

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



رقابة القاضي الإداري على السلطة

التقديرية للإدارة

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون إداري

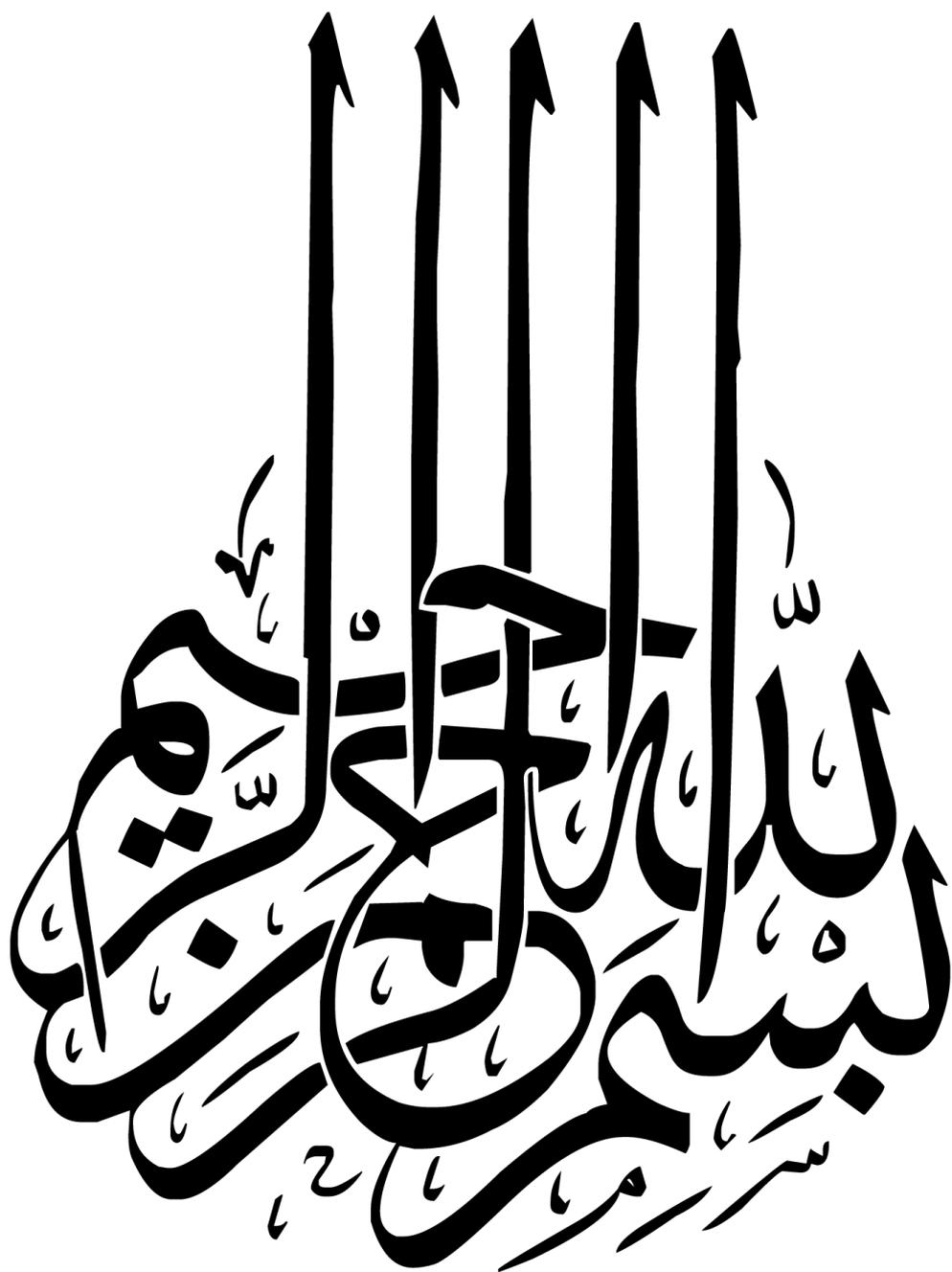
إشراف الاستاذ :

د/ أنسيغة فيصل

إعداد الطالب :

رملي لحسن

الموسم الجامعي : 2017/2016



شکر و عرفان

إلى كل من بذل في سبيل العلم فكره وصحته وبصره.

إلى أستاذي عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بسكرة الأستاذ الدكتور الزين عزري
على كل ما بذله من علم وجهد في سبيل إنجاح هذا العمل.

إلى أستاذي المشرف نائب رئيس قسم الحقوق الدكتور أنسيغة فيصل على رعايته هذا الجهد
إلى غاية إخراجة.

إلى أستاذي الدكتور بن عبدالله عادل الذي كان مرافقي في هذا الموضوع منذ البداية.

إلى صديقي الأستاذ حواجلي جمال على مساعدته وتشجيعه.

إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه.

لكم مني جميعا كل التقدير والإحترام.

مقدمة

يقضي مبدأ الفصل بين السلطات أن تكون للإدارة الحرية في القيام بأعمالها من خلال سلطة اتخاذ القرار في الوقت الذي تختاره و بالتدبير الذي ترضاه بين البدائل المتاحة .

و الإدارة في ممارستها لنشاطها بغية تحقيق المصلحة العامة منحها القانون سلطات، هذه السلطات قد تكون مقيدة و قد تكون غير مقيدة ، فلما تكون السلطة "Pouvoir" الممنوحة للإدارة مقيدة يعني أن القانون يحدد للإدارة صورة ما يجب اتخاذه و لما تكون السلطة غير مقيدة يعني منح الإدارة مجالا للمبادرة و التدبير أي منحها سلطة تقديرية، وسواء

تعلق الأمر بالسلطة المقيدة أو التقديرية فإن التدابير التي تتخذها الإدارة خصوصا في مجال النظام العام يكون لها وقع على الحريات بالتضييق أو المساس التي تعد من مسائل حقوق الإنسان التي المكفولة بآليات الحماية الدولية قبل دساتير الدول الداخلية¹.

لذلك فإن مبدأ الشرعية يستوجب احترام الإدارة لسيادة القانون بمفهومه العام، أي أنه يقع عليها احترام القواعد القانونية المكتوبة وكذا غير المكتوبة على حد سواء ويكون احترامها وفق تدرجها من ناحية قوة إلزامها.

وفي كلتا الحالتين و تطبيقا لمبدأ الشرعية يجب على الإدارة احترام مبدأ الملائمة.

إن احترام مبدأ الملائمة في السلطة المقيدة لا يطرح اشكالا لأن رقابة القاضي الإداري تنصب على مدى احترام الإدارة للنص عند اتخاذ التدبير غير أن الإشكال يثور حول مدى احترام الإدارة لمبدأ الملائمة عند إعمالها لسلطتها التقديرية.

إن البحث عن امكانية وجود حد أدنى من القواعد القانونية الموجود في السلطة التقديرية ووجوب احترامها من طرف الإدارة حتى ولو كانت غير مكتوبة هي التي تسمح في الأساس بإمكانية رفع الدعوى الإدارية، والقضاء الإداري من خلال هذا الحد الأدنى يراقب على الأقل احترام الإدارة للمبادئ العامة للقانون.

إنه من خلال هذا المنفذ نبحت في السعي الحثيث و العمل الدءوب للقضاء الإداري اعتبارا لدوره المنشئ في قدرته أن يوسع مبدأ الشرعية و استطاعته أن يدخل مبدأ الملائمة في نطاق مبدأ الشرعية بعد أن خرج تماما من نطاق السلطة التقديرية للإدارة، و بذلك توسع نطاق الرقابة من التقليدية الخارجية و الداخلية الواردة على القرار الإداري الى نطاق الرقابة القضائية الإدارية الحديثة و ما إن كانت المبادئ العامة للقانون هي التي فرضت هذه الضوابط.

¹ زرزور بن نولي ، الحماية الدولية لحقوق الانسان في اطار منظمة الأمم المتحدة ، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2017 ، ص 185.

أهمية الموضوع.

العلمية: تبرز الأهمية العلمية لموضوع البحث في إثراء المكتبة القانونية بالبحوث القانونية المتخصصة سيما هذا الاتجاه الحديث للقاضي الإداري في عقلنة تدابير الإدارة وإلزامها الروية في اتخاذ قراراتها جراء كثافة النشاط الإداري وتنوعه وأثره على الحقوق والحريات الفردية.

العملية: رغبة منا في تسليط الضوء على موضوع بسط القاضي الإداري رقابته على سلطة الإدارة التقديرية والوقوف على آليات ووسائل هذه الرقابية خاصة مع تطور هذه الرقابة التي أعطت مظهرا جديدا لمبدأ الشرعية.

أسباب اختيار الموضوع.

الذاتية: الرغبة في إظهار الجديد في الاجتهاد القضائي الإداري ان وجد ومدى اعمال القاضي الإداري وتطبيقه لهذا النوع من الرقابة التي تطورت في فرنسا وفي مصر .

الموضوعية: ان تطور المجتمع والتكنولوجيا الحديثة و اتساع ميادين تدخل الإدارة أفرز قصور المشرع و عدم امكانية احاطته بكل اوجه النشاط الإداري عن طريق نصوص قانونية عامة ومجردة، اذ أصبح للإدارة العامة جانب تحكمه النصوص القانونية وجانب آخر تملك فيه الحرية وترخص لنفسها تقدير الأمور بعيدا عن النص و تقييده فإذا كانت رقابة القاضي في ظل وجود النص واضحة فان القاضي الإداري في غياب النص له دوره الايجابي الإنشائي وهذا الدور - الرقابة على السلطة التقديرية - يعد من الأسباب الفعلية التي أعطت وجهها جديدا لمبدأ الشرعية وتوسيعه.

أهداف الدراسة.

تهدف الدراسة إلى الوقوف على المسائل التالية:

- بحث مسألة اعتبار رقابة القاضي الإداري على سلطة الإدارة التقديرية إعلان منحى جديد لمبدأ الشرعية أم أن الأمر يتعلق بتوسيع للمبدأ.

- وسائل ممارسة هذه الرقابة؛ تعتبر ناجحة أم أنها تأسيسا على مبدأ الفصل بين السلطات لم تحقق الغاية من هذه الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.
- ثم أخيرا تقييم الحلول المقدمة المتمثلة في الأحكام والقرارات القضائية في هذا الإطار، إن كانت مناسبة، ناجحة، فعالة وراعية للإدارة.

الاشكالية.

إن دخول القاضي الإداري ميدان السلطة التقديرية للإدارة و فرض رقابته على أعمالها، دون إخلال بسلطتها في التقدير و حفاظا على الحقوق الفردية و الحريات العامة، وفقا لمبدأ الشرعية و تطور نطاق هذه الرقابة يقودنا إلى طرح الاشكالية التالية:

- هل استطاع القاضي الإداري من خلال امتداد رقابته إلى السلطة التقديرية للإدارة، أن يقيد السلطة التقديرية أي تحويلها إلى سلطة مقيدة أم أنه أطر من نطاقها بأن وضع لها حدودا على الإدارة ألا تتجاوزها في كل الأحوال، وما أثر ذلك على مبدأ الشرعية التقليدي ؟

هذه الاشكالية يتفرع عنها التساؤلين التاليين:

- هل ابتكر القاضي أوجها جديدة في رقابته على سلطة تقدير الإدارة، أم هل أنها مجرد آليات و تقنيات حديثة مع احتفاظه بأوجه الطعن التقليدية؟
- ماهو أساس رقابته على السلطة التقديرية للإدارة؟

المناهج المعتمدة.

لدراسة هذا الموضوع تم اعتماد المنهج التحليلي مع بعض المقارنة الذي يوافق طبيعة هذه الدراسة من حيث جمع وتحليل اجتهاد القضاء الإداري في هذا المجال مستعينين بما وصل إليه الفقه من دراسات و تحليلها.

تقسيم الدراسة.

إن طبيعة الدراسة لهذا الموضوع اقتضت منهجيا تقسيم الموضوع انطلاقا من عنوانه إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول يتناول ماهية السلطة التقديرية للإدارة باعتبارها من السلطات الممنوحة لها و تم تقسيمه إلى مبحثين، في المبحث الأول السلطة التقديرية و مبدأ الشرعية و تعريفها و تعريف السلطة المقيدة و أهمية التفرقة بين السلطتين و معاييرها ثم رقابة الشرعية و عدم جوازها في السلطة التقديرية من حيث المبدأ وفي المبحث الثاني تناولنا فكرة التنسيق ما بين السلطتين التقديرية و المقيدة وطبيعة العلاقة بينهما في القرار الإداري الواحد.

أما الفصل الثاني فيعالج رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة في مبحثين، في المبحث الأول نطاق الرقابة التي بسطها القاضي الإداري على قرارات السلطة التقديرية، خرق القانون والغلط في القانون و في الواقع و كذا على الانحراف بالسلطة مع استبعاد عيبي الاختصاص و الشكل و الإجراءات لعدم قيام السلطة التقديرية في الأول و قلتها في الثاني، و في المبحث الثاني مبررات هذه الرقابة التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي وهي عدم احترام مبادئ القانونية العامة و عدم استهداف المصلحة العامة، و آلياتها من حيث وسائل الرقابة و تقنياتها الحديثة كما يسميها الفقه الفرنسي.

ثم خاتمة هذا العمل تتضمن الحوصلة والنتائج التي خلصنا إليها.

الفصل الأول ارتباط الرقابة بطبيعة السلطات الإدارية

إن السلطة المطلقة بحسب مقولة اللورد أكتون الشهيرة مفسدة مطلقة، وكذلك السلطة المضيقية كلية هي مفسدة لما يترتب عليها من شلل تام لحركة الحياة. فكلاهما طرفي نقيض يترتب الفساد وعدم الإستقامة. ومن هنا تحرص القوانين وعلى رأسها الدستور على ضمان التوازن في السلطة بعيدا عن أن تكون مطلقة أو أن تكون مقيدة وذلك بالنسبة لكافة السلطات العامة في الدولة، وهو ما أمكن تحقيقه من خلال الإقرار بقدر من حرية التقدير لهذه السلطات في مباشرة أعمالها على نحو يضيق أو يتسع بحسب طبيعة العمل و مباشر العمل.¹

ويمارس القضاء الإداري رقابته على أعمال الإدارة طبقا لمبدأ الشرعية من خلال بسط الرقابة على مدى احترامها للقانون بمفهومه العام الواسع، هذا إذا كانت الإدارة ملزمة بتطبيق النص القانوني، لكن الإدارة تتصرف في حالات أخرى كثيرة دون وجود أي نص قانوني يلزمها. فما حدود سلطتها وما نطاق رقابة القاضي الإداري في هذه الحال؟

وسنعمد إلى تقسيم الفصل إلى مبحثين ويقسم كل مبحث إلى مطلبين، بحيث يخصص المبحث الأول لموضوع السلطة التقديرية و مبدأ الشرعية والمبحث الثاني للتنسيق ما بين السلطة التقديرية و السلطة المقيدة.

¹ - سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،

المبحث الأول السلطة التقديرية و مبدأ الشرعية

يقتضي مبدأ الشرعية خضوع الإدارة للقانون بمفهومه العام من حيث تدرجه في قوته الملزمة و كذا من حيث نصوصه المكتوبة و غير المكتوبة و إن السلطة الإدارية في كل الدول هي السلطة الأكثر امتلاكاً للهياكل و الأكثر استخداماً للأعوان العموميين و هي سلطة مكلفة بتنفيذ القوانين و إشباع حاجات الأفراد و المحافظة على النظام العام و هي الأخرى على غرار باقي السلطات ملزمة في ممارسة نشاطها باحترام مبدأ الشرعية*، غير أن عمل السلطة الإدارية و نطاق تدخلها يختلف في حالة سلطتها الحرة عنه في حالة السلطة المقيدة، مما يفرض علينا تعريف كل من السلطتين و مدى جواز الرقابة القضائية في مطلبين.¹

المطلب الأول مفهوم السلطة التقديرية

لتعريف السلطة التقديرية و الوقوف على مدلولها يجب تعريف السلطة المقيدة و ذلك من أجل توضيح الحدود الفاصلة فيما بينهما ثم مساحة حرية الإدارة في التصرف حسب ما هو ظاهر من المصطلحين و نتناول في هذا المطلب تعريف السلطتين في فرع أول و أهمية التفرقة بين السلطتين المقيدة و التقديرية و معاييرها كما يلي.

الفرع الأول

* و يقتضي وضع مبدأ الشرعية موضع التنفيذ توافر ثلاثة دعائم أساسية عند تخلف أحدها نكون أمام حالة غياب سيادة القانون و هي الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات التي لا يمكن تجميعها في هيئة واحدة و التحديد الواضح لسلطات و اختصاصات الإدارة ثم وجود رقابة قضائية فعالة

¹ Yves Gaudemet ,Traité de droit administratif , 16^e édition , tome 1 , Delta ,Paris , 2002 , P 578

أنظر أيضا : عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية ، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، القسم الأول ، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2013 ، ص14 وما بعدها .

السلطة التقديرية والاختصاص المقيد

إن العلاقة بين القاعدة القانونية و نشاط الإدارة على درجات مختلفة ، علاقة دنيا تستلزم توافقا بين نشاط الإدارة و القانون و علاقة قصوى تستلزم تطابقا بين نشاط الإدارة و النص القانوني و بين هذين الحدين التوافق كحد أدنى و التطابق كحد أقصى يتحدد نوع السلطة التي تمارسها الإدارة في تصرفاتها اليومية و على رأسها القرارات الإدارية كأبرز مظاهر نشاطها.

أولا/ تعريف السلطة المقيدة:

نعني بالسلطة المقيدة؛ ان تكون تصرفات الإدارة و أعمالها وفق النص القانوني الذي يفرض عليها شروط و نموذج التصرف فاذا كان النص القانوني يقيد الإدارة و يرسم لها الإطار الذي تتبعه فيجب أن لا تخرج عليه.¹

و نكون أمام سلطة مقيدة في الحالة التي يجد فيها الإداري نفسه تحديدا عند وجود ظرف واقعي أو آخر ، مضطرا لاتخاذ هذا القرار أو ذاك في الحالة التي لا يملك فيها الخيار بين عدة قرارات فيكون تصرفه مرسوما له مسبقا بواسطة القاعدة القانونية.²

و يترتب على ذلك أنه يتعين على الإدارة العامة التصرف وفق الشكل الذي حدده القانون صراحة و اتخاذ عين القرار الذي حدده و بينه إذا توافرت شروطه القانونية المحددة و اللازمة لذلك.

وإن الإدارة في الاختصاص المقيد لا تملك أن تمتنع عن عمل أو أن تقوم به على الشكل المخالف للقانون.³

¹ Prosper Weil, Dominique Pouyaud, Le droit administratif ,24^E édition mise à jour 232^E mille , 1 Presses Universitaires de France, Paris, septembre 2015, P 86

² Yves Gaudemet, op-cit, P 580 .

أنظر أيضا :

Jacqueline Morand- Deviller, Cours de droit administratif , 6^e édition , Montchrestien ,Paris, 1999 , P 277.

³ Martine Lombard , Droit administratif ,4^e Edition , Dalloz , Paris , 2001 , P 64.73.

و بناء على ما سبق يتحدد الاختصاص المقيد أو السلطة المقيدة للإدارة في عنصرين أساسيين:

01- اتخاذ الإدارة قرارات إدارية محددة تعبر فيها عن إرادتها الملزمة قصد إحداث أثر قانوني معين.

02- وجوب ممارسة اختصاصاتها باتخاذ القرار على النحو و الصورة اللذين حددهما القانون مسبقا.

و بالنتيجة فإن الإدارة لا تملك في حالة السلطة المقيدة أية حرية لتقدير مدى التدخل لإصدار قراراتها أو إبرام عقودها كما لا تملك أيضا تحديد مضمونها.

إن هذا التقييد وهذا التحديد لصلاحيات الإدارة يكون على مستويات أو درجات مختلفة. فنجد المشرع أحيانا يقيد هذه الصلاحيات بصورة صارمة فلا يترك للإدارة أي مجال للتقدير مطلقا، لكن أحيانا أخرى يكون التقييد بسيطا غير صارم. لذا حاول جانب من الفقه رسم حدود و معالم هذا التقييد القانوني لصلاحيات الإدارة.

و يرى جانب من الفقه أن التقييد القانوني لصلاحيات الإدارة يتمثل في درجتين أو مستويين أولهما الحالات التي يلغي فيها القانون حرية اختيار الأسباب و يفرض على الإدارة بعض الأسباب التي تشكل السند القانوني للقرار الإداري و التي يعد توافرها الشرط الأساسي حتى يتمتع الموظف بصلاحيات إصدار القرار دون إلزامه بالتصرف على نحو معين، وبذلك يقتصر التقييد القانوني لصلاحيات الإدارة على فرض أسباب القرار الإداري فقط، مع استقلالية الإدارة بتحديد مضمون القرار الصادر.

و ثانيهما الحالات التي لا يكتفي فيها القانون بتحديد الأسباب التي يتعين أن يلتزم بها الموظف لكي يتمتع بصلاحيات إصدار القرار الإداري بل يلزمه أيضا باتخاذ القرار على نحو معين و اتباع مسلك معين، و هكذا يحدد القانون الأسباب التي يقوم عليها القرار الإداري و يحدد مضمونه و يفرضها معا على صاحب الاختصاص.

و يرى جانب آخر من الفقه أن التقييد القانوني لصلاحيات الإدارة يكون إما جزئيا وإما كلياً و هذا يقسم التقييد القانوني الى تقييد كلي و تقييد جزئي. فيكون التقييد الكلي في

الحالات التي يتطلب فيها القانون الحصول على الترخيص المسبق قبل مزاولة النشاط فيحدد القانون الشروط الواجب توافرها إلزاميا لمنح الترخيص، و يكون تقييد صلاحية الإدارة جزئيا إذا نص القانون على انه لا يجوز للإدارة منح الترخيص الى بعض الفئات من الأفراد و ترك لها حرية تقدير منح هذا الترخيص إلى الفئات الأخرى. ويتحقق التقييد الجزئي أيضا حينما يترك المشرع للإدارة حرية اختيار وقت إصدار القرار الإداري فقط دون أن يخولها أي جانب تقديري آخر.¹

و هناك حتى من ميز بين الإختصاص المقيد و الإختصاص المشروط² غير أننا نعتقد أن هذا الأخير يدخل ضمن نطاق و صور الإختصاص المقيد للإدارة.

وإذا كان الإختصاص المقيد هو اختصاص تحكمي في مواجهة الإدارة بعيد عن اعتبارات الملاءمة نتيجة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية التي تنظم هذا الإختصاص، إلا أن هذا التحكم لا يجافي الواقع تماما بل إنه قائم على استقراء الواقع و الأخذ بالأمر الغالب فيه. فالإختصاص المقيد لا يقوم على أساس التحكم المطلق، بل يقوم و يستجيب إلى المؤلف في معظم الحالات و أغلبها.

إن الإختصاص المقيد ضروري في الحالات التي ينتفي احتمال السلطة التقديرية بشأنها و لا يتصور بشأنها عدم التحديد الواضح الدقيق، و إن ما يبرر اللجوء الى أسلوب الإختصاص المقيد هو تحقيق الإستقرار في المعاملات و إن المخاطبين بأحكام القاعدة المنظمة لهذا الإختصاص يسهل عليهم العلم بنظام تطبيقها و الأثر القانوني المترتب على هذا التطبيق لأن تطبيق هذه القواعد هو تطبيق منطقي آلي لا يكلف المختص بتطبيقها أي جهد عقلي إرادي و من ثمة لا يباشر أي سلطة تقديرية.

¹ علي خطار شطناوي ، "الضوابط الجزائية الواردة على صلاحية الادارة التقديرية" ،مجلة الحقوق الكويتية، السنة 26 ، العدد 01، الكويت ، مارس 2002، ص 123 و 124.

أنظر أيضا Jean Rivero , Jean Waline, Droit administratif , 19^e édition , Dalloz, Paris ,2002, P 82.

² فريدة أبركان ، " رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة" ، مجلة مجلس الدولة .العدد الأول، الجزائر، 2002 ،

و القواعد المنظمة للإختصاص المقيد تتميز بسهولة التطبيق من جانب الموظف المختص بذلك.

ثانيا/ تعريف السلطة التقديرية:

المدلول اللغوي: كلمة تقدير في اللغة العربية تعني إمكانية التقدير الحر أي التصرف طبقا لإرادة صاحب التصرف الحر و طبقا لرغبته الذاتية.

المعنى الاصطلاحي: التقدير في مدلوله القانوني لا يختلف عن المعنى العام و لا على المعنى اللغوي عموما و يعطي مجال حرية أقل لممارسة التقدير يمكن من خلاله أن يكون لصاحب التصرف عدة قرارات متاحة أمامه و يكون له إمكانية الإختيار من بينها.

و يعطي الفقيه Marcel Waline قيمة لأهمية السلطة التقديرية في الحياة اليومية للإدارة من منظور الرقابة الممارسة من طرف القاضي الإداري و يرى مثله الرئيس Guy Braibant أن مسألة السلطة التقديرية للإدارة هي إحدى المسائل الأكثر أهمية في القانون الإداري في كل دول العالم في الوقت الحالي¹.

هذا و إنه في ظل الثورة الفرنسية كانت الإدارة منصاعة بشكل تام للقانون، بل إن الجمعية الوطنية منعت على الإدارة حتى حق إصدار اللوائح التنفيذية، و احتفظت لنفسها الحق بإصدار التعليمات التفصيلية لتيسير وضع القوانين التي تصدرها موضع التنفيذ، و فرضت على الموظفين جميعا إبلاغ تفاصيل نشاطهم كل عشرة أيام إلى لجنتي السلامة العامة و الأمن العام المنبثقتين من الجمعية التشريعية لمراقبة تنفيذ القوانين، فالمشرع في هذه المرحلة استجمع كل السلطات من أجل سيادة القانون مما حرم السلطتين التنفيذية و القضائية من كل حرية في ممارسة أعمالهم و بذلك كان اختصاص الإدارة و القضاء هو اختصاص مقيد إلى حد كبير، فالإدارة آنذاك كانت ترفض رقابة القضاء عليها بعد الثورة كما أنه بموجب قانون 16-24 أوت 1790 الخاص بالتنظيم القضائي الجديد منع القضاء من التصدي لأعمال الإدارة مما أدى إلى ظهور نظام الإدارة القضائية. ثم تأكد في صدر هذه الحقبة لرجال الثورة الفرنسية ضرورة ترك حرية للسلطة التنفيذية، و من جهة أخرى

Jacqueline Morand- Deviller , op-cit, P 277¹

« La question du pouvoir discrétionnaire de l'administration est l'une des questions les plus importantes du droit administratif dans tous les pays du monde à l'heure actuelle »

وجدت الإدارة نفسها أنه من الضروري حصولها على شيء من الإستقلال في مواجهة القانون و أن تطالب بإصدارها قرارات تقديرية ثم اتجه التفكير خوفا من تحرر الإدارة من كل رقابة إلى إيجاد قضاء خاص للإدارة، ثم أنشئ مجلس الدولة في السنة الثانية من الجمهورية الفرنسية الأولى و كانت وظيفته استشارية لدى رئيس الدولة و كان الأخير هو الذي يستأثر بسلطة القضاء و هي مرحلة القضاء المحجوز و بصدر قانون 24 ماي 1872 نص على اختصاص مجلس الدولة المفوض و سلطة القضاء البات¹ ثم أخذ مجلس الدولة يوسع رقابته على أعمال الإدارة باستمرار ثم نشأت طائفة قرارات الإدارة البحتة ثم تطور مفهوم هذه الأخيرة نتيجة ابتداء مجلس الدولة قضاء الشرعية لتجاوز السلطة و قبوله طعون الأفراد في هذه القرارات إلى مفهوم القرارات التقديرية التي لا تقبل الطعن إلا لعيب الإختصاص و الشكل فقط دون العيوب الأخرى لكن عدل مجلس الدولة بعدها عن فكرة الأعمال التقديرية في قراره المشهور بتاريخ 31-03-1902 الذي أثبت خطأ فكرة الأعمال التقديرية و اعتمد ما يسمى بالسلطة التقديرية التي يكون مضمونها تقدير ملاءمة إصدار القرارات التي تدخل في اختصاص الإدارة كما علق على ذلك الفقيه هوريو.

هذا التعريج التاريخي الموجز يرسم لنا منحى عن السلطة التقديرية للإدارة.²

فالسلطة التقديرية هي أن يترك القانون للإدارة هامشا من الحرية للتصرف وفق ما تراه مناسبا، و تتحقق السلطة التقديرية للإدارة عند تواجد ظروف واقعية تمنح الإدارة حرية في اتخاذ قرار أو آخر على الخيار³ دون أن يضبط لها المشرع تصرفها مسبقا و على هذا الأساس تكون السلطة التقديرية متمثلة في المكنة القانونية التي تمنح صاحب الإختصاص حرية تقدير ممارسة اختصاصه إذا توافرت لذلك الشروط القانونية.

¹ عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998 ، ص 58 .

أنظر أيضا : ناصر لباد ، الوجيز في القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، لباد ، سطيف ، 2007 ، ص 25 .

² عبد العالي حاحة ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2003-2004، ص 10.

³ Martine Lombard, Gilles Dumont , Droit administratif , 7^e Edition ,Daloz, Paris ,2007, P.73.

و المعنى الواسع للسلطة التقديرية للإدارة هي تمتعها بحرية ما عند ممارسة اختصاصاتها الممنوحة لها قانونا مما يمنحها وفق هذه السلطة حرية تقدير اتخاذ التصرف أو تركه أو اتخاذه على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف أو السبب الملائم له أو في تحديد محله.

و السلطة التقديرية هي عملية ترتبط أساساً بتطبيق القواعد القانونية و تتصل بالدرجة الأولى بموقف المشرع عند سن القواعد القانونية الذي قد يصوغها جامدة فلا يملك أحد سلطة تقديرية في تطبيقها و قد تكون صياغتها مرنة بحيث تنطبق على الحالات الخاصة وفقاً للسلطة التقديرية لمن يتولى هذا التطبيق.

