخطورة الوقائع، وهو ما يعرف برقابة التناسب أو رقابة الملاءمة.

غير أن هذه القيود السابقة ، و إن كانت تتلاءم مع المنازعات التي تثور في المجالات المتعلقة بالوظيفة العامة . إلا أنها لم تعد تتلاءم مع المنازعات التي تثور في المجالات الحديثة ، كالمجالات الاقتصادية ، و الإجتماعية ، والعمرانية. الأمر الذي جعل القاضي الإداري يجتهد أكثر للحد من السلطة التقديرية في مجال مراقبة ملاءمتها وذلك عن طريق خلق ثلاث نظريات هامة وهي⁴:

نظرية رقابة الخطأ الواضح ، و نظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا ، و نظرية ضرورة الإجراء .

ولعل السبب في ذلك ، هو أن هذه المجالات بطبيعتها ، تتسم بالمرونة ، و الحيوية ، الأمر الذي يستدعي تدخل الإدارة في مواجهتها بحرية أوسع ، وسلطة أكبر في التقدير و التقييم .

1 - محمد أنس جعفر قاسم ، المرجع السابق ، ص . 129 .

2 - محمد محمد بدران ، المرجع السابق ، ص . 92 .

3 - عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص . 642 .

4 - العربي زروق ، المرجع السابق ، ص . 121 .

و على العموم ، فإن تحديد مدى رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية في عناصر القرار الإداري ، لا ينبغي أن يتم خارج إطار البحث عن رقابة مشروعية وقائع القرارات الإدارية و ملاءمتها . و هو ما يعرف برقابة التقدير الموضوعي الذي أجرته الإدارة¹ . ثم البحث أيضا في رقابة القضاء الإداري للظروف و الملابسات التي يتم فيها التقدير . و في هذا الإطار ، ولمعرفة وسائل الحد من ممارسة السلطة التقديرية ، سيتبع في هذا الشأن :

1- رقابة تقدير مشروعية وقائع القرارات الإدارية 2- رقابة تقدير ملاءمة وقائع القرارات الإدارية 3- رقابة الظروف و الملابسات التي يتم فيها التقدير في حد ذاته.

المطلب الأول : رقابة تقدير مشروعية وقائع القرارات الإدارية² :

لم يبق مجلس الدولة الفرنسي متمسكا بفكرة الإمتناع عن التدخل في مراقبة السلطة التقديرية ، بل سرعان ما عدل عن هذا المسلك ، و انتهج مسلكا آخر ، بمقتضاه أصبح يتحرر تدريجيا من هذا القيد . و هكذا أصبحت الرقابة القضائية في هذا المجال من قبيل القاعدة العامة التي لا تحتمل نقاشا في صحة قيامها . و قد لعب القاضي الإداري في هذا الشأن دوراً كبيراً في وضع القواعد القانونية ، و هو لا يزال يتقدم خطوة فخطوة في هذا المجال .

¹ - لقد حظى ركن السبب أهمية كبيرة و فعالة ، بحيث احتل نطاقا واسعا من حيث التطبيق ، و هذا بفضل توسع القضاء الإداري لرقابة الوقائع الإدارية من حيث وجودها المادي و صحة تكييفها القانوني ، و كذا البحث في ملاءمته . و نظرا لارتباط ركن الخلل، بركن السبب ، فإن معظم ما سوف يورد من أمثلة و اجتهادات ، يصلح بشكل أو بآخر لإيراده هنا للتدليل على مدى رقابة القاضي الإداري على ركن الخلل . أما عن عيب الإنحراف في استعمال السلطة ، فهو الآخر يعد عيبا احتياطيا . و هو في الأخير يعد عيباً صعب الإثبات مقارنة مع عيب السبب، هذا من جهة . و من جهة أخرى أن القاضي الإداري لا يبحث في هذا العيب طالما أن هناك عيب آخر شاب القرار الإداري ، و لا يتعرض لرقابة هذا العيب إلا إذا كان القرار صحيحا في جميع أركانه الأخرى و حاليا من بقية العيوب . و بالتالي فإن عملية البحث هنا سوف تنحصر على ركن السبب و مدى ملاءمته . للمزيد من التفاصيل أنظر : **عبد الغني بسيوني عبد الله** ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص . 662 ؛ و **عبد الحميد صدقي** ، مدى رقابة محكمة القضاء الإداري على سلطة الإدارة التقديرية ، مجلة مجلس الدولة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، بدون طبعة ، السنة الخامسة - السنة السادسة ، 1954-1956 ، ص . 394 .

² - يوجد هناك ارتباط وثيق بين رقابة المشروعية و رقابة الوقائع الإدارية . هذا الارتباط دفع القاضي الإداري في مرحلة أولى إلى ممارسة رقابة تكييف الإدارة للوقائع للتأكد من ضوابط المشروعية . ثم أصبح القاضي الإداري في مرحلة ثانية يراقب مادية الوقائع للتأكد من صحة وجودها . و أن عدم ثبوت هذه الوقائع يؤدي إلى فقدان القرار الإداري لمشروعيته . أنظر في هذا المعنى : **غناي رمضان** ، عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية ، مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل ، الجزائر ، بدون طبعة ، العدد 6 ، السنة 2005 ، ص . 51-52 .

إن صحة الأسباب الواقعية - كما تمت الإشارة إليها سابقا - لها جوانب عدة . فأولا ينبغي أن يكون لها قوام في الواقع من الناحية المادية . كما ينبغي من ناحية أخرى ، ينبغي أن تكون صحيحة من الناحية القانونية . و في الأخير ، ينبغي أن تكون صحيحة من حيث تقدير قيمتها ، وخطورتها ، و تناسبها مع الإجراء المتخذ . وهذه الأخيرة بالذات ، لم يعترف القضاء بجواز تدخله في هذا المجال ، بحيث أورد عليها استثناءات عديدة . وعلى هذا الأساس ، ومن خلال ما تقدم ، سوف نقسم مسألة الرقابة القضائية على الواقع إلى قسمين ، نبتدأ بالرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع ، و ننتهي بالرقابة القضائية على صحة التكييف القانوني لها ، تاركين الرقابة على ملاءمة وقائع القرارات الإدارية للمطلب الثاني .

الفرع الأول : الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع :

يلعب القضاء الإداري دوراً كبيراً في هذا مجال للحد من تصرفات الإدارة في تقدير الوقائع من الناحية المادية . و بناء عليه ، فإن القرار يصبح معرضاً للإلغاء ، كلما ثبت أن الإدارة استندت في تبريرها على وقائع غير صحيحة من الناحية المادية . و يستوي في ذلك أن تكون الإدارة حسنة النية ، أو سيئة النية ، أي سواء كانت عاملة بانعدام الوقائع أم لا . و هذا يعد في الواقع أول قيد يجد به القاضي الإداري من سلطة الإدارة التقديرية¹ . و من القضايا ، التي راقب فيها القاضي الجزائري صحة الوجود المادي للوقائع ، قضية والي ولاية مستغانم ، ضد الجمعية المسماة منتجة الحليب² ، و التي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 15-04-1996 ، أصدر والي ولاية مستغانم قراراً يقضي بتوقيف نشاطات الجمعية المسماة "جمعية منتجي الحليب" ، الكائنة بالغرفة الفلاحية مستغانم لمدة 06 أشهر ، مستندا في ذلك على الرأي الذي منحه مصالح الأمن الولائية ، و المبني على أن سلوك بعض أعضاء الجمعية محل بالنظام العام ، و الآداب العامة . إن هذا القرار ، أدى بالجمعية ، إلى الطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مستغانم . فقامت هذه الأخيرة في 21-12-

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : العربي زروق ، المرجع السابق ، ص . 119 .

² - مجلس الدولة الجزائري ، 31-01-2000 ، القرار منشور في : لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 ، ص . 197-198 .

1996 بإلغائه . و في 02-07-1997 ، قام والي ولاية مستغانم بإستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة ، معتمدا على نفس الحجج ، و الأسس التي أدت به إلى إصدار القرار . إلا أن مجلس الدولة أيد القرار المستأنف فيه ، و ذلك على أساس ، أن الوالي لم يسبب قراره ، حتى يتمكن المعنيون من الإطلاع المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع الجزاء . بمعنى آخر ، أن قرار الوالي مبني على وقائع منعدمة ، أو غير حقيقة .

و نفس النتيجة أقرها مجلس الدولة الجزائري ، في قضية رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية القبة ضد (ن . أ)¹ . و التي تتلخص وقائعها ، في أنه بتاريخ 04-08-1994 أصدرت البلدية قراراً، يقضي بإلغاء قرار الإستفادة من قطعة أرض بمنطقة صوريكال - القبة - ، لبناء كشك ، و ذلك على أساس ، أن السيد (ن . أ) ، باع القطعة الأرضية الممنوحة له لشخص آخر . على هذا الأساس رفع السيد (ن . أ) دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر ، مطالبا فيها بإبطال قرار البلدية . فاستجابت له هذه الأخيرة ، و قضت بتاريخ 25-08-1996 ، بإلغاء القرار الصادر عن البلدية ، و المتضمن إلغاء قرار الإستفادة . و في 30-04-1997 ، قامت البلدية باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة ، معتمدة في ذلك على نفس الحجج ، و الأسس التي أدت بها إلى إصدار القرار . غير أن مجلس الدولة أيد القرار المستأنف ، و ذلك على أساس عدم تدعيم البلدية لمزاعمها في شأن بيع السيد (ن.أ) للقطعة الممنوحة له فعلا ، مما يجعل واقعة البيع معدومة. ومن ثم فإن قرار البلدية مشوب بعيب السبب ، ذلك أنه هذه الأخيرة لم تثبت صحة وجود هذه الواقعة المادية ، والمتمثلة في بيع قطعة الأرض الممنوحة للسيد (ن . أ) .

و في هذا المنوال ، يضيف مجلس الدولة الجزائري حالة هامة ، فيما يخص إثبات الإدارة لصحة الوجود المادي للوقائع ، و هذا من خلال قضية والي ولاية تلمسان ، ضد (أ . م)² ، و التي

¹ - قرار مجلس الدولة الجزائري ، 27-03-2000 ، القرار منشور في : لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثالث ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 ، ص . 51-53 .

² - قرار مجلس الدولة الجزائري ، 27-03-2000 ، القرار منشور في : لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 59-61 .

تتلخص وقائعها في أنه ، بتاريخ 29-10-1994 ، أصدر والي ولاية تلمسان قراراً ، يقضي من خلاله بإبطال منح القطعة الأرضية لصالح السيد (أ . م) ، و ذلك على أساس التحقيق ، التي قامت به مصالح الأمن ، و قدماء المجاهدين . بحيث يبين هذا التحقيق ، بأن السيد (أ . م) ، كان له سلوكا معاديا أثناء الحرب التحريرية ، و أنه هذه السيرة ستبعده من قائمة المستفيدين استنادا إلى قانون 19/87، المؤرخ في 18-12-1987 . حينها قام السيد (أ) ، برفع دعوى تجاوز السلطة ضد قرار الوالي أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران . فاستجابت له هذه الأخيرة ، و قضت بتاريخ 29-10-1994 ، بإلغاء قرار الوالي . و في 05-03-1995 ، استأنف والي ولاية تلمسان قرار الغرفة الإدارية أمام مجلس الدولة . غير أن مجلس الدولة أيد قرار الغرفة الإدارية ، مستندا في ذلك على أن الوالي لم يقدم سواء على مستوى الدرجة الأولى ، أو على مستوى درجة الإستئناف، الوثائق التي تمسك بها و المتمثلة بتحقيق المصالح المختصة ، و التي توصلت إلى ، أن السيد (أ) كان له سلوكا معاديا أثناء الحرب التحريرية هذا من جهة . و من جهة أخرى ، أن تقدير ذلك السلوك لا يمكن أن يتم إلا من طرف لجنة خاصة ، و أن الوالي لم يقدم دليلا على ادعاءاته ، و أن مجرد التصريحات لإثبات الواقعة لا يمكن الإعتماد عليها في إقامة الدليل. بحيث كان على الوالي أن يقدم على الأقل محضر التحقيق المزعوم ، و الذي قامت به المصالح المختصة ليتسنى لمجلس الدولة ، و قبله المجلس القضائي - الغرفة الإدارية- مناقشة ما هو صالح ، ليكون دليل على إثبات صحة الواقعة المادية .

إلا أنه و بصدد الرقابة القضائية على صحة الوقائع المادية على عنصر السبب ، قد يثور التساؤل حول عدة مسائل هامة ، تتعلق بعملية الخلط بين مفهومي السبب والتسبيب ، و كذا حول حكم القرار الذي يعييه بعض أسبابه ، و عن صحت الأسباب الأخرى ، و ذلك في حالة تعدد الأسباب الذي استند إليه القرار الإداري ، و كذلك حول مدى امكانية تصحيح السبب في القرار الإداري بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ . إن هذه المسائل سنتعرض لها من خلال مايلي :

أولا : حالة الخلط الواضح بين مفهومي السبب و التسبيب :

يجب التفرقة بين وجوب تسبب القرار الإداري ، كإجراء شكلي يتطلبه القانون ، وبين وجوب قيام القرار الإداري على سبب يبرره. إن التسبب أو ما يمكن تسميته بالتعليل ، يعتبر عنصراً من عناصر الشكل في القرار الإداري. و هو يعني قيام الإدارة بذكر ، و تدوين الأسباب التي في صلب القرار الإداري التي دفعتها إلى إصداره¹. لكن ما مدى حرية الإدارة في تسبب قراراتها ؟ .

القاعدة العامة تتمثل في أن الإدارة تعد غير ملزمة بتسبب قراراتها (باعتبارها شكلية)، وهذا ما لم يستوجب المشرع ذلك صراحة . في هذه الحالة يتعين عليها أن تسبب قراراتها ، و إلا أصبح قرارها معيبة بعيب الشكل . ذلك أن التسبب - كما سلف الذكر - ليس عنصراً من عناصر السبب ، و إنما يدخل ضمن عناصر ركن الشكل².

ثانياً : حالة تعدد الأسباب التي استند إليها القرار :

لا يلغي القاضي القرار الإداري لعيب السبب ، إذا تبين له أثناء قيامه بفحص الوجود المادي للوقائع ، عدم صحة بعض الأسباب التي اعتمدت عليها الإدارة ، و صحة البعض الآخر بما يكفي لتبرير إصدار القرار الإداري ، و الإستناد إليها . و قد أكدت محكمة القضاء الإداري المصري هذا المبدأ حينما قالت " إذا قام القرار الإداري على عدة أسباب ، فإن استبعاد أي سبب من هذه الأسباب لا يبطل القرار ، ولا يجعله غير قائم على سبب ، طالما أن الأسباب الأخرى ، تؤدي إلى نفس النتيجة"³. ولكن يجب التفرقة هنا، بين الأسباب الرئيسية أي الأسباب الدافعة ، والأسباب الثانوية ، أي الأسباب الزائدة . و عليه يكون القرار مشوباً بعيب السبب قابلاً للإلغاء ، إذا تبين أن الأسباب الغير صحيحة لعبت دوراً مهماً و رئيسياً في إصدار القرار ، أما إذا اتضح أنها كانت ثانوية بالنسبة لإصدار القرار ، فإن القضاء يتجاوز هذه الأسباب الثانوية المعيبة، ويمتنع عن الحكم بالإلغاء لعيب السبب .

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : بودريوه عبد الكريم ، القضاء الإداري في الجزائر بين الواقع و الأفق ، مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل ، الجزائر ، العدد 06 ، السنة 2005 ، ص . 21 .

² - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 236 .

³ - أنظر في تفاصيل ذلك : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص 162 - 163 .

