

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي

تيسمسيلت

معهد العلوم القانونية و الإدارية

قسم القانون العام

حدود السلطة التقديرية للإدارة ضمن

القرار الإداري

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق.

تخصص: دولة و مؤسسات

إشراف الأستاذ:

بن شهرة العربي

إعداد الطالبتين:

➤ فرقور أمينة

➤ عجو الزهرة

أعضاء المناقشة

❖ الأستاذة) لعطب بختة.....رئيسا

❖ الأستاذ بن شهرة العربي.....مشرفا ومقررا

❖ الأستاذ عليلش الطاهر.....مناقشا

السنة الجامعية

2018-2017

شكر وتقدير

إنّ الشكر لله نحمده كثيرا و نستعين به هو الله الذي هدانا إلى دروب العلم و نور عقولنا بالمعرفة و وفقنا

في إنجاز هذا العمل.

نتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى الأستاذ المشرف

العربي بن شهرة

على ما حباننا به من توجيه و تصويب ،

و ما شملنا به من عناية في مقاعد الدرس ثم في إعداد هذه المذكرة.

ونبسط جزيل الاعتراف و الامتنان بين يدي اللجنة العلمية الموقرة

التي تشرف على تقويم هذا البحث و نقده، و الذي نتلقاه بتعطش كبير، و صدر رحب، لأنه يرفع

من قدره و يجعله على بصيرة .

و نقدم في الأخير الشكر إلى الأهل و الأصدقاء و إلى كل من ساندنا من قريب أو بعيد في إنجاز هذا

العمل.

ص: صفحة

ط: الطبعة

الج. الر. لل. الج. الد. الش.: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د. ط: دون طبعة.

شكر و تقدير .

الإهداء .

قائمة المختصرات

01.....	مقدمة.....
05.....	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي العام للسلطة التقديرية للإدارة.....
06	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.....
06.....	المطلب الأول: مدلول السلطة التقديرية للإدارة.....
07.....	الفرع الأول : التطور التاريخي للسلطة التقديرية للإدارة.....
08.....	الفرع الثاني : تعريف السلطة التقديرية.....
13.....	الفرع الثالث : تمييز السلطة التقديرية عن غيرها من المفاهيم.....
16.....	المطلب الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة.....
17.....	الفرع الأول : نظرية الحقوق الشخصية.....
18.....	الفرع الثاني: فكرة المشروع.....
19.....	الفرع الثالث: نظرية تدرج القوانين.....
19.....	المطلب الثالث: مبررات السلطة التقديرية للإدارة.....
19.....	الفرع الأول: المبررات القانونية.....
20.....	الفرع الثاني: المبررات الفنية.....
20.....	الفرع الثالث : المبررات العملية.....

21.....	المبحث الثاني: مجالات السلطة التقديرية للإدارة.....
21.....	المطلب الأول: جوانب التقدير في عناصر المشروعية الخارجية للقرار الإداري.....
21.....	الفرع الأول: جوانب التقدير في عنصر الاختصاص.....
24.....	الفرع الثاني: جوانب التقدير في عنصر الشكل.....
26.....	المطلب الثاني: جوانب التقدير في عناصر المشروعية الداخلية للقرار الإداري.....
26.....	الفرع الأول: جوانب التقدير في عنصر السبب.....
30.....	الفرع الثاني: جوانب التقدير في عنصر المحل.....
34.....	الفرع الثالث: جوانب التقدير في عنصر الغاية.....
38.....	الفصل الثاني: أساليب الرقابة القضائية للحد من السلطة التقديرية للإدارة.....
39.....	المبحث الأول: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.....
39.....	المطلب الأول: مفهوم نظرية الخطأ الظاهر.....
39.....	الفرع الأول: تعريف نظرية الخطأ الظاهر.....
40.....	الفرع الثاني: معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.....
41.....	المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء المقارن.....
42.....	الفرع الأول: تطبيقاتها في القضاء الإداري الفرنسي.....
46.....	الفرع الثاني: تطبيقاتها في القضاء الإداري المصري.....
47.....	الفرع الثالث: تطبيقاتها في القضاء الإداري الجزائري.....
50.....	المبحث الثاني: نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في التقدير.....

المطلب الأول: مفهوم نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في التقدير.....	50
الفرع الأول: تعريف نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار.....	50
الفرع الثاني: معايير نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.....	50
المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء المقارن.....	52
الفرع الأول: تطبيقات نظرية الموازنة في القضاء الإداري الفرنسي.....	52
الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الموازنة في القضاء الإداري المصري.....	53
الفرع الثالث: تطبيقات نظرية الموازنة في القانون الإداري الجزائري.....	54
الخاتمة:.....	56
قائمة المراجع:.....	59

إن إرساء دولة القانون يقتضي خضوعها لمبدأ المشروعية في جميع النشاطات و الأعمال الإدارية. و يقصد بمبدأ المشروعية خضوع جميع السلطات و الأفراد حكماً و محكومين لقواعد القانون و أحكامه.

و لقد أدى التطور الذي شهده المجتمع في عديد المجالات إلى اتساع نشاط الإدارة و منحها عدة سلطات و امتيازات من طرف المشرع سعياً منه لضمان قيامها بمهامها بفعالية و نجاعة، وتحقيقاً للصالح العام. وتعد السلطة التقديرية من قبيل السلطات الممنوحة للإدارة، كونها لازمة لحسن سير الإدارة باضطراد و انتظام و لتستطيع القيام بعملها و مواجهة التحديات و الأزمت التي تعارضها، مما يجعل الأمر ملحاً لتدخلها إلا أنه نتيجة لزيادة الأعباء و تشعب المهام الموكلة لها، و كذا ازدياد حاجة الأفراد لأنشطتها و خدماتها، مما أسفر عن تزايد حجم و نوع المخاطر التي تهدد حقوق الأفراد و حرياتهم. الأمر الذي اقتضى ضرورة وجود ضمانات ناجعة و حماية فعالة تحول دون انتهاك تلك الحقوق و الحريات من جانب الإدارة.

الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها التقديرية يمكن لها أن تتعسف في استعمالها لهذه الأخيرة لذا وضع المشرع ضوابط و قيود للحد من توسع هذه السلطة على حساب المصلحة العامة. إلا أن الإفراط من تقييد سلطة الإدارة التقديرية قد يؤدي إلى شل حركتها، و قتل روح الابتكار فيها.

تظهر أهمية موضوع البحث في كون الأعمال الصادرة عن الإدارة في ظل سلطتها التقديرية تعتبر ميدان ضيق و محدود لممارسة الرقابة القضائية عليها و وضع حدود لها، و من ثم تحد و تضيق من مبدأ المشروعية و بذلك تتحصن تصرفات الإدارة من الرقابة القضائية مما يؤدي إلى إهدار حقوق و حريات الأفراد من خلال تعسفها في استعمال سلطتها بحجة تحقيق المصلحة العامة.

من بين أسباب اختيارنا لهذا الموضوع هناك دوافع موضوعية و دوافع ذاتية، فمن بين الدوافع الذاتية البحث في مبدأ جديد من مبادئ الرقابة القضائية وهو مبدأ رقابة الخطأ الظاهر في التقدير و مبدأ رقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار على أعمال و تصرفات الإدارة الصادرة في ظل سلطتها التقديرية، و من بين الأسباب الموضوعية لأن هذا الموضوع يعتبر تجسيدا و ضمانات من ضمانات احترام تطبيق مبدأ المشروعية والحد من تعسف الإدارة في ممارستها لهذه السلطة، كما أنه يتعدى موضوع الرقابة القضائية العادية التقليدية لأوجه مشروعية القرار الإداري ليمتد فيشمل مثل هذه الرقابة على القرار الإداري.

لهذا حاولنا لفت الانتباه إليه للتعرض لحدود السلطة التقديرية للإدارة و لأهم الوسائل لاحتوائها و الحد منها.

بهذا يمكن طرح الإشكالية التالية: ما مدى رقابة القاضي الإداري على سلطة الإدارة التقديرية في مجال القرار الإداري؟

معتمدين في ذلك على عدة مناهج، كمحاولة للإحاطة بموضوع البحث و الوصول إلى الحلول المناسبة للإشكالية المطروحة، و المتمثل في المنهج التحليلي المقارن لتحليل الآراء الفقهية و كذا استقراء الأحكام القضائية الخاصة بالسلطة التقديرية و بيان مدى رقابة القضاء عليها خاصة أحكام القضاء الفرنسي مبتكرة هذه النظرية و نظيره المصري، و كذا الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري، فالإمام بهذه الأحكام قد يساعد على الإمام بالموضوع نظرا لطبيعة الموضوع خاصة فيما يخص نطاق تطبيق نظريتي الخطأ الظاهر و نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار التي تعتبر بمثابة أهم وسيلة لوضع حدود السلطة التقديرية. أمّا عن استعانتنا بالمنهج المقارن تكمن في أهميته الكبيرة في الدراسة الفقهية و القضائية، وذلك من خلال الوقوف على أحكام القضاء الإداري الفرنسي و المصري و الجزائري و مدى تطور الرقابة لضبط سلطة الإدارة التقديرية. كما اعتمدنا على المنهج التاريخي بخصوص التعرض لنشأة و تطور السلطة التقديرية، و كذا الرقابة القضائية، فبدون هذا المنهج لم نكن نستطيع أن نتابع تطورات السلطة التقديرية للإدارة و تطور الرقابة القضائية للحد منها.

للإجابة الإشكالية تم تقسيم موضوع المذكرة إلى فصلين:

الفصل الأول خُصص فيه الإطار المفاهيمي العام للسلطة التقديرية للإدارة، بحيث تم تقديمه ضمن مبحثين بالنسبة للمبحث الأول تمّ تحديد مفهوم السلطة التقديرية، أما المبحث الثاني حاولنا من خلاله توضيح مجالات السلطة التقديرية للإدارة بالتطرق إلى جوانب التقدير في كل عنصر من عناصر المشروعية الخارجية و هي الشكل و الاختصاص، و جوانب التقدير في عناصر المشروعية الداخلية و هي السبب و المحل و الغاية.

أما في الفصل الثاني فتّم فيه استعراض أساليب الرقابة القضائية للحد من السلطة التقديرية الإدارة حيث تناولنا ضمنه مبحثين، تمّ تخصيص المبحث الأول لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير أمّا المبحث الثاني فتّم التطرق إلى نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار، بتحديد مفهوم و معايير كل منهما، و التعرض إلى بعض التطبيقات لهذه النظريات في الدول المقارنة كل من فرنسا و مصر و الجزائر بنسب متفاوتة.

و في الأخير ختمنا بحثنا بخاتمة كانت كحوصلة لما تمّ الوصول إليه من نتائج.

و تجدر الإشارة إلى أن موضوع السلطة التقديرية على قدر أهميته، تكمن صعوبته و مما لاشك فيه أن في تناول هذا الموضوع مشقة كبيرة و صعوبات عديدة، إذ تنقص فيه المراجع نقصا كبيرا، خاصة فيما يتعلق

بالمراجع الجزائرية، لذلك جاءت هذه الدراسة ناقصة فيما يخص تطبيقات القضاء الإداري الجزائري للسلطة التقديرية للإدارة.

كما أن عامل الزمن بالمقارنة مع أهمية هذا الموضوع قد ترك أثرا سلبيا، إذ كان من الممكن أن يكون أكثر عمقا لو تسنى لنا المزيد من الوقت للبحث فيه.

غير أننا تصدينا لهذا الموضوع مدفوعين بما ذكر سابقا من عوامل، ورغم ما وجدناه من صعوبة في ضبط خطة للموضوع، فقد حاولنا التركيز على المسائل الهامة فقط، والتي لها علاقة بإشكالية بحثنا دون الغوص في التفاصيل الأخرى.