ومنتهى إستناد الإدارة في ممارسة السلطة التقديرية الى صياغة النصوص القانونية المنظمة لاختصاصات الإدارة وموقف المشرع منها، أن تكون هذه السلطة التقديرية سلطة قانونية، و ليست تماماً سلطة تحكمية أو تعسفية أو مطلقة، بل إنها سلطة قانونية تتم في إطار القانون الذي يضبط كل النشاط الإداري وحدوده. وعليه فإن السلطة سواء كانت تقديرية أو مقيدة ما هي إلا وسيلة لوضع القانون موضع التنفيذ على أكمل وجه تبعاً للظروف. ومن هنا يتأكد الإعتقاد أن فكرتي الشرعية والملاءمة ليسا طرفي نقيض بل إنهما على خط واحد. فالحديث عن الملاءمة يقتضي توافر الشرعية ابتداءً.¹

وعموماً يستقر الفقه على أن السلطة التقديرية تتجلى في حالة ترك المشرع قدراً من حرية التصرف للإدارة. فهي حرية التصرف التي تتمتع بها الإدارة العامة في ممارسة اختصاصاتها القانونية، فلها حرية اتخاذ القرار أو العمل القانوني الذي تراه مناسباً، إذا توافرت الشروط القانونية اللازمة لإصداره.²

بل حتى إنه في القرارات ذات السلطة جد المقيدة بنص القانون تحتفظ الإدارة بحد أدنى من السلطة التقديرية و هو ما يسمى بشرط اختيار الوقت « Le choix du moment »

¹ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص15

² لندة يشوي، "السلطة التقديرية و مفهوم الملائمة كإمتياز من امتيازات الإدارة"، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 34، العدد 02 ، الكويت ، يونيو 2010، ص 293.

فتبقى حرة في التقدير حسب ضرورات نشاطها عندما تتخذ قرارها في الحدود المعقولة التي أحيانا يحددها القانون.

ويرى الأستاذان بروسبير فيل و دومينيك بويو أن سلطة الإدارة هي في النهاية مقيدة لأنه لا يوجد حالة سلطة تقديرية للإدارة بشكل تام حتى في حال تمتعها بسلطة واسعة في التقدير كما في حال الترقية على أساس الإختيار للموظف أو إبعاد أجنب، فهي دائما مقيدة بحد أدنى بقواعد الإختصاص و الإجراءات وضرورة احترام التعليمات والنظم العليا والزامية أن يكون عمل الإدارة في إطار المصلحة العامة¹ وأن لا يكون قرارها مؤسسا على وقائع غير موجودة ماديا. و عليه فإن أغلب القرارات الإدارية تتضمن في جزء منها سلطة تقديرية و في جزء آخر سلطة مقيدة و بالنتيجة فإن نشاط الإدارة هو محدود في جوانب و حر في جوانب أخرى² ، أو كما يرى الأستاذ Martine Lombard ان كل القرارات الإدارية تحتوي عناصر من السلطة التقديرية و عناصر من السلطة المقيدة³

ويرى الأستاذان بروسبير فيل و دومينيك بويو أن درجة الحرية المتروك للإدارة تجد أساسها في النص الذي يمنحها السلطة المحددة و يتضمن الشروط حسب الحالة لممارستها ليخلصا أن القاضي في تفسيره للنصوص القانونية يمكنه أن يقيد سلطة الإدارة⁴ رغم أن النص يترك لها حرية تقدير واسعة كما يمكنه ان يترك للإدارة حرية التقدير رغم اختصاصها جد المقيد بموجب النص القانوني.⁵

و إن التداخل بين كلا السلطتين مهم من عدة جوانب، منها أنه يبين حدود حرية

¹ Jean Rivero, Jean Waline, op-cit, P 82.

² Prosper Weil, Dominique Pouyaud, op-cit ,P 86 .

³ Martine Lombard, op-cit , P 64

« Toute décision administrative comporte donc des éléments de pouvoir discretionnaire et des éléments de compétence liée » .

⁴ Yves Gaudemet, op-cit , P 583 .

⁵ Prosper Weil, Dominique Pouyaud, op-cit, P 87 .

الإدارة لأنه يعتبر نقطة التوازن بين الوجه الآلي للعمل الإداري*، و بين الوجه الاستبدادي في تصرفاتها*، و يحدد أيضا حقوق المواطن في تعامله مع الإدارة و أنه أخيرا يضبط حدود رقابة القاضي.

وإن ضرورة تحقيق التوازن في العمل الإداري يتحقق من هذا المزج بين سلطتين إثنيتين؛ تقديرية جد واسعة لا تقدم للمواطن أي ضمان ، و مقيدة لا يمكنها التكيف مع الظروف اليومية الخاصة والمتغيرة.¹

هذا و تجدر الإشارة الى ان مصطلح الإختصاص التقديري يختلف عن مصطلح السلطة التقديرية اذ يعني الأول مجموعة الصلاحيات المخولة لجهة الإدارة أو مجموع ما خولت الإدارة القيام به من الأعمال فهو ينصرف الى دور المشرع بصدد تحديد الإختصاصات لجهة الإدارة، في حين أن السلطة هي مباشرة الإختصاص و تنفيذه أي ترجمته الى عمل، أو هو التصرف الذي اتخذته الإدارة إعمالا لهذا الإختصاص.

إن الفقه الإداري و الفرنسي على الخصوص يستخدم المصطلحين؛ السلطة التقديرية و الإختصاص التقديري كمترادفين لهما مدلول واحد.

و يربط معظم الفقه بين السلطة التقديرية و الملاءمة، أي أن معنى السلطة التقديرية هو عدم وجود قواعد قانونية تحدد مسلك الإدارة و بالتالي فإننا بعيدون عن السلطة المقيدة و على الإدارة إذن أن تقرر وحدها أن هذا الإجراء ملائم أو غير ملائم، أي أن تزن وحدها ملاءمة قراراتها للظروف الواقعية.²

* أي التصرف النمطي الآلي للإدارة

* أي التصرف وفق هوى الإدارة بدون ضوابط محددة مسبقا

Jean Rivero, Jean Waline , op-cit ,P 82. ¹

² نفس المرجع ص 83

فإذا تمتعت الإدارة بسلطة تقديرية فمعنى ذلك أن القانون قد منحها الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يضع شروطا أو قيودا أو املاءات تكبل حريتها الأمر الذي يعطي للإدارة حرية تقدير ملاءمة اعمالها في ضوء الصالح العام.¹

و غالب الفقه الفرنسي يؤيد ما ذهب اليه الفقيه الكبير موريس هوريو منذ عام 1903 من أن السلطة التقديرية هي سلطة تقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية. و يؤكد الفقيه دي لوبادير أن فكرتي السلطة التقديرية و السلطة المقيدة تتعلقان بتقدير الملاءمة.

إن البعض يضيق من فكرة الملاءمة و يربط بينها و بين فكرة التناسب بين عنصري السبب و المحل في القرار الإداري أو بالربط بينها و بين رقابة القاضي الإداري، أي قصرها على الجوانب أو العناصر التي تفلت من رقابة القاضي الإداري بوصفه قاضي للشرعية دون الملاءمة.

و الحقيقة أن تجنب اصطلاح الملاءمة في تعريف السلطة التقديرية و استعمال بدله اصطلاحات أخرى مثل حرية الإختيار أو حرية التقدير لا يلغي أبدا أن الأمر في النهاية مرده الى تحديد الملاءمة باعتبارها الغاية المباشرة للسلطة التقديرية.

و من ظاهر الأمور أن تجنب هذا الإصطلاح راجع الى الخوف من قاعدة ان القاضي الإداري هو قاضي شرعية و ليس قاضي الملاءمة و الواقع أن هذا الخوف لم يعد له ما يبرره اذ ليس معنى انه اذا كانت للإدارة سلطة تقديرية أن تفلت هذه السلطة مباشرة من رقابة القضاء كما سنبين في الفصل الثاني لاحقا.

إن اصطلاح حرية التقدير يرتبط أساسا بالأثر المباشر المترتب عليه و هو ملاءمة القرار تحقيقا للصالح العام، زيادة على أن حق الإختيار بين القرارات التي يجوز اتخاذها لا يمكن ان ينتهي الى الإختيار العشوائي أو بحسب الهوى و إنما يجب ان يكون الإختيار و يقع على القرار الأكثر ملاءمة و تحقيقا للصالح العام أيضا.²

Yves Gaudemet , op – cit , P 579 .¹

² نفس المرجع ، ص 580

و يتفق الفقه الحديث في فرنسا و مصر على أن السلطة التقديرية تثبت للإدارة عندما لا يكون مسلكها محددًا او منصوصا عليه مقدما في القانون الذي يشمل كل القواعد التي تحكم نشاط الإدارة أيا كان مصدرها، أي كلما تخلى القانون عن تحديد و تنظيم جانب أو عنصر من عناصر قرار الإدارة أو نشاطها. و يكون اختصاص الإدارة مقيدا عندما يكون مسلكها قد تحدد مسبقا في قواعد القانون أي عندما يتولى القانون تنظيم هذا الجانب او هذه العناصر بقواعد جامدة، ملزمة و أمرية ، و بالتالي فإن المرجع في تمتع الإدارة بحرية التقدير هو القانون بمعناه الواسع ، أي بمجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك مبادئ القانون العامة التي يستنبطها القضاء بصدد ممارسة الإدارة لإختصاصاتها.

إن من أهم أسس السلطة التقديرية على الإطلاق هو استحالة وضع قواعد عامة لكافة تفاصيل الحياة الإدارية لأن المشرع و هو يسن قواعد عامة مجردة لا يمكنه البتة أن يحصر أو أن يتنبأ بجميع المواضيع التي تتعرض لها الإدارة حتى يحدد لها مسبقا المسلك الواجب عليها اتباعه أو الواجب أن تتخذه و إلا كان اختصاص السلطة الإدارية كله مقيدا تبعا لذلك و هو ما يؤدي إلى قتل روح الإبداع لدى رجل الإدارة و تخوفه من تحمل أي مسؤولية، لذلك كان لزاما ترك هامش من الحرية للإدارة بحكم احتكاكها بالحياة اليومية و ظروفها المتغيرة حتى تتمكن من تقدير الظروف و ملاءمة قراراتها وفقا لذلك في إطار مبدأ الشرعية.

و لأن المشرع لا يتصور من جانبه الإحاطة بكل الحالات و الظروف المتجددة فإن المشرع نفسه ترك للإدارة سلطة تقديرية بحكم أنها الأصلح و الأقدر في إطار الشرعية على مواجهة الظروف اليومية لما لها من الخبرة بالقدر الكافي الذي يؤهلها لذلك لإتخاذ القرار المناسب لكل حالة على حدة فالسلطات الإدارية أعلم من غيرها بخبايا و خلفيات النشاط الإداري و مقتضياته لأنها أكثر السلطات قربا من واقع الحياة الإدارية.¹

و على هذا الأساس فإن السلطة التقديرية لا تقترب أبدا من السلطة التحكيمية أو التعسفية بل إن العكس هو الصحيح، فهي سلطة قانونية تخول للإدارة فقط حق الإختيار بين قرارين أو مسلكين أو أكثر باعتباره الأكثر ملاءمة.²

¹ عبد العالي حاحة ، مرجع سابق ، ص 13

Martine Lombard, op – cit , P 64 et 74. ²

و القرار الذي تختاره الإدارة في كل الحالات حتما يكون متقفا مع الشرعية ما لم يكن القانون قد حظر هذا القرار بالذات و بالتالي فلا يكون هذا الإختيار للقرار المحظور من أسباب عدم شرعية هذا القرار.¹

كما ان مباشرة السلطة التقديرية يجب ألا تنتهي الى ارتكاب مخالفة للشرعية ، مما يؤكد بجلاء توافق السلطة التقديرية مع مبدأ الشرعية دون تناقض أو تنافي مع التأكيد أن عناصر الشرعية هنا لا تتوقف عند قواعد القانون المكتوبة بل تمتد الى ما يكشف عنه القضاء من مبادئ عامة للقانون.²

الفرع الثاني

أهمية التفرقة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية و معاييرها

إن التمييز بين السلطة التقديرية و السلطة المقيدة للإدارة لها فائدة بالغة الأهمية إذ على أساسها تتحدد شروط الرقابة القضائية على أعمال الإدارة.

إن رجل الإدارة في مجال السلطة التقديرية عند اختياره للإجراء أو العمل الإداري الممارس الملائم الذي يتكيف مع الواقعة، لا يمكن اعتبار اختياره مصدرا لعدم الشرعية و بالتالي رقابة القاضي الإداري لا يمكن أن تمارس على هذا القرار إلا بحد أدنى ، ويكون العكس في السلطة المقيدة، أي سيتسم القرار بعدم الشرعية إذا لم يكن هو ذاته المقرر قانونا.³

كما تبرز أهمية التفرقة عندما يكون اختصاص الإدارة مقيدا فعلا أن عمل الإدارة سيكون قانونيا و صحيحا في الغالب عكس عملها في السلطة التقديرية الذي يكون قابلا للإبطال.

¹Martine Lombard, Gilles Dumont, op- cit , P.73.

² سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 23

Jean Rivero, Jean Waline, Op – cit , P 83

أنظر ايضا :

³ Martine Lombard, op- cit , P 433.

و إن التفرقة بين مفهومي السلطتين التقديرية و المقيدة لا يرجع فيه الى أي من عناصر العمل الإداري بل يعتمد فقط على عنصر المحل و تحديدا مدى توافق هذا المحل ؛ محل القرار مع الأسباب أو الظروف الواقعية.

في النهاية نقول أن هناك سلطة تقديرية في كل مرة تتصرف فيها سلطة ما بحرية ، دون أن يكون تصرفها محدد لها مسبقا عن طريق قاعدة قانونية و فقا للتعريف الذي أورده الأستاذ ميشو.¹

و نظرا لأهمية هذه التفرقة ظهرت عدة معايير حاول الفقه من خلالها أن يبين لنا كيف نعرف أن عملا إداريا معيناً يدخل ضمن خانة السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة للإدارة رغم أن تحديد مفهوم هاتين السلطتين يرتبط أساسا بمدى تقدير الملاءمة للإجراء الذي ستقبل عليه الإدارة ، و من هذه المعايير ما يلي:

أولا/ معيار مدى الرقابة القضائية:

يرى جانب من الفقه أنه إذا مارس القضاء رقابته على العمل الإداري كانت صلاحية الإدارة مقيدة لكن اذا انعدمت الرقابة كانت صلاحية الإدارة تقديرية لذلك يرى بعض الفقه و منهم الأستاذ دويز إن فكرة السلطة التقديرية تتناقض مع فكرة الشرعية أي أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في الحالات التي يتعذر فيها أعمال مبدأ الشرعية.

و يقول الأستاذ Lodovici ينبغي لتعيين الحدود الحقيقية لحرية النشاط الإداري، معرفة حدود الرقابة القضائية، فلا تبدأ السلطة التقديرية للإدارة إلا حيث تقف الرقابة القضائية، لهذا يقابل اتساع مجال الرقابة القضائية على الجانب الآخر تضيق مجال السلطة التقديرية و تحديد لنطاقها.

إن هذا المعيار انسجم مع مرحلة سابقة للإجتهد القضائي الفرنسي الذي استبعد ما يعرف بالأعمال التقديرية من الرقابة لكنه عدل عنه لاحقا.

¹ لندة لشوي، مرجع سابق ، ص296- 297.

أنظر أيضا: عبد العالي حاحة ، مرجع سابق ص 17

ثانيا/ معيار مدى الزامية القواعد القانونية:

أي التمييز بين الأحكام الحاسمة القاطعة و بين الأحكام الجوازية كأساس للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد. ذلك أن النصوص القانونية تتوجه بالخطاب أحيانا بصيغة الوجوب أو الأمر و أحيانا أخرى بصيغة الجواز، لذلك فإنه يجب التمييز بين القواعد الحاسمة الأمرة و القواعد الجوازية لتحديد ما إذا كانت الجهات العليا تمنح الجهات الأدنى سلطة تقديرية أم لا.

و القواعد القاطعة هي التي لا تترك لمن يخضع لأحكامها أي حرية في تحديد المسلك الذي يجب اتباعه و منه فلا تنطوي الجوانب التي لا تنظمها على أهمية كبيرة و تبقى متروكة لمحض تقدير المخاطب بأحكامها. و المقصود بالقواعد الجوازية تلك القواعد التي تترك لمن يخضع لأحكامها حرية الإختيار بين عدة بدائل و يعد كل عمل منها من أعمال الدولة.

و لأن التفرقة بين القواعد الوجوبية و الجوازية واسعة و فضفاضة يصعب تحديدها بشكل دقيق استعان أنصار هذا الرأي بركن الغاية محاولة منهم لضبط هذا المعيار. فنكون وفقا لذلك أمام اختصاص مقيد إذا كان الغرض محددًا في القاعدة بشكل صريح أو ضمني، بحيث لا يملك صاحب الإختصاص إلا تبني الحل الذي يحقق ذلك الهدف المحدد و المفروض قانونا، و تكون الصلاحية تقديرية إذا لم يكن الغرض محددًا في القاعدة بحيث يكون صاحب الإختصاص حرا في اختيار غرض من الأغراض التي يجب عليه الإنتهاء إليها.

إن ركن الغاية ثابت في جميع الأعمال الإدارية القانونية و يستهدف المصلحة العامة في السلطتين التقديرية و المقيدة إلا إذا حدد المشرع غاية مخصصة بعينها، و هنا لا يسعف ركن الغاية و لا يفيد في تحديد المعيار المذكور أعلاه و ضبطه.

ثالثا/ معيار مدى عمومية القاعدة القانونية و تجريدها:

اعتنق جانب من الفقه تحليل المدرسة النمساوية لتدرج القواعد القانونية مستخلصا معيارا للتفرقة بين السلطة التقديرية و السلطة المقيدة. والقواعد القانونية تتدرج من العموم الى الخصوص. فكل قاعدة قانونية تعد تنفيذا لقاعدة قانونية أعلى منها و إنشاء و إحداث لقاعدة أدنى. و بذلك تكون القاعدة القانونية الواحدة تنفيذا و إحداثا لقاعدة قانونية أخرى. و على هذا الأساس فإن

اختصاص رجل الإدارة يكون تقديريا بقدر ما أضافه في قراره من العناصر إلى القاعدة التي استمد منها اختصاصه.

و يكون اختصاصه مقيدا اذا اقتصر قراره على التنفيذ الحرفي أو بشكل آلي للقاعدة التي استمد منها اختصاصه دون اضافة عناصر جديدة اليها. و يبني على ذلك أنه كلما كانت القاعدة القانونية أكثر عمومية و تجريدا نعاين توسع نطاق سلطة رجل الإدارة التقديرية بسبب ما يتطلبه تطبيق القاعدة القانونية من تخصيص، لذلك تظهر السلطة التقديرية أساسا في القدرة على تخصيص القاعدة القانونية. و بالعكس يكون الإختصاص مقيدا إذا كانت القاعدة أقل عمومية و أقل تجريدا بحيث لا تحتمل عند تطبيقها و لا تستجيب لأي تخصيص و لا تستوجب إلا التنفيذ المادي دون ادخال أي عنصر جديد لتخصيصها.

رابعا/ معيار مدى كفاية تحديد النظام القانوني:

إن مصدر السلطة التقديرية يظهر أساسا في عدم التحديد الصارم و الإجباري و الكامل للنشاط. فلا وجود للسلطة التقديرية اذا كانت القواعد القانونية لم تحدد بصفة كلية ما يتعين على صاحب الإختصاص عمله ، فيمارس هذا الأخير جانبا من الحرية، فهو الذي يحدد في كل عمل من أعماله ماهية النشاط الإداري فيصبح النشاط الإداري هو ما يمكن عمله في إطار القواعد القانونية و نطاقها التي لا تتصف بطابع الزامي.

و بناء على ذلك فان مصدر السلطة التقديرية هو عدم كمال تحديد النظام القانوني و كفايته أي عدم تحديد النظام القانوني، فذلك هو مصدر السلطة التقديرية. فكلما ازدادت و ارتفعت درجة الزامية النظام القانوني قل و ضاق نطاق السلطة التقديرية و كلما قلت و انخفضت درجة الإلزامية اتسع نطاق السلطة التقديرية. و يعطي أنصار هذا المعيار بعض المفاهيم غير المحددة التي تشكل مصدرا للسلطة التقديرية منها السبب الجسيم و مقتضيات الدفاع الوطني و الأخلاق الحميدة و النظام العام و حسن النية.

إن غياب التحديد القانوني الدقيق كمعيار للتفرقة بين نوعي السلطتين يعتمد على القواعد التشريعية و الحقيقة انه لا يجوز الإعتماد على الأحكام التشريعية وحدها في مصدر التحديد و الإكتفاء بها للحكم على صلاحية الإدارة فيما اذا كانت تقديرية او مقيدة بل ان مصدر التحديد يتمثل في القواعد التشريعية و القواعد القضائية أيضا ما دام أن كلاها مصدر

يكمل كل منهما الآخر في القانون الإداري، باعتباره قانونا قضائيا استمد معظم نظرياته من مصادر قضائية.

فقد يتدخل القضاء الإداري في كثير من الأحيان لإضافة عناصر مكملة للنصوص التشريعية لأجل تقييد صلاحية الإدارة، و عليه يتمثل معيار التفرقة بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد في تخلف التحديد في النظام القانوني المكون من النصوص التشريعية القواعد القضائية.

خامسا/ معيار مدى ذكر الأسباب في القرار الإداري:

حاول جانب من الفقه الإعتماد على الإجتهد القضائي لإستخلاص معيار للتمييز بين السلطة التقديرية و الإختصاص المقيد. و عليه فوجود السلطة التقديرية يتبع الإعلان القانوني لأسباب القرار فتكون صلاحية الإدارة تقديرية اذا لم تعلن القوانين و الأنظمة مسبقا الأسباب القانونية و الواقعية بشكل كلي أو اذا حددتها بصورة عامة. فغياب الإعلان الكلي لأسباب القرار أو الإعلان العام يتبعه و يستلزم وجود نوع من حرية تقدير قيمة الأسباب و ملاءمة القرار .

ويكون الإختصاص مقيدا اذا حدد القانون أسباب القرار الإداري و هنا يختفي التقدير الحر لقيمة أسباب القرار و للقرار الإداري نفسه و عليه تكون الإدارة ملزمة بالتصرف أو الإمتناع أو التصرف بشكل معين أو اتخاذ قرار إداري معين أو عدم اتخاذه أو اتخاذه على نحو معين و بمضمون محدد.¹

المطلب الثاني

رقابة الشرعية

¹ علي خطار شطناوي ، "الضوابط الجزائية الواردة على صلاحية الادارة التقديرية ،مجلة الحقوق الكويتية، السنة 26 ، العدد 01، الكويت ، مارس 2002،ص 137.

أنظر أيضا :

إن السلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية. فرجل الإدارة عند مباشرته لسلطته التقديرية في تطبيق القانون فهو لا يستمد هذه السلطة من ذاته لكنه يستمدّها من القاعدة القانونية المرنة التي يعمل على تطبيقها.

إن السلطة التقديرية تظهر بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية كما تتم مباشرتها في حدود هذه القاعدة . و عليه فإن مباشرة هذه السلطة تخضع دائما لمبدأ الشرعية و سيادة القانون.

إن خرق مبدأ الشرعية من طرف الإدارة يفرض تدخل القاضي الإداري، و هو حامي الشرعية.

وتدخل القاضي يجب أن لا يخل بمبدأ الفصل بين السلطات و هو ما نتناوله في الفرع الأول كما أن فكرة عدم جواز الرقابة في السلطة التقديرية و هو ما نتناوله في الفرع الثاني لعبت دورا لا بأس به قبل أن يتراجع عنها مجلس الدولة الفرنسي لصالح بسط رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة فيما بعد.

الفرع الأول

السلطة التقديرية و مبدأ الفصل بين السلطات و الهيئات

ساد الاعتقاد جازما ، منذ نشأة القضاء الإداري المستقل في فرنسا أن القاضي الإداري هو قاضي شرعية، بمعنى أن الإدارة إذا تصرفت في حدود الضوابط القانونية المفروضة عليها في التشريع فإن تصرفها لا يحده قيد آخر سوى أن يتفق غرضها من هذا التصرف مع المصلحة العامة وفقا للفلسفة العامة السائدة في الدولة.

و على هذا الأساس لا يملك القاضي الإداري اذا رفعت أمامه منازعة إدارية بشأن هذا التصرف إلا أن يقضي بصحته قانونا، فلا يجوز له أن يتصدى الى رقابة ملاءمة التصرف الإداري ما دام متفقا مع القانون و إلا اعتبر القاضي الإداري بذلك مهذرا و مخالفا لأحد المبادئ الدستورية الثابتة المسلمة التي تقوم عليها دولة القانون ألا و هو مبدأ الفصل بين السلطات و ذلك في الدول التي يستقل فيها القضاء الإداري باعتباره جزءا من السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية كما هو الحال في الجزائر.¹ أما عندما يكون القضاء الإداري جزءا من

¹ المادة 156 و 161 و 171 و 172 من دستور 2016-03-06

السلطة التنفيذية كما هو الحال عليه في فرنسا فالمسألة تتحول الى مبدأ الفصل بين الهيئات أي بين جهتي الإدارة و القضاء.¹

و اذا كان مبدأ الفصل بين السلطات هو من مظاهر الدولة الحديثة غير ان الرقابة على ملاءمة الكثير من القرارات الإدارية أمر أثار المخاوف لدى معظم الفقه في فرنسا لما تشتمل عليه هذه الرقابة من خطر الإعتداء على استقلال الإدارة و السطو على اختصاصاتها على نحو يرجع الفقه الفرنسي بالذاكرة الى ما كان يجري عليه العمل قبل الثورة الفرنسية عام 1789 حيث بلغ تعسف القضاء ضد الإدارة ذروته.

و من ثمة نتج رد الفعل العنيف بعد الثورة هو حرمان القضاء من أي نوع من التعرض للإدارة أو لأعمالها و في هذه الفترة ظهرت نظريتا أعمال الإدارة البحتة ثم الأعمال التقديرية و بمقتضاهما كانت الإدارة تغلت تماما من الرقابة القضائية من خلال هذه الأعمال ما استدعى معه القضاء و الفقه و لفترة طويلة من الزمن الى بذل الجهود الكبيرة لإعادة هذه الأعمال الى حظيرة الشرعية بتقرير نظرية السلطة التقديرية كقانونية لا تعارض مبدأ الشرعية و إنما تؤكد على أساس انها سلطة مقيدة و ليست سلطة تحكمية أو تسلطية لذلك يشير جانب من الفقه الفرنسي ان نظرية السلطة التقديرية في صورتها الراهنة انما تمثل البقية الباقية من فكرة الأعمال التقديرية و أثر من آثارها.

و على هذا الأساس فإنه لفترة طويلة من الزمن استقرت مختلف النظم القانونية على ان صلاحية القضاء في مجال الرقابة على أعمال الإدارة هي التحقق من احترام السلطات الإدارية لمبدأ الشرعية و أن هذه المهمة تقف عند حد معين هو العمل على تطبيق أحكام القانون الذي يرسم للإدارة الطري الواجب اتباعه ، دون تجاوز ذلك الى تقدير ملاءمتها التي تركها القانون لحرية تقديرها، و إلا خرج دور القضاء من نطاق رقابة الشرعية التي تضبط ولايته و اختصاصاته الى الحل محل جهة الإدارة في تقدير ماهي أقر على تقديره بحكم اختصاصها الممنوح لها ثم تخصصها و مراسها و خبرتها بالأمر الإدارية.

أنظر أيضا : عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية الإطار النظري للمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، القسم الأول ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 م ، ص17.

¹ سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 108.

ان مبدأ الفصل بين السلطات اذن يفرض حرية الادارة و استقلالها من رقابة القضاء في اتخاذ قراراتها ماعدا ما تفرضه احكام الرقابة السلمية أو الوصائية، و ان مبدأ الفصل بين السلطات مبدأ دستوري لا يمكن خرقه و ان تدخل القاضي الإداري يقف عند حدود رقابة الشرعية بعناصره و مقتضياته القانونية.

الفرع الثاني

فكرة عدم جواز رقابة في السلطة التقديرية

إن تصرف الإدارة عند اختيارها للإجراء أو العمل الإداري الممارس إعمالاً لسلطتها التقديرية ، لا يمكن اعتبار اختيارها مصدراً لعدم الشرعية طالما أنه من بين الاختيارات المتاحة الممكنة و بالتالي رقابة القاضي الإداري لا يمكن أن تمارس على هذا القرار. لكن العكس في السلطة المقيدة سيتم القرار بعدم الشرعية إذا لم يكن هو ذاته المقرر قانوناً.

ان القاضي الإداري قاضي شرعية لا يجوز له التدخل في اعمال السلطة التقديرية للإدارة و اذا تدخل ببسط رقبته عليها فانه نصب نفسه بذلك سلطة رئاسية للإدارة و هذا لا يجوز وفق مبدأ الفصل بين السلطات ، لذلك كان القاضي الإداري يبحث دائماً في الحدود الفاصلة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة و كانت رقبته في السلطة المقيدة هي رقابة حد أدنى من خلال رقابة مدى احترام الإدارة للنص الذي يلزمها بالتصرف على نحو معين و لا يمكنه الولوج الى محتوى التصرف الإداري و فحواه و بذلك فإن النص التشريعي هو الفاصل بين حدود السلطتين.

و حقيقة الأمر أن مبررات مبدأ أن القاضي الإداري قاضي شرعية و ليس قاضياً للملائمة تقوم أساساً على طبيعة العمل الإداري و مقتضياته فالقاضي لا يستطيع ان يمد رقبته الى الجانب التقديري من نشاط الإدارة.¹

و ان الفقه الفرنسي قد بذل أقصى الجهد في سبيل انكار وجود رقابة قضائية على ملائمة القرارات الإدارية و بسط الرقابة على هذه القرارات فقط وفقاً لحدود الشرعية و مقتضياتها بعيداً عن إطار الملائمة باعتبار أن الملائمة مسألة تتصل بالإدارة الجيدة أو الإدارة السيئة فهي مسألة واقع تدخل في إطار الإدارة بمعناها الفني و ليس القانوني، أي أنها

¹ Yves Gaudemet , op-cit , P 581 et 582 .

من مسائل الفن الإداري و ليس القانون الإداري و هي بذلك تختص بها الإدارة وحدها بأن تحدد دون غيرها مدى ملائمة تصرفاتها.

و على ذلك ذهب القضاء المصري في البداية على غرار القضاء الفرنسي الى انه ليس من حق القضاء الإداري ان يستأنف النظر بالموازنة و الترجيح فيما قام لدى جهة الإدارة من اعتبارات قدرت على مقتضاها ملائمة اصدار القرار، ما دام هذا التقدير قد استخلص استخلاصا سائعا من الوقائع الثابتة في الأوراق، و إلا كان ذلك مصادرة للإدارة في تقديرها، و غلا ليدها في مباشرة وظيفتها في الحدود الطبيعية التي تقتضيها هذه الوظيفة، و ما تستلزمه من حرية في وزن مناسبات القرارات التي تصدرها و تقدير ملائمة اصدارها.