ثالثا : حالة تصحيح الأسباب التي استند عليها القرار :

قد يحدث في بعض الحالات ، أن تكون الأسباب التي بني عليها القرار غير صحيحة . فهل يستطيع القاضي الإداري هنا ، أو الإدارة نفسها ، أن تصحح القرار من هذه الناحية ، و ذلك باحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ الذي استند إليه القرار ؟ .

إن سلطة إحلال السبب الصحيح محل السبب غير الصحيح هي مسألة غير ممكنة ، ذلك أن القاضي الإداري نفسه لا يستطيع أن يحل تقديره محل تقدير الإدارة ، لأن هذا يعد تدخلا في صميم أعمال الإدارة . فعلى القاضي إذن أن يحكم بإلغاء القرار متى ثبت أنه قد بني على سبب قام الدليل على عدم صحته ، و لا يستطيع في هذه الحالة إضافة أسباب جديدة بعد صدور القرار المطعون فيه .¹

غير أنه ، و نظرا للإعتبارات العملية ، خاصة عندما يكون اختصاص الإدارة مقيدا ، بحيث تلتزم بإصدار قرار جديد بنفس مضمون القرار المطلوب إبطاله لعدم صحة الأسباب التي استندت إليها الإدارة مع إقامة القرار هذه المرة على الأسباب الصحيحة . في هذه الحالة فقط يجوز للإدارة أن تصحح السبب التي أصدرت القرار على أساسه . لكن عندما يكون للإدارة حرية تقدير ملاءمة التدخل ، أو الإمتناع عنه ، و فقا لما تقدره من أسباب هذا التدخل ، فلا يجوز لها حينئذ أن تصحح أسباب القرار التي تدفع إلى إصداره .

يتضح لنا فيما سبق ، أن الإدارة لا تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير صحة قيام الوقائع من الناحية المادية ، و هي دائما تخضع لرقابة القضاء الإداري في هذا الصدد² . و على هذا الأساس ، فإن الإدارة تكون في مواجهة اختصاص مقيد بالتصرف ، أو بالإمتناع عن كل حالة تكون فيها الوقائع التي يمكن أن يقوم عليها القرار منعدمة .

الفرع الثاني : الرقابة على صحة التكييف القانوني للوقائع :

¹ - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 168 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 353 .

لم يقف القضاء الإداري عند هذا الحد ، بل سرعان ما وسع من نطاق رقابته السابقة ، وأصبح يخضع تلك الوقائع لرقابته ، و هذا للتأكد من صحة تكييفها القانوني . و هو ما يعرف برقابة التكييف القانوني للوقائع (Le contrôle de la qualification juridique des faits) . فالقاضي الإداري في هذه الحالة يراقب الوصف القانوني للوقائع ، التي استندت عليها الإدارة في إصدار قرارها . فإن اتضح له أن الإدارة أخطأت في تكييفها القانوني لهذه الوقائع ، فإنه يحكم بإلغاء القرار الإداري مباشرة لوجود عيب في سببه¹ . و بذلك يكون القضاء الإداري ، قد أضاف قيوداً أخرى يضاف إلى القيد السابق للحد من السلطة التقديرية للإدارة .

و تقتضي عملية التكييف من القاضي الإداري ، أن يسعى أولاً لتخصيص القاعدة القانونية التي تتسم بطابع العمومية و التجريد ، و ذلك بإعطائها معنى أكثر تحديداً و أقل عمومية . ثم يحاول بعد ذلك ، أن يرفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون بتجربتها عن طريق إغفال كل الجوانب عديمة الجدوى ، و العمل على إبراز الصفات التي تميز الواقعة فحسب من الناحية القانونية . و بذلك يمكن التوصل إلى قيام التطابق بين النص ، و الواقع² .

و من أمثلة القضايا ، التي راقب فيها مجلس الدولة صحة التكييف القانوني للوقائع ، قضية والي ولاية ولاية مستغانم ، ضد الجمعية المسماة منتجي الحليب - سالفة الذكر - . ذلك أن الوالي عندما اتخذ قرار منع نشاط الجمعية لمدة 06 أشهر بسبب سلوك أعضائها المخل بالنظام العام ، فإنه بذلك يكون قد استند على أساس قانوني غير صحيح . لأن قانون الجمعيات³ في حد ذاته ، والمؤرخ في 04-12-1990 ، لا يسمح للوالي بحل الجمعية ، أو بتعليق نشاطها لمدة معينة ، بل جعل ذلك من اختصاص الجهات القضائية المختصة ، بناء على طلب تقدمه السلطة العمومية بما فيها والي الولاية إلى القاضي المختص ، و مهذا ما نصت عليه المادة 32 من القانون أعلاه بقولها : "يمكن للجهات

¹ - العربي زروق ، المرجع السابق ، ص . 120 ؛ عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، المرجع السابق ، ص . 642 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 172 .

³ - القانون رقم 90-31 ، المتعلق بقانون الجمعيات ، المؤرخ في 04-12-1990 ، الجريدة الرسمية رقم 153 المؤرخة في 15-12-1990 .

القضائية المختصة أن تعلن تعليق نشاط الجمعية و جميع التدابير التحفظية. وبناء على عريضة تقدمها السلطة المختصة...".

لقد بنى الوالي قراره على أساس من نصوص المواد 92-96-97 من قانون الولاية¹ ، في حين أنه تناسى نص المادة 32 المذكورة أعلاه ، و التي تعطي هنا الحق ، للجهات القضائية المختصة دون سواها. وبالتالي لا يحق للوالي، أن يتخذ قراراً في مثل تلك المواضيع، استناداً إلى قاعدة - الخاص يقيد العام². و هو الشيء الذي لم يفعله الوالي ، بحيث أسس قراره على أساس غير صحيح ، مما يجعله معيماً بعيب انعدام الأسباب القانونية .

ومن الأمثلة أيضاً ، حول عملية كشف الأخطاء التي ترتكبها الإدارة أثناء عملية التكييف القانوني ، ما جاء في قرار المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - الصادر بتاريخ 15 مارس 1986 ، في قضية (ب . م) ضد والي ولاية سيدي بلعباس و رئيس دائرة عين تموشنت³ . حينما قام المجلس الأعلى بإبطال القرار المؤرخ في 07 مارس 1981 ، و المتضمن منح السيد (ب . م) فيلا تقع بشارع العقيد عميروش ، و التي كان يشغلها المدعي منذ سنة 1972. مستندا في ذلك على أن رئيس الدائرة عندما اتخذ هذا القرار ، فإنه بذلك يكون قد اعتمد على المرسوم رقم 63/88 ، المؤرخ في 18 مارس 1963 ، و المتعلق بنظام الأملاك الشاغرة. في حين أن هذا المرسوم كان قد ألغي بموجب المرسوم رقم 278/80 ، المؤرخ في 29 نوفمبر 1980⁴ . و يوضح هذا المرسوم ، من جهة أخرى ، أنه لا تلغى القرارات المتخذة طبقاً للمرسوم الملغى في الفترة السابقة على تاريخ نشر مرسوم 19 نوفمبر 1980 . إلا أن السلطة الإدارية هنا قد عمدت على تطبيق مقتضيات مرسوم 1963 ، و ذلك بمنح الفيلا المتنازع عليها للسيد (ب . م) ، وهذا بتاريخ 07 مارس 1981، أي بعد نشر مرسوم 29 نوفمبر

¹ - أنظر المواد 92 - 96 - 97 من قانون رقم 90-09 المتعلق بالولاية ، المؤرخ في 07 أبريل 1990 ، الجريد الرسمية رقم 15 ، المؤرخة في 11 ابريل 1990 .

² - لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 199 .

³ - القرار الصادر بتاريخ 15 مارس 1986 ، المجلة القضائية ، العدد 04 ، 1990 ، ص . 165 .

⁴ - المرسوم رقم 278/80 ، المؤرخ في 29 نوفمبر 1980 المتضمن إلغاء المرسوم رقم 63/88 المؤرخ في 18-03-1963 المتعلق بنظام الأملاك الشاغرة ، الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 02 ديسمبر 1980 .

1980 في الجريد الرسمية المؤرخة في 02 ديسمبر 1980 . مما يتعين إبطال القرار المطعون فيه ، نظرا لتعارضه مع روح و نص المرسوم المؤرخ في 29 نوفمبر 1981 ، لأن الإدارة قامت بتطبيق نص قانوني ألغي قبل اتخاذ القرار الإداري¹ .

خلاصة القول ، أن عملية التكييف القانوني للوقائع التي تجربها الإدارة هنا ، أصبحت في الوقت الحاضر خاضعة لرقابة القضاء الإداري ، الذي لعب و لا زال يلعب دورا مهما في هذا المجال . بحيث يستطيع القاضي الإداري في هذه الحالة ، و إلى جانب مراقبة تقدير الإدارة لتفسير مقاصد المشرع ، أن يحل تقديره محل تقدير الإدارة ، لكن شريطة أن يتم هذا في إطار المشروعية ، وهذا على عكس الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع .

الفرع الثالث : امتناع القضاء عن رقابة صحة الوجود المادي للوقائع و التكييف القانوني لها :

كقاعدة عامة ، فإن القاضي الإداري لا يراقب فقط صحة الوقائع التي زعمت الإدارة قيامها من الناحية المادية ، بل يراقب أيضا صحة الوصف القانوني الذي أعطته الإدارة لهذه الوقائع. مما يجعل اختصاصها في هذه الحالة مقيدا بعدم الإقدام على هذا التصرف.

غير أنه ، و في بعض الحالات يخرج القضاء الإداري عن هذه القاعدة ، و يترك للإدارة سلطة تقديرية في اختيار الأسباب التي تبني عليها قرارها. وذلك عندما يمتنع عن فرض رقابته أحيانا على صحة الوجود المادي للوقائع ، و أحيانا أخرى على صحة التكييف القانوني لها.

أولا : الإمتناع عن رقابة الوجود المادي للوقائع أو التساهل في هذه الرقابة :

إن الرقابة القضائية ، ليست حقيقة على قدر واحد بالنسبة لجميع التصرفات الإدارية ، بل هي تختلف بحسب المجال الذي تتصرف فيه الإدارة، ومدى ما تتمتع به من الحرية في التقدير والتصرف. ونظرا لبعض المتطلبات العملية و الفنية ، التي تخرج عن نطاق تكوين القضاة ، فقد يترك الإدارة حرة في شأن تقدير الوقائع من الناحية المادية ، معللا امتناعه هذا بحجج مختلفة. بحيث يشير في حيثيات

¹ - لحسين بن شيخ أث ملويا ، المنتقي في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص. 59-60 .

أحكامه ، على أن سلطة الإدارة في تقدير مثل هذه المواد مطلقة من كل قيد ، أو أنها من إطلاقات الإدارة¹. و يشير أحيانا أخرى إلى أن هذه المواد من الملاءمات المتروكة لسلطة الإدارة ولا يحد سلطتها هذه إلا قيد إساءة استعمال السلطة أو الإنحراف بها². كما أنه في بعض الأحيان ، يذهب إلى أن أي تجاوز منه في ممارسة رقابته على صحة الوجود المادي للوقائع ، يعتبر تدخلا منه في تقدير ملاءمة النشاط الإداري المتروك لسلطة الإدارة التقديرية على وجه الإستقلال ، وهذا انطلاقا من قاعدة عدم توجيه أوامر للإدارة .

و من أهم القرارات التي امتنع القضاء فيها عن فرض رقابته على صحة الوجود المادي للوقائع، ما أقرته المحكمة الإدارية العليا ، فيما يخص قرارات الضبط الإداري و هي كالتالي :

أ - القرارات المتعلقة باقامة الأجانب :

إن قيام أو عدم قيام الحالة الواقعية التي تتخذ سببا لهذا النوع من القرارات ، هو من الأمور المتروكة لتقدير الإدارة. بحيث تكون هذه الأخيرة حرة في تقدير الأدلة و القرائن بحسب اقتناعها، دون أن تخضع في ذلك لرقابة القضاء. ولعل السبب في ذلك ، هو أن الدولة لما لها من سيادة على إقليمها ، لها الحق في اتخاذ ما تراه مناسبا للمحافظة على كيانها ، و أمنها في الداخل والخارج علاوة على ذلك فإن الإدارة عندما تتخذ قرارها، فإنها تتخذه بناء على تحريات جهات متخصصة في ذلك . و من الأمثلة على ذلك ، ما ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر ، الصادر بتاريخ 28-03-1964، و القاضي بأن " الإدارة حرة في تقدير الأسباب مادامت هي قد اطمأنت إلى ما تجمع لديها من تحريات، و ما قام حول الأجنبي من شبهات"³.

ب- القرارات المتعلقة بتنقل الأشخاص :

إن منح التراخيص للسفر إلى خارج البلاد ، هو أولى الأمور المتروكة لتقدير جهات الإدارة ، وهذا حسب ما تراه متفقاً مع الصالح العام ، فلها أن ترفض الترخيص بداءة ، أو طلب تجديده ، إن كانت

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 61 .

² - و الأمثلة في هذا المجال كثيرة ، بحيث أوردتها أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية ، و التي أعطت للإدارة سلطة تقديرية واسعة ، بشرط عدم الإساءة في استعمال السلطة. أنظر في هذا المعنى : حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص . 663 - 783 .

³ - أشار إليه : محمود عاطف البنا ، حدود سلطة الضبط الإداري ، المرجع السابق ، ص . 128-135 .

قد رخصت به من قبل ، إذا ما قام لديها من الأسباب ما يبر ذلك . و من الأمثلة على ذلك ما ورد في قرار المحكمة العليا¹، الخاص بقضية (ع . ر) ضد والي ولاية تيزي وزو ، الصادر بتاريخ 10-1986-05 ، بقولها أنه " إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأن للشخص الحرية في اختيار موطن إقامته، والتنقل عبر التراب الوطني ، وكذا الخروج منه مضمون. فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء يسمح للإدارة بالحد من حرية تنقل الأشخاص ، إذا كان في ذلك مساس بالنظام العام أو السيادة الوطنية "

و تفصح المحكمة العليا في رفض التحقق من الوجود المادي للوقائع بقولها " حيث أن المدعي قد رفع دعواه لإستصدار قرار يلزم الإدارة بمنحه جواز سفره ، و أن هذه الأخيرة أفتعت الهيئة القضائية بأن ممارسة الحقوق و الحريات يجب أن يتم في إطار القانون ، فإن دعوى المدعي كان مآلها البطلان "

ج - قرارات منح الجنسية و إسقاطها²:

تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة ، في مجال التحقق من الوقائع التي يستند إليها قرارها الخاص بمنح الجنسية ، أو إسقاطها. و هو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 28-04-1962، حين ألغت حكم محكمة القضاء الإداري ، وساندت الإدارة في قرارها بقولها " ومن حيث أن الطعن يقوم على أن الثابت من الأوراق ومن تحريات المباحث أنه قد اشتهر عن المطعون ضدها عطف على اسرائيل ، بقصد إقامة موطن قومي يهودي ، وأن ميولها صهيونية، الأمر الذي يؤكد بوجود صلة روحية بينها و بين دولة إسرائيل... ومن ثم يكون القرار المطعون فيه صدر مستندا إلى تحريات جدية قامت بها جهات مختصة منوط بها اجراءها ، وثبت منها على وجه أكيد اتصاف المطعون ضدها بالصهيونية . و بنت الوزارة الطاعنة على ذلك أن ، وجودها في الجنسية المصرية خطرا يهدد سلامة البلاد ، الأمر الذي أدى إلى إسقاط الجنسية المصرية عنها"³.

¹ - من اجتهادات المحكمة العليا ، وزارة الداخلية ، المديرية العامة للحريات العامة و الشؤون القانونية ، الجزائر ، 1998 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : محمود عاطف البنا ، حدود سلطة الضبط الإداري ، المرجع السابق ، ص . 135 .

³ - مأخوذ عن : عادل السعيد محمد أبو الخير ، المرجع السابق ، ص . 569-570 .