و الخلاصة من كل هذا أن السلطة التقديرية للإدارة حقيقة واقعية لا غنى عنها حتى تتمكن الإدارة من أداء وظيفتها على أكمل وجه تحقيقا للمصلحة العامة و ليس في ذلك إضرار بحقوق الأفراد وحررياتهم، إن لم تخرج عن الحدود المرجوة من منحها إياها، لذلك عمل الفقه و القضاء للسعي في البحث عن الحدود لهذه السلطة.

فهرس الموضوعات

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي العام للسلطة

التقديرية للإدارة

يعد مبدأ المشروعية هو الأصل في ممارسة الإدارة لجميع تصرفاتها، إلا أنه حتى تتمكن هذه الأخيرة من مباشرة نشاطاتها و اختصاصاتها نجد أن المشرع قد منح لها قدرا من الحرية، فالتطور الذي يشهده القانون الإداري يفرض على الإدارة الحاجة إلى تقدير لمواكبته، فأصبحت بذلك زيادة الحاجة و الضرورة لحرية التصرف، و هو ما يزيد من أهمية السلطة التقديرية.

لذلك سنحاول من خلال هذا الفصل أن نُلم بالإطار المفاهيمي العام للسلطة التقديرية للإدارة فنخصص بذلك المبحث الأول لمفهوم السلطة التقديرية للإدارة فنحدد من خلال المطلب الأول مدلولها أما المطلب الثاني نبين أساسها القانوني و نبين في المطلب الثالث مبرراتها، أما المبحث الثاني سنحاول توضيح مجالات السلطة التقديرية للإدارة و ذلك على النحو التالي، المطلب الأول يتم تخصيصه لجوانب التقدير لعناصر المشروعية الخارجية للقرار الإداري أما بالنسبة للمطلب الثاني فنبين جوانب التقدير لعناصر المشروعية الداخلية للقرار الإداري.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

إن اتساع نشاط الإدارة أدى إلى استعمالها لعدة امتيازات من أجل تحقيق الأهداف المنوطة بها. و لذلك يعترف القانون للإدارة في إطار ممارستها لاختصاصاتها بتلك الامتيازات مستهدفة الصالح العام فيما تقوم به من أعمال، و ذلك لتسهيل مهمة الإدارة و إزالة العقبات التي يمكن أن تعترضها.¹

و لأن مبدأ المشروعية يفرض على الجهات الإدارية عدم الخروج عن القواعد القانونية في تصرفاتها منعاً لها من التعسف في استخدام سلطتها و ضماناً لحماية حقوق و حريات الأفراد. وحتى لا تكون الإدارة مجرد آلة صماء تقوم بالتنفيذ الحرفي للقواعد التي يضعها المشرع، اتفق كل من الفقه و القضاء الإداريين على الاعتراف لها بقسط من الحرية و المرونة في التصرف لمواجهة الظروف التي قد تعترضها في الواقع.

المطلب الأول: مدلول السلطة التقديرية للإدارة

تتمتع الإدارة بامتيازات متعددة أثناء ممارستها للاختصاصات المخولة لها قانوناً، و ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة و تسهياً لمهمة الإدارة و إزالة المعوقات التي يمكن أن تعترضها بتغليب الصالح العام على المصالح الفردية. و إن الإدارة أثناء ممارستها لهذه الاختصاصات قد تملك حرية التصرف و تقدير و قت القيام بالعمل و بالكيفية التي تراها مناسبة.²

و إن من أهم الأسباب التي أدت إلى إعطاء قدر من الحرية للإدارة عدم قدرة المشرع على وضع ضوابط تحكم عمل الإدارة بصورة شاملة و دقيقة، و ذلك نظراً لعدم قدرته على التنبؤ بمختلف الصعوبات و العراقيل التي قد تواجه الإدارة أثناء قيامها بواجباتها، و هو ما اصطلح عليه بالسلطة التقديرية و التي تعد من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الحديث. و لتبيان مدلول السلطة التقديرية نتناول كلا من مراحل تطور هذه السلطة تاريخياً و التعريفات التي شتمتها بالتحليل و تمييزها عن أهم المصطلحات المشابهة لها.

1 - ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص 609.

2 - رميسة تيطاوين، "دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015 - 2016، ص 42.

الفرع الأول : التطور التاريخي للسلطة التقديرية للإدارة

كانت الإدارة أثناء الثورة الفرنسية تخضع في جميع تصرفاتها للقانون، و ذلك لأن رجال الثورة الفرنسية أكدوا على أن القانون فوق كل شيء، حيث أن الجمعية الوطنية منعت الإدارة من إصدار اللوائح التنفيذية و هي مسؤولة أمام الجمعية الوطنية. كما ألزمت هذه الأخيرة جميع الموظفين بإبلاغ تفاصيل نشاطهم كل عشرة أيام إلى لجنتي السلامة العامة و الأمن العام المنبثقتين عن الجمعية التشريعية لمراقبة تنفيذ القوانين و هو ما اصطلاح عليه نظام الإدارة المحجوزة.¹ و بناء عليه فإن المشرع الفرنسي في هذه المرحلة استأثر بكل السلطات ضمناً لمبدأ سيادة القانون. و بالتالي عدم تمتع رجال الإدارة بأي حرية في ممارسة أعمالهم و على ذلك فاختصاص الإدارة كان من قبيل الاختصاص المقيد.