كما ذهب الى انه في غير الأحوال التي تقيد فيها سلطة الإدارة التقديرية بنص في قانون أو لائحة أو بمقتضى قاعدة تنظيمية عامة التزمته، يصبح التقدير من اطلاقات الجهة الإدارية تترخص فيه بمحض اختيارها، فتستقل بوزن ملاسبات قرارها و بتقدير ملائمة او عدم ملائمة اصداره، بما لا معقب عليها في هذا الشأن من طرف القضاء الإداري، ما دام لم يثبت ان قرارها ينطوي على اساءة استعمال السلطة.

و ان ما يذهب اليه البعض من ان تقدير الملائمة يجب ان يقوم على اسباب معقولة، و ان هذه الأسباب تخضع لرقابة المحكمة حتى تتبين ان جهة الإدارة لم تتجاوز حدود السلطة التقديرية، يهدم استقلالها في تقدير مناسبات الأمر الإداري و ملائمة اصداره.

هذا وإن الفقيه جيز يؤكد في السياق ذاته ان الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ترد فقط على جوانب الشرعية دون جوانب الملائمة التي تستقل الإدارة بتقديرها بغير معقب، فالقاضي الإداري قاضي للشرعية فقط دون الملائمة لأنه غير مسؤول و لا يعد رئيسا إداريا، و مهما كانت كفاءاته الإدارية فانه لن يستطيع ان يقدر جميع أوجه ملائمة القرار أو أن يحيط بكافة الظروف التي صدر فيها القرار، لأنه عادة ما يكون بعيدا عن هذه الظروف و تنحصر معلوماته في حدود ملف الدعوى التي ينظرها، كما انه يصدر حكمه بعد مضي زمن طويل فليس من عادته سرعة التصرف التي يتطلبها سير المرافق العامة سيرا حسنا.

و هذه الإعتبارات هي التي أدت إلى فصل الإدارة القاضية عن الإدارة العامة في فرنسا فالقاضي ليس إداريا ، و مع ذلك فللقاضي الإداري سلطة تقرير قواعد قانونية من خلال سلطته في التفسير لإرادة المشرع الصريحة و الضمنية.¹

ان هذا المفهوم لتحديد دور القاضي الإداري و حصره في نطاق رقابة شرعية العمل الإداري دون ملاءمته، لم يعمر طويلا مع تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة سيما اذا خرج العمل الإداري بشكل صارخ على مبادئ العدالة و القانون و روحه، ما دفع القضاء الإداري - كما سنرى في الفصل الثاني - الى الرقابة على ملائمة كثير من القرارات الإدارية و ذلك بإدخال مسألة ملائمة هذه القرارات في حظيرة الشرعية، ومن ثمة محاولة توفير السند القانوني للقضاء لتبرير اقتحامه منطقة الملائمة في هذه القرارات إعلاء للشرعية و سيادة القانون و هو الأمر الذي يؤدي الى تحريك أو إزاحة الحدود الفاصلة بين الاختصاص المقيد للإدارة و السلطة التقديرية لها و ذلك بتوسيع نطاق الأول على حساب الثانية.²

المبحث الثاني

التنسيق ما بين السلطة التقديرية و السلطة المقيدة

إن اختلاف المفهوم بين كل من السلطتين ؛ التقديرية و المقيدة لا يعني ان تلغي إحداها الأخرى فنجد كلاهما في نفس القرار الإداري بنسب و مساحات متفاوتة فهما يكملان بعضهما البعض لذلك نتناول في المطلب الأول نطاق كل من السلطتين التقديرية و المقيدة في العمل الإداري و في المطلب الثاني طبيعة العلاقة بين هاتين السلطتين.

المطلب الأول

تلاقي السلطتين التقديرية و المقيدة في العمل الإداري

¹ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص113.

² نفس المرجع، ص111.

أنظر أيضا :

عندما تكون السلطة الإدارية بصدد القيام بتصرف معين تخرجه في شكل قرار إداري يندرج ضمن سلطتها التقديرية التي خولها لها النص القانوني فهذا لا ينفي تماما أن هذه السلطة التي تمارسها الإدارة تقديرية مطلقة، بل إنه لتحقيق التوازن في التصرف الإداري يجب أن يتداخل معه حد من السلطة المقيدة حتى و لو كان ضئيلا و العكس صحيح عندما تصدر السلطة الإدارية قرارا في نطاق سلطتها المقيدة فإنه يشتمل على حد و لو يسير من السلطة التقديرية، إننا بذلك نجد في السلطة المقيدة هامشا من السلطة التقديرية و نجد بالمقابل في السلطة التقديرية مقادارا من السلطة المقيدة.

الفرع الأول

هامش السلطة التقديرية في الاختصاص المقيد

عندما يفرض النص التشريعي على الإدارة وفقا للاختصاص المقيد التصرف على نحو معين فإنه بذلك ضبط سلطتها لكن ذلك لا يعني أن الإدارة انعدمت سلطتها التقديرية بل ان هناك دوما حد أدنى من السلطة التقديرية في الأعمال الإدارية ذات السلطة المقيدة ذاتها و لو كانت حتى في أجل قانوني كأجل تسجيل الأحكام القضائية لدى مصالح الطابع و التسجيل بإدارة الضرائب فلإدارة أن تسجل الحكم في اليوم الأخير من الأجل

الممنوح لها أي آخر يوم ينتهي عنده الأجل.¹

هذا و لا يمكن الجزم، كما سبقت الإشارة إليه أعلاه ، ان التصرفات الإدارية ذات الإختصاص المقيد تخلو تماما من عناصر السلطة التقديرية.²

بل بالعكس فان الأخيرة تزامنها في كل الأعمال الإدارية فالمسألة تتعلق بتوازن يجب تحقيقه بين مفهومين متناقضين، بل ان غاية الأعمال الإدارية هو هذا التوازن حيث لا

¹ Prosper Weil, Dominique Pouyaud, op-cit , P 87 .

Jean Rivero. Jean Waline, op- cit , P 82.

أنظر أيضا:

Jean – Claude Ricci , Droit administratif , 3^e édition , Hachette , P 18.²

تعسف من جانب الإدارة يؤدي الى اهدار الحقوق و الحريات العامة للأفراد وفقا لسلطة الإدارة التقديرية و لا حجر أو قيد على الإدارة يعدم ابتكارها و يشل حركتها مما يدفع بالمصلحة الى الخطر.

هذا وإن القاضي عند تفسيره لنصوص القانون يمكنه أن يقيد سلطة الإدارة رغم أن النص يفسح لها حرية تقدير واسعة كما يمكنه ان يترك للإدارة حرية التقدير رغم اختصاصها المقيد جدا وفقا للنص القانوني.

الفرع الثاني

تواجد السلطة المقيدة في السلطة التقديرية

إن حرية الإدارة في التصرف في ظل عدم وجود النص لا يعني تماما ان عملها خال من أي سلطة مقيدة بل إن كل الأعمال الإدارية هي مزيج بين السلطة التقديرية و السلطة المقيدة فإذا تصرفت الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية فإن عملها هذا يحتوي أيضا على قدر و لو كان أدنى من السلطة المقيدة و أدنى قدر من السلطة المقيدة هي احترام الإدارة لمبادئ القانون العامة و استهدافها للمصلحة العامة.

إن سلطة الإدارة و لو كانت حرة فإنه لا محالة تتراحمها في نفس القرار سلطة مقيدة لأنه لا يوجد حالة سلطة تقديرية للإدارة بشكل تام حتى في حال تمتعها بسلطة واسعة في التقدير كما في حال الترقية على أساس الإختيار للموظف ، فإننا دائما نجد عناصر التقييد و لو بحد أدنى من ضرورة احترام التعليمات والزامية أن يكون عمل الإدارة في إطار المصلحة العامة وأن لا يكون قرارها مؤسسا على وقائع غير موجودة ماديا. و عليه فإن أغلب القرارات الإدارية تتضمن في جزء منها سلطة تقديرية و في جزء آخر سلطة مقيدة و بالنتيجة فإن نشاط الإدارة هو محدود في جوانب و حر في جوانب أخرى ، أي ان كل القرارات الإدارية تتضمن عناصر من السلطة التقديرية من جهة و عناصر من السلطة المقيدة من جهة أخرى.

إنها ضرورة التوازن الذي يجب أن يتحقق في القرار الإداري عن طريق هذا المزج بين سلطتين إثنين؛ سلطة تقديرية جد واسعة لا تقدم للمواطن أي ضمان بل قد تتعسف في مواجهته ، وأخرى مقيدة لا يمكنها التكيف مع الظروف اليومية الخاصة والمتغيرة.

المطلب الثاني

طبيعة العلاقة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية

إذا كان من الممكن تواجد كلا السلطتين التقديرية و المقيدة في نفس العمل الإداري الذي تصدره السلطة الإدارية في شكل قرار و ذلك لتحقيق التوازن المشار إليه أعلاه فإن القرار في النهاية يوصف بأنه من فئة القرارات التي تندرج ضمن السلطة التقديرية للإدارة إذا كان القانون يخول لها هذه السلطة رغم مزاحمة السلطة المقيدة بحد أدنى للسلطة التقديرية الغالبة و العكس صحيح فيوصف القرار بأنه من فئة القرارات التي تندرج ضمن السلطة المقيدة للإدارة إذا كان القانون يخول لها هذه السلطة رغم مزاحمة السلطة التقديرية بحد ضئيل للسلطة المقيدة الغالبة، و إذا كان الأمر كذلك بتداخل السلطتين في نفس القرار فهذا يقودنا إلى بحث طبيعة العلاقة بينهما.¹

الفرع الأول

علاقة التوافق و الإنسجام بين السلطتين

إن السلطة التقديرية لا تتنافى مع السلطة المقيدة و العكس كذلك فرغم أنهما مفهومان متعارضان لكنهما في الوقت ذاته متكاملان و يمكن تواجد كلاهما في نفس القرار الإداري و لا تلغي إحداهما الأخرى.

فنزاع الملكية من أجل المنفعة العامة إبتداء من قرار الإعلان أو التصريح بالمنفعة العامة و فتح التحقيق فيها إلى غاية قرار منح التعويض العيني أو بمقابل (التعويض المالي) هو من أعمال السلطة المقيدة لكن القرار الأخير ينطوي على سلطة تقديرية للإدارة يمكنها أن تعرض على المنزوع ملكيته العقارية إما التعويض العيني إن كان للإدارة أوعية عقارية مناسبة أو أن تعرض عليه التعويض بمقابل و هو التعويض المالي.

¹ Prosper Weil, Dominique Pouyaud, op-cit , P 87 .

كما أن رئيس البلدية لا يمكنه أن يمنح بطاقة الإقامة الخاصة بالملفات الإدارية إلا للشخص المقيم في ذات البلدية و هو إختصاص مقيد حقيقة لكن وزارة الداخلية و الجماعات المحلية ترخص له، تفسيراً للنص، أن يقبل إثباتاً لذلك أي دليل آخر بعبارة " أو أي إثبات آخر " و هو سلطة تقديرية ممنوحة لرئيس البلدية في هذا المجال، فالنص و المنشور جمعا بين السلطتين المقيدة و التقديرية معا في نفس التصرف الإداري و هو بطاقة الإقامة¹

إن هذا الجمع بين كل من السلطتين في نفس التصرف لم يترتب عليه أي إختلاف أو عدم إنسجام بينهما بل أنه حل كثير من الإشكالات الواقعية التي نتجت عن حالات صعبة الحل في واقع الحياة الإدارية اليومية من جهة، و حقق التوافق و الإنسجام بين السلطتين من جهة ثانية.

الفرع الثاني

علاقة الاتساع و الضيق بين السلطتين

إن العلاقة بين السلطتين في الأعمال الإدارية ذات الإختصاص المقيد هي علاقة مساحة أو نطاق يتسع فيها مجال السلطة المقيدة و يضيق فيها مجال السلطة التقديرية داخل نفس القرار الإداري الواحد فوجود إحدهما لا ينفي وجود الأخرى، لكن نقول أن الإدارة تصرفت وفق نظام السلطة المقيدة تبعا لخضوعها للنص المقيد لعمل الإدارة.

و إن مجال حرية الإدارة يكون واسعا في قراراتها ذات طابع السلطة التقديرية عكس حيز سلطتها المقيدة الذي يكون ضيقا لذلك يطلق اسم الجل على الكل فيصنف تصرف الإدارة في خانة أعمال السلطة التقديرية رغم مزاحمة السلطة المقيدة لها و لو بأقل قدر و يكون ذلك في نفس القرار الإداري.

¹ المنشور رقم 97/53 المؤرخ في 17 - 11 - 1997 المتعلق بإصدار شهادة الإقامة ، الصادر عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة .

فقرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة السالف الذكر يتضمن أربع قرارات إدارية، الثلاثة الأولى هي قرارات ذات طابع السلطة المقيدة و القرار الأخير الخاص بالتعويض هو قرار ذو طابع السلطة التقديرية، ففي عملية نزع الملكية هنا نلاحظ إتساع مساحة السلطة المقيدة الذي يبدو واضحا جليا و ضيق مساحة السلطة التقديرية التي تشغل حيزا ضئيلا يتمثل في قرار واحد فقط من بين أربعة قرارات في عملية نزع الملكية برمتها.

إن بحث مسألة التنسيق ما بين السلطتين التقديرية و المقيدة و تلاقي كل منهما في القرار الإداري ذاته ثم حقيقة تواجد السلطة المقيدة في القرارات التي تندرج في خانة السلطة التقديرية ثم تحديد طبيعة العلاقة بين السلطتين في هذه القرارات التي خلصنا إلى أنها علاقة توافق و انسجام بين السلطتين من جهة ثم أنها علاقة اتساع و ضيق بينهما من جهة أخرى.

كل هذه الأفكار و المسائل كانت محل بحث مضني، دقيق و عميق من طرف مجلس الدولة الفرنسي الذي لم يستطع في بداية الأمر، طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات أن يلج برقبته إلى القرارات الإدارية ذات صبغة السلطة التقديرية إنطلاقا من فكرة أنه لا رقابة على تقدير الإدارة و القاضي الإداري هو قاضي شرعية أي أنه قاضي قانون و ليس قاضي للوقائع.

لقد توصل مجلس الدولة إلى أن قرارات السلطة التقديرية، حتى و إن كانت تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقدير واسعة تخرج عن رقابته إلا أنه يقع على عاتق الإدارة أن تحترم حدا أدنى من النصوص القانونية التي يفرضها عليها المشرع و في حال غيابها فإن مبدأ الشرعية يفرض عليها واجب احترام مبادئ القانون العامة التي هي ملزمة للإدارة باعتبارها من ضمن عناصر الشرعية و تلتزم بتطبيقها وعدم مخالفتها تحت طائلة بطلان قراراتها، ومن هنا استطاع مجلس الدولة أن يفتح حصانة قرارات الإدارة التي تنضوي في خانة سلطتها التقديرية وولج إليها بفرض رقابته عليها باعتبارها مخالفة للشرعية في حال عدم احترامها للمبادئ القانونية العامة زيادة على مبرر عدم استهداف المصلحة العامة و مارس رقابته هذه تطبيقا لمبدأ الشرعية و استنادا إلى هذين المبررين أسس لهذه الرقابة بوسائل قانونية و ابتكر لها تقنيات تطبيقية ثم عمل على توسيع تطبيقات هذه التقنيات لاحقا كما سنرى في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية الإدارية على السلطة التقديرية للإدارة

نركز في الفصل الثاني هذا على الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على أعمال السلطة التقديرية للإدارة و تحديدا على أهم و أخطر امتيازات السلطة الإدارية التي لا غنى عنها و هي سلطة إصدار القرارات الإدارية سيما و أن الإدارة لا تستطيع في غالب الأحيان أن تمارس امتيازاتها الأخرى إلا من خلال هذه القرارات حيث تباشر الإدارة عن طريقها السلطة التقديرية، زيادة على الحق في نزع الملكية و الاستيلاء عليها للمنفعة العامة و التنفيذ الجبري المباشر و غيرها من وسائل و امتيازات يقرها القانون للسلطة الإدارية.

و في قرارات السلطة التقديرية نركز فقط على الرقابة القضائية الداخلية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة أي الرقابة على موضوع القرار الإداري ، إذ أن الرقابة على الشرعية الخارجية المنصبة على عيب الإختصاص و عيب الشكل و الإجراءات هي رقابة شكلية تقليدية أو نمطية لا تتعلق ، من حيث المبدأ ، و لا تغوص في السلطة التقديرية لأعمال الإدارة.

فعيب الاختصاص لا علاقة له بالمرّة بفكرة السلطة التقديرية و كذلك ركن الاختصاص في حد ذاته¹ أما عيب الشكل و الإجراءات فإن الرقابة عليه سهلة سواء قيدها النص القانوني أو تركها و لا يتصور فيها مجال رحب للسلطة التقديرية. و هذا على عكس موضوع القرار الإداري و صلبه الذي تكون ممارسة السلطة التقديرية فيه من طرف الإدارة مجحفا و متعسفا بشكل كبير في مواجهة حقوق الأفراد و حرياتهم العامة و كذلك الأمر بالنسبة للانحراف بالسلطة الذي يسميه بعض الفقه الانحراف بأخلاق الإدارة و الذي يكون صعب الإثبات في أغلب الأحيان.

لذلك فإن موضوع الدراسة ينصب على الرقابة على موضوع قرار السلطة التقديرية. و نتناول ذلك في بحثين، المبحث الأول نتطرق فيه لنطاق رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية و في المبحث الثاني مبررات الرقابة على السلطة التقديرية و آلياتها.

المبحث الأول

نطاق رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية

نركز في هذا المبحث على مجال بسط القاضي لرقابته في حالة خرق القانون في المطلب الأول ثم الرقابة على الانحراف بالسلطة في المطلب الثاني

و في المطلب الأول نعالج مسألة الغلط في القانون والغلط في الواقع و مجال السلطة التقديرية في كليهما، وتحديدًا؛ في الفرع الأول نتناول محل القرار الإداري أي الأثر القانوني للقرار ثم في الفرع الثاني نتناول السبب أو الغلط في الواقع أي الوجود المادي للوقائع، ثم صحة التكييف القانوني.

و في المطلب الثاني في الرقابة على الانحراف بالسلطة نتناول في الفرع الأول مقتضيات عامة عن الانحراف بالسلطة ثم في الفرع الثاني إثبات عيب الانحراف بالسلطة.

المطلب الأول

الرقابة على خرق القانون

¹ عبد العالي حاحة ، مرجع سابق ، ص 35

ان مصطلح خرق القانون يشتمل على المخالفة المباشرة للنص القانوني لكن هذا العنصر سيخرج عن موضوع دراستنا، لأننا بذلك نغوص في الرقابة على أعمال السلطة المقيدة للإدارة و هو خارج موضوعنا المتعلق أصلا بالرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، فموضوعنا تحت هذا العنوان هو مخالفة مضمون القرار الإداري للنص القانوني عندما نكون بصدد سلطة تقديرية ممنوحة للإدارة العامة.

لتنحصر دراستنا في ركن المحل في الفرع الأول على الرقابة على الغلط في القانون و نقصد بها الأثر القانوني للقرار الإداري من جهة في جزئية أولى ثم جزئية ثانية تتعلق بمخالفة تعليمات المصلحة "التوجيهات" لأنها تهدف إلى الحد من سلطة الإدارة التقديرية من جهة ثانية، ثم في ركن السبب في الفرع الثاني على الغلط في الواقع و نقصد به الوجود المادي للوقائع، ثم صحة تكييفها. و هي العناصر المتعلقة بالسلطة التقديرية على العموم.

الفرع الأول

الرقابة على الغلط في القانون

نعالج في هذا الفرع مسألة الأثر القانوني للقرار الإداري ثم مخالفة تعليمات المصلحة أو ما يصطلح بالتوجيهات « les directives » في الفقه و القضاء الفرنسيين كوسيلة للحد من السلطة التقديرية للإدارة كما يلي:

أولا/ الأثر القانوني للقرار الإداري.

يقتضي مبدأ الشرعية أن يكون الأثر القانوني للقرار جائزا قانونا و المقصود هو اشتراط أن يكون محل القرار الإداري مشروعاً أي ما إذا كان مضمون الأثر القانوني يجيزه القانون أو على الأقل لا يحظره. فهو بالتالي من شروط صحة عنصر المحل في القرار الإداري. و يتحدد موقف القانون من محل القرار الإداري وفقاً لما يختاره من بين الأشكال التالية:

1- أن يحظر النص القانوني كلية ترتيب أثر قانوني معين مثل ابعاد الأجنبي عن

تراب الدولة.

2- أن يفرض المشرع ترتيب أثر قانوني محدد بصدد قرار إداري معين و معه لا يترك للإدارة إمكانية الإختيار بين عدة بدائل فعلى الإدارة التزام مطابقة محل القرار للقواعد القانونية التي تنظم الإختصاص باصداره ، و بالتالي ترتيب الأثر القانوني المحدد في القانون و إلا كان القرار مشوباً بعيب مخالفة القانون.

3- أن يتيح النص للإدارة قدراً من حرية التقدير في أن يترك لها حرية الإختيار بين أكثر من أثر قانوني يمكن ترتيب أي منها بصدد قرار إداري معين، فيكون قرارها مشروعاً طالما كان يتفق مع القواعد القانونية ما دام أن الأثر القانوني المترتب على القرار يندرج ضمن الحلول التي أباح المشرع للإدارة الإختيار من بينها. و مثال ذلك تدرج العقوبات التأديبية التي يمكن توقيعها على الموظف من الإنذار الى الفصل من الوظيفة فيكون القرار التأديبي مشروعاً من حيث المحل مادام القرار قد رتب أي من هذه العقوبات، لكن يكون غير مشروع إذا تضمن عقوبة لم ترد ضمن تلك العقوبات.

4- قد يتخلى النص القانوني تماماً عن تقييد الإدارة، فيسكت النص عن تحديد ما يمكن للإدارة أن ترتبه من الآثار القانونية مكتفياً بتحديد الغاية أو الهدف من القرار. هنا يكون باستطاعة لإدارة أن تحدد بحرية محل القرار الذي خولها القانون حق اصداره تأسيساً على أن كافة الحلول أو البدائل التي يمكن أن تختارها تعتبر جائزة و شرعية قانوناً.

مثال ذلك سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة إذا ما تعرضت للتهديد والإخلال بها. فهي سلطة تقديرية كاملة متروكة للإدارة في ترتيب الآثار القانونية الكفيلة بحماية الآداب العامة ضد أي إخلال دون أن يشوب القرار عيب مخالفة القانون.

و لا تعيننا الحالة الأولى و الثانية و تدخل في نطاق دراستنا الحالة الثالثة و الرابعة فهما من مجال السلطة التقديرية للإدارة.

و غني عن التوضيح أن هناك ارتباطاً واضحاً بين عنصري السبب و المحل. و الغالب انه إذا اتجه القانون الى الإختصاص المقيد بشأن المحل فإنه يلجأ أيضاً إلى تقييد سلطة الإدارة بشأن السبب. أي أنه إذا قرر أن لرجل الإدارة في مواجهة واقعة معينة سلطة اتخاذ إجراء محدد بذاته أي سلطة إحداث أثر قانوني في مواجهة ظرف أو واقعة معينة فإنه بذلك يتولى القانون تحديد موضوع هذا الأثر بشكل كامل.

و بالمقابل لذلك فإنه من الملاحظ أن عدم تحديد المحل يلزم عدم تحديد السبب و معه يمكن القول أن السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار تتمثل في حرية اختيار السبب الذي يتفق معه محل القرار الإداري.

فإذا قرر القانون أن للإدارة أن تتخذ من الإجراءات اللازمة لحماية النظام العام أو حفظه حين تعرضه لأي تهديد، فهو بذلك يكون قد ترك للإدارة سلطتها التقديرية الكاملة في تحديد محل القرار و في تقدير أهمية الوقائع أو قيمة السبب الذي يبرر اتخاذ القرار و ذلك استنادا الى عدم وجود تحديد قانوني بخصوص السبب و بخصوص المحل في نفس الوقت، و من هنا تكون الإدارة حرة عند اتخاذها ما تراه من قرارات فيما يرتبط باختيار السبب و اختيار المحل.

و إن الفقه يشير الى أن رقابة القضاء الإداري في هذه الحالة هي الرقابة على ملائمة القرار الإداري رغم ما يلاحظ من اتساع نطاق اصطلاح الملائمة ليحيط بكافة جوانب السلطة التقديرية و إن مرجع ذلك يعود الى أن رقابة القاضي تستند ليس فقط على موقف المشرع بل تستند على أي مخالفة لقاعدة قانونية و لو مستمدة من مبادئ القانون العامة فكلها مستمدة من مخالفة القانون بمعناه العام.

و الحقيقة أن رقابة القضاء الإداري على ملائمة القرار الإداري تقوم أساسا على مطابقة محل القرار ببعض مبادئ القانون العامة التي استخلصها القضاء في فرنسا إذ برزت هذه المبادئ باعتبارها الحد الرئيسي للسلطة التقديرية التي تباشرها الإدارة زيادة على أنه من شأن هذه المبادئ أن ترد العديد من مظاهر هذه السلطة التقديرية الى حظيرة الشرعية .

إلا أن من أهم ما استخلصه مجلس الدولة في مجال الرقابة على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة ، استناده الى إجراء تنظيمي داخلي هو التوجيهات التي غدت بدورها من أهم ما يحد من مباشرة الإدارة لحرية سلطتها في التقدير .

ثانيا/ مخالفة تعليمات المصلحة "التوجيهات".

يقتضي تنظيم سير العمل داخل الإدارة أن يصدر الرئيس الإداري ، من خلال سلطته التعليمات المصلحية و المنشورات التي تبين كيفية تطبيق القوانين و اللوائح و كيفية أداء الخدمة في المرفق و التي تعد من اجراءات التنظيم الداخلي و هي غير ملزمة للأفراد اذ

يقتصر سريانها فقط على الموظفين داخل المرفق نظرا لالتزامهم بطاعة اوامر الرؤساء الإداريين.

غير انه ميز الفقه و القضاء الفرنسيين حديثا طائفة من هذه التعليمات أو المنشورات بما يسمى بمصطلح "التوجيهات" و هي بدورها تصدر عن الرؤساء الإداريين و خاصة على مستوى الوزراء لترسم للمرؤوسين كيفية ممارسة وظائفهم أو اختصاصاتهم وخاصة بصدد الإختصاصات التي تخولهم سلطة تقديرية.

لكن بينما تهتم "المنشورات" باجراءات ممارسة هذه الاختصاصات فإن "التوجيهات" تستهدف أساسا محتوى و مضمون القرارات التي يتم اتخاذها وفقا لهذه الاختصاصات أي محل تلك القرارات عندما لا توجد نصوص تشريعية تحدد مسبقا هذا المحل ، أو بمفهوم آخر عندما يكون للإدارة حرية تقدير هذا العنصر و تحديد ملاءمة مضمون القرار الإداري و محتواه.

ان الخاصية الأساسية التي تميز "التوجيهات" هي أنها أداة تحد من السلطة التقديرية للإدارة و هي بذلك أداة تقييد ذاتية. أي أنها نابعة من الإدارة ذاتها، تحقق تنظيم العمل و تبسط مباشرة النشاط الإداري و تضمن التنسيق بين القرارات الصادرة في الموضوعات المتماثلة و هو الأمر الذي دفع القضاء الإداري في فرنسا الى تقرير نظام قانوني متميز للتوجيهات بالرغم من تعارضها الظاهر مع مبدأ ضرورة دراسة كل حالة على حدة ، في حالات السلطة التقديرية.

و حقيقة يعد الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 11-12-1970¹ الفاصل المميز لمرحلتين مختلفتين بصدد النظام القانوني للتوجيهات عن المنشورات التي تصدرها الإدارة بل و لم يكن مصطلح التوجيه شائع الاستعمال باستثناء قلة من الفقهاء و أحكام القضاء ميزت هذه الطائفة و لو ضمنا من أعمال الإدارة.

و أمام مجلس الدولة الفرنسي كجهة استئناف بمناسبة الطعن في حكم للمحكمة الإدارية بباريس صادر بتاريخ 01-07-1969² طرح أمام المجلس مشكل تحديد مدى القوة الملزمة التي يتعين الإعتراف بها للمنشورات أو التعليمات أو التوجيهات التي تخضع لها جهة

¹ سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 304

² نفس المرجع ، ص 305

الإدارة ، بالرغم من تمتعها بسلطة تقديرية في اتخاذ قرارات فردية معينة في موضوع هذه التوجيهات.

و في ذلك قضى المجلس بأن الاستناد الى الضوابط التي اشتملت عليها احدى التوجيهات الخاصة، و دون تخلي الادارة عن ممارسة سلطتها في التقدير، اضافة الى عدم تضمن هذه التوجيهات الى أي شرط جديد، و اتفاقها مع الأهداف المقررة في شأن موضوعها، و لأن الطاعن لم يستند الى أية خصوصية في مركزه القانوني في مواجهة الضوابط المذكورة و لا الى أي مقتضى من الصالح العام يبرر الخروج عليها، فان قرار الإدارة يكون مشروعاً و غير مشوب بالخطأ في القانون.

هذا و تعاقبت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة لتؤكد هذا الاتجاه و استكمال أحكامه حتى اكتمل النظام القانوني الخاص للتوجيهات الذي يتميز بما يلي:

01- أن التوجيهات تختلف عن اللوائح الإدارية كون الأخيرة قرارات ادارية عكس التوجيهات ليست بقرارات و انما هي مجرد اتجاهات و على ذلك فاذا كانت الإدارة المكلفة بوضع اللائحة موضع التنفيذ لا تملك الخروج على أحكامها أو تصدر قرارات تخالفها إلا اذا أجازت اللائحة ذاتها ذلك ، فإنه يحق للإدارة الصادر اليها التوجيه دوما استبعاده و عدم الإلتزام به بصدد قرار معين فلا تأخذ بالإتجاه الوارد فيه.

فالتوجيهات ليس من شأنها حرمان الإدارة من حريتها في التقدير و انما يكون لها بعد اجراء الفحص الخاص لكل حالة على حدة أن تقرر الإلتزام بالتوجيه أو الخروج عليه ، إما لبواعث تتعلق بالمصلحة العامة أو لأسباب مستخلصة من خصوصية المركز القانوني لهذه الحالة.