إلا أنه سرعان، ما غيرت المحكمة الإدارية موقفها هذا، وأصبحت فيما بعد تراقب الوجود المادي للوقائع التي تؤسس عليها الإدارة قرارها بمنح الجنسية وإسقاطها .

ثانيا : الإمتناع عن رقابة التكييف القانوني للوقائع و تقديرها :

يملك القاضي الإداري حرية واسعة في رقابة الوقائع من الناحية القانونية. لكن و نظرا للإعتبارات المتعلقة بالصالح العام - وهي بلا شك أولى من الرعاية من المصلحة الخاصة - ومحاوله منه لإيجاد نوع من التوازن بين الضمانات القانونية للمحكومين ، وضرورة تمتع الإدارة بقسط من حرية التقدير ، فإنه يمتنع في بعض الحالات عن ممارسة رقابته على التكييف القانوني للوقائع.

ومن المفيد أن نتعرض لبعض الحالات ، التي يمتنع فيها القضاء الإداري عن رقابته للوقائع من الناحية القانونية ، و التي هي كالتالي :

أ - قرارات الإدارة فيما يتعلق بالإشتراك في المسابقات للدخول إلى الوظيفة العامة :

نص التعليمه الوزاريه رقم 08 المؤرخه في 11 أكتوبر 2004، والمتعلقه بكيفيات، وتنظيم ، وإجراء المسابقات، والإمتحانات، والإختبارات المهنية¹ ، على بعض الشروط الواجب توافرها في المتقدم للإشتراك في المسابقه ، كالشهادات الدراسية المطلوبه ، شرط السن ، تمتعه بالحقوق المدنية ، سلامته من الأمراض..... الخ ، على أن تكون الإدارة في هذه الحالة ، متمتعه باختصاص مقيد برفض دخول المتقدم للمسابقه . غير أن توفر هذه الشروط في المتقدم ، لا يلزم الإدارة بقبول دخوله إلى المسابقه ، ذلك لأن هذه الشروط ، إنما تمثل الحد الأدنى التي ينبغي أن تتوفر في كل واحد من المتقدمين . و إلى جانب ذلك ، ينبغي أن تتوفر في المتقدمين الضمانات اللازمة لممارسة الوظائف التي سيتولون القيام بها . أما بالنسبة لرقابة القضاء الإداري في هذا الشأن ، فإنها تكمن في التحقق من صحة قيام هذه الشروط ، أو عدم تحققها ، دون رقابة التكييف القانوني لها².

ب - بعض القرارات الإدارية ذات الطبيعة الفنية :

¹ - قريب منه ينظر: المادة 75 من الأمر رقم 06-03 ، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة ، المرجع السابق ، ص. 8 .

² - عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 399 .

يرفض القضاء الإداري في بعض الحالات ، التدخل في بحث المسائل الفنية و تقدير صحتها ، وذلك على أساس من عدم اختصاصه في مثل هذه المواد¹. و من الأمثلة على ذلك ، ما ورد في قرار مجلس الدولة ، الصادر بتاريخ 14-06-1999 ، بين فريق (ح) ضد المفوضية التنفيذية لبلدية سيدي عقبة ، بقوله " أن القرار المستأنف عين خبيرا دون الفصل في أية نقطة قانونية"². و لعل السبب في ذلك هو أنه ، ما دام أن القاضي الإداري ، و في كل الأحوال يستعين بأهل الخبرة في المسائل الفنية ، لإصدار قراره ، فلا داعي أن يستعمل حقه في الرقابة من الناحية القانونية ، لأن هذا سيكون من قبيل النفاق .

ج - قرارات الترخيص بحمل الأسلحة و الإتجار بها³:

تملك الإدارة هنا سلطة تقديرية واسعة ، إذ يحق لها أن ترفض الترخيص أو التجديد . كما يجوز لها أن تقصر مدة الترخيص أو التجديد فيه ، أو أن تقصره فقط على نوع معين من الأسلحة دون سواها . كما يجوز لها أن تقيّد الترخيص ، بأي شرط تراه مناسبا ، طبقا للقانون . ولها أن تسحب الترخيص مؤقتا ، أو أن تلغيه نهائيا حسبما يترأى لها من ظروف الحال و ملابساته، و بما يكفل وقاية المجتمع ، و حماية الأمن التي تسهر عليه الدولة . و رقابة القضاء الإداري في هذا الشأن هي رقابة الحد الأدنى⁴ ، بحيث يتأكد القضاء الإداري من الصحة المادية للوقائع التي استندت إليها الإدارة في قرارها ، دون البحث في صحة التكييف القانوني لها.

إن تخلي القضاء الإداري عن ممارسة رقابته للوقائع من الناحية المادية و القانونية ، لا يخول للإدارة سلطة تقديرية فحسب ، و إنما يجعلها سلطة تحكمية خصوصا في مجال إجراءات الضبط

¹ - قد يأمر القاضي بإجراء من إجراءات التحقيق المنصوص في قانون الإجراءات المدنية ، و المطبقة على القضاء الإداري ، من بينها الخبرة و المعاينة و مضاهاة الخطوط . أنظر المواد من 43 إلى 80 من الأمر رقم 66-154 ، المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

² - قرار مجلس الدولة الجزائري ، 14-06-1999 ، القرار منشور في : لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 69-70 .

³ - للمزيد من المعلومات أنظر : عصام عبد الوهاب البرزنجي ، المرجع السابق ، ص . 413 .

⁴ - تعتبر رقابة القضاء الإداري على صحة الوجود المادي للوقائع أولى درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري ، و الحد الأدنى لها (Contrôle minimum) . وعلى عكس رقابة الحد الأدنى توجد الرقابة العادية (Contrôle normal) ، بحيث تعد ركيزة الرقابة القضائية

للسلطة التقديرية. أنظر في هذا المعنى : . 28 . p . cit . , op . G . PEISER

الإداري التي تقيد الحريات العامة للأفراد . لهذا كان من الأهمية أن يجد القضاء الإداري نوعاً من التوازن و التكامل بين عنصري الفاعلية و الضمان . لأنه أحيانا يرجح الفاعلية ، و يرى إطلاق سلطة الإدارة ، من خلال جعلها حرة في اختيار السبب . و أحيانا أخرى ، ينادي بالضمان و يرى فرض قيود شديدة على سلطة الإدارة . و اتخاذ القضاء الإداري لهذا الموقف أو ذاك ، إنما يترتب عليه نتائج جد مختلفة بالنسبة لمدى و حجم التقدير أو التقييد التي تمتع به الإدارة .

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على تقدير أهمية الوقائع :

مع تزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة ، و الناجمة عن تخلي المشرع ، أو عجزه عن تقييد الإدارة عند اتخاذها قراراتها الإدارية ، لجأ القضاء الإداري إلى حل آخر للدفاع عن الحقوق والحريات العامة للأفراد ضد كل تعسف و استبداد¹ . فبعدما انتهى إلى فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي تدعيها الإدارة سببا للقرار ، و صحة تكييفها القانوني ، بادر إلى اتخاذ خطوة جريئة إلى الأمام ، راقب من خلالها تقدير الإدارة لأهمية الوقائع ، و خطورتها ، و مدى التناسب بينها و بين الإجراء المتخذ . و هو ما يعرف برقابة التناسب أو رقابة الملاءمة (Contrôle de proportionnalité ou contrôle de l'opportunité)² . إلا أن هذا الأمر ، لم يدم طويلا ، مما يعني أن السلطة التقديرية لا زالت تفلت من رقابة القضاء . إذ تبقى حالات كثيرة ، و هامة تدخل في مطلق حرية تقدير الإدارة ، حيث تباشرها دون أي رقابة عليها من جانب القضاء .

ومن الأمثلة على ذلك ، ماورد في قضية برحمة يوسف ضد مدير التربية و التعليم لولاية سيدي بلعباس³ ، و التي تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 31-08-1996 ، أصدرت لجنة الطعن قرار، تقضي من خلاله ، بتسريح السيد "برحمة" عن عمله ، دون إشعار ، أو تعويض ، على أساس أن هذا

¹ - أشار إلى ذلك : سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص . 217 .

² - يقصد بالملاءمة هنا ، اختيار الإدارة الإجراء الملائم ، الذي يتفق و يتناسب مع أهمية الوقائع . أنظر في هذا المعنى : العربي زروق ، المرجع السابق ، ص . 121 ؛ و أنظر كذلك : A. de LAUBADERE, op, cit., p . 581 .

³ - قرار مجلس الدولة الجزائري ، 26-07-1999 ، قرار منشور في : لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومه ، الجزائر ، 2002 ، ص . 190-191 .

الأخير توبع جزائيا أمام محكمة سدي بلعاس ، و عوقب بعقوبة الحبس و الغرامة . فقام السيد " برحمة " برفع دعوى قضائية أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء سيدي بلعاس ، مطالبا برجوعه إلى عمله . و بتاريخ 14-10-1996 ، أصدرت الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء سيدي بلعاس برفض دعواه لعدم التأسيس ، فاستأنف ذلك القرار أمام مجلس الدولة ، و الذي قضى بتأييد القرار المستأنف فيه ، بقوله "... وحيث من جهة أخرى، فإنه من الثابت فقهاً، وقضاء أن رقابة القاضي الإداري، لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط... وحيث بات على ضوء ما تقدم، أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون". من خلال ما تقدم ، فإن رقابة القاضي الإداري في هذه الحالة ، تقتصر على التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع و التكييف القانوني لها ، دون مراقبة تقدير الملاءمة في اختيار العقوبة ، لأن هذا يعد تدخل في أعمال الإدارة ، مما يشكل خرقا واضحا لمبدأ الفصل بين السلطات. وعلى ذلك فإن قرار مجلس قضاء سيدي بلعاس وكذا قرار مجلس الدولة جاءا سليمين.

و من الأمثلة كذلك ، ما ورد في قضية (ح م) ضد مستشفى (ع)¹، بحيث توصل القاضي الإداري إلى أن " تقدير خطورة الخطأ المرتكب من قبل الموظف يرجع إلى السلطة الرئاسية ، و أنه لا دور لرقابة القضاء الإداري في هذا المجال على العموم " .

هذه هي إذن القاعدة العامة ، التي أقرها القضاء الإداري في أغلب الأحوال . إلا أنه لم يجعل من هذه القاعدة العامة قاعدة مطلقة ، إذ أنه بعد ذلك أورد عليها بعض الإستثناءات ، وذلك عن طريق خلقه بعض الإجتهاادات للحد من هذه السلطة في مجال مراقبة ملاءمتها، والتي تتمثل في نظرية رقابة الخطأ البين ، و نظرية الموازنة بين التكاليف و المزايا أو بين المنافع والأضرار ، ونظرية ضرورة الإجراء .

الفرع الأول : رقابة الخطأ البين في التقدير (عدم المغالاة في التقدير) :

تعد رقابة الخطأ الظاهر في التقدير ، رقابة حديثة نسبيا في منازعات الإلغاء . فإذا كان القضاء الإداري الفرنسي ، و لمدة طويلة من الزمن يرفض القيام برقابة تقدير الإدارة لأهمية الوقائع المادية

¹ - C .S . Ch . adm . 25 novembre 1979 , H / Contre / HE , R.A.J. A. , 1979 , p . 188 .

وخطورتها ، إلا أنه سرعان ما غير موقفه. وهذا بفضل الخطوات الهامة التي خطاها القضاء الإداري، خاصة في الآونة الأخيرة و بالضبط منذ عام 1961. إن هذا التطور شكل ثورة حقيقة في مجال رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة و اقتحامه لها . و لكن ليس بمعنى ثورة للقضاء على السلطة ، أو تجريد الإدارة من اختصاصها ، أو لتقييد مجالات نشاطها ، و إنما ثورة لضبط ، و إقرار التوازن بين الفاعلية ، و الضمان . و بمعنى آخر ، من أجل تلطيف عقلنة استعمالها ، و التوازن بين تمكين الإدارة من مباشرة مرافقها ، و المحافظة على النظام العام¹.

أولاً : مضمون نظرية الخطأ البين في التقدير²:

يمكن اعتبار الغلط الصارخ في التقدير ، أو الخطأ في التقدير و جهاً جديداً لقبول الطعن من أجل تجاوز السلطة . إذ أنه أصبح يمثل في الحقيقة نظرية قانونية لها مكانتها في المنازعات الإدارية . ويعرف الخطأ الظاهر في التقدير ، بأنه الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع التي تبرر القرار الصادر . كما يعرف بأنه الخطأ البديهي الظاهر الذي يثيره الخصم و يقره القضاء الإداري ، بحيث لا يخفى على الذهن المتفتح و النير³.

و مما لا شك فيه ، أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير تعد وسيلة قضائية ، تستهدف توسيع مدى رقابة الحد الأدنى و نطاقها. فهي الإطار العام الذي يتحرك القضاء ضمنه ، لتضييق مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة. و بمعنى آخر ، فإن الأخذ بنظرية الخطأ الظاهر ، يسمح للقاضي الإداري بممارسة نوع من الرقابة ، و إن وصفت بالضيق ، إلا أنها تتعدى رقابة مسائل الاختصاص ، و رقابة الأسباب ، لتشمل الرقابة على السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة. ويتعين أن يكون الخطأ في التقدير بديهيًا وواضحًا ، لإنطوائه على درجة عالية من الجسامة يلحظها كذلك غير رجال القانون. لكن الأمر ليس بهذه السهولة ، لأن عملية إثبات الخطأ الظاهر في التقدير ، هي في غاية الصعوبة و الدقة . إذ أنها تتطلب و تقتضي ثقافة عملية تخصصية عالية ، لتحديد فيما إذا كان التكييف القانوني للوقائع مشوباً بخطأ ظاهر في التقدير أم لا .

¹ - أشار إلى ذلك : العربي زروق ، المرجع السابق ، ص 122 .

² - غنای رمضان ، المرجع السابق ، ص 50 .

³ - علي خطار شطناوي ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 918 .

ثانيا : أهمية الأخذ بنظرية الخطأ البين في التقدير :

إن الأخذ بهذه النظرية هو أمر غاية في الأهمية. فهذه النظرية من شأنها توسيع رقابة المشروعية، وتقليص دائرة السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في إصدار قراراتها الإدارية. كما أن الأخذ بهذه النظرية ، يفرض على رجل الإدارة بضرورة التحلي بالمنطق ، والموضوعية عند إجراء عملية التكييف، أو التقييم للوقائع ، التي يستند إليها في قراره التقديري. و بمعنى آخر فإن الأخذ بهذه النظرية ، يفرض على رجل الإدارة إتزاما بأن يكون حذرا عند ممارسته سلطة التقدير الإداري ، وذلك بألا يرتكب خطأ جسيماً ، أو خطأً بديهياً ، أو خطأً فادحاً¹. كما أن الأخذ بهذه النظرية ، من شأنه أن يستعمل في الكثير من المجالات الجد حساسة ، و هذا بالنظر لمدى أهميتها ، و بالنظر أيضا إلى ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية واسعة في القرارات المتعلقة بالأجانب ، و إعطاء الرخص و كذا قرارات الطرد ، و كل أنواع القرارات التي تحتكر الإدارة سلطة تقدير مدى ملاءمتها².

ثالثا : مجالات الخطأ البين في التقدير :

يلجأ القضاء الإداري لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير ، أو بالأحرى لرقابة الحد الأدنى ، للتحقق من الإستخدام الصحيح و السليم للسلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة ، في الكثير من المجالات . و لعل أهم مجالات الخطأ الظاهر في التقدير ما يلي :

أ- مجالات الوظيفة العامة :

يعتبر مجال الوظيفة العامة ، أول مجال طبق فيه الخطأ الظاهر في التقدير ، خصوصا في مجال التأديب . و من الأمثلة على ذلك ، ما ورد في قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 27-7-1998، الذي

¹ - J . KHAN , Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge administratif , colloque du 05 Mars 1977 , édition Cujas Paris , p . 15 .