و في ظل هذه الحقبة فوجئ رجال الثورة الفرنسية بسرعة الحاجات الضرورية للحياة السياسية و هو ما أكد ضرورة ترك حرية للسلطات الإدارية. و في السنة الثامنة لقيام الجمهورية الفرنسية الأولى أنشئ مجلس الدولة الفرنسي و كانت وظيفته تقتصر على إبداء الرأي وتقديم المشورة للإدارة، و إعداد مشروعات القوانين و الأوامر و المراسيم، ليعرضها على رئيس الدولة ليصدرها. كما كان ينظر و يفحص الطعون و التظلمات التي يرفعها الأشخاص ضد الأعمال الإدارية الغير مشروعة.² و في ظل هذه المرحلة أصبحت الإدارة حرة في تقديرها بعد أن كانت مقيدة، بالإضافة إلى أنها غدت جهة قضائية ذات اختصاص عام في المنازعات الإدارية. ظل هذا الوضع سائداً إلى غاية صدور قانون في 24 مايو 1872 يمنح مجلس الدولة سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية، إلا أنه كان مقيداً بما سمي " بنظرية الوزير القاضي " و التي مفادها عدم لجوء أصحاب الشأن بدعواهم إلى مجلس الدولة مباشرة وإنما عن طريق الإدارة، إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها قانوناً. إلا أن ذلك لم يمنع الإدارة من اتخاذ كثير من القرارات دون الخضوع لرقابة القضاء و قد أطلق عليها " قرارات الإدارة البحتة".³

و لأن مجلس الدولة الفرنسي وجد أن قرارات الإدارة البحتة تنتهك حقوق الأفراد ابتدع ما يسمى الرقابة القضائية على الإدارة البحتة، أو قضاء الشرعية، وجعل من فكرة الاختصاص سبباً شرعياً لإلغاء قرارات الإدارة البحتة، شرط أن تكون قد مست حقاً شخصياً أو مكتسباً لصاحب الشأن، ثم أخذ يقبل طعون

¹ - نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 14.

² - حاحة عبد العالي، " الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2004 - 2005، ص 11.

³ - خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط2، الكويت، ص 145 - 146.

الأفراد في هذه القرارات لعدم الاختصاص و عيب الشكل، و بذلك تطور مفهوم القرارات الإدارية البحتة إلى مفهوم القرارات الإدارية التقديرية.¹

و نتيجة للتطور الذي حصل أصبحت فكرة التقدير الإداري توصف بأنها سلطة التصرف الحرّ الذي يثبت للإدارة جزئياً لعنصر أو آخر من عناصر التصرف الإداري. كان هدف مجلس الدولة من ذلك التوصل إلى إرساء مبدأ المشروعية. إلا أن السلطة التقديرية لا يمكن أن تتسع لتشمل جميع العناصر المكونة للقرار الإداري.²

الفرع الثاني: تعريف السلطة التقديرية للإدارة

المشروع كعادته لم يتطرق لتعريف السلطة التقديرية وترك مسألة تحليل المصطلحات القانونية وتعريفها لكل من الفقه والقضاء الإداريين، قصد إزالة الإبهام والغموض الذي يمكن أن يشوبها، و بناء على ذلك نتطرق لتعريف السلطة التقديرية في معناها اللغوي و الاصطلاحي في كل من الفقه والقضاء الإداري.

أولاً- تعريف السلطة التقديرية لغة:

السلطة لغة: من سلط يسلط سلاطة، و السلاطة القهر و الحدة، والتسليط إطلاق السلطان و تدل السلطة على القوة و القهر و التمكن.³

أما التقدير لغة: من قدر يقدر، وقدر كل شيء ومقداره، مقياسه، و قدر الشيء بالشيء و قدره قاسه. و يعني التقدير أيضا التروي و التفكير في تسوية أمر و تهيئته.⁴

تعني كلمة تقدير في معنى آخر " إمكانية التصرف الحر " أي التصرف وفقاً لإرادة صاحب التصرف و طبقاً لمحض إرادته.⁵

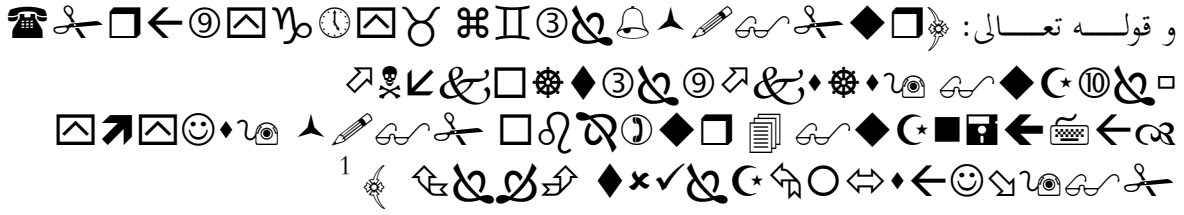
¹ - خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 148 .

² - نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 18 .

³ - ابن منظور، قاموس لسان العرب، مطبعة بيروت، 1969، ص 320-321 .

⁴ - المرجع، نفسه، ص 62 .

⁵ - مخاشف مصطفى، "السلطة التقديرية في اصدار القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2007/ 2008، ص 10 .



تدل الآية على أن من دخل في خطة القضاء عليه أن يبذل الجهد في القيام بالحق و العدل، لأن الله وعد من يفعل ذلك بأن يهديه سبيله و يكون معه إن كان من المحسنين.²

ثانيا : السنة النبوية المطهرة:

قال رسول الله ﷺ : «إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»³.

ما يستفاد من هذا الحديث أن النبي ﷺ كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء وذلك بوصفه قاضيا ، ويدل ذلك أنه ذكر ذلك في مقام إدلاء الخصوم بالحجج و ذلك بقوله ((تختصمون، فأقضي قضيت))⁴.

و تعني السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي: "حيز تركه النص أو الدليل الشرعي للملائمة بين تطبيق النص أو الدليل أو الواقع". أو هي الحق الممنوح للإدارة في ممارسة نشاطها العادي في الظروف الطبيعية و بعبارة أخرى فان الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية كلما امتنعت الأنظمة من إلزامها باتخاذ قرارات معينة ، على أن تترك لها حرية اتخاذ القرار الذي تراه مناسباً و ملائماً وفق تقديرها للظروف المحيطة. على أن تكون هذه الحالة لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة. أو كل ما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة على مقتضى الشريعة و مقاصدها، تنظيماً لمرافق الدولة و تدبير شؤونها و رعاية للصالح العام.⁵

و هناك شروط و ضوابط في الفقه الإسلامي لإعمال السلطة التقديرية نذكر أهمها:

1 - سورة العنكبوت، الآية 69.