02- التوجيهات على عكس اللوائح ليس لها بذاتها أي آثار قانونية مباشرة على المواطنين و على ذلك فالأصل عدم قبول الطعن فيها بالإلغاء مثلها في ذلك مثل المنشورات و مع ذلك تختلف التوجيهات عن المنشورات في أنها تحمل بذاتها الآثار التالية:

أ- أن جهة الإدارة تملك الحق في الإستناد صراحة على التوجيهات في اتخاذ قراراتها الإدارية في مواجهة الأفراد، و ذلك عند مباشرتها لسلطتها التقديرية، دون أن يشوب هذه القرارات الخطأ في القانون و بذلك تكون لهذه التوجيهات القيمة القانونية تجاه الأفراد و القضاء

الإداري أيضا المطروح أمامه النزاع حول تلك القرارات و بالتالي تكون هذه القرارات المتخذة وفقا لتوجيهات محددة سلفا و يفترض شرعيتها، بأن لا تكون قد أضافت عناصر جديدة الى التنظيم القانوني القائم ، شرعية بدورها.

ب- إن الأفراد يملكون الحق في التمسك بالتوجيهات أمام الإدارة و أمام القاضي أيضا بشأن المنازعة في القرارات الإدارية غير المتفقة مع التوجيهات التي تنظمها، سواء بسبب عدم الإلتزام بها في الحالات التي يتعين تطبيقها ، أو بسبب الأخذ بها في الحالات التي كان يجب على الإدارة مجانبتها أو استبعادها.

هذا و يجوز للأفراد كذلك المنازعة في شرعية التوجيهات ذاتها ، إما أمام الإدارة أو أمام قاضي الإلغاء عن طرق الطعن في قرارات الإدارة الصادرة استنادا إليها ، فإذا كانت التوجيهات غير شرعية فإن هذا العيب يمتد الى القرارات المستندة إليها بدورها.

03- عند مباشرة الإدارة لسلطتها التقديرية ، فإن ما يصدر من توجيهات بشأن اختصاصاتها ، لا يخل بقاعدة ضرورة الفحص الخاص لكل حالة على حدة ، و مع ذلك اختلف الأمر بعد سنة 1970 في تقدير بعض الفقهاء أين انتقل عبء الإثبات لوقوع هذا الفحص من على عاتق الإدارة الى عاتق الأفراد ، أي بعد أن كان القاضي الإداري يطالب الإدارة بأن تقيم الدليل على أنها قد باشرت مقدما و بطريقة فعالة سلطتها التقديرية ، بقيامها بفحص خصوصيات الحالة الصادر بشأنها القرار الإداري ، أصبح على الفرد المستهدف بتطبيق التوجيه إقامة الدليل على أن الإدارة تخلت عن مباشرة تقديرها في هذه الحالة ، بالرغم من خصوصية مركزه القانوني إزاء الضوابط التي جاء بها التوجيه ، أو إثبات أن مقتضيات المصلحة العامة كانت تستوجب اجتناب تطبيق هذا التوجيه. و رغم ما لهذا التوجه من آثار تطبيقية لصالح الإدارة على حساب مصلحة الأفراد غير أن من شأن ذلك تدعيم القيمة و الأهمية القانونية للتوجيهات في النظام القانوني. ينبغي التنويه أن من أبرز ما أفرزته الرقابة القضائية على ممارسة السلطة التقديرية للإدارة، استناد القاضي الإداري الى هذا الإجراء الداخلي التنظيمي ألا و هو "التوجيهات" التي صارت بدورها من أهم ما يحد من مباشرة الإدارة لحريتها في التقدير.

على الغلط في الواقع

كان للقضاء الإداري الفرنسي دورا محتشما في بسط رقابته على وقائع القرار الإداري حتى أوائل هذا القرن بل انه كان من حيث المبدأ لا يبسط رقابته على الوقائع تخوفا منه للخوض في المسائل التقديرية كما سبق الإشارة إليه في الفصل الأول المبحث الأول الفرع الثاني من المطلب الثاني إذ اقتصرت رقابته على الجانب القانوني للنزاع باعتباره قاضيا للقانون دون الوقائع ، وكان بذلك يعتبر الوقائع من عناصر الملائمة التي تحتفظ الإدارة لنفسها بتقديرها دون معقب عليها من القضاء .

لكن تطور رقابة مجلس الدولة الفرنسي على أعمال الإدارة و اتساع مجال التقدير لمهمة الإدارة و انتفاضة من الاعتبارات المحيطة بالظروف التاريخية التي صاحبت إنشائه توجه مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل هذا القرن ليمنح المجال لنفسه تدريجيا سلطة فحص الوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية المنازع فيها أمامه، و صحة تكييف الإدارة لهذه الوقائع.

و بدأ مجلس الدولة بالحالات التي تكون فيها الوقائع شرطا يفرضه القانون لتدخل الإدارة أي كلما كانت سلطة الإدارة مقيدة بأن حدد لها القانون الوقائع أو الحالات التي تستطيع فيها الإدارة ان تتدخل بسلطتها فان القاضي الإداري له سلطة التحقق من صحة قيام هذه الوقائع أو قيام تلك الحالات مما جعله قاضيا للوقائع زيادة على انه قاض للقانون.¹

ثم ان رقابة القضاء الإداري بعد ذلك تطورت ، فامتدت الى الحالات التي لا يشترط فيها القانون تدخل الإدارة بقيام وقائع محددة أو هي الحالات التي يكون فيها للإدارة سلطة تقديرية تجاه عدم الزام النص القانوني لها بمراعاة وقائع معينة عند اتخاذها للقرار الإداري أين بدأت الأحكام تتوالى بشأن القرارات الصادرة في هذه الحالات و راقب قضاء مجلس الدولة مدى صحة ادعاء الإدارة بقيام هذه الوقائع.²

أولا/الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع.

¹ Jean-Claude Ricci , Droit administratif, 11^e édition , Hachette supérieur , P 87 .

² سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 178

استقر القضاء الإداري في فرنسا و مصر و الجزائر على أن القرار الإداري في كل الأحوال و الظروف، سواء كانت سلطة الإدارة مقيدة او تقديرية، في الظروف العادية او الاستثنائية يكون قابلا للإبطال إذا ثبت أن كانت الإدارة قد استندت في تبريره الى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية.¹

وذلك سواء كانت الإدارة حسنة النية بان اعتقدت قيام الوقائع التي تدعيها أم كانت عالمة بعدم وجودها.

و القاعدة التي أصبحت ثابتة و عامة ان القضاء الإداري فرض رقابته على وقائع القرار الاداري للتحقق من صحة الوجود المادي للوقائع التي استندت إليها الإدارة في اتخاذه أي التثبت من استناد القرار الإداري الى وقائع صحيحة و ابرز مثال على ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 14 جانفي 1916 في قضية كامينو « Camino ».²

و في القضاء الإداري الجزائري ، قرار مجلس الدولة بتاريخ 01-02-1999 في قضية والي تلمسان ضد بوسلاح ميلود.³

و يشترط لكي تكون الوقائع المادية صحيحة التي تستند اليها الإدارة في إصدار قرارها ان تكون محققة الوجود و قائمة من أوان طلب اصدارها الى غاية وقت صدورها اذ تصدر تلك القرارات مستندة إليها باعتبارها أسس ارتكاز و لها قوام في الواقع و ذلك ترجمة للقاعدة العامة التي تقضي بان تاريخ صدور القرار هو الوقت الذي يجب الرجوع اليه لتقدير شرعية القرار الإداري أو عدم شرعيته.

¹ Martine Lombard, Gilles Dumont ,op-cit , P482 - 484 .

Jacqueline Morand – Deviller ,op-cit , P 701.²

أنظر أيضا :

Marceau long et autres , Les grands arrêts de la jurisprudence administrative , 17^e édition, Dalloz , P 172 .

³ الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، بدون طبعة ، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002، ص25.

و يشترط ثانيا في الوقائع المادية ان تكون محددة، و لذلك اعتبر الفقه و القضاء في فرنسا و مصر الى اعتبار القرار الإداري المبني على أسباب عامة او غامضة او مجهولة قرارا خاليا من الأسباب.

و يشترط ثالثا جدية الأسباب، و في هذا الصدد قضت محكمة القضاء الاداري المصري في 04-03-1956 بانه اذا كان ضعف سمع المدعي لم يمنع في الماضي من ترقيته حتى بلغ الدرجة الرابعة كما لم يكن في نظر لجنة شؤون الموظفين مانعا من اقتراح ترقيته الى الدرجة الثالثة فمن ثمة كان هذا السبب بالذات غير جدي و لا يؤدي الى سلامة النتيجة التي انتهى اليها القرار المطعون فيه و على الأخص اذا لوحظ ان المصلحة قد رقت اشخاصا على شاكلة المدعي و في الحالة التي نفتها عليه، و بالتالي يكون ذلك القرار مخالفا للقانون.

و أخيرا يشترط في الوقائع المادية أن تكون مشروعة كأن يرتكب الموظف مخالفة تأديبية تبرر صدور القرار التأديبي في مواجهته.

هذا و تجدر الاشارة انه في بعض القرارات الفردية؛ لا يكفي مجرد قيام الوقائع المادية في عنصر السبب لتبريره و انما يجب ان يكون المخاطب به مسؤولا عنها فاذا اتضح ان الاخلاطات التي قام عليها القرار المطعون فيه غير صحيحة اما لعدم صحة واقعيتها او لعدم مسؤولية المعني بها شخصا عنها، فانه يكون القرار قد انعدم اساسه القانوني الذي يجب ان يقوم عليه.

ان الرقابة على الوقائع المادية في عنصر السبب تثير التساؤل حول حكم القرار الذي يعيبه بعض أسبابه و ان صحت الأسباب الأخرى و ذلك في حال تعدد الأسباب التي استند اليها القرار الإداري و هو ما يتحقق غالبا في حالات السلطة التقديرية يضاف اليها مدى امكانية تصحيح السبب في القرار الإداري باحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ الذي صدر القرار استنادا اليه.

01- تعدد الأسباب: هنا، اذا ثبت للقاضي الإداري أثناء قيامه بفحص الوجود المادي و القانوني لعنصر السبب في القرار الإداري ، عدم صحة بعض الأسباب التي استندت عليها الادارة، و صحة البعض الآخر بما يعتبر كافيا لتأسيسه فان ذلك لا يؤدي الى ابطال

القرار الإداري لعيب السبب. ويأخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذه القاعدة، إذ لم يتعرض لبحث الوقائع الأخرى غير الصحيحة و لو لمجرد استظهار مدى تأثيرها على القرار المطعون فيه. حيث يرى بان البحث في الوقائع الأخرى انما ينطوي على اعتداء من جانبه على حرية الإدارة في التقدير.*

*و أكد القضاء الإداري في مصر نفس المبدأ إذ قضت محكمة القضاء الإداري بأنه اذا قام القرار الإداري على عدة اسباب فان استبعاد اي سبب من هذه الأسباب لا يبطل القرار و لا يجعله غير قائم على سببه طالما ان الأسباب الأخرى تؤدي الى نفس النتيجة.

ويتجه بعض الفقه الى التفرقة بين الأسباب الرئيسية أو الدافعة في القرار الإداري و الأسباب الثانوية، لذلك يكون القرار مشوباً بعيب السبب قابلاً للإبطال اذا ثبت ان الأسباب غير الصحيحة كانت أساس إصداره، اما اذا كان واضحاً انها كانت ثانوية الأهمية و ان الأسباب الأخرى الصحيحة كانت كافية لاتخاذها، فان القضاء يتجاوز الأسباب الثانوية المعيبة، و لا يقضي بإبطال القرار لعيب السبب.¹

يجب التنبيه هنا الى ضرورة الحذر و التزام الدقة البالغة عند الأخذ بهذه الفكرة حتى لا تتحول الى سلطة تحكمية لدى القضاء و هذه المشكلة لا تقوم بصدد نظر القرارات المبنية على سلطة مقيدة للإدارة بخصوص عنصر السبب فيه اين يلتزم القاضي الإداري بالثبوت من قيام القرار على الأسباب المحددة التي أشار إليها القانون و صحتها بغض النظر عن وجود أسباب أخرى استند اليها رجل الإدارة لإصدار هذا القرار و عن صحة هذه الأسباب الأخرى أو عدم صحتها. أما اذا كانت القرارات قائمة على سلطة تقديرية للإدارة، أين يكون للإدارة حرية اختيار أسباب قرارها مقابل عدم تحديد النص القانوني لها، فالأولى عدم الأخذ بهذه الفكرة سيما اذا خلص بحث القاضي، الى صحة السبب الرئيسي الدافع و من ثمة صحة القرار الإداري رغم ما اعترى الأسباب الأخرى من عيوب.

¹ أشرف عبد الفتاح أبو المجد ، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، بدون طبعة ، الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات ، 2009، ص408.

و الحقيقة انه على خلاف السلطة المقيدة فانه في حالة السلطة التقديرية، فان بطلان او عدم صحة هذه الأسباب يستلزم اعادة مباشرة السلطة التقديرية بعد استبعاد الوقائع التي لم تقم او تتحقق.

و يشير هنا بعض الفقه الى انه يجب ألا نفترض أن سببا ما زائدا أو ثانويا إلا اذا ثبت ذلك بوضوح شديد من ملف الدعوى و هو ما يتطلب من القاضي الإداري القيام بالتحقيق و البحث الدقيق لأنه يصل في النهاية الى معرفة و تحليل قصد مصدر القرار نفسه، لذلك يذهب الفقه الحديث في فرنسا الى ان الخطأ في أي واقعة من الوقائع التي أسس عليها القرار من شأنه أن يلقي ظللا من الشك على صحة تقدير الإدارة لكل الوقائع التي تعلت بها، مما يستدعي ابطال القرار الاداري حتما، و هو ما يسمى في واقع الأمر احترام القضاء لحرية الادارة في تقدير ملائمة القرار، اذ انه يفسح لها فرصة اصدار القرار الاداري مرة أخرى لكن استنادا الى أسباب صحيحة.

و يحاول بعض الفقه تفسير موقف مجلس الدولة الفرنسي الحديث، بأن الأخير قد بات يفترض في كامل الأسباب التي تتدرج بها الإدارة أنها كأصل عام الأسباب الدافعة ، ما لم يعم الدليل على عكس ذلك.

02- تصحيح الأسباب: قد يطرأ أن يثبت لدى القضاء أن الأسباب التي أسس عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير صحيحة، غير أن هناك أسباب أخرى يمكن الإعتماد عليها لتبرير القرار محل الدعوى ، فهل يعتبر جائزا للقاضي الإداري أو الإدارة تصحيح قرارها في هذا الجانب بإحلال السبب الصحيح محل السبب غير الصحيح الذي أسس عليه القرار؟

يرى أغلب الفقه في هذه المسألة رفض الإعتراف بجواز تصحيح الأسباب التي استند اليها القرار المطعون فيه خاصة اذا تولى القاضي الإداري مباشرة ذلك، لما يعتريه من قيام باحلال تقديره محل تقدير الإدارة و من ثمة يعد تدخلا سافرا في صميم اعمال الادارة و دعوى الإلغاء تقتضي بطلان القرارات المعيبة.¹

¹ سامي جمال الدين ، مرجع سابق، ص 204

و على هذا الأساس استقر القضاء الإداري في فرنسا و مصر على انه اذا ثبت ان القرار الإداري قد بني على سبب معين قام الدليل على عدم صحته فلا يجوز إضافة أسباب جديدة بعد صدور القرار المطعون فيه و يتعين الحكم بإبطاله و انه متى بني القرار الإداري على سبب معين قام عليه و استمد كيانه من سند قانوني أفصح عنه و كان هو علة صدوره فإن من شأن عدم صحة هذا السبب أو عدم انطباق السند أن يصبح القرار معيبا في ذاته غير سليم بحالته و ليس يجدي في تصحيحه بعد ذلك تغيير سببه أو تعديل سنده في تاريخ لاحق و إن جاز أن يكون هذا مبررا لصدور قرار جديد على الوجه الصحيح.

و يتفق هذا القضاء مع قاعدة ان العبرة في تقدير شرعية القرار الإداري هي بالوقت الذي صدر فيه، و مع ذلك فانه بالنظر الى الإعتبارات العملية عندما تكون سلطة الإدارة مقيدة حين تلتزم بإصدار قرار جديد بنفس مضمون القرار المطلوب ابطاله لعدم صحة الأسباب التي استندت اليها الإدارة، مع اصدار القرار هذه المرة على الأسباب الصحيحة، فانه ان لا جدوى فعلية من الغاء القرار الأول ، فان من الجائز تصحيح القرار في مثل تلك الحالات وحدها دون ان يمتد ذلك القضاء الى حالات الاختصاص التقديري للإدارة.

فحين يكون للإدارة حرية تقدير مدى ملاءمة تدخلها و إصدار القرار الإداري أو عدم التدخل بإصداره ، وفقا لما تقدره من أسباب، فمن غير المستساغ الإعتراف للقضاء بسلطة تصحيح أسباب القرار التي تدفع الى اصداره و تبرره.

و ان كان هناك من يرى ان للقاضي سلطة احلال السبب الصحيح محل السبب الخاطيء و ذلك بإزالة السبب غير الصحيح و إنزال السبب الصحيح الذي يقدر القاضي انه يكفي لتبرير القرار في حالات السلطة المقيدة للإدارة و هو ما يعني خروج القاضي عن حدود رقابته على شرعية القرارات الإدارية إلا أن هذا الرأي مردود عليه من ناحيتين؛ الأولى ان القاضي الإداري لا يمكنه الامتناع عن تطبيق القانون و القضاء بإبطال القرار محل دعوى الإلغاء بان يتجاهل عيب عدم شرعية القرار و الثانية لا يمكن للقاضي أن يكون سلطة رئاسية أو وصائية على جهة الإدارة.¹

ثانيا/الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.

¹ أشرف عبد الفتاح أبو المجد ، مرجع سابق ، ص 410 و ما بعدها.

ان وصف النص القانوني لحالة معينة او وقائع مادية محددة فان تطبيق هذا الوصف على الوقائع التي تعرض للإدارة و تستلزم تدخلها بقراراتها الإدارية يطلق عليها وصف "التكييف القانوني" للوقائع فالمراد من عملية التكييف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل اطار فكرة قانونية بحيث يمكن ان يحمل القرار المتخذ عليها باعتبارها دافعا مشروعاً لاتخاذها.¹

و تتطلب عملية التكييف من القائم بها ان يعمل اولا على تخصيص القاعدة القانونية التي تتسم بالعمومية و التجريد بجعلها ذات معنى اكثر تحديدا و اقل عمومية، ثم يسعى بعد ذلك ان يرفع الواقعة من حقلها الخاص الى مستوى عمومية النص القانوني بتجريدها أي باهمال الجوانب عديمة الجدوى ثم العمل على ابراز الخصائص و الصفات التي تميز الواقعة فقط من الناحية القانونية، و هو ما يطلق عليه التطابق بين النص و الواقع أي التكييف القانوني.

و مما لا شك فيه ان هناك ما يكون واضحا من الافكار القانونية بطبيعتها غير ان هناك من الافكار ما يصعب تحديدها الا من خلال تمحيص ظروف الحالة الواقعية و فحصها الشامل و قد يصعب الفصل بينهما فيتداخل التكييف بتقدير الوقائع في مثل هذه الحالات و مثالها فكرة الموقع الأثري و فكرة الخطأ التأديبي.

و حتى يتسنى للقاضي الإداري التوصل الى تطبيق هذه النصوص و تأسيس القرار الإداري ، محل الرقابة، عليها فانه يقوم بضبط مقاصد الفكرة و كذا معالمها المحددة في تلك النصوص حتى يتحقق من ان الوقائع التي استند اليها رجل الإدارة تندرج فعلا في إطارها فيتثبت مثلا من توافر الطابع الأثري في الموقع حتى يكون محلا لحماية المشرع و هو ما قد يصل الى مخالفة الإدارة في تقديرها، و هذا لا يعني ان القاضي قد تدخل في تقدير الإدارة، فرغم انه يقترب كثيرا من حدود الملاءمة المتروك تقديرها للإدارة ، غير ان عملية التكييف القانوني هي عملية قانونية تتم وفقا لقواعد القانون.

و يتجلى دور القاضي الإداري في هذه الحال في مراقبة تقدير الإدارة أي تفسيرها لإرادة و مقاصد المشرع و للقاضي ان يحل تقديره او تفسيره لهذه الإرادة و تلك

¹ سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 210.

المقاصد محل تقدير الإدارة و تفسيرها و على هذا الأساس تبقى رقابة القاضي في حدود الشرعية رغم تداخل مسألة تقدير الملاءمة فيها.

هذا ونشيد بالقضاء الإداري الفرنسي الذي أسس لهذه الرقابة ، و ذلك في كل حالة تخضع فيها سلطة الإدارة عند اتخاذ قرار معين لوجوب توافر شروط واقعية معينة ينص عليها القانون ، اذ يحق للقاضي الإداري في هذه الحالة ان يراقب الى جانب الوجود المادي لهذه الوقائع ، التكييف القانوني الذي تصبغه الإدارة عليها ، ليتأكد من أنها تندرج

حقيقة داخل إطار الفكرة القانونية التي تضمنها النص¹ ، و هو ما يعني رقابة القاضي لتقدير الإدارة في مدى توافر الوصف القانوني و صحته في الواقعة التي تأسس عليها القرار تحت طائلة بطلان القرار الإداري للغلط في التكييف القانوني للوقائع.*

هذا و إن من أهم عديد المجالات التي قرر فيها القضاء الإداري ممارسة رقابته على تكييف الوقائع نجد في قرارات مجلس الدولة الفرنسي :

01-الرقابة على صحة تكييف الإدارة للوقائع المعتمدة سببا للقرار التأديبي و التأكد من ان تلك الوقائع تتوافر فيها صفة الخطأ الوظيفي التي تسمح بتوقيع العقاب التأديبي². بل إن القضاء الفرنسي بسط هذه الرقابة كذلك على قرارات السلطة الإدارية المختصة بالسماح لأرباب العمل بفصل الأجراء لديهم اذا تبين ارتكابهم أخطاء تأديبية ذات خطورة كافية

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، 2006 ، الجزائر ، ص 380

أنظر أيضا : Martine Lombard.Gilles Dumont , op-cit , P.482.

* من أشهر قرارات مجلس الدولة قرار غومال Gomel بتاريخ 04-04-1914 في الرقابة على الوصف القانوني للوقائع المتعلقة برفض طلب رخصة البناء الخاصة بالبناء في ساحة بوفو بباريس بسبب أن البناء المزمع يمس بمعلم أثري ، أين أبطل رئيس مجلس الدولة قرار رئيس العمالة و برر مجلس الدولة قراره بالإجابة على السؤال التالي:هل من طبيعة البناء المزمع إنشاؤها المساس بالمعلم الأثري؟بعد سؤال قبله :هل إعترف للساحة في كونها معلما أثريا .

² مرزوق إبتسام ، رقابة القاضي الإداري على القرار التأديبي في مجال الوظيف العمومي، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر ، 2016 ، ص35

« faute d'une gravité suffisante » و لم يقصر مجلس الدولة هذه الرقابة على الأخطاء التي يتم ارتكابها بمناسبة مباشرة الوظيفة داخل العمل و انما امتد حديثا بهذه الرقابة كذلك الى تقدير التصرفات التي تتم خارج اطار مباشرة الوظيفة و تكييف هذه التصرفات بوصفها من الأخطاء التأديبية ذات الخطورة الكافية التي تبرر فصل الأجير او العامل أم لا.

02- الرقابة على مدى توافر صفة الإباحية في المواد التي تنشرها الجرائد و المجلات، و التي يجيز القانون منع بيعها أو الاعلان عنها للأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة.

03- الرقابة على صحة تكييف الوقائع التي تستند اليها الإدارة و توصف بأنها "تتنافى مع الشرف و الأمانة" أو "حسن الخلق" بصدد المسائل التي تستلزم فيها النصوص القانونية توافر شروط أو صفات أخلاقية معينة ليتمتع الشخص فيها بمركز قانوني معين ، مثل التعيين في الوظائف و منح الأوسمة و الموافقة على التجنس أو سحب الجنسية بعد منحها.

04- الرقابة على ما يعد من "الأعمال الجارية" التي يمكن للوزارة المستقلة ممارستها دستوريا الى حين تولي الوزارة الجديدة.

05- الرقابة على مدى توافر صفة "عائل الأسرة" بصدد أداء الخدمة العسكرية ، حيث يعني القانون من تكليفه بآدائها اذا كان سيترتب على ذلك الحاق "أضرار اجتماعية خطيرة" بمن يرعاهم ، و التحقق من وجود هذه الحالة الإجتماعية الإستثنائية.

06- الرقابة على تكييف "الأفلام السينمائية" بأنها "منافية للأخلاق" مما يحق معه لمسؤول المدينة منع عرض الفيلم اذا كان هناك من الظروف المحلية في المقاطعة ما يسمح بتبرير هذا الاجراء .

غير ان الملاحظ على مجلس الدولة الفرنسي انه في اطار السلطة التقديرية يرفض احيانا و على سبيل الاستثناء الرقابة على تقدير السلطة الإدارية للوصف القانوني للوقائع أي تكييفها و ذلك بصدد بعض القرارات الإدارية اذ يقتصر دور المجلس على التحقق فقط من الوجود المادي للوقائع دون التطرق الى بحث صحة التكييف الذي أضفته الإدارة عليها و ذلك مراعاة لبعض الاعتبارات العملية التي يفضل القاضي الاداري فيها ان يترك للإدارة امر تقدير ملاءمتها دون ان يعقب عليها و يقسم الفقه هذه القرارات المستثناة الى طائفتين:

الطائفة الأولى: مجموعة من قرارات الضبط الإداري المتصلة بسلامة الدولة و المحافظة على أمنها و تتعلق أساسا بقرارات تنظيم نشاط و إقامة الأجانب و الجمعيات الأجنبية و المطبوعات الأجنبية أين تقتضي مصلحة الدولة العليا أن يترك للإدارة في هذا الشأن سلطة تقديرية أكثر ملاءمة.

بيد أنه يلاحظ على أحكام مجلس الدولة الفرنسي الحديثة أنه يتجه الى التضييق الى أقصى الحدود من نطاق هذا الإستثناء و في سبيل ذلك فرض المجلس رقابته في 24-1990 و 19-11-1990¹ على قرارات الإدارة برفض منح الرعايا الأجانب من المجموعة الأوروبية تصريح بالإقامة في فرنسا لمدة عشر سنوات قابلة للتجديد وفقا للقانون و ذلك دون حاجة الى اثبات أي خطأ ظاهر في هذا الشأن و كذلك الأمر بصدد قرارات الإدارة رفض الجمع بين أفراد الأسرة الواحدة اذا كان عائلها من الأجانب المقيمين في فرنسا و يرغب في استحضار أسرته وفقا لمرسوم 29 أفريل 1976 المعدل بمرسوم 4 ديسمبر 1984 المنظم لحق تجميع الأسرة.

انه في مثل هذه الحالات أصبحت رقابة القاضي الإداري على تقدير الإدارة لخطورة التهديد الوشيك أن يخل بالنظام العام و الذي يستند اليه قرار الإدارة برفض التصريح للأجانب بالإقامة في فرنسا ، أصبحت هذه الرقابة كاملة على الوجود المادي للوقائع و على التكييف القانوني لها كذلك.

الطائفة الثانية: مجموعة من القرارات التي تتميز بطابعها العلمي المعقد؛ أين يجد مجلس الدولة في هذه الحال عجزا عن ممارسة الرقابة عليها بنفسه دون الاستعانة برأي الخبراء من أهل العلم، و على هذا الأساس فانه بدلا من رفض رقابته عليها أو التظاهر بمباشرتها، يترك تقدير هذه القرارات للإدارة نفسها على اعتبارها أكثر قدرة بما تملكه من أجهزة فنية و علمية لإجراء التكييف القانوني الصحيح للوقائع التي يكون القرار الإداري مستندا عليها.

تجدر الإشارة في هذا الصدد بالذات ، أنه رغم اعتراف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة ، بصدد القرارات المشار اليها بتلك الطائفتين ، بسلطة تقديرية واسعة بما كان من المفترض أن يؤدي الى امتناعه عن الرقابة على تقدير الإدارة بشأن التكييف القانوني للوقائع

¹ سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 214

التي تقوم عليها، إلا أن مجلس الدولة رأى أن هذه السلطة التقديرية الواسعة لا تمنعه من إعادة بسط الرقابة عليها في حالة ارتكاب الإدارة لخطأ ظاهر في التقدير و ذلك وفقا للتقنيات الحديثة التي أصبحت تعد من أهم معالم السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي خلال السنوات الأخيرة باعتبارها من أحدث وسائل الرقابة للحد من السلطة التقديرية للإدارة و الرقابة عليها أو هي ما يعرف بنظرية الخطأ الظاهري التقدير وهو ما سنعرض له لاحقا.

الرقابة

المطلب الثاني

على الانحراف بالسلطة

إن القرار الإداري وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من اتخاذه و لا يعد القرار غاية في حد ذاته، و إن للوظيفة الإدارية أهدافا محددة تعتبر في الوقت نفسه حدودا للسلطات الممنوحة للإدارة إذا حادت عنها بأن انحرفت بأهدافها عن الأهداف المحددة لها¹ يشكل ذلك ما يسمى في الفقه و القضاء عيب الإنحراف بالسلطة.²

الفرع الأول

مقتضيات عامة

إن عيب الإنحراف بالسلطة هو الحالة الأخيرة التي يفحصها القاضي و هو في المرتبة الأخيرة مقارنة مع بقية العيوب، و بصفته عيبا شخصيا فإن الإنحراف بالسلطة له بعض الخصوصية في مميزاته؛ فهو ليس من النظام العام و لا يستعمل إلا إذا لم يتمكن القاضي من إثبات الوسائل الأخرى للإبطال كما لا يمكن الكشف عنه بسهولة.³

أولا/ تعريف عيب الإنحراف بالسلطة. عرفه الأستاذان أوبي و دراجو بأنه : هو عيب من عيوب القرار الإداري ، و الذي نصادفه عندما تستعمل سلطة إدارية ما بإرادتها سلطاتها

لتحقيق هدف غير الذي منحت لها من أجله تلك السلطات⁴

¹ Yves Gaudemet , op-cit , P 495 .

² سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 313

³ Martine Lombard,Gilles Dumont , op-cit , P 483.

⁴ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ، ص 299

من هذا التعريف يستشف أن الإدارة تتصرف عمدا و ليس بحسن نية و أنها تتعسف في استعمال سلطتها كونها لا تتبع الهدف الذي من أجله منحت لها تلك السلطات بل إنها ترمي لتحقيق هدف آخر ، و إن ذلك يتطلب من القاضي القيام برقابة أكثر عمقا للشرعية من أجل الكشف عن انحرافات أكثر اندساسا و اختفاء .

و عرفه الأستاذ أندري دي لوبادير كما يلي: نكون بصدد انحراف بالسلطة ، عندما تمارس سلطة إدارية ما تصرفا يدخل في اختصاصاتها لكن بغرض تحقيق هدف خارج حدود التصرف الممنوح لها من أجله بصفة مشروعة.