² - غنای رمضان ، المرجع السابق ، ص . 53 .

أغى القرار التأديبي الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء¹، مستندا في ذلك على ثلاث مواقف أساسية :

- 1- اعتبار القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء قرارات ذات طابع إداري .
- 2- تمسكه باختصاصه للفصل في الطعون بإبطال القرارات بالرغم من أن المادة 02/99 من القانون الأساسي للقضاء كانت تنص على أن هذه القرارات لا تقبل أي طريق عن طريق الطعن .
- 3- استناده و لأول مرة على الوجه المأخوذ من نظرية الخطأ الظاهر في التقدير كأساس لإلغاء القرارات المطعون فيها ، و الذي يعد صمام الأمان بالنسبة للحالات التي تتعسف فيها الإدارة صراحة بسلطتها التقديرية².

و على العموم ، فإن عملية الأخذ بهذا الإجتهد ، من شأنه توسيع رقابة القاضي الإداري على القرارات الجد مهمة بالنسبة لمسار الموظفين ، إذ بفضله يستطيع القاضي الإداري تعدي عقبة ، طالما منعه من ممارسة رقابة كاملة على السلطة التقديرية للإدارة .

ب- المجالات الاقتصادية :

تعتبر رقابة الخطأ البين في التقدير في المجالات الاقتصادية ، الأداة المناسبة لتقدير مشروعية أعمال الإدارة المتدخلة في الحياة الاقتصادية . و يتحقق القضاء الإداري في بعض الأحيان فيما إذا كانت القرارات الإدارية الصادرة في هذا المجال ، غير مشوبة بعيب الخطأ البين في التقدير أم لا . ومن الأمثلة على ذلك ، ما ورد في قرار مجلس الدولة الفرنسي³ الصادر بتاريخ 14-03-1975 ، عندما تحقق فيما إذا كان مقدار الإقتطاع المالي ، يتفق مع الغايات الاقتصادية، والاجتماعية التي حددتها الحكومة لصالح الجمعيات المستفيدة أم لا.

الفرع الثاني : رقابة الموازنة بين التكاليف و المزايا :

¹ - قرار مجلس الدولة رقم 172994 ، منشور في مجلة مجلس الدولة ، منشورات الساحل ، العدد 01 ، الجزائر ، 2002 ، ص . 83-84 .

² - غناي رمضان ، المرجع السابق ، ص . 34-35 .

³ - علي خطار شطناوي ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 923 .

بعد ما استقرت رقابة الخطأ الواضح في التقدير على هذا النحو ، كاتجاه حديث في القضاء الإداري ، ظهر اتجاه قضائي آخر لا يقل عنه أهمية و جرأة في مراقبة ملاءمة القرارات الإدارية . إن هذا الإتجاه يتمثل في رقابة الموازنة بين التكاليف والمزايا . فالقاضي هنا يعمل على الحد من احتمالات تعسف و تسلط الإدارة عند ممارسة سلطتها التقديرية ، خاصة عندما يتصل الأمر بالأموال و العقارات¹. و لدارسة هذه النظرية ، و توضيح مغزاها ، و أبعادها ، يجب التطرق أولاً إلى مجال تطبيق هذه النظرية ، ثم التطرق بعد ذلك إلى أهم المعايير للموازنة بين التكاليف، و المزايا.

أولاً : مجال تطبيق هذه النظرية :

ينصب تطبيق هذه النظرية أساساً على مجال نزع الملكية للمنفعة العامة. ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في حكم مجلس الدولة الفرنسي ، الصادر بتاريخ 28 ماي 1971 ، في قضية ville nouvelle Est². والتي تتلخص وقائعها في أن مشروعاً عاماً يستهدف إعداد منطقة جامعية ومدينة جديدة، تطلب نزع ملكية عدد كبير من المنازل ، و كان الكثير منها قد شيد حديثاً. وللحكم على مدى مشروعية القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العمومية ، طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية الجديدة التي تقوم على أساس الموازنة بين النفقات ، و المزايا . بقوله " أنه لا يمكن اعتبار عملية ، محققة للنفع العام ، المبرر لنزع الملكية ، إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق بالأموال الخاصة من جرائها ، و تكلفتها و مضارها الإجتماعية المحتملة ، لا تفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تنجم عنها"³.

إن مثل هذا الإستنتاج القضائي ، يعبر في الواقع عن تطور هام أصاب الرقابة القضائية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة . حيث كان القاضي الإداري سابقاً ، يقتصر فقط على التأكد من أن هناك مصلحة أو منفعة عامة أو لا. إلى حين أن أصبح القاضي الإداري يراقب إضافة إلى ذلك، ما

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : العربي زروق ، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 08 ، السنة 2006 ، المرجع السابق ، ص . 131-141 .

² - cité par : D . LABETOULE ، Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique , colloque du 05 mars 1977 , p . 31 .

³ - مأخوذ عن : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 83-84 .

إذا كان المشروع الذي تطالب الإدارة نزع الملكية من أجل إنجازه ، يحقق مزايا و فوائد تفوق ما قد يترتب عليه من عيوب و أضرار¹. وهي رقابة في الحقيقة تجسد رغبة القاضي الإداري، وحرصه إلى الوصول لتحقيق هدف أسمى يسعى دائما إلى تحقيقه والمتمثل في رقابة ملاءمة ، وأهمية الحالة التي تدخلت الإدارة على أساسها.

ثانيا : معايير الموازنة بين التكاليف و المزايا :

يستعين القاضي الإداري في تطبيق هذه النظرية ببعض المعايير ، لكي يتمكن من التحقق من المزايا ، و العيوب التي تسفر عن عملية إصدار القرارات الإدارية ، و المتعلقة بعملية نزع الملكية للمنفعة العامة ، و هذا باعتبارها المجال الخصب ، و الأول لتطبيق هذه النظرية . لهذا كان من الأهمية معرفة أهم المعايير التي يستعين بها القاضي الإداري لإجراء عملية الموازنة.

أ - معيار التكاليف المالية لعملية نزع الملكية لمنفعة العامة² :

يأخذ القاضي في الحسبان عند تقييم العملية ، التكاليف التي ستحملها الجهة المنفذة للمشروع ، و ما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ . فالقاضي الإداري إذن ، لا يكفي عند تقدير هذه التكاليف ، و إنما يأخذ بالحسبان المقدرة المالية للجهة المنفذة للمشروع .

¹ - من خلال استقراء أحكام القضاء الإداري الجزائري ، يتبين أنه لم يتأثر بهذا التطور الحديث الذي أحرزه القضاء الإداري الفرنسي . فمهمة القاضي الجزائري تقتصر فقط على رقابة المشروعية ، و لا تمتد أبدا إلى رقابة الملاءمة . فمزال القاضي هنا معاديا لرقابة ملاءمة السلطة في هذا المجال، إلا فيما يخص تقييمه للمنفعة العامة الناتجة عن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة ، و لكن بطريقة محتشمة ، و في حالات جد ضيقة بما يتناسب و حقوق الأفراد و حرياتهم ، و هذا بتوسيع مجال المشروعية إلى مجال الملاءمة . أنظر في هذا المعنى : **العربي زروق** ، مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا ، المرجع السابق ، ص . 139 . على أن القضاء الإداري الجزائري تبني النظرية الجديدة التي تعود لسنة 1971 ، و التي اصطلح عليها بالنظرية التقييمية ، بحيث تستند هذه النظرية إلى وجوب مراقبة مدى مشروعية إعلان المنفعة العامة ، و ضرورة خضوع ذلك إلى اعتبارات قانونية . أنظر في هذا المعنى : ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، وزارة العدل ، ص . 118-119 . و هو الأمر الذي أكدته ليلي زروق في مقالها المنشور في مجلة مجلس الدولة بقولها " أن القاضي الإداري يملك الرقابة الكاملة للتحقق من وجود المنفعة العمومية ، بغض النظر عما توصلت إليه لجنة التحقيق من مدى فعالية المنفعة العمومية " . كما تضيف في مقالها بأنه " ليس هناك ما يمنع القاضي الإداري الجزائري من أن يذهب إلى الأخذ بالنظرية التقييمية ما دام أن القاضي لا يتدخل في الملاءمة ، و لا يراقب المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة ، و كل ذلك يتم عن طريق عملية تكييف الوقائع ليس إلا . أنظر في هذا المعنى : **ليلى زروق** ، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية ، المرجع السابق ، ص 10- 18 . و من الأمثلة على ذلك ، قرار الغرفة الإدارية بالحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 21-04-1990 ، و الذي جاء فيه " ...فيما يخص اختيار القطعة محل نزع الملكية ، فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مدى ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع" أنظر القرار رقم 66960 ، المنشور في المجلة القضائية ، العدد 02 لسنة 1990 ، ص . 158 و ما بعدها . و قريب منه أيضا ينظر : **فريدة أبركان** ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 02 ، السنة 2002 ، المرجع السابق ، ص . 39-41 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : **العربي زروق** ، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة مدى ملاءمة القرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 136 .

ب - معيار حق الملكية الخاصة :

يقارن القاضي في هذه الحالة ، بين الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الحق نتيجة نزع الملكية ، وبين الفوائد التي قد تترتب على عملية المشروع المراد إنجازها .

ج - معيار التكاليف الإجتماعية للمشروع :

هو معيار لا يقل أهمية عن المعايير الأخرى ، بحيث يتمثل في معرفة الآثار الإجتماعية التي قد يتسبب المشروع بإلحاقها سواء بالأفراد أو بالبيئة .

بالتأسيس على ما سبق ، يستطيع القاضي الإداري من خلال المعايير السابقة ، أن يوازن بين منافع العملية و الأضرار الناجمة عنها ، لإعلان المنفعة العمومية ، و هذا لما يراه مناسبا ، و ملائما لحقيقة الواقع الإجتماعي .

وعلى العموم ، عندما يراقب القاضي الإداري السلطة التقديرية عن طريق مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا ، إنما يريد الوصول إلى إرساء توازنا جديدا لهذه السلطة ، و من ثم الحد من إساءة استخدامها .

الفرع الثالث : مبدأ ضرورة الإجراء :

إذا كان من حق القاضي الإداري فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها الإدارة سببا لقرارها ، و على صحة تكييفها القانوني - على النحو السابق إبرازه - ، فإن دوره يجب أن يقف من المفروض هذا الحد . فلا يجب أن يتعداه إلى بحث ملاءمة قرار الإدارة ، و التحقق عما إذا كانت هذه الوقائع تمثل فعلا خطرا كافيا أو تهديدا به¹ .

غير أنه ، و من منطلق احساس القاضي الإداري ، بأن إجراءات الضبط قد تمس بالحريات الأساسية للمواطنين ، فإنه قد يقوم إخضاعها لرقابة قضائية فعالة ، تستلزم البحث عما إذا كان هناك تناسب بين الأسباب و موضوع إجراء الضبط² ، و كذا التحقق من الوقائع التي دفعت الإدارة

¹ - أظر في تفاصيل ذلك : عادل السعيد محمد أبو الخير ، المرجع السابق ، ص . 584 .

² - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، المرجع السابق ، ص . 242 ، و قريب منه ينظر :

A. de LAUBADERE , Traité de droit administratif , op , cit . , p . 732 .

إلى اتخاذ الإجراء الضبطي باعتباره إجراء لا غنى عنه ، و لا مفر منه لمواجهة المخاطر التي تهدد فعلا النظام العام . فالقاضي الإداري هنا ، يتحقق من أن الإجراء محل النزاع ، قد تم اتخاذه بهدف الحفاظ على النظام العام . فإذا ما تبين له أن درجة خطورة هذه الظروف ، و تلك الملابس لم تكن تستلزم هذا التدخل ، فإنه يعتبر إجراء الإدارة غير مشروع. أما إذا تبين للقاضي الإداري أن الحفاظ على النظام العام لم يكن من الممكن تحقيقه دون اتخاذ هذا الإجراء و لا يوجد أي إجراء أقل خطورة على الأفراد، فإنه يعترف بمشروعية هذا الإجراء ،باعتباره الإجراء الضروري الذي يستلزمه للحفاظ على النظام العام .

ومن الأمثلة على ذلك ، ما ورد في قرار مجلس الدولة الفرنسي¹ الصادر بتاريخ 19 ماي 1933، الذي ألغى بموجبه قرارا لرئيس بلدية Nevers ، الذي منع السيد Benjamin من إلقاء محاضرة عامة بحجة مساسها بالنظام العام. وقد قرر قضاء المجلس بعد أن قيم أهمية، وخطورة الإضطرابات، التي قد تستتبعها المحاضرة بالنسبة للنظام العام، أنها لم تكن على النحو الذي لا يمكن تداركه باتخاذ إجراءات ضبط أقل صرامة من المنع. وبمعنى آخر ، أن القاضي فحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوة إلى عقد اجتماع ، و تبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع استخدام قوات البوليس المتوفرة لديها، للمحافظة على النظام العام ، مع السماح بعقد الاجتماع².

و من الأمثلة أيضا ، ما جاء في قرار المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 12-07-1986 ، في القضية المتعلقة بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار والي ولاية (س) ووزير الداخلية³. و قد جاء فيه " يجب على الوالي قبل القيام بأي متابعة أمام الجهة القضائية المختصة أن يبعث بإنذار إلى مالك مدير، أو

¹ - G .A .J .A., 5^{ème} éd , Sirey , 1969 , p . 209 .

و تعتبر قضية Benjamin ، أول قضية يتعرض فيها مجلس الدولة إلى تقدير ملاءمة إجراء ضبطي أصدره العمدة بمنع اجتماع عام . أنظر في هذا المعنى : عوابدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1995 ، الجزائر ، ص . 577 .

² - أشار إلى ذلك : مراد بدران ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة ، المرجع السابق ، ص . 242 ؛ وكذلك : عادل السعيد محمد أبو الخير ، المرجع السابق ، ص . 587 .

³ - المحكمة العليا ، الغرفة الإدارية ، (ش ع) ضد (والي ولاية س و وزير د) ، ملف رقم 46723 بتاريخ 12-07-1986 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، السنة 1990 ، ص 162 - 163 .

مسير المؤسسة المصنفة ، الذي لم يراع قوانين الوقاية والحماية التي تخضع إليها مؤسسته، يدعوه فيه إلى أن يستجيب في أجل لا يتعدى الثلاث أشهر لجميع الإجراءات المعدة ضروريا، للأمن والنظافة، والصحة العمومية. وحيث أنه وبتاريخ 24-10-1984 ، قامت الشرطة المحلية بدون إعدار مسبق بغلق المحل تنفيذا لمذكرة الوالي (س). وعلى هذا الأساس ، فإن والي ولاية (س)، لم يراع التدرج في الإجراءات ، واختار إجراء غير ملائم للواقعة محل القضية ، والغاية المرجوة منه وهي الحفاظ على النظافة والصحة العمومية، فإن قراره بالتالي استوجب الإبطال. وبمعنى آخر، كان على الوالي دفع هذا الخطر، وتوقي ضرره بالوسيلة القانونية العادية ، والمتمثلة في الإنذار، والذي كان كفيلا بتحقيق الغاية ذاتها التي شرعت من أجلها الثانية - إجراء الغلق- ، و هي ضمان سلامة الصحة و النظافة العمومية .

من خلال ما تقدم ، يتضح لنا بأن القضاء الإداري يفرض على الإدارة ، عندما تلجأ إلى اتخاذ إجراء ضبطي معين ، أن يكون ذلك بالقدر اللازم و الضروري لمواجهة متطلبات تلك الظروف ، وبالتالي يجب أن يكون هناك تناسب بين الإجراءات المتخذة مع الغاية المتوخاة من ورائها . و لعل قرار المحكمة العليا هو أحسن مثال على اعتماد القاضي الإداري الجزائري على الثلاثية التي تشكل بوضوح ، مبدأ التناسب ، أي الواقعة ، و الغاية المرجوة ، و الوسيلة المتخذة¹ .