2 - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص 84.

3 - صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم 6748.

4 - محمود محمد ناصر بركات، المرجع نفسه، ص 86 .

5 - خالد بن خليل الظاهر، القضاء الإداري، ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، 2009، ص 48.

- 1- عدم مخالف النص من الكتاب و السنة .
 - 2- عدم مخالفة الإجماع .
 - 3- عدم مخالفة مقاصد الشريعة الإسلامية .
 - 4- عدم مخالفة العرف¹ .
- 2- **الفقه الفرنسي:** عرفها العميد Bonnard " سلطة الإدارة تكون تقديرية حينما يترك لها القانون بصدد علاقاتها مع الأفراد الحرة في أن تتدخل أو تمتنع، و اختيار وقت هذا التدخل و كفاءته و كذلك فحوى القرار الذي تتخذه . فالسلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما صح عمله و ما يصح تركه"²
- أما الفقيه " chapus " عرف السلطة التقديرية للإدارة بأنها ليست إلا سلطة اختيار بين قرارين أو تصرفين على الأقل يتقفا مع المشروعية، فالإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية لا تستطيع عمل إلا ما يسمح لها به القانون.
- و الفقيه " Binoit " عرفها بقوله: " نكون أمام سلطة تقديرية إذا كانت الجهة الإدارية صاحبة الاختصاص حرة في تقدير مدى ممارسته إذا توافرت الشروط التي تبرر ذلك قانوناً، و بهذا تتمثل السلطة التقديرية في مكنة قانونية تحوّل صاحب الاختصاص حرة تقدير ممارسة اختصاصه إذا توافرت الشروط القانونية لذلك.³
- 3- **الفقه المصري:** عرّف فقهاء القانون العام في مصر السلطة التقديرية متأثرين في ذلك بالفقه الفرنسي بأنها قدرة الإدارة على إعمال إرادة حرة في مباشرة النشاط الإداري. نذكر منهم: الدكتور توفيق شحاتة بقوله: " يقصد بالسلطة التقديرية أنه إزاء وقائع ما تكون الإدارة حرة في اتخاذ قرار أو في الامتناع عن اتخاذه أو في اختيار القرار الذي تراه "، أي أن القانون لا يفرض عليها مقدماً سلوك طريق معين لا تستطيع أن تحيد عنه.⁴

¹ - خالد بن خليل الظاهر المرجع السابق، ص 08 .

¹ - خليف محمد، "الضوابط القضائية للسلطة التقديرية -دراسة مقارنة-"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015 - 2016، ص 22 .

³ - مصلح الصرايرة، "مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 166 .

⁴ - مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا و مصر و لبنان، ط1، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 56 .

و عرفها الدكتور سليمان الطماوي: " أن يترك المشرع للإدارة شيئاً من الحرية لتقرر بمحض اختيارها ما إذا كان من الصالح أن تتدخل أو تمتنع، و إذا تدخلت فأَيّ الوسائل تختار ".¹

و قد عرفها الدكتور محسن خليل و الدكتور سعد عصفور بقولهما: "إن مدلول السلطة التقديرية هو أن يترك القانون للإدارة الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يفرض عليها وجوب التصرف على نحو إلزامي معين أي أن القانون يترك للإدارة حرية في تقدير العمل الملائم و القيام به في الوقت المناسب كلما تبين لها من خلال الظروف و الأحوال أن تصرفها سواء كان سلبياً أو إيجابياً أنه الأصوب في تحقيق المصلحة العامة، دون أن يملئ عليها مقدماً مسلكاً محدداً يتعين عليها اتخاذه في هذا الخصوص ، فالسلطة الإدارية لا يمكنها اتخاذ قرار إداري، إلا في حالة وجود الواقعة التي تبرر اتخاذ القرار ومن جهة أخرى فإن اتخاذ هذا القرار لا يكون إلا حسب النصوص القانونية التي تحدد هذه الصلاحيات وتضبط الإجراءات لتجسيدها ".²

4- **الفقه الجزائري** : تبني النظام القانوني الجزائري نظرية السلطة التقديرية متأثراً في ذلك بالنظام الفرنسي إلا أنها كنظام مستقل بذاته لم يلق البحث الكافي من قبل الفقهاء الجزائريين، و العدد القليل من الفقهاء المصريين ممن تطرقوا لتعريفها ضمن النظام الجزائري.³

فلقد عرفها الدكتور محمد الصغير بعلي: "يترك للإدارة قدر معين من الحرية من حيث الاختيار بين اتخاذ القرار من عدمه رغم توافر شروطه، مراعاة للظروف والمعطيات والمقتضيات السائدة بالإدارة. و من أبرز المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية هي الحفاظ على النظام العام، و ما يخول لهيئات الإدارة محلية كانت أو وطنية من حيث اختيار القرار الملائم والمناسب للظروف المحيطة به و يستنتج من هذا أن السلطة التقديرية تستند إلى اعتبارات عملية تمنح الإدارة عدة اختيارات لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المشرع أن يتصوره مسبقاً، و لا يمكن للقاضي معاشية ملاساته و تفاصيله ".⁴

و لقد عرفتتها رئيسة مجلس الدولة الجزائري سابقاً فريدة أبركان بأنها: " هي أن تكون الإدارة حرة تماماً في التصرف في هذا الاتجاه أو ذلك، و بدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير

1 - سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري -دراسة مقارنة-، مطبعة جامعة عين شمس، 1986، ص 620.

2 - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجد للنشر و التوزيع، سطيف، 2010، ص 190.

3 - مخاشف مصطفى، مرجع سابق، ص 12 .

4 - محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 17.