في حين تبني الأستاذان ديبش و ريكي تعريف القضاء الإداري و هو: نكون بصدد إنحراف بالسلطة ، عندما تستعمل السلطة الإدارية سلطاتها لتحقيق هدف غير الذي منحت لها من أجله تلك السلطات.

و قد تبني الأستاذ أحمد محيو تعريف مجلس الدولة أعلاه بقوله: نكون بصدد إنحراف بالسلطة ، عندما تستعمل السلطة الإدارية سلطاتها لتحقيق هدف غير الذي منحت لها من أجله تلك السلطة.

و يضيف الأستاذ أحمد محيو بأنه للبحث عن عيب الإنحراف بالسلطة يجب بالضرورة البحث عن البواعث التي ألهمت مصدر القرار و هذا ما يميز الأسباب عن البواعث: فالأسباب تعد معطيات واقعية أو قانونية ، و هي عناصر لها وجود موضوعي و التي من شأنها تبرير القرار الإداري و مثال ذلك سبب العقوبة المسلطة على موظف و الذي هو الخطأ التأديبي.

و بالعكس من ذلك فإن البواعث ذات طابع شخصي و ناتجة عن النية أو ميول مصدر القرار و تكشف عن الهدف المتبع و هكذا فإن الموظف المتغيب (الخطأ التأديبي) عوقب سواء لباعث مشروع أو لعداوة شخصية أو حقد رئيس المصلحة و هو باعث غير مشروع.

أما الأستاذ سليمان محمد الطماوي فعرفه بقوله: يقصد بهذا العيب أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به.

ثانيا/ ميدان الإنحراف بالسلطة.

الإنحراف بالسلطة يمكن أن يشوب القرارات الإدارية أو العقود الإدارية و على ذلك فإنه يشمل القرارات الفردية كما القرارات التنظيمية، و من جهة أخرى فإن ميدان تواجده هو ميدان السلطة التقديرية للإدارة ، لكن ليس من المستحيل أن نصادفه في حالة الإختصاص المقيد ، فكثيرا ما تختلط المفاهيم بسبب تعدد الأهداف.

الفرع الثاني

إثبات

عيب الإنحراف بالسلطة

عيب الإنحراف بالسلطة عيب عسير الإثبات لأنه عيب شخصي يكمن في نوايا رجل الإدارة و مقاصده مما جعل العميد هوريو يرى في الإنحراف بالسلطة رقابة لأخلاق الإدارة و على ذلك فإن تدخل القاضي يكون من أجل البحث عن نية الغش¹

أولا/ اثبات الانحراف بالسلطة اثباتا خصوصا.

يتميز عيب الإنحراف بالسلطة بميزة عدم امكان توقعه و على المدعي عبء إثبات وجوده ، و قضى مجلس الدولة في قضية موغراس « Maugras » بتاريخ 16-11-1900 بأن الإنحراف يجب أن يكمن في العبارات نفسها للقرار محل النزاع، و هذا ما كان يجعل الإثبات شبه مستحيل، باستثناء حالة الغلط الجسيم للإدارة.²

هذا و إن الفقه و القضاء في فرنسا و مصر انتهى إلى جعل عيب الإنحراف بالسلطة عيبا إحتياطيا ، يمكن الإلتجاء إليه فقط إذا لم يوجد عيب آخر يشوب القرار الإداري و يصلح أساسا لإبطاله مما قلل كثيرا من مجال تأثيره و ذلك لما للانحراف بالسلطة من جانب خفي مستتر لا يحول دون ظهور القرار بمظهر الأعمال الإدارية الصحيحة و ما يستلزم من بذل أقصى درجات العناية والحرص من قبل القاضي الإداري لإثباته.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ، ص 296

² سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 319

بيد أن اتجاهها حديثاً آخر ذهب إلى أن هذا الفكر يؤسس على إعتبار أن عيب الإنحراف بالسلطة عيباً قسدياً خالصاً يصعب إثباته، في حين أن عنصر المصلحة العامة مسألة موضوعية تماماً و يجب أن تتحقق فعلاً في كل نشاط إداري إستقلاً عن حسن نية رجل الإدارة، و أنه إذا كانت الغاية تبدأ بقصدتها نفسياً فإنها تنتهي إلى تحقيق موضوعي لفكرة المصلحة العامة؛ فالإنحراف هو الحد الخارجي لنشاط الإدارة ، و كلما كان الإجراء لا يؤدي إلى خدمة الصالح العام كان القرار مشوباً بهذا العيب دون حاجة إلى التعمق في نوايا الإدارة و مقاصدها.¹

بعدها حدث تطور قضائي في ناحية إثبات الإنحراف بالسلطة، بمناسبة قرار الأب أوليفي « L'abbé Olivier » الذي سمح للقاضي بإقامة الإثبات على عيب الإنحراف بالسلطة بالرجوع إلى وثائق الملف ، غير أن حدود الإجراءات التي تكون بطابعها مكتوبة أثقلت فعالية البحث في الإثبات المنحصر في الوثائق المكتوبة ، و كان القاضي لا يلجأ إلا نادراً إلى التحقيق بهدف معرفة بواعث الإدارة و الأبعد من هذا أنه بالرغم من الطابع الشخصي للإنحراف بالسلطة، لا يقع أن يستدعي القاضي رجال الإدارة من أجل استجوابهم ، كما أنهم لا يمثلون إلا نادراً لتلك الإستدعاءات.

غير أن الإنحراف بالسلطة عرف تطوراً حديثاً من ناحية الإثبات ، في البداية بقبول مختلف أنواع القرائن ذات الجدية الكافية و التي تسمح بأن نخلص إلى وجودها بواسطة الإستدلال و التحليل كأن تمنع كل المظاهرات ماعدا واحدة فقط و يكفي للإثبات أن تكون هناك أمارات كافية الجدية لوصف القرار أنه معيب بالإنحراف بالسلطة ، أو الظروف التي صدر فيها القرار أو من موقف الإدارة أثناء المناقشات أمام القاضي و الذي يمكن أن يصلح إثباتاً في حالة الإدعاءات غير المكذوبة بواسطة وثائق الملف و غير المنفية بصفة كافية ، و كذلك عندما لا تغند الإدارة ادعاءات صاحب الطلب بعد طلب القاضي منها ذلك ، و تتمسك بنفي مبدئي.²

¹ نفس المرجع ، ص 323

² لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ، ص 321

و على هذا الأساس يظهر عيب الإنحراف بالسلطة من الناحية النظرية مستتباً من النظام العام لقواعد الإثبات في المنازعات الإدارية مع انتقال عبء الإثبات من على عاتق المدعي إلى تكفل القاضي الإداري به تجاه الإدارة لما للقاضي الإداري من دور ايجابي في سير الخصومة و إجراءاتها مقارنة بمركز المدعي الذي يكون ضعيفاً أمام الإدارة. لذلك يقول الأستاذ مانويل غروس « Manuel Gros » في كتابه :

« Fonctions manifestes et intentes du détournement de pouvoir »

"الوظائف الظاهرة و الخفية للانحراف بالسلطة" :

" إن الأمر يتعلق بإقامة الإثبات على وجود نية Intention ، إرادة ، أو هدف في الجانب الخفي في ذهن رجل الإدارة، لذلك يبقى إثبات الإنحراف بالسلطة أمراً في غاية الصعوبة"

إنه يجب التأكيد أنه رغم أن عيب الإنحراف بالسلطة هو العيب الملائم دائماً للسلطة التقديرية إلا أن ذلك لا يعني أن عيب السلطة التقديرية الوحيد هو الإنحراف بالسلطة. و إنه بصدد القرائن التي من شأنها إثبات الإنحراف بالسلطة و التي تدور معظمها جوب الملاءمة في القرار الإداري يمكن ذكر ما يلي:

01- الظروف المحيطة بإصدار القرار و كيفية تنفيذه: فقد إستقر الفقه و قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن يكون إثبات عيب الإنحراف عن طريق إعتراف الإدارة أو من ملف القضية و الأوراق و الظروف المحيطة بصدور الأمر الإداري و تطبيقاً لذلك ألغت محكمة القضاء الإداري في مصر قراراً بالإحالة على التقاعد لأن ظروف الحال و ملابساته تدل على أن إحالة المدعي على التقاعد وليدة الإنتقام و ليست بباعث الصالح العام ، كما قضت بأن إصدار الوزير قراراً بعد أن قدم استقالته و قبل أن تقبل، قد يتخذ قرينة على سوء استعمال السلطة، و يثير الشبهة في أن هذا التصرف قصد به تحقيق مآرب خاصة.

02- إنعدام الدافع المعقول : يثبت بمعينة العلاقة بين عيب السبب و عيب الإنحراف فإن القاضي في حالة عدم امكانه إبطال القرار الإداري لعيب السبب، و رأى في نفس الوقت عدم وجود أي مبرر معقول يستند عليه القرار المطعون فيه فإنه يقضي بإبطاله لإنعدام الدافع المعقول مما يجعل القرار معيباً بالإنحراف بالسلطة.

و مثال ذلك في القضاء الإداري المصري تخطي موظف في الترقية أكثر من مرة دون أسباب واضحة أو معقولة أو بسبب جزاء قديم ، و قرار بالفصل بعد بضعة أشهر من تجديد تطوع المدعي إذ لم يثبت أنه جد في خلالها أمر نسب إلى المدعي يمكن التذرع به لتبرير تقدير هذا السبب بميزان مختلف و ترتيب نتيجة عكسية عليه ، و لم تسق الإدارة أي وجه جديد يدحض ما سبق أن نعتت به المدعي من حسن السيرة و السلوك ، بل إن ظروف الحال و ملابساته ترشح للاعتقاد بأن الإدارة إذ فصلت المدعي إنما انساقت إلى ذلك بسبب ضغائن شخصية لا تمت للصالح العام.

03- التمييز و المحاباة بين الأفراد : من الثابت أن الإخلال بمبدأ المساواة يؤدي إلى بطلان القرار الإداري المشوب بهذا العيب لمخالفته القانون.

لكن يصعب أحيانا إثبات عدم المساواة كعيب يلحق موضوع القرار الإداري لعدم توافر أركان هذه المخالفة و خاصة شرط وجوب التماثل في المراكز القانونية و رغم ذلك يرى القاضي الإداري إبطال القرار الإداري لعيب الإنحراف بالسلطة إذا كان من شأنه التمييز في المعاملة بين الأفراد دون أن يكون لهذا التمييز أساس أو مبرر شرعي إذ أن انعدام السبب المبرر للقرار الإداري و انطواء تصرف الإدارة على تمييز بعض الناس على حساب البعض الآخر دون مسوغ مقنع و أساس من الصالح العام هو صورة من صور مشوبة للقرار الإداري بالإنحراف ، و مثاله حكم القضاء الإداري في مصر بإلغاء قرار تخطي المدعي و تعيين بعض زملائه مع أنه و أقرانه كانوا في ظروف متماثلة و تجمعهم طبيعة واحدة و مستوى واحد و من ثمة فغن إغفاله في التعيين و عدم وزنه بالميزان العادل مقارنة بزملائه يكون قد أدى بالإدارة إلى الإنحراف في استعمال سلطتها.

و كذلك القرار بحظر العمل ليلا على مطحن بعينه دون سواه مع تساوي الظروف ، و قرار رفض قبول طالب بكلية الصيدلة و هو مستوف لشروط القبول رغم وجود محل خال يسمح بقبوله بوصفه تصرفا بادي العوج غير ملائم و لا مناسب لظرفه و ينطوي على إساءة استعمال السلطة.

بل ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر أن مجرد المحاباة في المعاملة و لو لم تنطو على إخلال بمبدأ المساواة - لإختلاف الظروف - كافيا لإبطال القرار لعيب الإنحراف بالسلطة و في ذلك قضت بأن قرار وزير الأشغال المطعون فيه تضمن قيदान يحملان في طبيتهما معنى كريها هو محاباة المهندسين ذوي المؤهلات العالية باستبقاء الأعمال كثيرة الربح

لهم و ترك الأعمال قليلة الربح إلى المدعين و إن اتحدتا في النوع و الطبيعة و حاجة كل منهما إلى التعمق في الفن الهندسي أو التخصصي في الدراسة العلمية، و في ذلك ما فيه من مجانية أهداف المشرع أو الإنحراف بالسلطة عن طريقها السوي .

04- اختيار الوقت غير الملائم لإصدار القرار: الأصل هو حرية الإدارة في اختيار الوقت الملائم لإصدار قراراتها الإدارية ، ما لم يلزمها المشرع بوقت محدد يتعين عليها اتخاذ القرار الإداري فيه .

و رغم تسليم القضاء الإداري بذلك إلا أنه رفض في كثير أحكامه تفسير هذه الحرية بأنها مطلقة من أية قيود ، إذ استقرت أحكامه على أن اطلاق حرية الإدارة في اختيار الوقت الملائم للتدخل لا يعني الإسراع و لا التراخي في استعمالها ، ذلك أنها تجد حدها الطبيعي في الوقت المعقول لكي تثبت الجهة الإدارية في طلب الترخيص.

و من ثمة فإن القرار المطعون فيه يكون مشوباً بسوء استعمال السلطة من ناحية اختيار الوقت الملائم لإصداره و بالتالي فإنه يحد حرية الإدارة في اختيار وقت تدخلها ، شأن أي سلطة تقديرية ، ألا تكون الإدارة مدفوعة في هذا الإختيار بعوامل لا تمت إلى المصلحة العامة ، أو ألا تحسن اختيار وقت تدخلها فتعجل إصدار قرار أو تتراخي في إصداره بما يرتب أضراراً للأفراد نتيجة صدور القرار في وقت غير ملائم ، و على ذلك فإن هذا الإختيار يجب أن يهدف دائماً إلى تحقيق المصلحة العامة و ألا يتخذ وسيلة للإخلال بالحقوق المكتسبة للموظفين و الإضرار بهم أو لتحقيق منافع ذاتية لهم ، و إلا كان تصرفها معيباً بسوء استعمال السلطة و مخالفاً للقانون.

05- عدم الملاءمة الظاهرة: إن هذا الوصف ينطبق على معظم التطبيقات السالف ذكرها و خاصة حالة عدم التناسب الواضح في الجزاءات التأديبية و التي يلغىها القضاء الإداري الفرنسي استناداً إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير كما سنبينه لاحقاً و الذي يظهر جلياً في حالة عدم الملاءمة الظاهرة و لذلك يستند القضاء الإداري على هذه الفكرة كقرينة لإثبات عدم شرعية القرار الإداري لعيب الإنحراف بالسلطة في غير تلك الحالات التي يمكن فيها إبطال القرار لعيب السبب أو المحل و مثال ذلك ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر من الغاء قرار الفصل استناداً إلى اتهام المدعي في قضيتين لأن في ذلك عدم ملاءمة ظاهرة في القرار مما يجعله مشوباً بعيب الإنحراف بالسلطة.

إن التأمل في هذه القرائن و تحليلها فإنها جميعا تعد مجرد تطبيقات للنظرية السائدة فقها و قضاء في فرنسا؛ ألا وهي نظرية الخطأ الظاهر في التقدير و التي ظهرت في بادئ الأمر في حقل القرارات التأديبية المستندة إلى السلطة التقديرية للإدارة و التي كانت تفلت من رقابة التكييف القانوني للوقائع التي تقوم عليها هذه القرارات.

و بعيدا عن جدلية العلاقة بين عنصري السبب و الغاية في القرار الإداري سيما في حالة السلطة التقديرية فإنه من الثابت أن الرقابة على الغاية من القرار الإداري قد تتضمن في الوقت ذاته الرقابة على عنصر السبب فيه و العلاقة بينهما و إن القاضي الإداري إذا واجه سلطة تقديرية واسعة للإدارة بصدد ملاءمة ما يتصل بعنصر السبب في القرار الإداري، سواء من حيث وجوده المادي أو من حيث التكييف القانوني له أو من حيث علاقته بعنصر المحل أو الأثر القانوني للقرار الإداري ، فإنه و إن كان يقوم فعلا برقابة جوانب الملاءمة المذكورة أعلاه إلا أنه لا يملك الحكم بإبطال القرار لهذا السبب أي لعدم الملاءمة، بل إن القاضي يلجأ إلى إثبات أن عدم ملاءمة القرار في هذه الجوانب إذا وصل إلى حد يكون معه هذا العيب يمثل نوعا من الخطأ الظاهر أو البين فإن ذلك يعد قرينة على عيب الإنحراف بالسلطة في القرار الإداري ، فيكون هذا القرار في تقدير القاضي مشوبا بالإنحراف بالسلطة، و من ثمة جديرا بالإبطال لعدم الشرعية و ليس لعدم الملاءمة.

و يرى الأستاذ سامي جمال الدين أن الفهم الصحيح لفكرة الخطأ الظاهر إنما يتحقق بالربط بين هذه الفكرة و إثبات الإنحراف بالسلطة في القرار الإداري توصلا إلى ابطاله لعدم الشرعية و من ثمة لا يجوز إعتبار الخطأ الظاهر في التقدير عيبا مستقلا بذاته يؤدي إلى الغاء القرار الإداري إذ مفاد ذلك أن تغدو عدم الملاءمة الظاهرة من أوجه عدم شرعية القرار الإداري¹ و هذا خطأ في تقديره.

إلا أننا نرى من جانبنا أن الخطأ الظاهر في التقدير هو من التقنيات الحديثة التي إعتمدها مجلس الدولة الفرنسي صحيح ظهر و طبق في بداية الأمر في مجال القرارات التأديبية لكن عممها المجلس فيما بعد و لم تعد تقتصر على الجزاءات التأديبية هذا من جهة و من جهة أخرى فإن هذه التقنية الجديدة تصلح لتطبيقها على محتوى القرار الإداري سواء من

¹ سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 332

ناحية التكييف القانوني للوقائع في عنصر السبب أو من ناحية الأثر القانوني في عنصر المحل أو تطبق أيضا في الإنحراف بالسلطة و لا تنحصر كما ذكر الأستاذ في العنصر الأخير فقط و إن الخطأ الظاهر هو من التقنيات و الوسائل المطبقة من قبل مجلس الدولة لبسط رقابته على تصرفات الإدارة خاصة أعمال السلطة التقديرية لإدخالها إلى حظيرة الشرعية و لا يعتبر عيبا في حد ذاته.

ثانيا/ يجب أن يكون الإنحراف بالسلطة أساسيا و وحيدا.

عندما تتوافر حالة من حالات الإبطال و تكون مؤسسة مهما كانت أسباب تبرير شرعية القرار موضوع دعوى الإبطال ، فإنه يجب إبطال ذلك القرار ، و هنا يكتفي القاضي الإداري بأن لا يفحص إلا تلك الحالة من حالات الإبطال و يحتفظ بها و يبطل القرار، و يعد الإنحراف بالسلطة و سيلة من وسائل الإبطال المتميزة كونه يجب في المقام الأول ان يكون أساسيا أي أن يشكل الباعث الأساسي للقرار ، و أن يكون وحيدا و مانعا exclusif لأن الإنحراف بالسلطة يمكن أن يكون مستورا بباعث آخر يكون مشروعاً.

و دون الخوض في جدلية التمييز بين البواعث و الأهداف المحددة ، يظهر بجلاء أن الإنحراف بالسلطة يجب لاعتماده كوسيلة من وسائل الإبطال و الأخذ به أن يكون بمرتبة الباعث الأساسي و المصيري لمصدر القرار موضوع الدعوى ، و إن لم يكن كذلك و رغم وجوده ، فإن الإنحراف بالسلطة إن كان تبعا فإنه لا يبرر الإبطال و هو ما يؤيد فكرة صعوبة اثباته.¹

إن القاضي عند بحثه عن الباعث الحاسم و إذا كان هذا الأخير شرعيا فإن بقية البواعث التي تكون مشوبة بالإنحراف بالسلطة تعد زائدة لا يلتفت إليها و يكون وصف القاضي للطابع الحاسم لباعث مشروع الذي يعتبر سنداً لباعث آخر غير مشروع " انحراف بالسلطة " و الذي لا اثر له يعتبر وصفا مؤسسا ، طالما كان الباعث الحاسم المشروع هو الذي تم الاستناد عليه لاتخاذ القرار الإداري محل الدعوى.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ، ص 321

و على هذا الأساس فإن استبعاد الإنحراف بالسلطة أو بالأحرى عدم الأخذ به في حالات الإختصاص المقيد للإدارة يثبت تحليلاً منطقياً من طرف القاضي، و بذلك فإنه حتى مع الإعتراف بتأسيسه فإن وسيلة الإنحراف بالسلطة لا ترتب بطلان القرار الإداري إذا كان واجبا على متخذه إصداره مهما كانت الظروف و هنا تصبح وسيلة الإنحراف بالسلطة عديمة الأثر و مثالها ممارسة رقابة الشرعية على مداوات الجماعات المحلية الذي يلزم الوالي بإبطال المداولة غير الشرعية من ناحية موضوعها و أن قراره غير معيب بتجاوز السلطة حتى و إن كانت بواعث هذا القرار تعتبر انحرافاً بالسلطة.

إنها قليلة تلك القرارات القضائية التي تشترط أن يكون الإنحراف بالسلطة هو الباعث الوحيد للقرار الإداري، و إنها حقيقة تغطية من القاضي الإداري أو تجاوز عن الإنحراف بالسلطة.

و في حالة تعدد الأهداف عندما يكون بعضها شرعياً و بعضها الآخر مشوباً بالإنحراف بالسلطة فإن القاضي يقبل بشرعية القرار الإداري لأن الهدف الشرعي يسمو على الهدف غير الشرعي، و يظهر هذا القضاء بوضوح متميز في حالة ارتباط الهدف المتعلق بالمصلحة العامة بالهدف الخاص بالمصلحة المالية.

و على ذلك نجد في موضوع نزع الملكية أن الإهتمام بالإقتصاد في الأموال العامة هو أفضل نموذج للإنحراف بالسلطة و الذي يمكن تغطيته تأسيساً على كون واقعة نزع الملكية تتناسب مع هدف ذو مصلحة عامة ، و في مجال نزع الملكية كذلك ، لكن بصرف النظر عن المصلحة المالية فإن موقف القاضي هو نفسه في حالة تقارب المصالح العامة و المصالح الخاصة ، و قد سارت جمعية مجلس الدولة الفرنسي في نفس الإتجاه معترفة بوجود منفعة عامة لنزع الملكية لجزيرة صغيرة في منطقة "ماتز" Metz لصالح مجموعة من التجار لقيام سبب فرعي يتمثل في أن نزع الملكية هذا سوف يمكن من إنشاء سكنات .¹

إن هذا الإتجاه و الموقف الإيجابي من القاضي لم يقتصر على ميدان المصلحة المالية و ميدان نزع الملكية بل نجده في ميادين عديدة لنشاط الإدارة و مثال ذلك فإن التسخيرة التي تصدر عن الإدارة لوضع حد لإحتلال بدون سند تعد شرعية عندما تكون لمصلحة البلاد.

¹ نفس المرجع ، ص 322-323

إنه أبعد من ذلك، فإن القاضي يذهب أحيانا و بشكل بعدي لاحق إلى إعادة إنشاء الأسباب التي بإمكانها تبرير قرار لم يصدره رجل الإدارة إلا بارتكابه لانحراف بالسلطة، و يكون الأمر كذلك في حالة إرجاع الوضعية القانونية السابقة إلى ما كانت عليه و تحديدا في موضوع سحب أو إبطال القرار الإداري.

إن المانع الوحيد أو الحد لهذه التغطية هو معاينة القاضي لأن يكون الإنحراف بالسلطة هو السبب الوحيد و الحاسم للقرار الإداري و حينها تأخذ عقوبة البطلان للقرار الإداري مداها المزدوج للرقابة على خلق الإدارة ، و لذلك يجب ان يكون إثبات الإنحراف بالسلطة على أنه هو العيب الوحيد أو على الأقل هو العيب الأساسي.

إن عيب الإنحراف بالسلطة يعد وسيلة صعبة من حيث الإثبات يمكن أن يلجأ إليها منازع الإدارة إذ يجب اثباته إثباتا خصوصا ، لكن على أن يكون أساسيا و وحيدا.

المبحث الثاني

مبررات الرقابة على السلطة التقديرية و آلياتها

استند مجلس الدولة الفرنسي في بسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة إلى مبررات تتعلق أساسا بواجب احترام الإدارة للقانون ثم تحقيق المصلحة العامة في أعمالها و هو ما نعالجه في المطلب الأول، ثم إعتد وسائل لممارسة هذه الرقابة، مرتكزا في كل ذلك على تقنيات حديثة استحدثها بنفسه لمنع الإدارة من التماهي في التقدير حتى لا يتحول إلى تعسف و هو ما نتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الأول

مبررات الرقابة على السلطة التقديرية

إن لهذه المبررات أهميتها القصوى ذلك أن القضاء الإداري هو قضاء منشئ و قد أوجد مجلس الدولة الفرنسي هذه المبررات من جانبه حتى يدخل تصرفات الإدارة في نطاق رقابته تحت لواء مبدأ الشرعية و حتى لا تقلت السلطة الإدارية من رقابة القضاء في أعمالها و هذه المبررات تنحصر في عنصري عدم استهداف المصلحة العامة و عدم احترام مبادئ القانون العامة.

الفرع الأول

عدم استهداف المصلحة العامة

إن استهداف المصلحة العامة هي غاية كل عمل إداري لكن قد يحيد رجل الإدارة بتحقيق هدف أجنبي عن أي مصلحة عامة أو تحقيق مصلحة عامة غير المصلحة الشرعية المحددة قانوناً.

أولاً/ تحقيق هدف أجنبي عن أي مصلحة عامة.

إن الإدارة قد تتصرف من أجل هدف أجنبي عن أي مصلحة عامة¹ و ذلك في صورتين.

01- أن يتخذ القرار لمصلحة شخص أو عدة أشخاص:

فقد يتخذ القرار لمصلحة مصدر القرار نفسه أو لمصلحة شخص أو عدة أشخاص.

أ- مصلحة خاصة لمصدر القرار: مثاله أن يقوم رئيس البلدية بتنظيم المراقص العمومية أو الحانات من أجل تجنب المنافسة لمرقص أو حانة مملوكة له أو أن يصدر رئيس البلدية عدة قرارات متتابعة لتوقيف حارس عن أداء مهامه بهدف الإنتقام الشخصي.

ب- مصلحة شخص أو عدة أشخاص: كأن يتعلق الأمر بحظوة غير شرعية تريد الإدارة منحها لشخص ما و الميدان الخصب لهذه الحالة هو مجال الصفقات العمومية و الوظيف العمومي و الشرطة الإدارية.

و قد يتخذ القرار لمصلحة مجموعة خاصة ، مثل التصريح بالمنفعة العامة لنزع ملكية بناية و تسليمها لشركة خاصة.

هذا و يمكن أن تكون المصلحة سياسية أو دينية و مثاله قرار مجلس الدولة الفرنسي في 03-10-1980 قضية شوارتز و من معه في حظر موكب ديني في 15 أوت بينما نظم في اليوم نفسه حفل لائكي و عمالي.

02- أن يوجه القرار ضد أحد الأشخاص: و تجدر الإشارة هنا بداية إلى الصعوبات التي تضعها الإدارة في وجه الجهات القضائية الإدارية أثناء تطبيقها لحجية الشيء المحكوم فيه « la chose jugée » و تظهر الأمثلة الأكثر بروزاً بالعزل المستتر الخاص بالأعوان المحليين.

ففي مجال الوظيف العمومي نجد القرارات التالية:

¹ Martine Lombard. Gilles Dumont , op-cit , P 483.

قرار مجلس الدولة في 23-11-1962 في قضية "كامارا" المتعلقة بنقاط غير كافية و الممنوحة لعون عمومي بسبب ممارسته لوكالة انتخابية.

قرار مجلس الدولة في 09-11-1966 قضية بلدية "كلوهار-كارنوي" تتعلق بعدم حياد رئيس بلدية، و الذي اتخذ موقفاً ضد قبول امرأة لممارسة وظيفة سكرتيرة للبلدية.¹ قرار مجلس الدولة في 25-10-1972 قضية مكتب المساعدة الإجتماعية ل: "مونفران-ساف" الخاصة بالتسريح المنطوق به لأسباب شخصية.

كما نجد هذه الحالة في كل تدبير متخذ بهدف الحقد أو العداة الشخصيين و قد يكون الهدف سياسياً أو دينياً و يمكن أن تدخل في هذه الفئة التدابير المتخذة بهدف الإنتقام فقط.

و قد يكون التدبير المتخذ يرمي إلى تحقيق هدف أجنبي إطلاقاً عن المصلحة العامة ، كما في قضية وزير التربية الوطنية ضد "نويل" بخصوص التفويض المتعلق بأستاذ لمخالطة أحد أبنائه لمدرسة خاصة.

بل إنه قد تعتمد الإدارة الى تعديل لائحة بهدف الإستجابة لإنشغالات شخصية لوزير، و استبعاد موظف لا يعجب الوزير عن وظيفة و ذلك من أجل منح تلك الوظيفة لشخص آخر غيره.

ثانياً/ تحقيق مصلحة عامة غير المصلحة الشرعية المحددة.

يمكن أن تستعمل الإدارة سلطاتها من أجل تحقيق هدف ذو مصلحة عامة لكن غير الهدف الممكن تحقيقه بطريقة شرعية و المحدد مسبقاً وفق قاعدة تخصيص الأهداف، فعندما يحدد القانون وفق سلطات ممنوحة لرجل الإدارة تحقيق هدف ذي مصلحة عامة محدد بدقة فإنه ليس باستطاعته و لو بهدف المصلحة العامة أن يخالفه و يجب على القاضي أن يحدد الهدف الذي منحت من أجله تلك السلطة للإدارة، ثم يقوم بمراقبة مدى احترام ذلك الهدف.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ، ص 309

و قد يستهدف رجل الإدارة هنا تحقيق مصلحة مالية، و هذا في أغلب الحالات التي تتحرف فيها بسلطتها كما تستهدف غايات أخرى للمصلحة العامة غير تلك الملزمة بتحقيقها و هما الحالتان اللتان سنتناولهما:

01- استهداف مصلحة مالية وراء مصلحة عامة: في هذه المجال بدأ ظهور الإنحراف بالسلطة في فكر القاضي الإداري تأسيسا على فكرة الإختصاص و حدوده أو ضيقه في بعض الحالات، إذ أن كل إختصاص ممنوح للإدارة يشتمل على غاية يجب ان لا تبتعد عنها، و تتعلق معظم القرارات القضائية المتدخلة في هذا المجال ابتداء من سنة 1858 بالتدابير البوليسية المتخذة لتفضيل للشركات المستفيدة من عقد امتياز و تبعا للفكرة نفسها قرر مجلس الدولة بأنه ليس باستطاعة رئيس العمالة الإبقاء على رخصة لإستعمال الطريق تحت شرط دفع المرخص له لإتاوة.