المطلب الثالث : رقابة القاضي الإداري للظروف و الملابسات التي يتم فيها التقدير :

في غير الأحوال التي تقيد فيها سلطة الإدارة التقديرية بنص قانون، أو لائحة، أو بمقتضى قاعدة تنظيمية عامة. يصبح التقدير من إطلاقات الجهة الإدارية ، تقوم فيه بمحض اختيارها ، فتستقل بوزن مناسبات قرارها ، و بتطوير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره.

¹ - قرار رقم 46723 المؤرخ في 12-07-1986 ، السابق الإشارة إليه .

غير أنه لا يجب أن يتم الخلط بين التقدير الموضوعي الذي أجرته الإدارة ، والمتمثل في تقدير مشروعية وقائع القرارات الإدارية ومدى ملاءمتها، وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها التقدير. فأما الأمر الأول ، فهو من إطلاقات الإدارة - على النحو الذي تم تفصيله سابقا - . أما الأمر الثاني فهو يعد شرطاً أساسياً ، بحيث لا يمكن ممارسته ، إلا إذا توفرت الظروف الضوابط القانونية المعقولة التي تسمح بعملية إجرائه . و ليس في ذلك أي مساس بسلطة التقدير ذاتها¹.

وبمعنى آخر ، فإن القاضي الإداري لم يعد يكتفي برقابة الوجود المادي للوقائع التي بني عليها القرار المطعون فيه ، أو رقابة صحة التكييف القانوني ، و تقرير مدى خطورتها ، بل أصبح يتطلب لمشروعية القرار ، أن يضع مصدر القرار نفسه في أفضل الظروف، وأنقاهها لممارسة سلطته التقديرية. إذن ما هي هذه الظروف التي يجب أن يضع مصدر القرار نفسه حتى يحسن ممارسة السلطة التقديرية الممنوحة له في إطار ما قلناه سابقا ؟ .

الفرع الأول : الإطلاع على جميع المعلومات اللازمة لإصدار القرار :

حتى يتمكن مصدر القرار من وضع نفسه في أفضل الظروف التي تمكنه من إصدار ذلك القرار عليه ، الإطلاع على جميع المعلومات المتعلقة بموضوع القرار. فإصدار القرار دون الإطلاع على تلك المعلومات، وتدقيقها ، وتمحيصها بدقة يجعل القرار صادرا بناء على معلومات ناقصة ، وغير كاملة . بحيث لو اطلع مصدره على تلك المعلومات ، و دققها لما أصدره بذلك الشكل ، أو ذلك المضمون. لهذا يشكل اطلاع مصدر القرار على جميع المعلومات المتعلقة بإصدار القرار ، الحد الأدنى من الظروف الحسنة لممارسة السلطة التقديرية².

ومن خلال استقراء قرارات مجلس الدولة الجزائري، يتبين أن الإجتهد القضائي غير مستقر حول هذا العنصر. وكل ما تم التعبير عنه ، فإن القضاء الإداري في بعض الحالات ، يجري رقابته على

¹ - حمد عمر حمد ، المرجع السابق ، ص . 185 ؛ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 80-81 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : علي خطار شطناوي ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 944 .

الظروف والملابسات التي تمت بهما عملية التقدير، وهذا من خلال الإطلاع على ملف الموظف ، لإصدار القرار الإداري. وأحسن مثال على ذلك، ما أقره مجلس الدولة من خلال قضية والي ولاية تلمسان ضد (ع ج)، بقوله "..حيث أنه، وبالرجوع إلى ملف الموظفة ، نجد أنها كانت محل متابعات تأديبية عديدة، و أعطيت لها عدة فرص، غير أنها لم تردع"¹. لكن تجدر الإشارة إلى أنه، إذا كان ملف الموظف هو الوعاء الصادق لتصوير حالته، وهو بذلك يعد بمثابة قرينة في صالحه، تكفي لنقل عبأ الإثبات على عاتق الإدارة، إلا أن ملف الخدمة هذا يعد غير كاف، إذ أنه ليس المصدر الوحيد لأحوال الموظف، ذلك أن هناك وسائل أخرى بجانب الملف، لإستيفاء البيانات، والمعلومات اللازمة. ومن ثم فإن خلو الملف من الشوائب، أو عدم خلوه، لا يعتبر قرينة كافية للقول بأن الموظف مستقيم ، إذ على هذا الأخير أن يقيم الدليل الإيجابي على عدم مشروعية القرار المطعون فيه .

الفرع الثاني : التداول الحقيقي حول المعلومات المتعلقة بموضوع القرار :

يمنح المشرع في بعض الحالات صلاحية إصدار بعض القرارات الإدارية إلى جهات إدارية مكونة من عدة أشخاص . كأن يعهد بصلاحية إصدار القرار إلى المجلس الشعبي البلدي ، أو الولائي، أو إلى مجلس الإدارة في المؤسسات العامة. و لعل السبب في ذلك ، هو أن المشرع من خلال منحه هذه الصلاحية للجهات الإدارية ، إنما يهدف إلى تداول أعضاء الجهات الإدارية مداولة حقيقة قبل إصدار القرار الإداري ، بحيث يتمكن كل عضو من أعضائها من مناقشة موضوع القرار ، وإبداء رأيه فيه قبل إصداره . و عليه يعد القرار غير مشروع ، ذا ما تبين عدم حصول مداولة ، أو عدم جديتها . و لصاحب المصلحة هنا كافة طرق الإثبات والقرائن التي تبرر ذلك². كما تقتضي ضرورة التداول الحقيقي و الجدي أيضا ، أن تكون عملية إصدار القرار في جلسة مكتملة النصاب المقرر قانونا . بمعنى آخر أنه لا يجوز أخذ رأي أحد الأعضاء عن طريق الوكالة ، بل لا بد من حضور

¹ - قرار مجلس الدولة ، الغرفة الثانية، الصادر بتاريخ 09-07-2001 ، فهرس رقم 580. مأخوذ عن : لحسين بن الشيخ أث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثالث ، ص . 139 .

² - أنظر في تفاصيل ذلك : علي خطر شطناوي ، المرجع السابق ، ص . 947 .

الأعضاء جميعهم¹، في المكان و الزمان نفسه و كذلك الزمان للمناقشة و إصدار القرار. ومن الأمثلة على ذلك ، ما أقره مجلس الدولة ، في القرار الصادر بتاريخ 07-05-2001، في قضية الإتحاد الوطني لعمال التربية ، والتكوين ضد مدير التربية لولاية البليدة² ، والذي ألغى محضر لجنة اجتماع توزيع السكنات للمؤسسات التربوية لولاية البليدة، المؤرخ في 25-03-1998، بسبب عدم اكتمال النصاب القانوني لهد اللجنة، طبقا للمنشور الوزاري رقم 120-1994/129 المؤرخ في 15-02-1994 ، المحدد للمقاييس الواجب توافرها في الراغب في الحصول على سكن وكذلك إجراءات توزيع السكنات³.

الفرع الثالث : التآني في إصدار القرار الإداري :

تقتضي أيضا أفضل الظروف التي يتوجب على مصدر القرار أن يضع نفسه فيها ، التآني في إصدار القرار الإداري . فيجب أن تكون الفترة التي يصدر فيها القرار ، فترة معقولة لفحص الأمر و تدقيقه . و هي فترة لازمة لحسن إصدار القرار ، و جعله أكثر اتفاقا مع القانون ، بحيث تسمح لصاحب الإختصاص بتقدير مزاياه و عيوبه و تحديد مدى مشروعيته .

و من الأمثلة على ذلك ، ما ورد في حكم مجلس الدولة الفرنسي ، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1929 ، في قضية Compagnie des mines de siguiri⁴ ، و الذي تلخص وقائعه فيما يلي : نظم القانون الفرنسي طريقة استغلال مناجم الذهب في إحدى المستعمرات ، وقضى بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا لأهالي تلك المستعمرة ، على أن يكون من حق الشركات حق استغلال الطبقات

¹ - هذه الطريقة قد تكون معمول بها في حالة الضرورة و الإستعجال ، و في بعض الهيئات و المجالس ، التي لا تنص على سرية المداولات . ومن هذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون 08-90 ، المتعلق بالبلدية ، السابق الإشارة إليه ، على أنه " يسوغ للمنتخب البلدي الذي يتعذر عليه الحضور في إحدى الجلسات بأن ينيب عنه كتابيا أحد زملائه بختاره للتصويت عليه " .

² - قرار مجلس الدولة الجزائري ، 07-05-2001 ، قرار منشور في : لحسين بن الشيخ أث ملويا ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص . 354-351 .

³ - وقد أكد المنشور الوزاري المذكور أعلاه ، على ضرورة حضور الأعضاء البارزين في اللجنة المتكونة من :

- رئيس قسم البرمجة و المتابعة أو رئيس المصلحة المالية و الوسائل رئيسا .
- عضو من الفرع النقابي الأكثر تمثيلا لكل مؤسسة على مستوى الدائرة .
- ممثل مديرية التربية الدائم بلجنة السكنات .

⁴ - مأخوذ عن : سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، المرجع السابق ، ص . 99 .

السفلى التي لا يصل إليها أهالي البلدة بوسائلهم البدائية ، و لحاكم المستعمرة الحق في منح و سحب رخص الإستغلال . و حدث أن اعتدت شركة على الحق المخصص للأهالي ، بعلم الإدارة ، التي فاجأتها فيما بعد بدون سابق إنذار ، بأمر يتضمن وقف هذا الإستغلال غير المشروع. ولذلك لم يبلغ مجلس الدولة القرار السابق، وإنما حكم بالتعويض، بناء على أن الإدارة قد تعجلت في اتخاذ قرارها ، بالرغم من أحد من الأهالي لم يطلب وقف استغلال الشركة.

كما أن التأيي في إصدار القرار ، لا يعني أن الإدارة تتراخى في اتخاذه ، إذ باستطاعة هذا التراخي أن يشكل ضرراً للأفراد ، مما يستدعي مسؤولية الإدارة . و من الأمثلة على ذلك ، ما أقره مجلس الدولة الفرنسي ، في حكمه الصادر بتاريخ 26 يوليو 1918 ، في قضية Lemonnier ، عندما حكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرارها بمنع أحد الأفراد من مزاوله مهنته الخطرة ، و هي تمرين الناس في الأعياد على إطلاق النار و إصابة الهدف ، لأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر ، و قد حدث بالفعل أن أصيب أحد المارة برصاصة طائشة على رأسه¹.

¹ - أنظر في تفاصيل ذلك : سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص . 98 .

الخاتمة

إذا كان السلطة التقديرية تعني تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف لمواجهة أعمالها ، فإن أمر وجودها هو حقيقة واقعة ، و هو أمر لا غنى عنه ، بسبب مستلزمات و مقتضيات النشاط الإداري . و إذا كان من شأن السلطة المقيدة تحقيق أكبر ضمان لحرية الأفراد و حمايتهم من تعسف الإدارة و عنتها ، إلا أن الإسراف في التقييد ، يترتب عليه أوجم العواقب . إذ يؤدي إلى شل حركة الإدارة ، و القضاء على روح الإبداع و الابتكار فيها ، خاصة و أن الإدارة تواجه اليوم حركة تحول أساسية ، و مستمرة شملت مختلف الجوانب الإقتصادية و السياسية ، إضافة إلى الثورة التقنية و التكنولوجية الهائلة التي يشهدها العالم اليوم .

و لا ريب في أن هذه التحولات التي تستلزم التغيير و التطور الدائمين ، تتطلب إدارة عامة على أعلى مستوى من الأداء و الفعالية . و من ثم فإن المصلحة العامة ، لن تتوافق مع إدارة مبرمجة للسلوك مثل الإنسان الآلي ، و إنما تقتضي المصلحة العامة ، أن تكون الإدارة حرة في تدبر شأنها ، و لو بقدر كافي لمواجهة هذه التطورات ، و هذا ضمانا لحسن سير العمل الإداري ، مما ينعكس بالإيجاب على حقوق الأفراد و حرياتهم و توفير الخدمات الضرورية لهم . و من هنا تبدو أهمية وجود السلطة التقديرية كضرورة اجتماعية لا غنى عنها .

و على هذا الأساس ، يمكن القول بأن الغاية من النشاط الإداري ، تكمن في تحقيق المصلحة العامة ، و هو ما يمثل عنصر المشروعية فيه . أما الوسائل المؤدية إلى تحقيقها ، فهي من الأمور التي يتعين تركها لتقدير الإدارة ، باعتبارها من عناصر الملاءمة في هذا النشاط .

و على العموم ، تعد السلطة التقديرية سلطة قانونية يتوافق وجودها مع مبدأ المشروعية . و ما يؤكد قانونية هذه السلطة ، هو أن القضاء الإداري يسهر كذلك على حمايتها و ضمانها . فإذا ما

أنكرتها الإدارة ، بأن اعتقدت أن سلطتها مقيدة في هذا الشأن ، فإنها بذلك تكون قد وقعت في الخطأ في القانون ، مما يجيز الطعن في تصرفها لهذا السبب .

و عليه ، فإن مباشرة السلطة التقديرية ، لا تعني بأي حال من الأحوال أن الإدارة ارتكبت مخالفة لمبدأ المشروعية ، ذلك لأن السلطة التقديرية في حقيقة الأمر ، هي وسيلة لتطبيق القانون . و بالتالي فعلى الإدارة ، الإلتزام بمبدأ المشروعية عند تمتعها بسلطة تقديرية بنفس الطريقة التي يكون اختصاصها مقيدا . و كل ما في الأمر هو أن المشرع قد منح قدرا من حرية التصرف للإدارة في موضوع ما . و من ثم ، فإنه يتخلى عن تحديد نشاط الإدارة بشأن هذا الموضوع كله ، أو في بعض جوانبه ، تاركا للإدارة حرية التصرف و التقدير بموجب خبرتها .

غير أنه لا يمكن أن يفهم من هذا التخلي ، أن المشرع قد امتنع عن التدخل لتقييد نشاط الإدارة بالنسبة لموضوعات معينة ، باعتبارها موضوعات محجوزة لسلطة الإدارة التقديرية . و إنما يرجع السبب في عدم التدخل ، لاعتبارين متشابهين يربطهما مبدأ عام ، ألا و هو الملاءمة بمختلف عناصرها . و هذين الاعتبارين يتمثلان في اعتبار فني، مؤداه مقتضيات النشاط الإداري على النحو السابق ابرازه . و اعتبار عملي ، و يتجلى في قصور النصوص عن استيعاب الوقائع ، والمستجدات استعابا حرفيا .

كما أنه لا يمكن أن يفهم أيضا ، بأن الإدارة تخضع فقط في نشاطها للقواعد التشريعية ، بل أيضا تخضع للقواعد التي يضيفها القضاء . و من ثم فيجب الإعتماد في تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن الإختصاص المقيد ، على علاقة الإدارة بالقضاء ، إلى جانب اعتماد علاقة الإدارة بالمشرع . لكن لا نستطيع أن نستنتج مما سبق ، أن جميع التصرفات يمكن أن تصنف إلى مجرد طائفتين ، قرارات تقديرية ، و أخرى مقيدة ، بل يجب إلى جانب ذلك ، اعتماد طائفة أخرى ، ولعلها أهمها على الإطلاق و أكثرها شيوعا ، و هي تلك القرارات التي يكون في جانب منها تقديرية و في جانبها

الآخر مقيدة ، أو بالأحرى ينصب التقدير على بعض العناصر أو أحدها دون البعض الآخر، دون أن يكون هناك تعارض أو تناقض في مثل هذه القرارات .