الشروط التي تتخذ في ضوءها قرارها، و مثال ذلك سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو و الأوسمة، اختيار طريقة تسيير المرافق العامة، إنشاء أو تعديل سلك من أسلاك الموظفين".¹

ثالثا : التعريف القضائي : عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية: "أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن الجهة الإدارية تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها و ترخص في تقدير ملائمته و مراعاة ظروفه ووزن ملابساته المحيطة به طالما أن الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامه ولم يشبه عيب أو إساءة استعمال السلطة و مخالفة القانون. و في حكم آخر عرفت بطريقة أدق بقولها: "لا جدال في أنه غير الأحوال التي تقيدها سلطة الإدارة التقديرية بنص في قانون أو لائحة أو بمقتضى قاعدة تنظيمية عامة التزمتهما يصبح التقدير من إطلاقات الجهة الإدارية ترخص فيه بمحض اختيارها فتستقل بوزن مناسبات قرارها و بتقدير ملائمة أو عدم ملائمة إصداره بما لا معقب عليها في هذا الشأن من محكمة القضاء الإداري ما دام لم يثبت أن قرارها ينطوي على إساءة استعمال السلطة".²

الفرع الثالث: تمييز السلطة التقديرية عن غيرها من المفاهيم

إن أهمية السلطة التقديرية تفرض علينا تمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة والمقابلة لها، و من بين المفاهيم التي يقارب معناها معنى السلطة التقديرية مبدأ التناسب و الملائمة، و الاختصاص المقيد كمقابل لها.

أولا : تمييز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد

مما سبق فإن السلطة التقديرية هي التي يترك فيها المشرع للإدارة قدراً من حرية التقدير و ذلك باتخاذ الإجراء، أو عدم اتخاذه، بحيث يمكن للإدارة تقدير ملائمة التصرف و اتخاذ الوقت المناسب أما الاختصاص المقيد هو الذي يحدد فيه المشرع للإدارة شروطاً لممارسة اختصاصاتها و يرسم لها حدوداً و يجبرها على التدخل في حالة توفر هذه الشروط. هذان السلطانان هما متلازمان لحسن سير الإدارة فالاختصاص المقيد يظهر فيه ضمان أكبر لحرية الأفراد و حمايتهم فيكفي أن يثبت الفرد تعسف الإدارة في الالتزام بإجابة طلباته وفق الشروط المنصوص عليها وبمكته الطعن في أعمالها أمام القاضي الذي يردها للصواب و بذلك تلتزم الإدارة الحدود التي رسمها لها القانون.³

¹ - فريدة أبركان، " رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية "، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، الجزائر، 2002، ص 37.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 198.

³ - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، ط 1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2003 ص 102 .

فالاختلاف بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد ليس اختلافاً في الجوهر وإنما الاختلاف بينهما يكمن في الدرجة، لأنهما يتعلقان باختصاص السلطة الإدارية، و مدى الحرية التي يمنحها المشرع للإدارة أثناء مباشرتها لتلك الاختصاصات. فإذا تم تضيق حرية الإدارة في ممارسة بعض اختصاصاتها نكون أمام اختصاص مقيد، و في الحالة التي يترك فيها المشرع حرية أكبر للإدارة نكون بصدد سلطة تقديرية. فالاختلاف بينهما يعد نسبياً و في الدرجة، أي في مدى خضوع الإدارة للقانون.¹ و إن أهم ما يميز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد، ارتباط الاختصاص المقيد للإدارة بفكرة المشروعية ارتباطاً وثيقاً، و بذلك تخضع الإدارة للرقابة القضائية في ممارستها لأعمالها الإدارية، للتحقق من مدى توافر الشروط التي أقرها القانون و لقد وضع الفقه عدة معايير للتمييز بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد نذكر منها:

(1) **معياري الفقيه ليون:** تعتمد هذه النظرية على إلزامية القواعد القانونية، حيث حاول الفقيه التمييز بين الأحكام القاطعة و الأحكام الجوازية كأساس للتمييز بين الاختصاص المقيد و السلطة التقديرية، و يقصد بالأحكام القاطعة الأحكام التي لا تترك لمن يخضع لحكمها أي حرية في تحديد المسار الذي يتخذه، أما القواعد الجوازية يقصد بها القواعد التي تترك لمن يخضع لأحكامها حرية الاختيار.

و لقد أضاف الفقيه ليون فكرة الغرض كمعيار للتمييز بين القواعد القاطعة كمصدر للاختصاص المقيد و القواعد الجوازية كمصدر للسلطة التقديرية.²

(2) **معياري الفقيه بونار:** يقوم هذا الرأي على أساسين، الأول أنه ليس هناك قرار تقديري كله و أن ما كان يسمى بطائفة الأعمال التقديرية قد اختفى و البقية المتخلفة من هذا النوع من القرارات هي أعمال السيادة أو الحكومة، و الثاني أن التقدير أو التقييد في القرارات الإدارية إن يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري، و لهذا فإن نقطة البداية في دراسة السلطة التقديرية في هذا الرأي تنحصر في تحليل القرار الإداري و التعرف على أركانه ثم إبراز الجوانب التقديرية والجوانب المقيدة في تلك الأركان.³

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 202 .

² - سلماني مسعودة، "مقومات مشروعية القرار الإداري"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016 - 2017، ص 67.

³ - لطفاوي محمد عبد الباسط، "دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة و مدى خضوعها للرقابة القضائية" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 39 .

و يحدد بصورة عامة فكرة السلطة التقديرية بقوله: "أن هناك سلطة تقديرية للإدارة في حالة ما إذا كانت القوانين و اللوائح قد نصت على اختصاص الإدارة بمناسبة علاقة قانونية لها مع الأفراد، و تركت لها سلطة التقدير الحر لملائمة إقدامها على التصرف أو عدم إقدامها عليه".¹

ثانياً: تمييز السلطة التقديرية عن مبدأ التناسب

ينصرف المعنى اللغوي للتناسب من أصل كلمة نسب، و تعني القرابة و الانتساب، و استنسب الشيء أي وجدته ملائماً، و مناسبة بمعنى تماثلاً، و تناسباً بمعنى القرابة و الارتباط بين شيئين.