إن هذا ما كان يسمى الإنحراف بالسلطة تحقيقا لمصلحة مالية ، و على ذلك لا يجوز للإدارة أن تستعمل سلطاتها في مجال الضبط الإداري لتحقيق هدف مالي بحت ، من أجل تدعيم مدخولها الضريبي أو لفائدة المؤسسات التي أنشأتها أو تلك الخاصة بالمستفيدين من عقد الإمتياز.

إن هذا المبرر الذي اعتمده القاضي الإداري أساسا لبسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة بدأ بالتدابير المتخذة من قبل السلطات البلدية ثم عرف تحقيق الهدف المالي تطورا ملحوظا و هذا لكون عملية البحث في تعدد الأهداف سمح في الكثير من الحالات باكتشاف أنه إلى جانب الباعث المالي يوجد هدف تحقيق المصلحة العامة.

و أيضا لأن المصلحة المالية كانت تبدو في بعض الحالات باعثا مشروعيا معترفا به من قبل القاضي الإداري .

بينما في سنة 1878 في قضية "دهاينين" قرر مجلس الدولة أنه ليس باستطاعة رئيس العمالة أن يخضع للإبقاء على رخصة لإستعمال الطريق لشرط دفع الإتاوة ، فإنه قبل ذلك دون صعوبة فيما بعد.

إنه تجب الإشارة أنه إذا كان الباعث المالي هو الباعث الوحيد للقرار الإداري فإن القرار يبطل كما هو مذكور أعلاه .

و هكذا اعتبر مشروعا القرار المانع لمرور المركبات الأكثر ثقلا في الطريق، ما دام رئيس البلدية قد تدخل ليس فقط للتخفيف من أعباء ميزانية البلدية ، لكن أيضا من أجل صلاحية الطريق للسيير .

أهداف أخرى للمصلحة العامة: بعيدا عن البواعث المالية توجد أهداف أخرى إذ بالإمكان أن تقود الإدارة إلى اتخاذ القرار اعتبارات أخرى للمصلحة العامة و الأجنبية عن الهدف المحدد من طرف القانون، و مثاله ضغط تمارسه سلطة عليا لإرغام سلطة أدنى أو لامركزية أو كذلك أحد الخواص للتصرف في اتجاه معين و مجلس الدولة في 01-07-1955 قضية شركة سيرك بيندر و تتعلق برفض الترخيص لسيرك ليقدم عروضاً بهدف محاباة المعرض السنوي للمدينة، و نكون في هذه الحالة في حالة تمويه قرار بتحديد الإقامة لكنه في الحقيقة يهدف إلى تسخير الأشخاص، أو استعمال سلطات البوليس للتمكين من تنفيذ عقد.¹

و من أمثلة القضاء الإداري في الجزائر على عدم استهداف المصلحة العامة و هو الوجه الآخر للانحراف بالسلطة؛ قرار المحكمة العليا - الغرفة الإدارية - بتاريخ 15-12-1991 في قضية ب ع ضد وزير التعليم العالي و البحث العلمي بإبطال قرار رفض إعادة إدماج المدعي في منصبه على أساس إتباع الإدارة لهدف أجنبي إطلاقاً عن المصلحة العامة .²

كما قضت أيضا بتاريخ 13-04-1998 في قضية فريق ق ضد والي المسيلة بإبطال المقررات الثلاثة الصادرة عن والي المتعلقة على التوالي بالتصريح بالمنفعة العامة في 26-12-1989 و نزع الملكية للمنفعة العامة في 25-12-1991 و أخيرا مقرر نقل الملكية في 19-03-1995 ، على أساس تحقيق مصلحة عدة أشخاص و ليس من أجل تحقيق مصلحة عامة و كذلك من أجل تحقيق مصلحة مالية للبلدية وحدها رغم أن إبطال المقررات كان مؤسسا على مخالفة القانون.³

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ،ص 314

² نفس المرجع ، ص 336

³ نفس المرجع ، ص 339

كما قضى مجلس الدولة بتاريخ 19-04-1999 في قضية طيان مكي ضد بلدية أولاد فايت بإبطال قرار رئيس بلدية أولاد فايت المؤرخ في 20-03-1989 على أساس تحقيق مصلحة أحد الأشخاص رغم أن إبطال المقررات كان مؤسسا على مبدأ الحق المكتسب.¹

و قضى كذلك بتاريخ 03-05-1999 في قضية رئيس بلدية بركة ضد مكي مبروك لأن رئيس البلدية أعلاه منح قطعة أرضية بموجب مداولة مؤرخة في 04-11-1984 لصالح أحد أبنائه على أساس استعمال سلطته ليس لتحقيق الصالح العام، بل لفائدته الشخصية المجسدة في أحد أبنائه.²

و قد قام مجلس قضاء باتنة بإبطال القرار الإداري المؤرخ في 22-03-1987 و محضر المداولة المؤرخ في 26-07-1987 و هو القرار الذي أيده مجلس الدولة بالقرار المذكور أعلاه.

الفرع الثاني

عدم احترام مبادئ القانون العامة

إن المبرر الثاني لرقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة هو عدم احترام السلطة الإدارية لمبادئ القانون العامة. و مبادئ القانون العامة أو المبادئ العامة للقانون هي مبادئ غير تشريعية يستخلصها القضاء من مقومات المجتمع الأساسية و قواعد التنظيم القانوني في الدولة ، و يقررها في أحكامه على أساس أنها قواعد قانونية ملزمة ، و تعد هذه المبادئ من عناصر الشرعية التي يتوجب على السلطات العامة احترامها و تحديدا السلطة الإدارية، و تعتبر القرارات المخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة. و نذكر من تلك المبادئ مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية و مبدأ كفالة حقوق الدفاع التي يطبقها القضاء الإداري منذ زمن طويل.³

¹ نفس المرجع ، ص 342

² نفس المرجع ، ص 345

³ Jean Rivero, Jean Waline op-cit , P 64.

إن مبرر توظيف القضاء الإداري لمبادئ القانون العامة هو تزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة الناجمة عن تخلي المشرع أحيانا أو عجزه أحيانا أخرى عن تنظيم كل مناحي الحياة الإدارية.¹ لذلك لجأ القضاء إلى مبادئ الدفاع عن الحقوق و الحريات ، و العدالة ضد كل تعسف للحد من اتساع حرية الإدارة في التقدير حتى لا تتقلب إلى سلطة مطلقة.²

و يبسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته بمناسبة دعاوى تجاوز السلطة ويتصدى للإدارة عند مخالفتها لبعض مبادئ القانون العامة التي لا يسهل أحيانا العثور على أصولها، فبعضها يتعلق بالحقوق الفردية التي كفلها تصريح الحقوق سنة 1789 و ديباجة دستور 1946 ثم في دستور 1958 كما قد تتعلق كذلك بمبادئ مستخلصة من مجموع القواعد التشريعية أو قواعد الآداب العامة.

هذا و تجدر الإشارة أن قائمة المبادئ العامة للقانون في تزايد مستمر، و أغلبها كرسها القضاء الإداري ، مع وجود مبادئ إعترض القضاء على اعتبارها كذلك أو هي قابلة للنقاش.

و نتناول المبادئ العامة المكرسة و كذا المرفوضة ثم المبادئ العامة و التشريع المخالف و حجية المبادئ العامة النسبية.

أولا/ المبادئ المكرسة من طرف القضاء .

مبادئ القانون العامة التي قبلها القضاء :

- 01- مبدأ مساواة المواطنين في تقلد الوظائف العامة: و قضى مجلس الدولة بأن المواطنين متساوين فيما بينهم في تقلد الدرجات الجامعية في قرار له صدر بتاريخ 26-11-1962 في قضية جورد و مالفيل.³

¹ Yves Gaudemet , op-cit , P 581 .

سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 257²

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية"، مرجع سابق ، ص 226

و في قرار لمجلس الدولة في 18-03-1983 في قضية ميلزانت رفض سلوك الوزير الذي استند على المواقف السياسية للمتشرح لمنع الأخير من المشاركة في امتحان الدخول إلى الوظيفة العامة.

02- مبدأ مساواة المواطنين أمام المرافق العامة: هذا المبدأ أخذ به مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 25-06-1969 في قضية فانسون و اعتمده في قضايا عدة منها :
- التمييز المؤسس على الجنسية في مادة التمكين من المنح الإجتماعية.¹

و يوجد مساس بمبدأ المساواة في المعاملة ما بين مرشحين لمسابقة إدارية ، إذا تم اجراء الإمتحان نفسه في شكل كتابي بالنسبة للبعض و شفاهيا للبعض الآخرين في قرار لمجلسالدولة في 14-12-1981 في قضية إبيي « Huiet » .

03- مبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة : هو من مبادئ القانون العام و لا يستلزم وجود نص قانوني لتطبيقه تبعا للإجتهاد القضائي نفسه و مثاله قرار مجلس الدولة في 07-02-1958² في قضية نقابة ملاك غابات الفلين بالجزائر. و كان لإجتهاد المجلس الدستوري أعمال لهذا المبدأ المنصوص عليه في تصريح الحقوق لسنة 1789 و كذلك في الدستور و اعتبر المجلس الدستوري مبادئ عامة للقانون؛ مبدأ حرية الإجتماع و التجمع ومبدأ الحرية الفردية ومبدأ حرية التعليم ومبدأ استقلالية القضاء الإداري.*

ثانيا/ المبادئ المرفوضة أو محل نقاش.

لم يقبل مجلس الدولة أن يعتبر بعضها كمبادئ عامة للقانون إذ أنها محل نقاش و جدل شديد. و قضى مجلس الدولة في قرار قديم بتاريخ 10-04-1959 في قضية فوري كورمراي أنه لا يعتبر مبدأ توازي

نفس المرجع ، ص 227¹

نفس المرجع ، ص 228 – 229²

*و يعد مبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة من المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة و يعنى بالأعباء العامة على الخصوص ؛ الأعباء المالية من رسوم و ضرائب ، و على ذلك فإن قرار ادارة الضرائب بإعفاء مكلف من دفع الضريبة دون مبرر شرعي يعد مخالفا لمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة.

الأشكال كمبدأ عام للقانون و هو ليس محمي بتلك الصفة.

كما قرر بتاريخ 27-04-1988 في قضية سوفي أنه لا يوجد مساس بأي مبدأ عام للقانون عندما يتراأس مجلس التأديب قاضيا سبق أن تولى رئاسة هيئة قضائية كانت مهمتها الفصل في متابعات جزائية ضد الموظف نفسه.¹

ثالثا/ المبادئ العامة و النصوص المخالفة.

مبادئ القانون العامة لها قيمتها في غياب النص المخالف ، غير أن دستور 4 أكتوبر 1958 وسع بصورة معتبرة ميدان نشاط السلطة التنظيمية و أوجد لوائح معروفة باللوائح المستقلة « Reglements dits autonomes » .

و انتهى الفقه بأن اللوائح المستقلة لا تختلف عن اللوائح الأخرى وأنها تحتل مرتبة أدنى من القانون و هي من الأعمال الإدارية ، الأمر الذي يجعلها دائما محلا لرقابة القضاء الإداري على أساس مخالفتها لمبادئ القانون العامة. و بهذا الصدد أصدر مجلس الدولة قرارا أساسيا بتاريخ 24-04-1964 في قضية شركة المساهمة لموزعي المواد المصنعة و التجارية، نص في عبارته بأن لتلك المبادئ حجية حتى في غياب مقتضيات تشريعية في مواجهة الحائزين على السلطة التنظيمية.²

و استنادا على قرار مجلس الدولة أعلاه و منذ صدوره ، صار القضاء يميز ما بين "المبادئ العامة" التي لا يمكن لأي مرسوم أن يتجاهلها و إلا اعتبر غير شرعي و بين "القواعد التي تفرض نفسها عند غياب النص المخالف" و التي يستطيع مرسوم ما تعديلها .

رابعا/ حجية مبادئ القانون العامة.

تعتبر حجية مبادئ القانون العامة نسبية ، ذلك أن المساواة المؤسسة على المبادئ العامة للقانون ذات طابع نسبي فهي لا تفرض نفسها إلا إذا وجد المعنيون أنفسهم في وضعيات مماثلة ، أما في الحالة العكسية تكون عرضة "لتعديلات" و أمثلة ذلك نجدها في سير

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية"، مرجع سابق ، ص 235

² نفس المرجع ، ص 237

المرافق العامة و كذا المساعدات المالية العمومية و القبول في الوظائف العامة و ممارسة الوظائف العامة.

و بذلك يكون المنفذ و الحجة التي تتذرع بها الإدارة و التي بموجبها لا وجود لأي تمييز مجحف و غير مبرر عندما لا يكون الأفراد المعنيين متواجدين في وضعيات متماثلة ، يكون الميل من طرف الإدارة إلى التوسع بطريقة محسوسة .

و هكذا كان منتجوا لحوم البقر و الخنازير و الأغنام لا يتواجدون في وضعيات مماثلة لتلك التي يتواجد فيها منتجوا اللحوم الأخرى و خاصة لحوم الخيول و الماعز . و كذلك إذا كان مستعملوا الطريق خاضعين لالتزامات مختلفة بشأن حزام الأمن فإن ذلك راجع لتواجدهم في وضعيات مختلفة.

أما فيما يتعلق بالقيمة القانونية للمبادئ العامة فإنها تأخذ مرتبة التشريع، بمعنى أن الأعمال التنظيمية للإدارة لا يمكنها تجاوز تلك المبادئ، سوى التشريع يمكنه إلغاؤها. أما المبادئ الأخرى التي لها قيمة دستورية بتكريس من المجلس الدستوري فإن لها قيمة فوق تشريعية.

وإن ما يمكن قوله عن هذه المبادئ هي مثلها مثل النصوص القانونية ، منها ما هو ثابت كمبدأ احترام حقوق الدفاع و مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ، و منها ما هو قابل للتطور و التحديث بما يتلاءم و ظروف الحال و المكان و الزمان و طبيعة المنازعات المعروضة تبعا لذلك.¹

إن استنهاض مبادئ القانون العامة و استحداث التقنيات الحديثة مثل الخطأ الظاهر و الموازنة من أجل رقابة السلطة التقديرية للإدارة تعتبر من ابتكارات مجلس الدولة الأكثر لفتا للإنتباه و أهمية بين عام 1945 و 1970 و هي فترته الخصبة .²

و من أمثلة القضاء الإداري في الجزائر في مبادئ القانون العامة ؛ قرار المجلس الأعلى - الغزفة الإدارية - بتاريخ 02-11-1984 بإبطال مقرر والي عنابة لمخالفته لمبدأ

¹ Jean Rivero, Jean Waline , op-cit , P 66.

Jacqueline Morand- Deviller , op-cit , P 279.²

الحق المكتسب بموجب القرار الإداري المؤرخ في 04-11-1982 و قرار المجلس الأعلى بتاريخ 26-06-1982 بإبطال المقرر البلدي المؤرخ في 19-05-1981 الصادر عن رئيس المجلس الشعبي للعبة لمخالفته لمبدأ الحقوق المكتسبة¹ و في قرارين آخرين للمجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - الأول بتاريخ 16-05-1987 بإبطال قرار والي عنابة و الآخر بتاريخ 06-06-1987 بإبطال مقررات صادرة عن رئيس المجلس الشعبي البلدي لسيد بلعباس لنفس المبدأ و آخر بتاريخ 05-11-1988 أبطل المقرر المؤرخ في 24-05-1986 الصادر عن رئيس بلدية بوزريعة ، ثم توالى قرارات المحكمة العليا فيما بعد على نفس المنوال مثاله قرار في 19-12-1993 بإبطال قرار منح محل تجاري من طرف رئيس بلدية الشارقة لنفس المبدأ و خلال سنة 1999 تنصب مجلس الدولة و سار على نفس المنوال.²

و كذلك فيما يتعلق بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه في المنازعات الإدارية خاصة في دعوى تجاوز السلطة فهو من النظام العام.*

و مثاله قرار المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - بتاريخ 23-11-1985 قضى بإبطال قرار والي مؤرخ في 28-02-1970 لمخالفته لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه و كذا إبطاله للمقررين الإداريين المؤرخين في 16-01-1984 و 31-12-1984 في قضية ي أ ضد والي تيبازة و من معه.³ أما عن مخالفة مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، قرر المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - بتاريخ 26-05-1984 في قضية ل خ ضد وزير الشؤون

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ، ص 271- 272

² نفس المرجع ، ص 274 وما بعدها

* وهو قرينة قضائية يثيره القاضي الإداري من تلقاء نفسه ، فعندما يبطل القضاء الإداري قرارا إداريا ، فإن القرار القضائي النهائي يصبح قرينة قضائية من النظام العام لا يجوز لأي طرف التمسك بالقرار الإداري المبطل فهو مخالف لمبدأ الشرعية ، و على ذلك صار مبدأ حجية الشيء المقضي فيه في المواد الإدارية مصدرا من مصادر الشرعية و مبدأ عاما من مبادئ القانون التي أنشأها القضاء و على هذا الأساس لا يجوز للإدارة عند إصدار قراراتها مخالفة هذا المبدأ و إلا إعتبر قرارها محلا لدعوى تجاوز السلطة و كان مصيره الإبطال.

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، مرجع سابق ، ص 289

الخارجية بإبطال المقرر الصادر عن الأخير المؤرخ في 11-04-1982 لمخالفته مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية.¹

و الإسقاط و الشاهد هنا ، أنه في كل هذه الأمثلة سواء من قبل القضاء الإداري الفرنسي أو من قبل القضاء الإداري الجزائري فإن القاضي بسط رقابته على قرارات الإدارة حتى في حال أعمال سلطتها التقديرية ، و رغم غياب النص القانوني ، فإنه تدخل و فرض على الإدارة احترام المبادئ العامة للقانون ، لأنها من مصادر القانون و يقع عليها واجب احترامها تحت طائلة إبطال قراراتها نتيجة هذا الإخلال .

المطلب الثاني

آليات الرقابة على السلطة التقديرية

و نتناول في هذا المطلب رقابة الملاءمة و مبدأ التناسب باعتبارهما من وسائل الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في الفرع الأول، ثم التقنيات الحديثة لهذه الرقابة و هي الخطأ الظاهر في التقدير و مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار في الفرع الثاني.

الفرع الأول

وسائل الرقابة

يمارس القضاء الإداري رقابته على سلطة تقدير الإدارة بوسيلتين اثنتين نتعرض لهما تباعا هما رقابة الملاءمة و مبدأ التناسب.

أولا/ رقابة الملاءمة: إن مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ، خاصة بين الإدارة و القضاء و ما يقتضيه من حصر دور القاضي الإداري في حدود رقابة شرعية العمل الإداري دون ملاءمته لم يعمر طويلا مع تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، خصوصا إذا كان من شأن العمل الإداري الخروج بصفة صارخة على مبادئ العدالة أو روحها. و على هذا الأساس حاول عديد الفقهاء دفع القضاء إلى الرقابة على كثير من القرارات الإدارية، بإدخال مسألة ملاءمة هذه القرارات إلى حظيرة الشرعية، لأنهم يرون أنه لا يجوز

¹ نفس المرجع ، ص 293

أن تتمتع جهة الإدارة بشأن الملاءمة بأية سلطة تقديرية.¹

و من ثمة حاول توفير السند القانوني للقضاء لتبرير اقتحامه فكرة الملاءمة في هذه القرارات داخل الشرعية إعلاء لها و سيادة القانون و حرصا على مبادئ العدالة و الإنصاف، و هذا حقيقة هو الأمر الذي أدى إلى تحريك الحدود الفاصلة بين الإختصاص المقيد للإدارة و الإختصاص التقديري لها ، بتوسيع نطاق الأول على حساب الثاني .

و استجاب القضاء الإداري في فرنسا و مصر لهذا الإتجاه، لكن دون الخروج صراحة على قاعدة أنه قضاء للشرعية و ليس للملاءمة ، و ذلك عن طريق بعض الوسائل القانونية، و يأتي على رأسها استدعاء مبادئ القانون العامة، التي من شأنها الحد من السلطة التقديرية، و استلهام روح القانون لفرض مزيد من القيود التي لم ينص عليها المشرع صراحة، و الفصل بين مباشرة الإدارة للسلطة التقديرية و الرقابة القضائية عليها .

إلا أن الفقه اختلف في تفسير رقابة الملاءمة، رغم تأييد الغالبية العظمى منه لإتجاه القضاء الإداري سواء من ناحية تمكين الجهات الإدارية من سلطة تقديرية تتسع كثيرا في صدد بعض القرارات و تضيق قليلا في قرارات أخرى، أو من ناحية تحديد أو تقدير ملاءمة بعض عناصر هذه القرارات، مما يؤثر على مدى رقابة القضاء على ممارسة تلك السلطة التقديرية و طبيعة هذه الرقابة و ما إذا كانت رقابة صريحة على الملاءمة أم أنها مازالت رقابة على الشرعية.² من هنا انطلق الفقه في تفسيره لرقابة الملاءمة.*

¹ أنظر في تعريف الملاءمة: مايا محمد نزار أبودان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 ، ص 65 .

سماح فارة ، دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة العامة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار عنابة ، السنة الجامعية 2014-2015 ، ص 62

² سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 112.

*اعتبرت الأستاذة سماح فارة الملاءمة مبدأ و عنونت في مذكرتها دور القاضي الإداري في الرقابة ص 61 مبحثا ب: " مبدأ الملاءمة " و الحقيقة أنه لا الفقه و القضاء الإداريين اعتبر الملاءمة مبدأ لحد الآن بل إنها كانت في البداية من عناصر السلطة التقديرية للإدارة ثم أدخلها القضاء الإداري الفرنسي إلى مبدأ الشرعية حتى يتمكن من بسط رقابته على قرارات السلطة التقديرية للإدارة.

Le contrôle sur l'opportunité في القرارات الإدارية على أنها رقابة على الشرعية حقيقة فعند الفقيه ديجي الرقابة القضائية لا تقوم إلا إذا كانت هناك مسألة قانونية يحكم فيها القاضي وفقا للقانون، مع التأكيد أن القانون لا يقتصر على ما يصدر عن السلطة التشريعية و إنما يشمل أيضا قواعد الشرعية الأسمى التي يطلق عليها الفقه الحديث مبادئ القانون العامة. و عليه فالقاضي عندما يطابق بين أعمال الإدارة و القانون بمعناه الواسع، فإنه لا يراقب ملاءمة هذه الأعمال و إنما تبقى هذه الرقابة باستمرار رقابة للشرعية، و بالتالي فإن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القانون بهذا المفهوم الواسع على المنازعات المعروضة عليه حيث تكون له سلطات واسعة في التفسير، و هذا ما يأخذ به أيضا الفقيه بونار.*

و على هذا استقر الفقه الفرنسي في غالبته على أن القاضي الإداري لا يراقب ملاءمة القرارات الإدارية و لا ممارسة السلطة التقديرية ذاتها، و إنما يراقب فحسب شرعية العمل الإداري، مع التأكيد أن هذه الشرعية لا تتحدد حسب موقف المشرع من تقييد سلطة الإدارة بشأن هذا العمل أو منحها حرية تقديره، و إنما تتحدد كذلك بحسب موقف القضاء من هذا العمل إذ يأتي دوره لاحقا لدور المشرع لإستكمال عناصر التقييد من خلال مبادئ القانون العامة و ليس لتحويل الإختصاص التقديري إلى اختصاص مقيد، و القاضي بذلك

* و يؤكد الفقيه جيز أيضا أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ترد فقط على جوانب الشرعية دون جوانب مسؤول الملاءمة التي تستقل الإدارة بتقديرها دون رقيب عليها فالقاضي الإداري قاضي للشرعية فقط دون الملاءمة لأنه غير و لا رئيسا إداريا و هو عادة بعيد عن الظروف المحيطة و تنحصر معلوماته في حدود ملف الدعوى، و مع ذلك فللقاضي الإداري سلطة تقرير قواعد قانونية من خلال سلطته في التفسير لإرادة المشرع الصريحة و الضمنية.

أما الفقيه فالين فيؤيد بدوره أن رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية مازالت في نطاق الرقابة على الشرعية، و لا يرى أي تناقض بين الشرعية و الملاءمة، و لا يجوز المقابلة بينهما بما يوحي بالتناقض بينهما، فالرقابة على الشرعية قد تستلزم أحيانا بسط الرقابة على الملاءمة باعتبارها من شروط مشروعية القرار الإداري و مثاله إجراءات الضبط الإداري التي يشترط لإقرارها مشروعة أن تكون ضرورية و لازمة و من ثمة ملائمة كون تقدير هذه الضرورة لا يعني سوى تقدير ملاءمة القرار و بالتالي فهي شرط لمشروعيته، كما تخضع القرارات الإدارية الأخرى أيضا لما يقرره القضاء من مبادئ قانونية عامة و ما يستخلصه من نصوص القانون أو روحه، و من ثمة فإنه في كل الأحوال فإن الأمر يتصل برقابة الشرعية و لا يتعلق بالتقدير الشخصي للقاضي و إنما بقصد المشرع بصددها، و في نفس المنوال ذهب أيضا الفقيه فيدل و كذلك معه الفقيه ديلفولفي.

يمارس وظيفته المكلف بها و هي السهر على احترام مبدأ الشرعية و التزام الإدارة بحدوده عند ممارستها لسلطاتها في اتخاذ القرار الإداري .

و في كل الأحوال فإنه ليس من شأن هذه الرقابة الإخلال بحرية التقدير المخولة للسلطة الإدارية، فعندما يطبق القاضي مبادئ القانون العامة فإنه لا يطبقها مستهدفا إهدار السلطة التقديرية للإدارة و حرمانها من حرية التقدير تماما، و إنما يطبقها فقط ضمانا للشرعية.*

وترد رقابة الملاءمة على الخطأ الظاهر في التقدير و على مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار و على مبدأ التناسب و على العموم على العلاقة المتبادلة بين عناصر الشرعية الداخلية الثلاثة خاصة أي بين عناصر السبب و المحل و الغاية، إذ أن الملاءمة هي في جوهرها العلاقة بينها جميعا.

و بذلك فالقضاء الإداري يفرض رقابته استنادا إلى وظيفته كقاض للشرعية و يمارس دورا

متعاضما في الحد من السلطة التقديرية للوقوف دون تحولها إلى سلطة تعسفية عن طريق فرضه على الإدارة احترام مبادئ القانون العامة زيادة على مصادر القانون الأخرى لسد النقص في التشريع ، إضافة إلى بسط رقابته إلى حد فحص تقدير الإدارة لملاءمة قراراتها الإدارية إذا كان ذلك سبيلا وحيدا للتوصل إلى عيب عدم الشرعية الذي يشوب القرارات الإدارية و خاصة عيب الإنحراف بالسلطة .

و تأسيسا عليه يمكن القول أن السلطة التقديرية للإدارة لم تعد مرتبطة بموقف المشرع، بل صارت تعود في النهاية للقاضي الإداري، فهو الذي يرسم حدود هذه السلطة بالنسبة لجهة الإدارة بأن يحدد مضمون و حدود الملاءمة، مما يدفع إلى إعلان زوال مقولة أن القاضي الإداري قاضي شرعية و ليس قاضيا للملاءمة، إضافة إلى انتهاء اعتقاد الربط بين ممارسة الإدارة للسلطة التقديرية، و إفلات هذه الممارسة من رقابة القضاء .

* و إن القاضي الإداري عندما يباشر رقابته على العمل الإداري فإن كل ما يقضي به أن هذا العمل لا يحقق المصلحة العامة نتيجة عدم ملاءمة التقدير الذي قامت به الإدارة، و من ثمة عليها أن تعيد مرة أخرى هذه العملية للتوصل إلى تحقيق هذا الهدف، و بذلك فإنه لا يحل نفسه محل رجل الإدارة و لا يقوم بهذا التقدير، فالتقدير موجود سلفا و قد قام به رجل الإدارة من قبل، ثم جاء القاضي لباشر رقابته على هذا التقدير.

ثانيا/ مبدأ التناسب .

تقف رقابة القاضي على قرارات السلطة الإدارية، من حيث المبدأ، عند حدود التحقق من حقيقة الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها الإدارة أساسا لقرارها، و صحة التكيف القانوني لهذه الوقائع، و عدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية ، دون تعدي القاضي ذلك إلى البحث في أهمية أو خطورة الواقعة (السبب) و تقدير مدى التناسب بينها و بين الإجراء المتخذ على أساسه أي محل القرار الإداري و مضمونه، لأنه بهذا التعدي يكون خرج على مقتضى وظيفته و تدخل في صميم عمل الإدارة، و من ثمة صار الرئيس الأعلى لجهة الإدارة .

و على هذا الأساس استقر القضاء الإداري على الإعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملاءمة بين أهمية الحالة و الخطورة الناجمة عنها و التصرف الذي تتخذه حيالها .

إلا أن القضاء لم يلزم هذه القاعدة في الكثير من الحالات، و رأى فيها ضرورة إلتزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لإتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار¹، تأسيسا على أن مبدأ التناسب Le principe de proportionnalité في هذه الحالة هو من مبادئ القانون العامة التي يجب على الإدارة أن تلتزم بها في تصرفاتها دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها، و بذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب، دون تجاوزه لحدود وظيفته باعتباره قاض للشرعية، إذ يتحدد عمله في المطابقة بين محل القرار الإداري و أحد مبادئ القانون العامة و هو مبدأ التناسب ومن ثمة إبطال القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ لمخالفته القانون و ليس لعدم الملاءمة².

¹ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ،ص 62

Martine Lombard , op-cit , P 434.

أنظر أيضا :

² سامي جمال الدين، مرجع سابق ، ص 259

و بذلك أصبح مبدأ التناسب من مبادئ القانون العامة الشهيرة في القضاء الإداري،
و الذي استطاع من خلاله أن يؤسس لرقابة قضائية موسعة على قرارات السلطة الإدارية، و
احتلال هذا المبدأ مكانة هامة في اجتهاد القضاء الإداري الحالي¹

و يجمع الفقه على أن التناسب كمبدأ هو قيد اجتهادي على السلطة التقديرية للحد
من غلوها و ضبطها ضمن حدود المنطق و المعقول و أغلب الفقه يربط التناسب بجملة من
العناصر تتمثل في الوسيلة المتخذة و الغاية من القرار و الحالة الواقعية التي يطبق عليها² و
إن القضاء طبق مبدأ التناسب على العديد من القرارات الإدارية، في ميدان التأديب من ناحية
عدم تناسب العقوبة التأديبية من حيث شدتها من جهة مع خطورة الخطأ الوظيفي أو المهني و
كذا في ميدان قرارات الضبط الإداري من حيث شدة التدبير مقارنة إلى خطورة الأفعال المخلة
بالنظام العام.³

و إن معيار عدم الشرعية في هذه الحالة ليس معيارا شخصيا، و إنما هو معيار
موضوعي، أساسه أن درجة خطورة الخطأ الإداري لا يتناسب البتة مع نوع العقوبة التأديبية و
مقدارها.