و في الأخير يجب أن لا ننسى الدور الذي لعبه الفقه ، و هذا من خلال وضع بعض القيود الهامة لممارسة هذه السلطة ، و التي تتمثل في مراعاة عدم الإنحراف باستعمال هذه السلطة ، و ضرورة أن تضع الإدارة نفسها في أفضل الظروف لإصدار قراراتها الإدارية ، و ضرورة الإلتزام بملاءمة القرارات الإدارية و إصدار أحسنها .

كما لا ننسى أيضا الدور الذي لعبه القضاء الإداري في مجال الرقابة القضائية ، و ذلك سعيا منه لتحقيق نقطة التوازن التي بمقتضاها تتمكن الإدارة من استخدام سلطتها لتحقيق الصالح العام من جهة ، و حماية الأفراد من جهة أخرى . و لهذا الغرض بدأ القضاء الإداري في التطور لإسقاط كافة حدود السلطة المطلقة للإدارة خاصة في مجال السلطة التقديرية ، حيث أصبحت معظم قرارات السلطة الإدارية قابلة للطعن القضائي .

و بعد أن استقرت هذه الرقابة في مجال مشروعية أعمال الإدارة في إطار سلطتها التقديرية ، أي رقابة الوقائع من الناحية المادية و القانونية ، اتجه القضاء الإداري نحو بسط رقابته على مجال ملاءمة القرارات الإدارية . أي رقابته على تقدير الإدارة لأهمية و خطورة الوقائع التي تدعيها لقراراتها ، و هذا من خلال استنباطه لفكرة رقابة الخطأ الواضح ، و رقابة الموازنة بين التكاليف ، و المزايا ، باعتبارهما من الأساليب الحديثة لرقابة السلطة التقديرية و الحد من استعمالها . و بهذا أوجد القضاء الإداري توازنا جديدا لهذه السلطة ، فكلما زاد توسع الإدارة في المجالات الحديثة ، إلا و كان القضاء الإداري له بالمرصاد .

غير أنه ، يجب أن نقف هنا عند نقطة قانونية هامة ، و المتعلقة بمدى تأثير القضاء الإداري الجزائري المتمثل في مجلس الدولة الحديث ، و الفتي في مجال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة . وعليه و من خلال استقراء أحكامه ، يتبين أنه اكتفى في رقابته لهذه السلطة بتبني الأساليب التقليدية

في قضاء مجلس الدولة الفرنسي . بحيث اقتضت رقابته على رقابة وقائع القرارات الإدارية من حيث و جودها المادي و صحة تكييفها القانوني ، أما الأساليب الحديثة فلم يتبناها بالقدر الكافي الذي يشفي الغليل ، و كل ما فعله أنه تبني نظرية الخطأ الصارخ في التقدير في حالة واحدة ، و المتعلقة بإلغاء القرار التأديبي الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء . ما يجدر القول أن القضاء الإداري الجزائري ظل و لا يزال معاديا لرقابة الملاءمة ، و هذا نظرا للفواصل البعيدة الموجودة بينه و بين الإدارة . وعلى هذا الأساس نتمنى أن لا يتأخر القضاء الإداري الجزائري عن مسايرة ركب التطور الذي حققه نظيره الفرنسي في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة ، و خاصة أن القضاء الإداري الجزائري اليوم يعيش ازدواجية قضائية . و هذا من خلال :

- مراعاة عدم انحراف الإدارة من خلال ممارسة سلطتها التقديرية .
- ضرورة التشديد على الإدارة في أن تضع نفسها في أفضل الظروف لإصدار قراراتها الإدارية .
- تنظيم المشرع مجالات الإدارة التقديرية ، و اختصاصاتها المقيدة .

انتهى بعون الله و حمده

الملحق الأول

قرار صادر عن مجلس الدولة
الغرفة الرابعة

بتاريخ : 2000-01-31

تحت رقم : 0090

الملحق الثاني

قرار صادر عن مجلس الدولة
الغرفة الرابعة

بتاريخ : 2000-03-27

تحت رقم : 0171

الملحق الثالث

قرار صادر عن مجلس الدولة
الغرفة الرابعة

بتاريخ : 2005-10-25

تحت رقم : 0615

الملحق الرابع

قرار صادر عن مجلس الدولة

الغرفة الأولى

بتاريخ : 19-04-1999

تحت رقم : 0268

الملحق الخامس

قرار صادر عن مجلس الدولة
الغرفة الثانية

بتاريخ : 14-06-1999

تحت رقم : 0228

الملحق السادس

قرار صادر عن مجلس الدولة
الغرفة الثانية

بتاريخ : 14-06-1999

تحت رقم : 0257

الملحق السابع

قرار صادر عن مجلس الدولة
الغرفة الرابعة

بتاريخ : 1999-07-26

تحت رقم : 0371

صحة الوجود المادي للوقائع
عدم استناد الوالي في قراره على وقائع
مادية صحيحة ، مما يجعل قراره منعدم
الأسباب ، الأمر الذي يستوجب إبطاله .

مجلس الدولة
الغرفة : الرابعة
رقم القرار 0090
جلسة 2000/01/31

و عليه /

في الشكل : حيث أن عريضة الاستئناف قد استوفت الشروط و الصيغ القانونية مما يتعين التصريح بنظامية الاستئناف.

في الموضوع : حيث أن العارضة تقر أنها سلمت إلى المستأنف عليه وصل ملف تأسيس الجمعية المسماة منتجي الحليب و هذا بتاريخ 31-01-1995.

وحيث بتاريخ 15-04-1996 أصدر العارض مقرا يقضي في مادته الأولى ما يلي:
"يتم توقيف نشاطات الجمعية المسماة جمعية منتجي الحليب الكائنة بالغرفة الفلاحية مستغانم لمدة (06) ستة أشهر".

وحيث أن هذا المقرر الولائي اتخذ على إثر الرأي غير الموافق الذي منحته مصالح الأمن الولائية بعد التحقيق الإداري بالتنسيق مع مصالح الولاية و المبني على أن سلوك بعض أعضاء الجمعية مغل بالنظام العام و الآداب العامة وأن بعضهم كانوا مسبوقين قضائيا.

وحيث أن قضاة الدرجة الأولى قد عللوا قرارهم بإلغاء المقرر المتخذ من الوالي السابق الإشارة إليه أنه مجردا من ذكر أي سبب مما يؤدي إلى القول بأنه غير شرعي.

وحيث بالفعل بالرجوع إلى المقرر موضوع الاستئناف لم يذكر ضمن طياته سبب اتخاذ قرار إلغاء مقرره حتى يتسنى للمستأنف عليه من الإطلاع عليه و إبداء ملاحظاته بشأنه ، و هو الحق المكرس دستوريا و قانونيا باعتباره حقا من حقوق الدفاع .
و حيث لما كان مقرر توقيف نشاط الجمعية لمدة 06 أشهر بمثابة جزاء صريح وقعه العارض في مواجهة الجمعية ، كان عليه أن يسبب قراره حتى يتمكن المعيون من الإطلاع

المسبق على الأسباب المؤدية لتوقيع هذا الجراء ، و هذا مبدأ عام لا يمكن تجاهله .

و حيث ترتيبا على ذلك فإن إغفال أو تجاهل هذا المبدأ يعد بمثابة مخالفة صريحة للمبادئ العامة للقانون ، مما ينجر عنه عد نظامية المقرر المتخذ ضد الجمعية .

و حيث بناءا على ما تقدم ، فإن المقرر الصادر في 15 - 04 - 1996 يكون مخالفا للمبدأ المذكور أعلاه بالطبع .

و حيث يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي خسر دعواه .

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة : علنيا حضوريا و نهائيا :

في الشكل : - قبول الإستئناف .

في الموضوع : - تأييد القرار المستأنف فيه .

- و المصاريف القضائية على عاتق المستأنف

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد و ثلاثون من شهر جانفي من سنة ألفين من قبل الغرفة الرابعة بمجلس الدولة المشكلة من السادة :

الرئيس
مستشار الدولة المقرر

جنادي عبد الحميد
زويينة عبد الرزاق

بحضور السيد/ بوزنادة معمر مساعد محافظ الدولة و بمساعدة بوزيد أعمر السيد أمين الضبط .

أمين الضبط

مستشار الدولة المقرر

الرئيس

مجلس الدولة

الغرفة : الرابعة

رقم القرا : 0171

جلسة 2000/03/27

الغلط في الوقائع

لا يمكن أن تؤسس القرارات الإدارية على وقائع

غير موجودة ، سواء لم يكن لها وجود مادي

أو أنها اخترعت بلا قيد و لا شرط لإضفاء الشرعية

على تصرف الإدارة .

و عايله /

في الشكل : حيث أن الإستئناف جاء مستوفيا للآجال و الأشكال القانونية ، مما يتعين على الغرفة قبوله شكلا طبقا للمادة 277 من قانون الإجراءات المدنية .

في الموضوع : حيث أن المستأنفة وضحت للغرفة الإدارية بأن السيد (ن . أ) استفاد من قطعة أرض بمنطقة " صوريكال " القبة لبناء كشك ، وفقا للقرار الإداري رقم 114/ أع 94/ مقابل دفع كراء تحدده البلدية لاحقا ، إلا أن المستأنف عليه قام ببيع هذه القطعة لشخص آخر ، خارقا الإجراءات القانونية ، و نتيجة لهذا التعامل ، قامت البلدية بإلغاء القرار أعلاه و المؤرخ في 1994/08/04 و المتضمن منح السيد نوغي أحمد قطعة أرض و هذا باستعمال حقها ، و ليس باستعمال التعسف في استعمال الحق . مما يتعين إلغاء القرار الصادر بتاريخ 1996/08/25 عن مجلس قضاء الجزائر .

حيث أنه يتجلى للغرفة الإدارية بعد دراسة الملف ، بأن البلدية لم تدعم قولها بأن المستأنف عليه باع فعلا القطعة الترابية ، بل لا يظهر منه سوى أن القرار الإداري موضوع الطعن الذي ألغى قرار الإستفادة غير مؤرخ و غير مسبب ، و لم يعوض القطعة بأخرى ، و بالتالي فإنه خال من الشرعية ، و هو وجه من أوجه التعسف في استعمال السلطة ، و عليه يتعين على الغرفة تأييد القرار المعاد برمته .

- و حيث يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي خسر دعواه .

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة : علنيا نهائيا و حضوريا بالنسبة للمستأنفة و

مجلس الدولة

الغرفة : الرابعة

رقم الفهرس : 0615

جلسة 2005/10/25

عدم تبرير العقوبة

يتعرض للإلغاء القرار التأديبي الذي نطق

بعقوبة دون تبريرها من خلال مناقشة الخطأ

المنسوب إلى المعني و مدى ثبوته في حقه .

و عليه /

في الشكل : حيث أن الطعن الحالي جاء مستوفيا للأوضاع و الأشكال القانونية طبقا لأحكام المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 1998/05/30 امتضمن إنشاء مجلس الدولة و المواد 274 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية فهو مقبول

في الموضوع : حيث أن وزارة العدل الممثلة في شخص السيد وزير العدل حافظ الأختام يلتزم من خلال دعوى الحال إلغاء قرار الغرفة الوطنية للموثقين بتاريخ 02/ 02 2005/ القاضي في الشكل بقبول الإستئناف لوروده في الآجال القانونية و في الموضوع بإلغاء القرار التأديبي المستأنف و الفصل من جديد بتوجيه عقوبة التوبيخ للأستاذ صادق صبيحي الموثق بدائرة اختصاص محكمة البلدية .

حيث أن المدعية الطاعنة أثارت وجهان متمثلا في إنعدام و قصور تسبيب القرار محل الطعن و الوجه الثاني الخطأ في تطبيق القانون .

حيث و حول الوجه الأول المأخوذ من إنعدام أسباب القرار تنص المادة 41 من القرار المؤرخ في 1992/11/14 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين أن هذه الأخيرة تفصل في القضايا المطروحة عليها بمقرر مسبب .

و لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار محل الطعن يظهر من محتواه أنه اكتفى بسرد الوقائع المنسوبة للطاعن و التهم و المخالفات المهنية الموجهة له و الرد من طرف الموثق المعنى بالأمر على هذه التهم فوصل إلى تسليط عقوبة التوبيخ و هذا دون تبرير هذه العقوبة أي دون أن يوضح كيف تم التوصل إلى هذه العقوبة إذ أنه لم يناقش تماما التهم المنسوبة إليه و ما مدى ثبوتها في حقه خاصة و أن الموثق يفندها بل لم يشر إلى

طبيعة الخطأ المهني المرتكب من طرف الموثق المعنى و تكييفه حسب القانون .

حيث بذلك إن ما جاء بمضمون القرار محل الطعن ليس تسببياً بمفهوم القانون لأنه على هذه الحالة يتعذر على مجلس الدولة مناقشة مدى شرعية هذا القرار .

حيث على هذا الأساس إن الوجه المثار مؤسس لأن القرار محل الطعن فعلاً معيب بعيب إنعدام الأسباب مما يتعين عليه إبطاله و إحالة المدخل في الخصام من جديد أمام نفس الجهة ليحاكم من جديد وفقاً للقانون

حيث أن المدعي عليها تتحمل المصاريف القضائية .

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة : علنيا غيابيا بما يلي:

في الشكل : بقبول الطعن .

في الموضوع : بإبطال قرار الغرفة الوطنية للموثقين المؤرخ في 02 / 02 / 2005 تحت رقم 2005/01 و إحالة المدخل في الخصام من جديد أمام نفس الجهة ليحاكم من جديد طبقاً للقانون .

- و المصاريف القضائية على عاتق المستأنف

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس و العشرون من شهر أكتوبر من سنة ألفين و خمسة من قبل الغرفة الخامسة بمجلس الدولة المشكلة من السادة :

الرئيس
مستشار الدولة المقرر
مستشار الدولة

بن عبيد الوردي
بن ساعو فريدة
حسن عبد الحميد

...../..... ص 03 فهرس رقم : 0615 .

بحضور السيد/ سعايدية بشير محافظ الدولة و بمساعدة السيدة نجار زهية أمينة الضبط
الرئيسية .

أمين الضبط

مستشار الدولة المقرر

الرئيس

انعدام الوقائع
عدم إثارة الوالي أية حالة تسمح له بإصدار
قرار التسخير الذي لا يكون إلا في الحالات
الإستثنائية و حالة الإستعجال طبقاً لنصوص
المواد من 679 إلى 681 من القانون المدني

مجلس الدولة
الغرفة : الأولى
رقم الفهرس : 0268
جلسة 1999/04/19

وعليه /

في الشكل : حيث أن القرار المستأنف بلغ قانوناً للمستأنف بتاريخ 1996/05/18 و أن الإستئناف المسجل بتاريخ 1996/05/19 مقبول .

في الموضوع : حيث أنه يستفاد من أوراق و مستندات الملف أن والي ولاية ميله خصص بموجب القرار رقم 980 المؤرخ في 1987/06/03 للشركة الوطنية للمحاسبة مساحة قابلة للتهيئة مقدرة ب 72.02 م² الكائنة بحي 500 مسكن مجموعة (أ) عمارة رقم 9 لتشييد مقرها على مستوى هذه الولاية .

و أنه بتاريخ 1995/04/19 ، اتخذ قرار تسخير (رقم 835) طلب بموجبه من مدير الترقية و التسيير العقاري لميلة وضع المحلات التي كانت تشغلها الشركة الوطنية للمحاسبة تحت تصرف الولاية لتخصيصها لغرفة التجارة لولاية ميله مستندا في ذلك إلى مقتضيات المادة 92 من قانون الولاية ، و المرسوم رقم 44/92 المؤرخ في 1992/02/09 المتضمن إعلان حالة الطوارئ .