أما اصطلاحاً فمعناه العام العلاقة بين شيئين أو تعبير عن صلة تتسم بالتوافق أو التوازن بين شيء ثابت و آخر متغير. أما في الاصطلاح القانوني فإنه تعبير عن صلة توافقية بين حالة معينة و أخرى مناظرة لها نتیحتها توازن مقبول بينهما.²

إلا أنه كثيراً ما يقع التباس و غموض بين مفهومي السلطة التقديرية و مبدأ التناسب، إلا أن هناك فرقاً بينهما. و بما أن التناسب يعني تقدير أهمية السبب و مدى توافقه مع الإجراء المتخذ المتمثل في المحل و هذا يعني أن التناسب هو جزء من الكل و هو يمثل أحد أهم تصرفات الإدارة في مجالها التقديري. و التناسب في الاصطلاح القانوني معناه التوافق و التطابق بين حالة معينة و أخرى مناظرة لها، و هو يقوم أساساً على وجود علاقة منطقية بين شيئين يعبر عنها بالتماثل و التكافؤ.³ و من بين الفقهاء الذين يرون أن هناك تشابه و تداخل بين السلطة التقديرية و مبدأ التناسب، معتبرين أن السلطة التقديرية تعني التناسب الدكتور البرزنجي الذي يرى " أن السلطة التقديرية في القرار الإداري، هي تمتع الإدارة بجزئية إجراء التناسب بين سبب القرار المعتمد و أثره القانوني المتمثل في محله".⁴

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه حصر السلطة التقديرية في مجال واحد و هو التناسب بين سبب القرار و محله المتمثل في أثره القانوني. رغم أن كثيراً من التعريفات تتفق على أن السلطة التقديرية تعني تمتع الإدارة بقدر من الحرية في معظم اختصاصاتها القانونية.

1 - سلماني مسعودة، مرجع سابق، ص 69.

2 - خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2009، ص 94.

3 - المرجع نفسه، ص 95.

4 - مايا محمد نزار أبو دان، مرجع سابق، ص 62.

و تكمن العلاقة بين فكرة التناسب و السلطة التقديرية في أن التناسب يدخل ضمن مجالات السلطة التقديرية للإدارة إلا أنه لا يستغرقها. و التناسب ينصب على بعض عناصر القرار الإداري فقط.

ثالثا: تمييز السلطة التقديرية عن فكرة الملائمة

تعرف الملائمة في الاصطلاح القانوني على أنها توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان و المكان والاعتبارات المحيطة، بإصداره من كافة جوانبه.¹ و الملائمة هي صفة للقرار الإداري تتوفر على ضوابط وشروط معينة تراعيها الإدارة في القرار الإداري. و تعني الملائمة أيضا وجود توافق وعدم تعارض بين التصرف و الحالة التي يعينها هذا التصرف أي يكون مناسبا وموافقا وصالحا من حيث الزمان والمكان والظروف المحيطة. و بالمقابل تعني رقابة الملائمة رقابة القاضي لأهمية الوقائع المكونة لركن السبب و مدى تناسبها مع مضمون القرار الصادر، أو بمعنى آخر أن يراقب القاضي الإداري درجة خطورة القرار و هل الوقائع المكونة للسبب متناسبة في درجة أهميتها مع درجة خطورة القرار.² و عليه فإن الملائمة تدخل ضمن الاختصاص التقديري للإدارة.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة

يقصد بالأساس القانوني للسلطة التقديرية أساس قيامها و مقومات وجودها و أسباب الاعتراف بها للإدارة في دولة القانون التي يفترض فيها خضوع جميع هيئاتها للقانون.³

و بما أن المشرع و هو بصدد سن قوانين عامة و مجردة، يستحيل عليه الإلمام بجميع المسائل و الحالات التي قد تعترض سير أعمال الإدارة. فمن الصعوبة بمكان أن يحدد لها السلوك المفروض انتهاجه أو القرار الواجب اتخاذه. و لأن التشريع يوضع في زمن معين و وفق ما تقتضيه الظروف يمكن أن يطرأ عليه جديد بسبب التطورات و اختلاف الأزمنة قد يضطر المشرع إلى تعديله و هو ما يتطلب مراحل مختلفة، و زمنا طويلاً.

و بما أن السلطات الإدارية أدرى و أقدر بخلفيات و مقتضيات النشاط الإداري و كذا متطلباته العملية، كان و لا بد من إعطائها قدرا من حرية التصرف والتقدير.⁴ و للبحث في أساس السلطة التقديرية

¹ - رفيق بومدين، "الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2014 - 2015، ص 31.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 211.

³ - نبيل اسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 29.

⁴ - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 630.

للإدارة و الذي يعني سبب وجودها و سبب الاعتراف بها للإدارة، وكذا التنظيم القانوني الذي يحكم نشاطها. وهو ما أدى إلى انقسام الفقه في تحديد أساسها القانوني. فمنهم من قال أنها تتعلق بالحقوق الشخصية، و البعض الآخر يرى أن أساسها يعود للطبيعية الذاتية للمشروع، فيما يرى جانب آخر أن أساسها يعود لنظرية تدرج القوانين.

الفرع الأول: نظرية الحقوق الشخصية

تعتبر فكرة الحقوق الشخصية من أهم الأفكار التي سايرت تطور مسألة قبول دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي.¹ و أدى تطور شروط قبول دعوى الإلغاء إلى تطور الآراء الفقهية التي اعتبرت فكرة الحقوق الشخصية أساساً قانونياً تقوم عليه السلطة التقديرية للإدارة. من أهمها رأي الفقيه بارتلمي والفقيه بونار.

أولاً: الفقيه بارتلمي: ميز الفقيه "بارتلمي" بين الحقوق الشخصية و المصالح البسيطة، حيث تمثل هذه الأخيرة المزايا و المنافع الواقعية التي يتمتع بها الفرد، و ليس لها حماية قضائية أما الحقوق الشخصية فهي التي يمكن حمايتها و ضمان احترامها بالوسائل القانونية.