هذا و تجدر الإشارة أن الفقه الإداري الفرنسي في بداية الأمر كان منقسما بين من
يرفض الرقابة على التناسب بين العقوبة التأديبية مع المخالفة التي يرتكبها الموظف و بين
من يؤيدون هذه الرقابة، و كان أساس الخلاف مرجعه إقرار الفريق الثاني بنشأة أحد مبادئ
القانون العامة و هو مبدأ التناسب، أين ينكر الفريق الأول ذلك .

و في قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 09 جوان 1978 رأى أنه قد آن أوان
التقدم في طريق تقييد السلطة التقديرية للإدارة في أهم معاقلها و هو مجال التأديب ليبسط
رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية و مدى جسامة أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها
الموظف العام⁴ فالتجأ إلى فكرة الخطأ الظاهر لإلغاء العقوبة الموقعة على الموظف إذا ما

¹ سماح فارة، مرجع سابق ، ص 73

² نفس المرجع ، ص 78

³ Yves Gaudemet , op-cit , P 584 .

⁴ الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، مرجع سابق ، ص 183 و ما بعدها

اقتزنت بخطأ ظاهر في تقدير الأفعال المنسوبة إليه و التي تشكل خطأ تأديبيا ثم توالى أحكام مجلس الدولة على نفس المنوال مع تأييد الفقه له .

و يرى الفقه تعليقا على هذا القضاء و تحليلا له، إلى أنه استنادا إلى مساعدة المشرع عندما قرر أن تكون جسامة العقوبة التأديبية محددة تبعا لجسامة الأفعال المنسوبة للموظف العام في قانون 19 جويلية 1977 بشأن الجزاءات المالية تحديدا المادة 17 منه، فقد استخلص القضاء مبدأ التناسب بين العقوبات التأديبية و المخالفات المرتكبة، لتبرير بسط رقابته على هذا التناسب و من ثمة يمكن إبطال القرار الإداري التأديبي الذي يخل بهذا التناسب ليس بسبب الخطأ الظاهر في التقدير و لكن بسبب الخطأ في القانون، أين أصبح التكييف القانوني لخطورة أو جسامة العقوبة التأديبية و ليس فقط المخالفات التأديبية خاضعا لرقابة القاضي الإداري، و هو ما يبرز حقيقة الرقابة على الملاءمة .¹

الفرع الثاني

التقنيات الحديثة للرقابة

أولا/ الخطأ الظاهر في التقدير: القاعدة في القرارات الإدارية الصادرة استنادا إلى السلطة التقديرية للإدارة في اختيار الأسباب الدافعة لاتخاذ هذه القرارات، أنها لا تخضع لرقابة القضاء الإداري إلا من حيث التأكد من أنها مشوبة بالخطأ في القانون أو بالخطأ في الواقع أو بالإنحراف بالسلطة.² و انطلاقا من حرص القضاء الإداري على تحقيق أعلى درجات الفاعلية في رقابته على اعمال الإدارة، و ضمانا للتوازن الدقيق بين اعتبارات حماية الحقوق و الحريات العامة للأفراد و اعتبارات فعالية العملية الإدارية و نشاطها و الظروف المتغيرة دائما، وجد مجلس الدولة الفرنسي أن من الواجب عليه في الحالات المتصلة باستبعاد الرقابة القضائية على تكييف الوقائع التي تستند إليها الإدارة عند اتخاذ القرار الإداري، أن يحد من حرية الإدارة في تقدير ملاءمة قرارها الإداري؛ بأن يخضع هذا التقدير لرقابته حتى لا يتحول إلى سلطة تعسفية، و من هنا جاءت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير لسد الثغرات الموجودة في الرقابة

¹ سامي جمال الدين ، ص 272

² نفس المرجع ، ص 334

على شرعية القرارات التي تصدر استنادا إلى السلطة التقديرية للإدارة، لكن دون الولوج في دائرة الملاءمة التي تبقى للإدارة حرية تقديرها ، بشرط أن تتم ممارسة هذه الحرية بصورة معقولة يمكن تبريرها.

يستعمل مجلس الدولة الفرنسي حاليا معادلة جديدة للرقابة القضائية على العمل الإداري، يتضمن في أحد أجزائها هذا الموقف، و ذلك وفق الصياغة التالية التي مفادها أنه إذا مارست السلطة الإدارية المختصة حرية تقدير أعمالها في حالة تمتعها بالسلطة التقديرية، فإن القرارات التي تتخذها يجب ألا يشوبها عدم الوجود المادي للوقائع أو الخطأ في القانون أو الخطأ الظاهر في التقدير أو الإنحراف بالسلطة.

و يرى الأستاذ يحيي الجمل أن مفاد هذه الصياغة أن الخطأ الظاهر في التقدير قد صار من عناصر عدم شرعية القرار الإداري إلى جانب الخطأ في الواقع و في القانون و الإنحراف بالسلطة بمعنى استقلال هذا "العيب" أي الخطأ الظاهر في التقدير عن العيوب أو العناصر الأخرى المذكورة سلفا، إذ من المعروف أن مجلس الدولة الفرنسي لا يستعمل تعبيرين مختلفين للدلالة على نفس المعنى.¹

لكن نرى من جانبنا، أن الخطأ الظاهر في التقدير *L'erreur manifeste d'appréciation* لم يصبح بعد عيبا من عيوب القرار الإداري كما أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعلن ذلك في قراراته و إنما أراد إظهاره في الصياغة المذكورة أعلاه باعتباره من أدوات الرقابة الحديثة التي ما فتئ يطبقها في مجال الرقابة على أعمال السلطة التقديرية للإدارة إذا كان خطأ الإدارة فاضحا كما سنبينه لاحقا، بل إن الفقه الإداري الفرنسي كان دقيقا في وصفه بأن أدرجه ضمن التقنيات الحديثة للرقابة على السلطة التقديرية، لكنه ليس عيبا من عيوب القرار الإداري.

و إن ورود الخطأ الظاهر في التقدير ضمن صياغة مجلس الدولة الفرنسي أعلاه في هذا الإجتهد الجديد ابتداء بطرح علامة استفهام فيما إذا كان للسلطة الإدارية في سبيل

¹ يحيي الجمل ، " رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة و تكييف الوقائع " . مجلة القانون و الإقتصاد ، السنة

ممارستها لسلطتها التقديرية، أن ترتكب أخطاء في التقدير، ذلك أن مسألة السلطة التقديرية للإدارة تعتبر من أهم المسائل التي تطرح نفسها في القانون الإداري و على القاضي الإداري.¹

و يرى الأستاذ دي لوبادير أن ما ورد على لسان أحد كبار الفقه الإداري في إنجلترا البروفيسور Wade الذي اعتبر أن جوهر السلطة التقديرية أنها تورط الإدارة في ارتكاب الأخطاء مرددا ما أسماه في الإنجليزية " power to error " أو سلطة ارتكاب الخطأ أو الوقوع فيه . و بتعبير دي لوبادير :

« Il est de l'essence du pouvoir discrétionnaire qu'il implique le pouvoir de commettre des erreurs. »²

و في فرنسا أيضا ؛ يمكن للسلطة الإدارية أن تخطئ في التقدير ، لكن لا يحق لها إطلاقا الوقوع في خطأ ساطع في هذا المجال.³

و لا يشاطر الأستاذ سامي جمال الدين هذا الطرح مؤكدا أنه ليس من المقبول فهم السلطة التقديرية على أنها سلطة ارتكاب الخطأ، فالسلطة التقديرية هي الحق في الإختيار بين أمرين أو أكثر و جميعها تتفق مع القانون، لكن في السلطة التقديرية إمكانية الوقوع في الخطأ من طرف الإدارة واردة بقوة.⁴

و على هذا الأساس و الأهمية نتناول تعريف الخطأ الظاهر في التقدير كتقنية حديثة لمجلس الدولة الفرنسي لممارسة رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، و أسباب وضع النظرية و حالات تحققها، و أخيرا معيار النظرية أي المعيار المعتمد لكي نعتبر الخطأ ظاهرا ساطعا أم لا كما يلي:

¹ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص 69

² Yves Gaudemet , op-cit , P 584 .

³ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص 69

⁴ سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 339

01- تعريف نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

رغم الإستقرار الواضح لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير إلا أن تحديد معنى الخطأ الظاهر لم يحظ بإجماع الفقه ، فأحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير إلى الفكرة دون أن تتدخل بتحديد مدلولها ، كما أن غالبية الفقه تكتفي بشرح دور النظرية و تطبيقاتها دون حاجة إلى شرح مدلول الفكرة ذاتها.

و يعرف Braibant الخطأ الظاهر في التقدير أنه الخطأ الذي يتصف، في الوقت ذاته بخطورته و حتميته ، مما يجعل الإبطال مصير عمل السلطة الإدارية المشوب بمثل هذا العيب.

و يرى Costa أن الخطأ الظاهر في التقدير يقوم حقيقة بين عدم تناسب وقائع القرار و محتوى القرار نفسه ... و يجب أن يكون عدم التناسب ظاهرا بمعنى آخر بينا و جسيما في آن واحد.

« C'est en réalité une disproportion entre les motifs de faits de la decision et le contenu de celle-ci ... la disproportion doit être manifeste , c.à.d. encore une fois évidente et grave tout ensemble . »

أما Vincent فيقول أن الخطأ الظاهر في التقدير هو بالنسبة إلى القضاء خطأ اقترفته الإدارة في تقديرها للوقائع عند اصدارها قرارها الذي يظهر واضحا لا يترك مجالاً للشك .

و كذلك عرفه Vedel et Delvolve بأنه الخطأ الذي يكون واضحا و جليا للشخص العادي ، أو هو الذي لا يوجد أدنى شك في وجوده لمن له عقل مستتير ، أو هو الذي يكون جليا ، واضحا و بينا يعني جسيما ، فاحشا و ساطعا لدرجة أنه ظاهر حتى لغير القانوني .

كما يرى Auby et Drago أن الخطأ الظاهر في التقدير هو الغلو الفاحش الذي ترتكبه الإدارة في تكييفها القانوني للوقائع في إفتراضات لا تتم مراقبة تكييفها عادة .

هذا و قد عرفه القضاء الإداري الفرنسي بأنه الخطأ الواضح و الجسيم في التقدير القانوني للوقائع ، و يخضع لرقابة القاضي ، خصوصا عندما تمارس الإدارة سلطتها التقديرية في الحالات التي تكون متمتعة فيها بمثل هذه السلطة . فقد تم بسبب خطأ ظاهر في التقدير

إبطال تعيين قائد في البحرية التجارية في جهاز التفتيش العام المشرف على المكتبات الوطنية ، لأن هذا القائد الجديد لا يحمل المؤهلات المطلوبة للقيام بالمهام الجديدة على أكمل وجه .¹

تجدر الإشارة قبل الإنتقال إلى العنوان الموالي ، أنه لا وجود لأي فارق في التسميات و كلها مصطلحات سليمة الخطأ الظاهر أو الساطع أو البين و كذا الغلط أو الخطأ و أن المعنى اللغوي بين اصطلاحي الغلط و الخطأ من ناحية و بين اصطلاحي الظاهر و البين أو الساطع من ناحية أخرى لا يختلفان إلى حد نقد أي منهما ، و أن المصطلح الأساسي لهذه النظرية هو « Erreur manifeste d'appréciation » و هو من صنع القضاء الإداري الفرنسي ثم أخذ منه القضاء الإداري العربي لبعض الدول معطيا له أسماء متعددة جلها ذات معنى واحد.²

02- أسباب وضع نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

إن ما دفع القاضي الإداري إلى وضع تقنية الخطأ الظاهر في التقدير هي تحققه من أن رقابته على الوقائع التي تستند إليها القرارات الإدارية هي رقابة محدودة و قليلة الفعالية تقتصر على التثبت من صحة هذه الوقائع، من الناحية المادي ، دون التصدي إلى تقديرها عن طريق رقابة تكييفها القانوني من جانب الإدارة ، لذلك عمل على تصحيح ذلك في بعض الحالات الشاذة ، مبتدعا مفهوم أو تقنية الخطأ الظاهر " الساطع " الذي ترتكبه الإدارة في تقديرها للوقائع، و مقررًا أن مثل هذا الخطأ شأنه أن يعيب شرعية القرار الصادر بنتيجته فهو يجعل منطوق القرار المستند إليه خارجا عن حدود المنطق و التفكير السليم، و رغبة منه أيضا في مقاومة النقص في الرقابة و معالجته و خاصة غيابها في بعض مسائل التكييف و لكي يبرهن في حالات أخرى أن الاعتبارات الفنية لم تكن، بالنسبة للإدارة، وسيلة للهروب من القاعدة القانونية .

¹ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص 70.

أنظر أيضا : سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 338

² مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص 73.

أنظر أيضا : سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 335

و على هذا الأساس يرى Debbash في هذه النظرية، أنها وسيلة تساعد القاضي على مراقبة ممارسة السلطة التقديرية؛ إما في مسألة فنية تتضمن خطأ ظاهراً حتى بالنسبة إلى شخص يجهل الأصول الفنية، و إما عندما تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة فيها إغفال جسيم للمنطق و الحس السليم .

و في رقابته على الخطأ الظاهر في التقدير يعبر Kornprobst عن ذلك بقوله: "إن القاضي يخرج من تحفظه ، في الحالات التي تكشف فيها جسامة الجزاء تجريماً مبالغاً فيه ، على ضوء ظروف الدعوى ، و القاضي لا يقرر أن الأفعال غير قابلة قانونياً للتجريم ، و لكن الجسامة التي أعطيت لها ، تسمح له باستنتاج خطأ واضح في التقدير و مبالغة في التجريم ، تؤدي تبعاً لذلك إلى عيب في الجزاء الذي تم توقيعه " .¹

إن السؤال الذي يطرح نفسه في معرض المقام هذا ، ماهي حالات تحقق الخطأ الظاهر؟

03- حالات تحقق نظرية الخطأ الظاهر في التقدير .

تجدر الإشارة أن المجال الخصب الذي نشأت فيه النظرية هو ميدان القرارات التأديبية في الوظيفة العامة ثم طوره مجلس الدولة الفرنسي ليشمل عدة مجالات أخرى.²

و يتحقق الخطأ الظاهر في التقدير في حالتين اثنتين :

الحالة الأولى : عندما يكون هناك إفراط في الشدة ؛ حيث إن قسوة الإدارة قد تؤدي إلى شل حركية المرافق العامة يستتبعه خوف الموظفين و احجامهم عن تحمل المسؤولية ففي القرارات التأديبية مثلاً لا يجوز أن يعاقب الموظف المنقطع عن عمله يوماً واحداً بالفصل من الوظيفة؛ ففي ذلك قسوة ظاهرة و تجاوز غير مقبول في التقدير، يجعل التدبير الإداري غير مشروع.

الحالة الثانية : عندما يكون هناك إفراط في الشفقة ؛ حيث إن شفقة الإدارة و استهانتها بالخطأ قد تؤدي إلى استخفاف الموظفين بآداء الواجب، و إلى الإستهتار برؤسائهم و

¹ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص76

² Martine Lombard ,Gilles Dumont, op-cit , P.484 et 485.

Martine Lombard , op-cit , P.433.

أنظر أيضاً:

بمجملة واجباتهم الوظيفية ، فيصبح المرفق العام مسرحاً لأهوائهم و مصالحهم الشخصية ففي القرارات التأديبية مثلاً لا يجوز خصم أيام قليلة فقط من راتب موظف ارتكب جرم الاختلاس أو الرشوة، ففي ذلك إفراط في الشفقة، و زيادة مبالغة في العطف ، تجعل من هذا التدبير الإداري عامل تشجيع على الجريمة و استفحالها و ضياع المال العام .

ومن الأمثلة التي تفرض التشديد في العقوبة التأديبية المتعلقة بسلوك الموظف كثرة سوابقه، نوعية الخطأ المرتكب و ظرف ارتكاب الخطأ الزمانية و المكانية و غيرها.

و من أمثلة الظروف المخففة للعقوبة التأديبية؛ قلة أهمية المخالفة، حداثة عهد الموظف و عدم خبرته و خلو ملفه من السوابق و غيرها.

و تأسيساً على الحالتين المشار إليهما ؛ يجب أن يكون التناسب بين العقوبة المفروضة على الموظف و الخطأ المرتكب من طرفه مؤمناً في الحالتين ؛ فكما أن المغالاة أو الإفراط في الشدة غير مقبول ، فإن الإفراط في الشفقة أيضاً مدرفوض، و بالقدر و القوة ذاتها أي أنه إذا فرض القرار التأديبي عقوبة خفيفة جداً لا تتناسب مع خطورة الخطأ المقترف فإن هذا القرار يكون مستوجبا للإبطال .

لكن متى يمكن اعتبار الخطأ ظاهراً أو ساطعاً ؟ أي تحديد المعيار المعتد به لاعتبار الخطأ ساطعاً من عدمه .

04- معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير .

هناك معياران يرددهما الفقه الإداري هما المعيار اللغوي و المعيار الموضوعي .

أ- المعيار اللغوي: أصحاب هذا المعيار يرون أن الخطأ يصل إلى درجة من الوضوح تكفي لإقناع القاضي بوجود مثل هذا الخطأ أو تكفي لإزالة الشك حوله. و يرون أن قوام تحقق الخطأ الظاهر في التقدير أمران هما الجسامة و الوضوح .

فمن حيث الجسامة يجب أن يبلغ درجة من الجسامة تفوق درجة الخطأ البسيط فكما

يقول Braibant : " إذا كان للإدارة أن تخطئ في ممارسة سلطتها التقديرية، فإنه لا يجوز لها مطلقاً أن ترتكب خطأ جسيماً " .

أما من ناحية الوضوح فيجب أن يكون جليا بينا، و تقاس درجة الوضوح بمعيار رجل الإدارة العادي الذي يستشفه بسهولة و يكون القرار المشتمل عليه جديرا بالإبطال.

و إن القاضي الإداري ليس في حاجة من أجل التعرف إلى هذا الخطأ أن يجري بحثا معمقا أو تحقيقا حول تلك الوقائع ، إذ يمكنه الوقوف عليه أو تلمسه من مجرد النظر إلى وقائع الدعوى، أو من مجرد عرضها عليه .

هذا و بقيام الشك لدى القاضي ينتفي الخطأ الظاهر إذ أن الخطأ الظاهر يكون واضحا لا يترك مجالاً للشك و هذا ما يراه Vincent و يؤيده في ذلك Vedel et Delvolve معتبرين أن وجود الشك لدى القاضي يفقد الخطأ صفة " manifeste " . *

ب- المعيار الموضوعي: يرى أصحاب هذا المعيار أن الخطأ الظاهر لا يكمن في مدى خطورة و وضوح هذا الخطأ و إنما يكمن أساسا في إطار درجة عدم الإنضباط بالنسبة إلى عناصر التقييم التي كانت تحت نظر الإدارة عند إجرائها هذا التقييم .

أي موضوعية التقدير و الكيفية التي يراد بها الإستدلال على الخطأ الظاهر و بيان هذا الإستدلال و البحث لا يخضع لتقدير ذاتي للقاضي و إنما يقوم على تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى و أوراقها.

إن المعيارين كلاهما يكملان بعضهما، و إن تقدير وجود الخطأ الظاهر أو عدم

* و هو ما دعا مفوض الحكومة M.Galabert إلى التخلي عن اقتراحه بإلغاء قرار وزير الصحة بمنع بيع دواء معين للجمهور على أساس أن الخطأ الظاهر في تقدير الأخطار الناجمة عن تناول هذا الدواء و اعتبر ان الحجة التي نادى بها المدعون في هذا الخصوص، و إن كانت حجة قوية، تتمثل في أن الدواء على الرغم من استعماله من قبل الجمهور، فإنه لم يتسبب في حتى الآن في حدوث أية إصابة أو خطر ، إلا أنها لا تتسم مع ذلك بالبداهة أو الجلاء، و لا تزيل من ثمة كل شك أو تردد حول أخطار الدواء محل الدعوى، من هنا فقد ركز في تقريره على نغمة التشكيك و انتهى إلى القول إن الإدارة لم ترتكب خطأ ظاهرا في تقدير الخطر الذي ينطوي عليه الدواء محل المنازعة.

وجوده يعود إلى ظروف كل قضية على حدة و معطياتها، و هذا التقدير يملكه القاضي الإداري المختص.*

هذا و تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أصدر مجموعة من الأحكام رفض من خلالها الحكم بإبطال القرارات، لكن ذلك لا يعني تراجعاً عن اتجاهه الجديد، بل إن

كل ما في الأمر أنه باشر رقابته الجديدة في نطاقها السلبي، عندما عاين أنه لا وجود لأي خطأ ظاهر في التقدير من جانب الإدارة فوجد مثلا أن العقوبة تتناسب مع الأخطاء المرتكبة.

و يبرر Raymond Odent قلة القرارات التي تم إلغاؤها بسبب الخطأ الظاهر في التقدير و بقاءها محدودة بأنه من ناحية أولى؛ يندر أن تقوم الإدارة بارتكاب خطأ فاحش و ترفض أن تعدل عنه و من ناحية أخرى؛ أنه إذا أجاز القضاء، أو قبل بسهولة، أن يعتبر خطأ ما هو خطأ فاحش، إلى درجة أنه يسمح له بمراقبة تقدير الوقائع، في موضوع لا يباشر فيه إلا رقابة ذات حد أدنى، نصل في تناقض عقلي، إلى مراقبة ملاءمة قرار ما يرفض مراقبة التكيف القانوني.¹

و عموما فقد صارت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير من أهم النظريات و التقنيات الحديثة الحاسمة في الحد من احتمالات تعسف الإدارة من خلال سلطتها التقديرية، ويشير الفقه أن أولى حالات ظهور هذه النظرية كان منذ عام 1953 مع توسع القضاء الإداري في بسط رقابته على الوجود المادي للوقائع، و اشتراط أن تلتزم الإدارة بأن تضع نفسها في أفضل الظروف و الأحوال التي تكفل لها صحة تقديرها لملاءمة قرارها الإداري، و أن تصدره بروح موضوعية بعيدا عن البواعث الشخصية، و بشرط ان يتوافر لديها العناصر اللازمة لإصداره .

و في بداية عام 1960 بدأت فكرة الخطأ الظاهر في التقدير تظهر تلميحا أو ضمنا في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن صدر حكم مجلس الدولة في 15-02-1961 و الذي أخذ صراحة بهذه الفكرة التي أصبحت فعلا من النظريات المستقرة فقها و

* و على هذا الأساس اعتبر مثلا غير مشوب بالخطأ الظاهر في التقدير صرف ضابط شرطة من الخدمة بعدما ثبتت عليه تهمة استثمار حانة لبيع المشروبات و الكحول في باريس و إدارتها و اعتبر على هذا الأساس مشوبا بالخطأ الظاهر في التقدير للإفراط في الشدة صرف دركي من الخدمة تأديبيا لإقدامه على الاستيلاء على بعض المواد التي بلغ ثمنها الإجمالي 143,60 فرنكا فرنسيا، في حين أنه لم يدع عليه أحد، و لا يوجد متابعة جزائية بحقه، و كان بلباسه المدني و خارج منطقة عمله، و لم يستغل صفته الرسمية، سلوكه كان ممتازا و لم توجه إليه سابقا أية انتقادات أو تنبيهات من رؤسائه و على أساس الإفراط في الشفقة و تطبيقا إيجابيا للنظرية اعتبر مشوبا بالخطأ الظاهر في التقدير القرار الصادر عن السلطة التأديبية المختصة بتخفيض العقوبة التأديبية المفروضة على سائق سيارة في مركز استشفائي عام، من الصرف من الخدمة إلى إنزال راتبه درجتين، مع أنه صفع بعنف مدير هذا المركز و لكم بشدة رئيسه التسلسلي فأصابه بجروح و رضوض مختلفة .

¹ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص86.

قضاء في فرنسا، حيث امتد نطاق تطبيق هذه النظرية إلى كافة الميادين مثل القرارات التأديبية و إجراءات الضبط الإداري المتصلة بالمطبوعات الأجنبية أو بإبعاد الأجانب أو سحب بطاقة تحقيق الشخصية و رفض منح جواز السفر و السماح بتغيير اسم العائلة، إلى جانب بعض القرارات المتصلة بالمسائل العلمية و الفنية مثل مسألة تحديد الآثار الجانبية لأحد المستحضرات الطبية.¹

إن المدلول الجديد الذي أضافته رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، هو أن هذا الخطأ الظاهر يعتبر حدا تقف عنده السلطة التقديرية، فتكون الإدارة حرة في التقدير لكنها ليست حرة في أن تخطئ خطأ ظاهرا في التقدير، حيث تنتهي السلطة التقديرية من حيث يبدأ هذا الخطأ و تكون بذلك الإدارة خرجت من مجالها الحيوي و حدود سلطتها التقديرية و دخلت مجال السلطة المقيدة بارتكابها لهذا الخطأ الظاهر الذي أخرجها منه وأوجب تدخل رقابة القاضي.²

من أمثلة قرارات مجلس الدولة الفرنسي عن الخطأ الظاهر في التقدير في مجال الوظيف العمومي قراره بتاريخ 13-11-1953 في قضية دونيزي و بتاريخ 09-05-1962 في قضية مونت فرماي و في قضايا ضم الأراضي قراره بتاريخ 19-04-1961 في قضية بريان و بتاريخ 06-11-1970 في قضية قبيبي و في مجال التعمير قراره بتاريخ 29-03-1968 في قضية شركة تجزئة الأراضي لشاطئ بامبيلون و في مجال تدابير التدخل الإقتصادي قراره بتاريخ 26-01-1968 في قضية شركة دارجنستال.³

ثانيا/ الموازنة بين التكاليف و المنافع: نتيجة للتقدم العلمي المتزايد، و تعقد المسائل العلمية و الفنية خاصة في المجالات الاقتصادية، و ما يترتب عن ذلك من اتساع نطاق السلطة التقديرية في تلك المجالات، كان على القضاء الإداري أن يعمل على الحد من احتمالات تعسف الإدارة في هذه المسائل و خاصة عندما تتصل بالأموال و العقارات، حيث تصاعدت

¹ دكتور سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 336 و ما بعدها.

أنظر أيضا : لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ،مرجع سابق ،ص 394.

² مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص 67

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ،مرجع سابق ، ص 395 .

مطالبة الفقه له بالأخذ بمبادئ القانون العامة خاصة تلك التي يمكن اعتبارها من المبادئ الإقتصادية الجديدة .

و كان الإعلان عن مبدأ الموازنة أو التوازن بين المزايا و الأضرار

Le bilan : coût – avantages المترتبة عن القرارات الإدارية ثمرة لإجتهد الفقه و القضاء في هذا الصدد، إذ يتعين المضاهاة الصريحة بينهما، فإذا انتهت الموازنة إلى ترجيح المزايا أعلن القاضي شرعية القرار، أما إذا كانت الأضرار هي المرجحة تعين عليه الحكم بإبطال هذا القرار لعدم شرعيته.

و الميدان الذي ولد فيه مبدأ الموازنة و يمثل مجاله الرئيسي في التطبيق ، يتمثل في نزع الملكية للمنفعة العامة، و على الخصوص قرارات الإعلان أو التصريح بالمنفعة العامة فيها. و نتناول تعريف نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار:

01- تعريف نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار:

تم تعريفها على أنها: " مقارنة أو موازنة النتائج الإيجابية لتدبير إداري معين مع السلبيات التي يخلفها، و بالتالي لا يكون هذا التدبير شرعياً إلا إذا رجحت إيجابياته على سلبياته أي إذا كان رصيده إيجابياً " ¹.

02- منهجية نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار:

تتم رقابة الموازنة عن طريق ثلاثة مراحل يعالجها القاضي الإداري، ارتأينا إسقاطها على عملية نزع الملكية للمنفعة العامة على سبيل المثال فقط باعتبارها الميدان الذي ولد فيه و يجوز تعميمها و هي:

أ- أن يحقق المشروع المقترح من قبل الإدارة منفعة عامة:

¹ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص 100

و دور القاضي يتجسد في التأكد من أن نزع الملكية التي تطالب بها الإدارة ليس لها من هدف عدا تحقيق المنفعة العامة، فإذا كانت النتيجة و الإجابة سلبية يتم رفض نزع الملكية و إبطال القرار لأنه أصبح غير مشروع، أما إذا ثبتت المنفعة العامة، ينتقل القاضي إلى المرحلة الموالية.

ب- أن تكون عملية نزع الملكية لازمة على العقار المعني و لا غنى عنه:

يراقب القاضي ما إذا كان المشروع المزمع إقامته لن يحقق منفعته العامة إلا إذا أقيم على العقار الذي ستنزع ملكيته، فالأرض المطلوبة مثلا لبناء مدرجات لطلاب الجامعة في إحدى الكليات يصبح نزع ملكيتها واجبا إذا كانت ملاصقة أو مجاورة لمبنى الكلية و يترتب على ذلك حتما تحقيق منفعة عامة، لكن نزع ملكية ذات الأرض لا يصبح لازما إذا كانت بعيدة تماما عن هذا المبنى و لا يحقق نزعها أي منفعة عامة.

هذا و إن مجلس الدولة الفرنسي قد يرى أن العمل نفسه يعتبر من قبيل المنفعة العامة في حالة أو ظرف معين، و قد لا يعده كذلك في حالة أخرى أو ظرف مختلف .

و القاضي الإداري لم يعد يراقب فكرة المنفعة العامة في حد ذاتها كفكرة مجردة أو مطلقة أو معزولة، و إنما أصبح يراقب هذه الفكرة في ضوء الظروف و المعطيات التي حدت بالإدارة إلى القول بوجود منفعة عامة.

مثلا شق طريق اجتنابي وطني أو ولائي قد يمثل بالنسبة للإدارة ممثلة في الوزارة أو الولاية منفعة عامة، لا يراه القاضي كذلك إذا انعدم العقار و كانت المنطقة وعرة جبلية و تكلفة شق الجبال في الظروف الحالية و الضائقة المالية مكلفة جدا و كانت الطريق الموجودة و المتوفرة تفي بالغرض في الظروف الحالية فمراقبة القاضي للأغلفة المالية المخصصة للوزارة أو الولاية من الميزانية العامة و انعدام العقارات لشق الطريق و توفر الموقع المعني بالمشروع فقط على مناطق جبلية وعرة و تأثير المشروع سلبا على غيره من المشاريع قيد الإنجاز و غيرها تعتبر رقابة ظروف و معطيات.