حيث أن المادة 92 من قانون الولاية ، تنص على أن الوالي هو ممثل الدولة و مندوب الحكومة على مستوى الولاية ، ينفذ قرارات الحكومة زيادة على التعليمات التي يتلقاها من كل وزير من الوزراء . و أن هذا النص القانوني لا يخول للوالي سلطة تسخير محل مشغول بطريقة قانونية من طرف شركة وطنية من لدن ديوان الترقية و التسيير العقاري لولاية ميله .

حيث أن والي ولاية ميله كذلك أثار مقتضيات المادتين 02 و 06 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 1992/02/09 المتضمن إعلان الطوارئ .

...../..... ص 02 فهرس رقم : 0268 .

حيث أن والى ولاية ميلة لم يثر في قضية الحال أية حالة تسمح له بتسخير مدير ديوان الترقية و التسيير العقاري لميلة لوضع المحلات الممنوحة قانونا للشركة الوطنية للمحاسبة تحت تصرف الولاية .

و أنه لا يمكن الأمر بالتسخير إلا في الحالات الإستثنائية و الإستعجالية و ضمانا لإستمرارية المرفق العمومي ، كما هو مستخلص من المادة 679 من القانون المدني .

و أن قانون الولاية ينص على أنه يجوز للوالي استعمال التسخير ليطلب تدخل تشكيلات الأمن (المادة 99 من قانون الولاية) ، وفي إطار تطبيق مخططات تنظيم و تدخل الإسعافات (المادة 101 الفقرة 02 من قانون الولاية) .

و أن والى ولاية ميلة عندما اتخذ قرار التسخير رقم 835 المؤرخ في 19/04/1995 يكون قد تجاوز سلطاته ، و أن قضاة الدرجة الأولى عندما أبطلوا هذا القرار يكون قد طبقوا القانون ، و أنه يتعين بالنتيجة تأييد القرار المستأنف .

و حيث يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي خسر دعواه .

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة : علنيا حضوريا و نهائيا :

في الشكل : - قبول الإستئناف .

في الموضوع : - تأييد القرار المستأنف فيه .

- و المصاريف القضائية على عاتق المستأنف

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ التاسع عشر من شهر أفريل من سنة ألف و تسع مائة و تسع و تسعون من قبل الغرفة الأولى بمجلس الدولة المشكلة من السادة :

مجلس الدولة

الغرفة : الثانية

رقم الفهرس : 0228

جلسة 1999/06/14

اثبات صحة الواقعة المادية

يقع على مصدر القرار عبأ إثبات صحة الواقعة

المادية التي بموجبها أصدر القرار. و أن مجرد

التصريحات لا يمكن الإعتماد عليها في إقامة

الدليل .

و عليه /

في الشكل : حيث أن القرار محل الإستئناف بلغ للإدارة يوم 1995-02-07 و أن الإستئناف رفع في 1995-03-05 أي في الآجال القانونية مما يتعين التصريح بقبوله . .

في الموضوع : حيث أنه بموجب قرار صادر عن والي ولاية تلمسان في 18-01-1993 فإنه قد تم إفادة السيد (أ . م) مع السيدين (ص) و (ع) من قطعة أرض في إطار قانون 19/87 المؤرخ في 1987-12-08 المحدد لكيفية استغلال الأراضي الزراعية للأموال الوطنية ، و المحدد لحقوق و التزامات المنتجين .

حيث أن والي ولاية تلمسان تراجع عن المنح بموجب قرار في 18-01-1993 بسبب أن التخصيص المعد لفائدة السيد (أ) غير قانوني .

حيث أن والي ولاية تلمسان يسبب إبطاله للإستفادة ، في أنه تبين بناء على تحقيق المصالح المختصة بأن المستأنف عليه كان له سلوكا معاديا أثناء الحرب التحريرية .

حيث أنه لم يقدم ، سواء على مستوى الدرجة الأولى أو على مستوى الدرجة الإستئناف الوثائق التي يتمسك بها ، و التي تبرر عند الإقتضاء قراره في 18-01-1993 ، و أن مجرد التصريحات لا تكفي لإثبات سيرة معادية أثناء الحرب التحريرية .

و من جهة أخرى ، فإن تقدير هذا السلوك لا يمكن أن يتم إلا من طرف لجنة خاصة .

و يتعين القول بأن الوالي لم يقدم دليلا على ادعاءاته ، و أن قضاة الدرجة الأولى قدروا وقائع الدعوى تقديرا سليما .

و حيث يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي خسر دعواه .

...../..... ص 02 فهرس رقم : 0228 .

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة : علنيا حضوريا و نهائيا :

في الشكل : - القول بأن الإستئناف مقبول .

في الموضوع : - تأييد القرار محل الإستئناف .

- و المصاريف القضائية على عاتق المستأنف

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع عشر من شهر جوان من سنة ألف و تسع مائة و تسع و تسعون من قبل الغرفة الثانية بمجلس الدولة المشكلة من السادة :

الرئيسة المقررة

أبركان فريدة

بحضور السيد/ مختاري عبد الحفيظ مساعد محافظ الدولة و بمساعدة السيد أمين الضبط .

عدم تدخل القاضي الإداري في بحث بعض
المسائل الفنية ، باعتبارها من الأمور الفنية
المتروكة لتقدير الخبراء طبقا لنصوص
المواد من 43 إلى 80 من قانون الإجراءات
الإجراءات المدنية

مجلس الدولة
الغرفة : الثانية
رقم الفهرس : 0257
جلسة 1999/06/14

و عليه /

في الشكل : حيث أن القرار المستأنف عين خيرا دون الفصل في أية نقطة قانونية

في الموضوع : حيث أنه و بالفعل عين القرار المستأنف وجود اختلاف بين المساحة
المثارة من طرف البلدية و المساحة التي يحتج بملكيتها المستأنفون

حيث أن الأمر يتعلق في قضية الحال بقرار تحضيري غير قابل للإستئناف .

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة : علنيا حضوريا و نهائيا :

في الشكل : - القول بأن الإستئناف غير مقبول .

- و المصاريف القضائية على عاتق المستأنف

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع عشر من
شهر جوان من سنة ألف و تسع مائة و تسع و تسعون من قبل الغرفة الثانية بمجلس الدولة
المشكلة من السادة :

الرئيسة المقررة

أبركان فريدة

بحضور السيد/ مختاري عبد الحفيظ مساعد محافظ الدولة و بمساعدة السيد أمين الضبط .

للإدارة سلطة التقدير و ملاءمة في اختيار
العقوبة المناسبة ، و أن تدخل القاضي الإداري
يشكل تدخلا في أعمال الإدارة ، و يشكل خرقا
لمبدأ الفصل بين السلطات ذو الطابع المقدس

مجلس الدولة
الغرفة :الرابعة
رقم الفهرس : 0371
جلسة 1999/07/26

و عليه /

في الشكل : حيث أن القرار الصادر بتاريخ 1996/10/14 تم تبليغه في
1996/11/09 و أن الإستئناف رفع في 1996/11/20 ، مما يتعين التصريح بقبوله شكلا .

في الموضوع : حيث يتبين من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل
للفسق و أدين بعقوبة سالبة للحرية ، تتمثل في تسليط عليه شهرين حبسا نافذة و غرامة
قدرها 2000 دج .

و حيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية و التعليم ، و إن كان يشغل منصب مقتصد ،
مما يفترض معه أن يكون هذا الفضاء سليما من كل السلوكات الأخلاقية غير السوية التي
تلوث عالم البراءة .

حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة عليه بموجب
المادة 22 من المرسوم رقم 85 – 59 ، ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا ، و
هو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطعا ، فضلا عن كونها تدل على إخلال
بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي .

و حيث ترتيبا على ذلك ، فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنيا ثابتا مما يبرر تسليط
عليه عقوبة تأديبية خلافا لإدعاءاته .

و حيث من جهة أخرى ، فإن من الثابت فقها و قضاء ، أن رقابة القاضي الإداري لا
تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلطة ، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين
نسبتي الخطأ و العقوبة ، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ
الثابت في حق المستأنف .

...../..... ص 02 فهرس رقم : 0371 .

و حيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع و القانون .

و حيث يتحمل المصاريف القضائية الطرف الذي خسر دعواه .

لهذه الأسباب

يقضي مجلس الدولة : علنيا حضوريا و نهائيا :

في الشكل : - القول بأن الإستئناف مقبول .

في الموضوع : - تأييد القرار محل الإستئناف للأسباب التي ققرها مجلس الدولة .

- و المصاريف القضائية على عاتق المستأنف

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس و العشرون من شهر جويلية من سنة ألف و تسع مائة و تسع و تسعون من قبل الغرفة الرابعة بمجلس الدولة المشكلة من السادة :

الرئيسة المقررة

جنادي عبد الحميد

مستشار الدولة المقرر

زويينة عبد الرزاق

بحضور السيدة/ مليكة مرابط مساعد محافظ الدولة و بمساعدة السيد أمين الضبط .

قائمة المراجع**أولا : الكتب (Les ouvrages)
أ - باللغة العربية :**

- 1- حسين بن الشيخ أث ملويا ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومو ، الجزائر ، 2001 .
- المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول ، دار هومو ، الجزائر ، 2002 .
- المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثاني ، دار هومو ، الجزائر ، 2004 .
- المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الثالث ، دار هومو ، الجزائر ، 2007 .
- 2- أحمد أنور حمادة ، القرارات الإدارية و رقابة القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 .
- 3- عمار بوحوش ، الإتجاهات الحديثة في علم الإدارة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1984 .
- 4- عمار بوضيف ، الوجيز في القانون الإداري ، دار يحانة ، الجزائر .
- 5- محمد الصغير بعلي ، القضاء الإداري مجلس الدولة ، دار العلوم ، الجزائر ، 2004 .
- 6- حمدي ياسين عكاشة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، 1987 .
- 7- خالد سمارة الزغبي ، القرار الإداري بين النظرية و التطبيق ، دار النشر للتوزيع ، 1999 .
- 8- رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 .
- 9- سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1992 .
- أصول القانون الإداري ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 1993 .
- الرقابة على أعمال الإدارة ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 1996 .

- 10- سليمان محمد الطماوي ، نظرية التعسف في استعمال السلطة ، مطبعة جامعة عين شمس ، مصر ، الطبعة الثالثة ، مصر ، 1976 .
- النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة السادسة ، القاهرة ، مصر ، 1991 .
- الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1992 .
- 11- الأمين شريط ، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998 .
- 12- عادل السعيد محمد أبو الخير ، الضبط الإداري و حدوده ، شركة مطابع الطوبجي التجارية ، القاهرة ، مصر ، 1993 .
- 13- عبد الحميد حسنى درويش ، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1981 .
- 14- عبد العزيز ابراهيم شيحا ، الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1999 .
- القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 .
- 15- عبد العزيز الجوهري ، القضاء الإداري ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1987 .
- 16- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، شروط قبول الطعن بإلغاء القرار الإداري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 .
- 17- عبد الغني بسيوني ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1993 .
- القضاء الإداري ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 .
- 18- عصام عبد الوهاب البرزنجي ، السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة القضائية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1971 .
- 19- علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الأول ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 2004 .
- موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الثاني ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 2004 .

- 20- عمر محمد حامد ، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الطبعة الأولى ، الرياض ، 2003 .
- 21- عمار عوابدي ، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1982 .
- القانون الإداري ، النشاط الإداري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2005 .
- 22- محمد أنس جعفر قاسم ، الوسيط في القانون العام (القضاء الإداري) ، دار النهضة العربية ، مصر .
- 23- محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري و دعوى الإلغاء ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1971 .
- 24- محمد حميد الله ، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوية الخلافة الراشدة ، دار النفائس ، بيروت ، 1985 .
- 25- محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 1989 .
- 26- محمد ماهر أبو العينين ، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 1998 .
- 27- محمد محمد بدران ، رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1985 .
- 28- محمد مغاوري شاهين ، القرار التأديبي و ضماناته ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 1986 .
- 29- محمود حافظ نجم ، القضاء الإداري في الأردن ، مطبعة الجامعة الأردنية ، الطبعة الأولى ، عمان ، 1987 .
- 30 - محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، دار الكتاب الحديث ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، 1992 .
- 31- عمار معاشو ، عزاوي عبد الرحمان ، تعدد مصادر القاعدة الإجرائية في المنازعات الإدارية في النظام الجزائري ، دار الأمل ، تيزي وزو ، 1999 .

ب - باللغة الفرنسية :

- 1- R . CHAPUS , Droit administratif général , 9^{ème} éd , t . 1 , Delta Montchrestien , 1955 .
- 2- C . DEBBASCH , Science administrative , 3^{ème} éd , Paris , Dalloz , 1976.
- 3- A . de LAUBADERE et Y . GAUDEMET , Traité de droit administratif , 16^{ème} éd , Paris , L.G.D. J., 2002.
- 4- E . S .LASO , Traité de droit administratif , traduit par Simon Aicardi , ouvrage publié sous les auspices du centre français de droit comparé , 1964.
- 5- G . PEISER , Droit administratif (Contentieux administratif) 14^{ème} éd , Paris , Daloz , 1989 .
- 6- J . REVERO , Droit administratif , 7^{ème} éd , Paris , Daloz , 1975 .
- 7- G . VEDEL , Droit administratif , 14^{ème} , éd , Presses universitaires de france , Paris , 1968 .
- 8- A. VILLARD , Manuel de droit public et administratif , 3^{ème} éd , Foucher , Paris , 1966 .
- 9- G . VLACHO , Principes généraux du droit administratif , Ellipses , 1993 .

ثانيا : الأطروحات والمذكرات :

أ- الأطروحات :

- 1- (مراد) بدران ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الإستثنائية ، دراسة مقارنة ، بين الجزائر و فرنسا ، حقوق ، جيلالي لباس ، سيدي بلعباس ، 2004 .
- 2- عبد الفتاح ساير داير ، نظرية أعمال السيادة ، دراسة مقارنة ، حقوق ، القاهرة ، 1975 .

ب- المذكرات :

- 1- فاطمة زعزوعة ، تسوية المنازعات الضريبية ، حقوق ، أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005.
- 2- نورة طلحة ، الجريمة الجزائية للموظف العام ، حقوق ، جيلالي ليابس ، سيدي بلعباس ، 2006 .
- 3- عبد الله محمد عبد الرحيم سعد ، ضوابط السلطة التقديرية في مجال التأديب ، حقوق ، جامعة الفتح ، ليبيا ، 2002 .

ثالثا : المقالات :

أ- باللغة العربية :

- 1- فريدة أبركان ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 01 ، 2002 .
- 2- مراد بدران ، الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية " النظام القانوني للأوامر " ، مجلة الإدارة ، الجزائر ، المجلد 10 ، العدد 02 ، 2000 .
- 3- عبد الكريم بودريوه ، القضاء الإداري في الجزائر بين الواقع والآفاق ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 06 ، 2005 .
- 4- محمد تقيية ، رقابة القضاء على أعمال الإدارة ، ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، الجزائر ، 1992 .
- 5- العربي زروق ، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة و مدى تأثير القضاء الجزائري بها ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 08 ، 2006 .
- مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا (بين المنافع و الأضرار) ، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 08 ، 2006 .

- 6- ليلي زروق ، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 03 ، 2003 .
- 7- سليمان محمد الطماوي ، نهاية القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة الخامسة - السنة السادسة ، 1954 - 1956 .
- 8- عادل بطرس ، التعليق على اتجاه مجلس الدولة فيما يخص التفريق بين القرارات المبنية على سلطة مقيدة و القرارات المبنية على سلطة تقديرية ، مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة من عشرين إلى خمس و عشرين ، 1985 .
- 9- عبد الحميد صدقي ، مدى رقابة محكمة القضاء الإداري على سلطة الإدارة التقديرية ، مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة الخامسة - السنة السادسة ، 1954 - 1956 .
- 10- عبده محرم ، سحب القرارات الإدارية الفردية ، مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة الأولى ، 1950 .
- 11- رمضان غناي ، موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية ، مجلة مجلس الدولة ، الجزائر ، العدد 02 ، 2005 .
- 12- محمد عبد الجواد حسين ، السلطة التقديرية للإدارة و اختصاصها المقيد ، مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة الرابعة ، 1953 .
- حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة ، مجلة مجلس الدولة ، مصر ، السنة الثانية، 1951 .
- 13- محمد نذير أوهاب ، السلطة التقديرية مفهومها و تأصيلها ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب ، العدد 25 ، الرياض ، 1998 .

ب - باللغة الفرنسية :

- 1- J . KAHN , Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif , Paris , Colloque du 05 mars 1977 .

2- D . LABETOULE , Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique , Paris , Colloque du 05 mars 1977 .

رابعا : المصادر :

- 1- الدستور الجزائري الصادر في 28 نوفمبر 1996 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 76 المؤرخة في 1996/12/28 .
- 2- الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 06-03-1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات .
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990 .
- 3- القانون رقم 84-10 المؤرخ في 11 فبراير 1984 المتعلق بالخدمة المدنية . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 14 فبراير 1984 .
- 4- القانون رقم 90-08 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتعلق بالبلدية . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 15 الصادرة بتاريخ 11 أبريل 1990 .
- 5- القانون رقم 90-09 المؤرخ في 07 أبريل 1990 المتعلق بالولاية . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 15 الصادرة بتاريخ 11 أبريل 1990 .
- 6- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 52 الصادرة بتاريخ 11 أبريل 1990 .
- 7- القانون رقم 90-31 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بقانون الجمعيات . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 53 الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 1990 .
- 8- القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة .
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 21 الصادرة بتاريخ 09 ماي 1991 .

- 9- القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي لمحوسين . الديوان الوطني للأشغال التربوية ، وزارة العدل ، الطبعة الثالثة ، 2005 .
- 10- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006 .
- 11- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .
- 12- الأمر رقم 74-103 المؤرخ في 15 نوفمبر 1974 المتضمن قانون الخدمة الوطنية . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 99 الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر 1974 .
- 13- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46 الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006 .
- 14- المرسوم رقم 80-278 المؤرخ في 29 نوفمبر 1980 المتضمن إلغاء المرسوم رقم 88-63 المؤرخ في 18-03-1963 المتعلق بنظام الأملاك الشاغرة . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 49 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1980 .
- 15- المرسوم رقم 83-200 المؤرخ في 19 مارس 1983 المحدد لشروط إنشاء المؤسسة العمومية المحلية و تنظيمها و سيرها . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 22 مارس 1983 .
- 16- المرسوم رقم 85-589 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 13 الصادرة بتاريخ 24 مارس 1985 .
- 17- المرسوم تنفيذي رقم 90-230 المؤرخ في 25 جويلية 1990 المحدد لأحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب و الوظائف العليا في الإدارة المحلية . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 31 الصادرة بتاريخ 28 جويلية 1990 .

- 18 - المرسوم تنفيذي رقم 91-195 المؤرخ في 01 جوان 1991 المتعلق بالشروط العامة للممارسة النقل البري للمسافرين و البضائع ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 27 الصادرة بتاريخ 12-06-1991 .
- 19- المرسوم التنفيذي رقم 96-214 المؤرخ في 15 جوان 1996 المتضمن صلاحيات وزير الطاقة و المناجم . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 37 الصادرة بتاريخ 16 جوان 1996 .
- 20- المرسوم التنفيذي رقم 96-308 المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 55 الصادرة بتاريخ 25 سبتمبر 1996 .
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 97-212 المؤرخ في 09 جوان 1997 المتضمن إنشاء الديوان الوطني لمكافحة المخدرات و إدمانها . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 41 الصادرة بتاريخ 15 جوان 1997 .
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 97-213 المؤرخ في 09 جوان 1997 المتضمن تجديد رخصة البحث عن المحروقات الممنوحة للمؤسسة الوطنية سوناطراك . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 41 الصادرة بتاريخ 15 جوان 1997 .
- 23- المرسوم التنفيذي رقم 97-217 المؤرخ في 09 جوان 1997 المتضمن حل مركز البحث لإعطاء المحروقات و مشتقاتها إلى المعهد الجزائري للبتروال . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 41 الصادرة بتاريخ 15 جوان 1997 .
- 24- المنشور الوزاري رقم 120-129 / 1999 المؤرخ في 15-02-1999 المحدد للمقاييس الواجب توافرها في الر اغب في الحصول على سكن ، و كذلك إجراءات توزيع السكنات .

- 25- التعليم الوزاري المشتركة رقم 08-2004 المؤرخة في 01 أكتوبر 2004 المتعلقة بكيفيات و تنظيم إجراء المسابقات و الإمتحانات و الإختبارات المهنية .

الفهرس

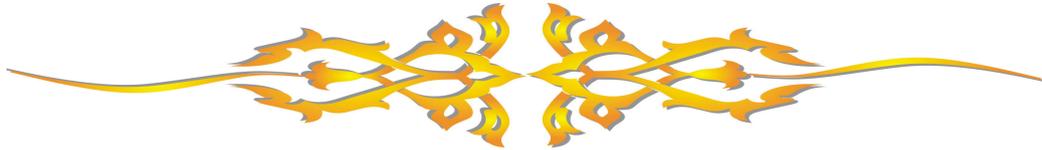
1.....	المقدمة
5.....	الفصل الأول : مفهوم السلطة التقديرية للإدارة
9.....	المبحث الأول : مضمون السلطة التقديرية للإدارة
9.....	المطلب الأول : مدلول السلطة التقديرية للإدارة
10	الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للإدارة
10.....	أولا : التعريف اللغوي للسلطة التقديرية للإدارة
11.....	ثانيا : التعريف القانوني للسلطة التقديرية للإدارة
14.....	الفرع الثاني : مبررات الإعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة
15.....	أولا : مقتضيات النشاط الإداري
16.....	ثانيا : قصور دور المشرع
16.....	ثالثا : ضمانات الرقابة القضائية
17.....	الفرع الثالث : تمييز السلطة التقديرية عن باقي السلطات العامة في الدولة
17.....	أولا : حرية السلطة التأسيسية و حرية الإدارة
18.....	ثانيا : حرية السلطة التشريعية و حرية الإدارة
19.....	ثالثا : حرية السلطة القضائية و حرية الإدارة
20.....	المطلب الثاني : الأساس القانوني للسلطة التقديرية
21.....	الفرع الأول : نظرية الحقوق الشخصية
22.....	أولا: مضمون نظرية الحقوق الشخصية
25.....	ثانيا : موقف القضاء الإداري الجزائري
26.....	الفرع الثاني : فكرة المشروع كأساس وجود السلطة التقديرية
27.....	أولا : مضمون نظرية المشروع
29.....	ثانيا : موقف المشرع الجزائري
30.....	الفرع الثالث : نظرية تدرج القواعد القانونية

- 30..... أولاً : مضمون النظرية
- 32..... ثانيا : موقف المشرع الجزائري
- 33..... المطلب الثالث : تمييز السلطة التقديرية عن بعض الأعمال الأخرى
- 34..... الفرع الأول : السلطة التقديرية و أعمال الحكومة
- 35..... أولاً : السلطة التقديرية و الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية
- 36..... ثانيا : السلطة التقديرية و الأعمال المتصلة بالعلاقات بين السلطات العامة
- 37..... الفرع الثاني : الاعمال المادية و السلطة التقديرية
- 37..... أولاً : الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقاً للقوانين و القرارات الإدارية
- 38..... ثانيا : التدابير الداخلية و السلطة التقديرية للإدارة
- 40..... المبحث الثاني : تمييز السلطة التقديرية عن الإختصاص المقيد
- 41..... المطلب الأول : معايير التمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد
- 41..... الفرع الأول : معيار علاقة الإدارة بالقواعد التشريعية
- 42..... أولاً : معيار مدى إلزامية القواعد القانونية
- 44..... ثانيا : معيار مدى الإعلان القانوني لأسباب القرار الإداري
- 46..... ثالثاً : معيار مدى عمومية وتجريد القاعدة القانونية
- 47..... الفرع الثاني : معيار علاقة الإدارة و قواعد التنظيم القانوني عموماً
- 48..... أولاً : نظرية الفقيه آيزنمان
- 49..... ثانيا : نظرية الفقيه ديلوبادير
- 51..... الفرع الثالث : المعيار الراجح
- 52..... المطلب الثاني : النتائج المترتبة على التفرقة بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد
- 52..... الفرع الأول : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية عناصر القرار الداخلية
- 53..... أولاً : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية ركن السبب
- 54..... ثانيا : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية ركن الغرض
- 54..... ثالثاً : أهمية التفرقة من ناحية عدم مشروعية ركن المحل

- 55..... الفرع الثاني : أهمية التفرقة من ناحية حق الفرد إزاء المرافق العامة .
- 55..... أولاً : قبل إنشاء و تنظيم المرافق العامة .
- 56..... ثانيا : بعد إنشاء و تنظيم المرافق العامة .
- 58..... الفرع الثالث : أهمية التفرقة من ناحية سحب القرارات الإدارية .
- 60..... المطلب الثالث : أهم التطبيقات القضائية التي تبين مدى التداخل بين التقدير و التقييد .
- 62..... الفرع الأول : السلطة التقديرية في مجال التعيين في الوظائف العامة .
- 63..... الفرع الثاني : السلطة التقديرية في مجال القرارات التأديبية .
- 64..... أولاً : استقلال جهة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة .
- 64..... ثانيا : الغلو يحد سلطة الإدارة في تقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة .
- 65..... الفرع الثالث : سلطة الإدارة في إصدار قرارات الإعتقال .
- 67..... الفصل الثاني : حدود ممارسة السلطة التقديرية للإدارة .
- 69..... المبحث الأول : مدى حرية التقدير بالنسبة لعناصر القرار الإداري .
- 71..... المطلب الأول : الإدارة و تقدير أسباب القرار الإداري .
- 72..... الفرع الأول : قيام الحالة الواقعية التي تدخلت الإدارة على أساسها .
- 73..... أولاً : اتفاق الوقائع التي ادعتها الإدارة مع الحقيقة المادية .
- 74..... ثانيا : اتفاق الوقائع التي ادعتها الإدارة مع الحقيقة القانونية .
- 74..... الفرع الثاني : التكييف القانوني للوقائع بفرض حدوثها .
- 75..... أولاً : إصدار القرار خارج مجال تطبيق القانون .
- 76..... ثانيا : تخلف الأساس القانوني للقرار .
- 78..... ثالثا : الخطأ في القانون .
- 81..... الفرع الثالث : تقدير الخطورة التي تنشأ عن الوقائع و أهميتها .
- 82..... المطلب الثاني : الإدارة و محل العمل أو فحواه .
- 83..... الفرع الأول : حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع .
- 84..... أولاً : فيما يتعلق باصدار القرارات اللائحية .

- 85..... ثانيا : فيما يتعلق باصدار القرارات الفردية
- 86..... الفرع الثاني : حرية الإدارة في اختيار وقت التدخل
- 87..... أولا : حالة النص التشريعي
- 87..... ثانيا : حالة الضرورة
- 88..... ثالثا : حالة التظلم الإداري
- 88..... الفرع الثالث : اختيار فحوى القرار
- 90..... المطلب الثالث : الإدارة و الغرض من العمل الإداري
- 91..... الفرع الأول : تعريف الغرض و أهميته
- 92..... الفرع الثاني : مدى حرية الإدارة في تقدير ركن الغرض
- 93..... أولا : حالة تحديد الغرض بشكل كامل
- 93..... ثانيا : حالة عدم تحديد غرض القرار
- 96..... المبحث الثاني : مدى رقابة القضاء الإداري للقرار الإداري في مجاله التقديري
- 98..... المطلب الأول : رقابة تقدير مشروعية وقائع القرارات الإدارية
- 99..... الفرع الأول : الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع
- 102..... أولا : حالة الخلط الواضح بين مفهومي السبب و التسبب
- 102..... ثانيا : حالة تعدد الأسباب التي استند إليها القرار
- 103..... ثالثا : حالة تصحيح الأسباب التي استند إليها القرار
- 104..... الفرع الثاني : الرقابة على صحة التكييف القانوني لها
- الفرع الثالث : امتناع القضاء عن رقابة صحة الوجود المادي للوقائع و التكييف القانوني لها
- 106..... لها
- 107... أولا : الإمتناع عن رقابة الوجود المادي للوقائع أو التساهل في هذه الرقابة
- 109..... ثانيا : الإمتناع عن رقابة التكييف القانوني للوقائع و تقديرها
- 112..... المطلب الثاني : رقابة تقدير ملاءمة الوقائع
- 113..... الفرع الأول : رقابة الخطأ البين في التقدير

- 114..... أولاً : مضمون نظرية الخطأ البين في التقدير
- 115..... ثانيا : أهمية الأخذ بنظرية الخطأ البين في التقدير
- 115..... ثالثا : مجالات الخطأ البين في التقدير
- 117..... الفرع الثاني : رقابة الموازنة بين التكاليف و المزايا
- 117..... أولاً : مجال تطبيق هذه النظرية
- 118..... ثانيا : معايير الموازن بين التكاليف و المزايا
- 119..... الفرع الثالث : مبدأ ضرورة الإجراء
- 122..... المطلب الثالث : رقابة القاضي الإداري للظروف و الملابسات التي يتم فيها التقدير
- 123..... الفرع الأول : الإطلاع على جميع المعلومات اللازمة للإصدار القرار
- 124..... الفرع الثاني : التداول الحقيقي في المعلومات المتعلقة بموضوع القرار
- 125..... الفرع الثالث : التنأني في إصدار القرار
- 127..... الخاتمة
- 131..... الملاحق
- 146..... المراجع
- 156..... الفهرس



الملخص :

أولا : باللغة العربية

إن النصوص القانونية قد تمنح الإدارة الحرية في مباشرة بعض اختصاصاتها . و في المقابل ، فإن النصوص القانونية قد تلزم الإدارة بالتصرف على نحو معين . ففي الحالة الأولى نكون إزاء ما يطلق عليه بالسلطة التقديرية ، و في الحالة الثانية ، نكون إزاء ما يطلق عليه بالإختصاص المقيد .

غير أن تمتع الإدارة بهذه الحرية فيما يصدر عنها من تصرفات ، لا يعني بالضرورة تجاهل مبدأ المشروعية ، و لا حتى الخروج عليه ، فالسلطة التقديرية للإدارة يجب أن تمارس في حدود مبدأ المشروعية .

الكلمات المفتاحية : السلطة التقديرية ، الإختصاص المقيد ، مبدأ المشروعية ، عنصر الملاءمة .

ثانيا : باللغة الفرنسية :

Il est possible , que l'administration ai une certaine liberté d'action , et aussi le pouvoir de choisir le comportement adequat dans l'exercice de ses fonctions . dans le premier cas , nous somme devant le pouvoir discrétionnaire de l'administration . dans le deuxieme cas on est devant la compétence liée .

Hors , il ne faut pas croire que l'administration peut ignorer le principe de légalité dans le choix de ses actes . Donc , le pouvoir discrétionnaire de l'administration doit etre exercer dans la limite du principe de la légalité .

Mots clés : pouvoir discrétionnaire , compétence liée , principe de légalité , l'élément d'opportunité .

ثالثا : باللغة الإنجليزية :

It's possible , that the administration have some thing of liberty of action , and the power of the choosing its behaviour in front of this fonction . In the firste case , we are in front of what they called the discrétionary power of the adminstration . where as in the second case , we are in front of the tie-up compétence .

But the administration ignore the principal of the legality in front of choosing this acts .

So , the discrétionary power of the administration have to be exercised in the limit of the legale principale .

Key word : discrétionary powre , tie-up compétence , legale principale , the opportunity élément .