ت- أن لا يرتب تنفيذ مشروع نزع الملكية أضرارا مفرطة من ناحية التعدي على الملكية الخاصة أو الكلفة الإقتصادية و الإجتماعية للعملية مقارنة إلى المنفعة التي تقدمها.

و هنا تتجلى قمة تطور الرقابة القضائية على قرارات الإدارة المتضمنة منفعة عامة، إذ لم يعد القاضي معها يكتفي برقابة ما إذا كان المشروع الذي تطالب به الإدارة، يحقق نفعا عاما أو يندرج ضمن إطار مفهوم المنفعة العامة، كما لم يعد يكتفي برقابة ما إذا كان العقار اللازم لهذا المشروع هو الذي يحقق في الواقع المنفعة العامة التي تدعيها الإدارة، بل تمتد هذه الرقابة إلى مجال ملاءمة تقدير الإدارة بواسطة تقنية حديثة اعتمدها مجلس الدولة هي رقابة موازنة المنافع و الأضرار .

أي أنه لا يمكن لا يمكن قانونا اعتبار عملية نزع الملكية محققة للمنفعة العامة إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق المنفعة الخاصة من جرائها و ما تتطلبه من تكاليف مالية و ما يحتمل أن ينتج عنها من مضار اجتماعية لا تتجاوز بشكل مبالغ فيه المزايا أو المنافع التي يمكن أن تترتب عليها، فإن رجحت كفة المزايا و المنافع فليس هناك محل لإبطال القرار ، و إذا رجحت كفة التكاليف و الأضرار يقوم القاضي الإداري بإبطال القرار¹.

03- معيار نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار :

و يقصد به الأسس و المعطيات التي تبرز المزايا المترتبة عن هذه العملية و الأضرار أو السلبيات التي قد تنجم عنها، ليقدر القاضي أي الكفتين أرجح.

قبل عام 1971 لم يكن للقاضي الإداري أن يفحص الظروف المحيطة بنزع الملكية في كل حالة على حدة، و إنما كان يعتمد على التأكد فقط من هدف هذه العملية و هو بالطبع تحقيق المنفعة العامة مثل بناء مستشفى عمومي أو مدرسة أو مكتب بريد أو شق طريق و عموما كافة المتطلبات العقارية اللازمة لسير المرافق العامة بانتظام و باضطراد .

هذا القضاء انتهى نتيجة حكم بالغ الأهمية أصدره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1971-05-28 في قضية فدرالية الدفاع عن الأشخاص المعنيين بمشروع المدينة الجديدة

¹ مايا محمد نزار أبودان ، مرجع سابق ، ص 101

أنظر أيضا :

- الشرق¹ صار بمقتضاه ان " المنفعة العامة " في مشروع نزع الملكية لن تقدر بصورة منعزلة عن الظروف المحيطة به، أين أصبح للقاضي الإداري أن يقدر مدى تحقق هذه المنفعة العامة في ضوء الأضرار التي تلحق الملكية الخاصة، زيادة على الكلفة المالية للمشروع كما يضاف إليها المضار ذات الطابع الإجتماعي التي يمكن حدوثها.²

و هذا الحكم أسس لهذه المعايير التي نوردتها كما يلي :

أ- المعيار الإقتصادي: و يقصد بها المنفعة الإقتصادية و ليس المالية، أي تحقيق التنمية في مختلف قطاعات الدولة و ليس هدفا ماليا، و إن سبب الأخذ بالمنفعة الإقتصادية والإعتراف لها بصفة المنفعة العامة هو ارتباط القدرة الإقتصادية بقيام الدولة بتوفير الرفاهية لمواطنيها، و تحسين ظروف معيشتهم.

و ترتب على تعاضم دور المنفعة الإقتصادية، مراعاة مجلس الدولة ذلك في قضائه، و قد فضل باستمرار أن يذكر أثر المشروع على التنمية الإقتصادية في حيثيات الإعتراف له بصفة المنفعة العامة فلم يكتف مثلا بالنسبة إلى مشروع إقامة قاعدة للملاحة البحرية بذكر نوع النشاط، إنما يحرص على ذكر الهدف الإقتصادي منه.

ب- المعيار المالي: أن يأخذ القاضي عند رقابته بالتكاليف المالية التي ستتحملها الجهة المنفذة للمشروع دون أن يصيبها إرهاب مالي إذا كان المشروع صالحا للتنفيذ في مدينة كبرى، أو أن هذه التكاليف قد تتسبب في أعباء مالية تفوق قدراتها إذا كان المشروع غير صالح في قرية صغيرة ذات موارد محدودة .

غير أن القضاء الإداري مر بمراحل متعددة بخصوص اعتداده بالمنفعة المالية - أشرنا إليها تلميحا في مبررات الرقابة أعلاه - كمنفعة عامة و معيار من معايير الموازنة.

فدرج منذ زمن بعيد على الإعتداد بأن استهداف المنفعة المالية في قرار تقرير المنفعة العامة يعد انحرافا بالسلطة يستتبع الإبطال و كان يقضي بإبطال القرار إذا استهدفت

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ،مرجع سابق ، ص 396

أنظر أيضا : Martine Lombard , Gilles Dumont , op-cit , P 485.

² سامي جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 277

الإدارة من قرار تقرير المنفعة العامة، التهرب من شروط عقد الإيجار، و يحكم بالإبطال أيضا إذا كان غرض الإدارة من نزع الملكية هو إعادة بيع جزء من العقارات المنزوعة ملكيتها هو الكسب المادي.

لكن في بداية الثلاثينات أخذت المنفعة المالية تتوغل شيئا فشيئا في أهداف الإدارة، و أصبح من المقبول أن يكون الهدف المالي ثانويا، و حكم القضاء الإداري بشرعية قرار إداري إذا اتخذ لمنفعة تنظيم المرور، حتى و لو كان تنفيذه سيوفر على البلدية بعض المال، و لو لجأت لنزع الملكية عنه بعد ذلك، رغم أن القضاء في هذه المرحلة رفض البحث فيما إذا كانت التكاليف باهظة بالنسبة إلى المشروع أو لا تتناسب مع موارد البلدة.

إلا أنه بمرور الوقت، و بسبب تزايد الأعباء الإقتصادية الناجمة عن تعدد اختصاصات الدولة لزيادة تدخلها في مجالات عديدة أدى إلى تضاعف حاجاتها إلى الموارد المالية.

و على ذلك اعتبر مجلس الدولة أن المنفعة المالية تتعلق بالمنفعة العامة، و أبطل قرار التصريح بالمنفعة العامة، لعدم ذكر موجز النفقات، في ملف التحقيق المسبق، و قضى بإبطال مشروع لإنشاء مطار في إحدى القرى، عندما وجد أن التكاليف المالية اللازمة له لا تتناسب البتة مع المصادر المالية لتلك القرية، معتبرا أن من شأن ذلك أن يسبب أضرارا للإقتصاد المحلي، تفوق بكثير الفائدة التي قد تترتب على إنشاء المطار.

بل إنه في حكم Consorts Lepelly بتاريخ 07-12-1997 يذكر مجلس الدولة صراحة أن من مزايا المشروع، و هو إنشاء طريق زراعي، أنه يوفر للبلدية المصروفات التي كانت تنفق على صيانة الطريق السابق، و في هذا الحكم اعتبر مجلس الدولة المزايا المالية للمشروع أحد الجوانب الإيجابية المهمة التي تبرر الإعتراف له بصفة المنفعة العامة.

ت- معيار المنفعة الخاصة: هنا يقوم القاضي الإداري بالمقارنة بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الأفراد، أي المنفعة الخاصة، و بين الفوائد التي قد تترتب على المشروع المزمع إقامته.

و إن تدخل الأشخاص الخاصة و اعتماد الدولة عليها و التعاون المتزايد بين القطاع العام و القطاع الخاص في تنفيذ خطط التنمية و إنشاء المشاريع الإقتصادية العامة امتزجت معه بالتالي المنفعة العامة مع المنفعة الخاصة.

مع الملاحظة أن التقارب بين المنفعة العامة و المنفعة الخاصة أو أن تكون المنفعة الخاصة كأحد العناصر الإيجابية في المنفعة العامة على هذا النحو يكون في المجال الإقتصادي و قد يترتب عنه أن تكون المنفعة العامة متكونة من مجموع المنافع الخاصة أو قد يحدث في غير ذلك أي التضاد.

لكن مجلس الدولة الفرنسي لجأ إلى صيغة الموازنة كصيغة قانونية جديدة يدخل فيها كل المنافع محل الإعتبار و يمكن فيها وضع المنفعة الخاصة في الجانب الإيجابي أو الجانب السلبي منها بحسب علاقتها بالمنفعة العامة .

ث- المعيار الاجتماعي: أي الآثار الاجتماعية التي قد يلحقها هذا القرار سواء بالأفراد أو بالبيئة أو بإطار الحياة الاجتماعية بصفة عامة.

و حكم مجلس الدولة في قراره بتاريخ 20-10-1972¹ بإبطال قرار تتلخص وقائع قضيته في صدور قرار بإنشاء طريق سريع شمال مدينة نيس، لربط هذه المدينة، و ما يحيط بها من مناطق بدولة إيطاليا و كان من شأن هذا الطريق المقترح إزالة جزء من مستشفى خاص بالأمراض النفسية و العصبية يعرف باسم Sainte Marie و كان المستشفى الوحيد بهذا التخصص في المنطقة، في هذه القضية وازن مجلس الدولة بين مصلحتين هما المحافظة على الصحة العامة من ناحية و إنشاء طريق سريع و ما يترتب عليه من سهولة و سيولة في المرور من ناحية أخرى ثم انتهى بترجيح المصلحة الأولى و من ثم إلغاء القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة نظرا إلى ما قد يترتب على هذا القرار من مضار و مساوئ تتمثل في هدم مبنى يحتوي على 80 سريرا و حرمان المستشفى من المساحات الخضراء المحيطة به و كذلك من أماكن ركن السيارات و هذه كلها تفوق الفوائد المحتملة من إنشاء الطريق السريع.

إن للقاضي أن يقرر تبعا لإقتناعه و عقيدته المستوحاة من حقيقة الواقع الاجتماعي أي من هذه المعايير لها الأولوية على الأخرى لتقدير منافع و مضار عملية ما، و تقييمها و من ثمة إجراء الموازنة و الترجيح بينها ليقضي بعدئذ بإبطال قرارات الإدارة بإعلان المنفعة العامة كلما رجحت لديه كفة العيوب و المساوئ، بينما يقضي بصحتها إذا كانت كفة المزايا و الفوائد هي الراجحة.

¹ Martine Lombard , Gilles Dumont , op- cit , P 485.

لكن المستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي و ما يؤيده الفقه الفرنسي، أن القاضي الإداري يقضي فقط، في حالة التفاوت غير المنطقي و غير العادي و هذا هو المسوغ الذي اعتمده مجلس الدولة و هذا هو الممنوع على الإدارة ارتكابه، أما إذا كان التفاوت مما يتقبله المنطق و العقل امتنع على القاضي الإداري محاسبة الإدارة و إبطال قرارها، مثلا لا يتدخل القاضي في اختيارات أو مفاضلات الإدارة بين عدة رسومات أو تخطيطات لإنشاء طريق.

04- تقدير نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار:

رغم الانتقادات التي وجهت لهذه التقنية كما يسميها الفقه الإداري الفرنسي أو المبدأ أو النظرية كما يسميها الفقه الإداري المصري و اللبناني، و على رأس الانتقادات أنها تمثل تدخلا من القاضي الإداري في سلطة تقدير الإدارة أو أنها ليست قائمة بذاتها بل تقوم على مبدأ التناسب في تطبيقها مع خلاف فقهي بالنسبة لهذا الانتقاد الأخير، إلا أن تدخل القاضي لبحث مدى ملاءمة القرار، ليس سوى وسيلة للتأكد من شرعية قرار إعلان المنفعة العامة عن طريق تطبيق هذه التقنية - الموازنة بين المنافع و الأضرار - التي تلتزم الإدارة باحترامها بإعتبارها في رأي بعض الفقه من مبادئ القانون العامة التي أنشأها مجلس الدولة، أو لأنها تقوم على معايير موضوعية.

إن ما ينبغي الوقوف عليه - ردا على هذا النقد - أن القاضي الإداري هنا لا يلغي القرار لعدم الملاءمة و إنما لعدم الشرعية، و هو لا يحل محل الإدارة في اتخاذ القرار الملائم في هذا الشأن، و إنما يعيد الأمر إليها لإعادة التقدير مرة أخرى، فهو لن يفرض على الإدارة أن تقيم مشاريعها في شمال المدينة أو في غربها، و لن يجبرها على أن يمر الطريق في هذا الإتجاه أو ذاك، أو عبر منطقة معينة بذاتها، و لن يشير عليها بنزع ملكية قطعة أخرى محددة من الأرض بدلا من المتنازع عليها، و بذلك فإنه سيحتفظ للإدارة رغم حكمه بإبطال القرار الإداري بسلطتها التقديرية في هذا الشأن.

و من أمثلة قرارات مجلس الدولة الفرنسي قراره بتاريخ 26-10-1973 في قضية غراسان و قراره بتاريخ 18-07-1973 في قضية مدينة ليموج و قراره بتاريخ 07-05-1976 في قضية تسريح العمال المحميين ¹.

و ما ينبغي التأكيد عليه أن هذه التقنية تزود القضاء بسلاح فعال لحماية مبدأ الشرعية ضد تعسف الإدارة، خاصة في مجال المصالح الاقتصادية، ليس فقط حق الملكية الخاصة و إنما أيضا المصالح المالية الأخرى مثل ممارسة مهنة معينة أو نشاط تجاري أو صناعي يكون من شأن قرار نزع الملكية الإضرار بها فهذا المبدأ يوازن بين مجمل الأضرار العملية و بين مجمل المزايا المترتبة على مشروع نزع الملكية.

و إن القضاء الإداري في فرنسا لم يقصر ميدان تطبيق هذه التقنية على قرارات نزع الملكية و التصريح بالمنفعة العامة فحسب، بل مدد نطاق تطبيقه ليشمل مسائل أخرى ² مثل القرارات المتصلة بمخالفة التنظيم و قرارات إقامة أبراج خطوط الكهرباء و قرارات تحديد مناطق الحماية حول المواقع المراد حمايتها و قرارات السماح بفصل العمال الذين يحميهم قانون النقابات و قرارات سحب التراخيص .

الخاتمة

نخلص من خلال تناولنا لهذا الموضوع أن السلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية مثلها مثل السلطة المقيدة، و رغم تمتع الإدارة فيها بسلطة تقدير واسعة منحها لها القانون إلا أن لها حدودا عامة لا يمكن تجاوزها وإلا تحولت إلى سلطة تحكمية، وأن في السلطة التقديرية نجد حدا ولو يسيرا من السلطة المقيدة والعكس كذلك في السلطة المقيدة نجد

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ،مرجع سابق ، ص 396

² Martine Lombard , Gilles Dumont , op- cit , P 485.

جزء وإن كان ضئيلاً من السلطة التقديرية وهي ما بسميه الفقه بضرورة التوازن بين السلطتين في القرار الواحد.

ومن هذا الحد الأدنى من السلطة المقيدة في السلطة التقديرية ولج القاضي الإداري لممارسة رقابته على تقدير الإدارة.

هنا يتجلى لنا بحق أن القضاء الإداري لا يزال محافظاً على أهم خاصية فيه و هي أنه قضاء إنشائي بالدرجة الأولى، إذ أنه أوجد وسائل رقابة على السلطة التقديرية للإدارة وتمكن من أن يلج إلى داخل هذه السلطة بعد أن كانت في زمن ليس بالبعيد من المحظورات عليه ولا يستطيع أن يبسط رقابته عليها طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ولا يحق له أن يراقب حرية تقدير الإدارة.

و الحقيقة أن سلوك القاضي الإداري هذا مبرر و معقول بل إنه ضروري و لازم، ذلك أن مجال تدخل الإدارة أصبح واسعاً في شتى مجالات الحياة الإدارية اليومية وصل إلى حد الأمور التقنية و الفنية و ما رافقه من تطورات تكنولوجية وعلمية زيادة على انشغالات الإدارة التقليدية في مجال الوظيفة العامة و الإدارة و الاقتصاد و غيرها، بل إن هذه المجالات الأخيرة لفحها أيضاً التطور و التحديث في نواح عدة، كما أن المشرع لذات الأسباب وغيرها عجز عن الإحاطة بكل جوانب الحياة اليومية بأن يضع لها قواعد عامة مجردة.

كما أن المشرع قد يغفل في بعض الحالات عن تنظيم مواضيع أو مسائل معينة لأي سبب لأن القانون الوضعي لا يتسم بالكمال.

وغني عن التوضيح أن دور القاضي يبدأ عندما ينتهي دور المشرع سواء بتطبيق النص عند الإخلال به و إرجاع الحال إلى نصابها وهذا لا يستوجب منه بذل الجهد الكثير، أو أن يتولى القاضي مكان المشرع بإحلال إرادته موضع الالتزام والتنفيذ لأن المشرع لا يستطيع أن ينزل بالنصوص القانونية العامة إلى أدق التفاصيل الخاصة.

و إن السلطة التقديرية للإدارة هي من الحالات التي ترك فيها المشرع مجالاً لحرية تقدير الإدارة لا معقب على قراراتها، لكن هذا الإطلاق له وقع على الحريات سواء بالتضييق أو المساس وهو من جوهر مسائل حقوق الإنسان التي تضمنها آليات الحماية الدولية زيادة على دساتير الدول الداخلية وآلياتها.

إن دور مجلس الدولة الفرنسي كان فعالاً وأوجد لنفسه مبررات لولوجه إلى داخل السلطة التقديرية للإدارة وتمكن من بسط رقابته عليها انطلاقاً من مبرر أن على السلطة الإدارية عند إصدارها لقراراتها أو اتخاذها للتدابير اللازمة، أن تحترم كحد أدنى مبادئ القانون العامة في حال غياب النص باعتبارها من القواعد القانونية الملزمة ومن عناصر مبدأ الشرعية مثل مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية وغيرها من المبادئ العامة و اعتبر مجلس الدولة تبعاً لذلك أن من مبررات الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة عدم احترام مبادئ القانون العامة، كما أن على الإدارة واجب استهداف المصلحة العامة في جميع تصرفاتها و اعتبر مجلس الدولة تبعاً لذلك أن من مبررات الرقابة على السلطة التقديرية عدم استهداف الإدارة للمصلحة العامة.

هذه المبررات وحتى يتمكن مجلس الدولة من تطبيقها على قرارات السلطة التقديرية للإدارة أنشأ لها وسائل لممارستها يأتي على رأسها الرقابة على الملاءمة هذه الأخيرة أي عنصر الملاءمة التي أدخلها إلى مبدأ الشرعية بعد أن سحبها من حقل السلطة التقديرية للإدارة، ثم مبدأ التناسب بين جسامة وخطورة الوقائع و شدة التدبير المتخذ بشأنها.

ثم ابتكر مجلس الدولة أخيراً لبسط رقابته على سلطة تقدير الإدارة تقنيات حديثة استخدمها كأساس لهذه الرقابة منها نظرية الخطأ الظاهر في التقدير و مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار و نظرية الخطأ الظاهر أول ما طبقها مجلس الدولة كان في مجال الوظيفة العامة ثم قام بتعميمها على بقية المسائل الأخرى أما مبدأ الموازنة فطبقه مجلس الدولة لأول مرة في نزاع الملكية للمنفعة العامة ثم عممه فيما بعد على مختلف المواضيع و توالى قرارات مجلس الدولة في هذا الشأن فيما بعد.

غير أن ما يمكن ملاحظته على قرارات مجلس الدولة في هذا الشأن مايلي:

- أن هذه الآليات أو التقنيات الحديثة التي طبقها في مجال السلطة التقديرية للإدارة لم ترق بعد إلى وصف العيوب التقليدية للقرارات الإدارية ولم يقل مجلس الدولة بأنها من عيوب القرارات صراحة في قراراته رغم استخدامه المتكرر و المتواتر لهذه التقنيات كالخطأ الظاهر في التقدير والموازنة بين المنافع والأضرار رغم أن بعض الفقه قال بذلك محتثما لكننا نرى أنها تبقى مجرد تقنيات لممارسة هذه الرقابة تحت غطاء مبدأ الشرعية.

- أن الفقه الفرنسي خاصة، استنادا إلى قرارات مجلس الدولة، لم يستقر بعد على تسمية هذه الوسائل أي الخطأ الظاهر والموازنة فهناك من يسميها نظرية وهناك من يعدها مبدأ والأغلب يعتبرها تقنيات حديثة للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

- اعتبر بعض الفقه الفرنسي و سايره الفقه المصري، تأسيسا على ابتكارات مجلس الدولة الفرنسي، مبدأ التناسب من مبادئ القانون العامة و مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار من المبادئ الاقتصادية الجديدة.

نعتقد أن مجلس الدولة عندما أنشأ هذه الآليات و التقنيات الحديثة إنما كان نتاج كثرة وإختلاف المنازعات المعروضة عليه من جهة ونوعية هذه القضايا خاصة من جهة ثانية.

إن مجلس الدولة الجزائري و قبله الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا استخدم مبررات هذه الرقابة، خاصة مبرر عدم احترام مبادئ القانون العامة في قرارات عديدة لكن مبرر عدم استهداف المصلحة العامة كان أقل لصعوبة إثبات نية رجل الإدارة أو لعسر البحث في أخلاق الإدارة كما يسميه بعض الفقه.

أما قراراته في مجال آليات و تقنيات هذه الرقابة ففي مجال الرقابة على الملاءمة والتناسب كانت قليلة أما في مجال الخطأ الظاهر في التقدير والموازنة بين المنافع والأضرار فتكاد تكون منعدمة.

إن أهم ما يمكن استخلاصه من بحث هذا الموضوع خاصة بالإطلاع على أحكام مجلس الدولة الفرنسي أن الأخير تمكن حقيقة من أن وسع من مبدأ الشرعية وسحب فكرة الملاءمة من نطاق السلطة التقديرية إلى نطاق مبدأ الشرعية وأصبحت من عناصرها تخضع لرقابة القاضي.

كما أن القاضي الإداري تبعا لذلك حافظ على مكانته المعهودة بأنه قاض للشرعية أو القانون و ليس قاضيا للملاءمة لأنه أدخل الأخيرة إلى حظيرة الشرعية.

وآخر ما نستخلصه أن القاضي الإداري كان ولا يزال يبحث دائما داخل السلطة التقديرية عن القواعد القانونية ولو كانت بحد أدنى حتى وإن كانت غير مكتوبة مثل مبادئ القانون العامة واستطاع من خلال امتداد رقابته إلى السلطة التقديرية للإدارة وولوجه إليها، أن يوطر من نطاقها بأن وضع لها حدودا على الإدارة ألا تتجاوزها في كل الأحوال لكنه لم يقيد السلطة التقديرية ولم يتم بتحويلها إلى سلطة مقيدة، بل إن دوره كان ينحصر في إبطال القرار المعيب وإرجاع السلطة برمتها إلى الإدارة لإعادة ممارستها كما منحها لها القانون ولم يحل محلها مطلقا في ممارسة سلطتها التقديرية و إن بدا ذلك من ظاهر الأمر فإنه من أجل أن يفهم القاعدة القانونية على وجهها الصحيح للتأكد من أن الإدارة مارست سلطتها التقديرية وفقا للقانون فيقضي برفض الدعوى وصحة وشرعية القرار وفي حال العكس ابطال القرار لتعيد الإدارة ممارسة سلطتها التقديرية بنفسها من جديد.

وتوصياتنا في آخر هذا البحث موجهة بالدرجة الأولى إلى مجلس الدولة و المحاكم الإدارية بضرورة السعي إلى إثراء الأحكام والقرارات المتعلقة بالرقابة على السلطة التقديرية بهذه الحلول و التقنيات الحديثة التي اعتمدها مجلس الدولة كآليات جديدة لرقابته على قرارات الإدارة وأن لا يبقى مجلس الدولة حبيس الرقابة الكلاسيكية.

الملاحق

قائمة المصادر والمراجع

أولا : باللغة العربية

1- النصوص القانونية :

1- الدستور الجزائري ، قانون رقم 16- 01 ، مؤرخ في 06 مارس سنة 2016.

2- المنشور رقم 97/53 المؤرخ في 17 - 11 - 1997 المتعلق بإصدار شهادة الإقامة ،

الصادر عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة .

2- الكتب :

- 1- أشرف عبد الفتاح أبو المجد ، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية، بدون طبعة ، الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات ، 2009.
- 2- زررور بن نولي ، الحماية الدولية لحقوق الانسان في اطار منظمة الأمم المتحدة ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2017 .
- 3- عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية الإطار النظري للمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، القسم الأول ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013.
- 4- عمار عوابدي ، النظرية العامة للمنازعات الادارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998 .
- 5- سامي جمال الدين ، قضاء الملاءمة و السلطة التقديرية للإدارة، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2010.
- 6- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، بدون طبعة ، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 7- حسين بن الشيخ آث ملويا ، دروس في المنازعات الادارية "وسائل المشروعية" ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، 2006، الجزائر.
- 8- مايا محمد نزار أبودان ، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الاداري ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 .
- 9- ناصر لباد ، الوجيز في القانون الاداري ، الطبعة الثانية ، لباد ، سطيف ، 2007.

3-المقالات :

- 1-علي خطار شطناوي ، "الضوابط الجزائية الواردة على صلاحية الادارة التقديرية ،مجلة الحقوق الكويتية، السنة 26 ، العدد 01، الكويت ، مارس 2002.

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

3-1 لندة يشوي، "السلطة التقديرية و مفهوم الملائمة كامتياز من امتيازات الإدارة"، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة 34، العدد 02 ، الكويت ، يونيو 2010.

4- يحي الجمل ، " رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة و تكييف الوقائع " ، مجلة القانون و الإقتصاد ، السنة 41، العدد 3 و 4 ، 1971.

4-الرسائل:

1-إبتسام مرزوق ، رقابة القاضي الإداري على القرار التأديبي في مجال التوظيف العمومي، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2013-2016.

2- عبد العالي حاحة ، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2003-2004.

3-سماح فارة ، دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة العامة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة العلوم .كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار عنابة ، السنة الجامعية 2014-2015.

ثانيا : باللغة الفرنسية :

- 1- Jacqueline Morand- Deviller, Cours de droit administratif , 6^e édition , Montchrestien ,Paris, 1999 .
- 2- Jean – Claude Ricci , Droit administratif , 3^e édition , Hachette.
- 3- Jean-Claude Ricci , Droit administratif, 11^e édition , Hachette supérieur .
- 4- Jean Rivero , Jean Waline, Droit administratif ,19^e édition , Dalloz, Paris ,2002.
- 5- Marceau long et autres , Les grands arrêts de la jurisprudence administrative , 17^e édition, Dalloz .
- 6- Martine Lombard , Droit administratif ,4^e Edition , Dalloz , paris , 2001 .

- 7- Martine Lombard, Gilles Dumont , Droit administratif , 7^e Edition , Dalloz, Paris ,2007.
- 8- Prosper Weil, Dominique Pouyaud, LE DROIT ADMINISRATIF,24^E édition mise à jour 232^E mille , Presses Universitaires de France, Paris, septembre 2015.
- 9- René Chapus , Droit administratif général , 15^e édition , tome 1 , Domat , 2001.
- 10- Yves Gaudemet ,Traité de droit administratif , 16^e édition , tome1 , Delta , Paris , 2002.

قائمة المحتويات

| | |
|---------|--|
| أ..... | مقدمة |
| 1..... | الفصل الأول: ارتباط الرقابة بطبيعة السلطات الإدارية |
| 2..... | المبحث الأول: السلطة التقديرية و مبدأ الشرعية |
| 2..... | المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية |
| 3..... | الفرع الأول: السلطة التقديرية والاختصاص المقيد |
| 13..... | الفرع الثاني:أهمية التفرقة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية و معاييرها |
| 18..... | المطلب الثاني: رقابة الشرعية |
| 18..... | الفرع الأول: السلطة التقديرية ومبدأ الفصل بين السلطات والهيئات |

- 20.....الفرع الثاني: فكرة عدم جواز الرقابة في السلطة التقديرية.....
- 23.....المبحث الثاني: التنسيق بين السلطة التقديرية و السلطة المقيدة.....
- 23.....المطلب الأول: تلاقي السلطتين التقديرية و المقيدة في العمل الإداري.....
- 23.....الفرع الأول: هامش السلطة التقديرية في الاختصاص المقيد.....
- 24.....الفرع الثاني: تواجد السلطة المقيدة في السلطة التقديرية.....
- 25.....المطلب الثاني: طبيعة العلاقة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية.....
- 26.....الفرع الأول: علاقة التوافق والانسجام بين السلطتين.....
- 27.....الفرع الثاني: علاقة الاتساع و الضيق بين السلطتين.....
- 29.....الفصل الثاني: الرقابة القضائية الإدارية على السلطة التقديرية للإدارة.....
- 30.....المبحث الأول: نطاق رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية.....
- 30.....المطلب الأول: الرقابة على خرق القانون.....
- 31.....الفرع الأول: الرقابة على الغلط في القانون.....
- 36.....الفرع الثاني: الرقابة على الغلط في الواقع.....
- 47.....المطلب الثاني: الرقابة على الانحراف بالسلطة.....
- 47.....الفرع الأول: مقتضيات عامة.....
- 49.....الفرع الثاني: إثبات عيب الإنحراف بالسلطة.....
- 57.....المبحث الثاني: مبررات الرقابة على السلطة التقديرية وآلياتها.....
- 57.....المطلب الأول: مبررات الرقابة على السلطة التقديرية.....
- 58.....الفرع الأول: عدم استهداف المصلحة العامة.....
- 62.....الفرع الثاني: عدم احترام مبادئ القانون العامة.....

| | |
|----------|--|
| 68..... | المطلب الثاني: آليات الرقابة على السلطة التقديرية..... |
| 68..... | الفرع الأول: وسائل الرقابة..... |
| 74..... | الفرع الثاني: التقنيات الحديثة للرقابة..... |
| 92..... | الخاتمة..... |
| 97..... | الملاحق..... |
| 98..... | قائمة المصادر والمراجع..... |
| 103..... | قائمة المحتويات..... |