و يُعتبر الحق الشخصي عند بارتلمي مصلحة مضمونة اجتماعياً بوسيلة قانونية في مكنة صاحب الحق. و هناك وسيلة أخرى غير القضاء الكامل لحماية الحقوق الشخصية تتمثل في الطعن حيث تقف السلطة التقديرية عند الحق الفردي، و عندما يجوز الشخص مصلحة بسيطة تحوز الإدارة سلطة تقديرية.²

ميز الفقيه بارتلمي بين المصالح البسيطة و الحقوق الشخصية. حيث أنه عرّف المصلحة بأنها: "تلك المنافع أو المزايا التي يتمتع بها الفرد و ليس لها حماية قضائية"، أما الحقوق الشخصية فقد عرفها بأنها: "تلك المنافع و المزايا التي يمكن ضمان احترامها بوسيلة قانونية". و من التعريف يتبين أن هذه الوسيلة القانونية في الدعوى القضائية التي تميز بين الحقوق الشخصية و المصالح. و يكمن الاختلاف الجوهرى بين الحق الشخصي و المصلحة في وجود الدعوى القضائية باعتبار أن المصالح لا تحوز على حماية قضائية، ما يؤدي إلى الاعتراف للإدارة بالحرية في المجالات التي لا يستطيع الأفراد أن يخاصموها فيها. و بالمقابل تعتبر الحقوق الشخصية و الدعوى التي تحميها الأساس الذي يفسر الاختصاص المقيد.³

1 - خليفى محمد، مرجع سابق، ص 31 .

2 - حسام الدين محمد مرسي مرعي، مرجع سابق، ص 33.

3 - مصطفى مخاشف، مرجع سابق، ص 22.

ثانياً: الفقيه بونار: يرى الفقيه بونار أن نظرية الحقوق الشخصية مرتبطة بالاختصاص المقيّد للإدارة و بمفهوم آخر فإن وجود السلطة التقديرية يتحقق في حالة غياب الحقوق الشخصية، التي يتم حمايتها و الدفاع عنها بواسطة رفع دعوى قضائية ضد الإدارة في حالة مساسه بهذه الحقوق.¹

إلا أنه تم انتقاد هذه النظرية كونها لا تصلح لأن تكون أساساً، لأنها تجعل من الحق الشخصي أساساً و نتيجة للاختصاص المقيّد في آنٍ واحد، كما أن توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق هو ربط غير واقعي و حتمي، كما أن هذه النظرية تتصل بمجال السلطة التقديرية و ليس أساسها القانوني.²

الفرع الثاني: فكرة المشروع

أساس فكرة المشروع أنها تشبه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، و مفادها أن الإدارة بمختلف هيئاتها هي عبارة عن مشروع لا يختلف من حيث بناءه الإداري عن المشاريع الفردية، و أنّ طبيعة المشروع هي التي تفسر ما تتمتع به الإدارة من سلطة في التقدير الحر، تماماً كما يتمتع بهذا القسط من حرية التصرف رئيس المشروع الخاص.³

لا يمكن لفكرة الحقوق أن تفسر أساس السلطة التقديرية للإدارة بشكل كامل، لأن الإدارة تتمتع بسلطة وضع القيود لمواجهة بعض الحقوق الشخصية كمنع أصحاب العقارات من البناء في أملاكهم إلا بترخيص تحقيقاً للمصالح العام.⁴

لم تسلم فكرة المشروع من النقد حيث يرى جانب من الفقه أن عنصر المصلحة في المشاريع الفردية يختلف عنه في المشاريع العامة، في المقابل يرى البعض الآخر أن نظرية المشروع هي الأقرب إلى الصحة حيث أن أغلب المراسيم التنفيذية في الجزائر تشير إلى اعتماد الإدارة على نظرية المشروع كأساس لفكرة السلطة التقديرية.⁵

1 - خليفي محمد، مرجع سابق، ص 33 .

2 - رفيق بومدين، مرجع سابق، ص 29.

3 - المرجع نفسه، ص 29 .

4 - حسام الدين محمد مرسي مرعي، مرجع سابق، ص 34.

5- رزيق رحيمة، "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة العامة في التشريع الجزائري"، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015 - 2016 ص 22 .

و من القرارات المؤيدة لنظرية المشروع، قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2004/03/09 أعطى فيه القاضي الإداري الجزائري للإدارة حرية فسخ العقد متى رأت أن الوضع لا يحقق بشكل أو بآخر المصلحة العامة.¹

المطلب الثالث: مبررات السلطة التقديرية للإدارة

اعترفت الكثير من الدول بالسلطة التقديرية للإدارة، و هو ما حذت حذوه الجزائر حيث أجمع أغلبية الفقهاء على أهميتها و ضرورة إعمالها كسلطة من السلطات المعترف بها كامتياز للإدارة، لأن الإسراف في تقييد تصرفات الإدارة و الحد من حريتها، يؤدي بالضرورة إلى شل حركتها و إعدام روح الابتكار فيها، ما أدى إلى إيجاد عدة أسباب و مبررات لوجودها، نذكر أهمها فيما يلي:

الفرع الأول: المبررات القانونية

يصعب على المشرع أثناء وضعه للقواعد العامة التي تنظم المجتمع الإحاطة مسبقاً بكل الحالات التي يمكن أن تقع، فهو يكتفي بسن القواعد و القيود العامة و المجردة، و يترك للإدارة قدرًا من حرية في التصرف و التقدير، لأنها بحكم اتصالها بالواقع اليومي و بالمشكلات أقدر على مواجهتها بالوسائل الملائمة.²

و عليه فإن السلطة التقديرية هي مسألة حتمية لارتباطها بالوظيفة الإدارية، يؤكد هذا كما أسلفنا عجز المشرع عن تنظيم جزئيات و التنبؤ بجميع الأعمال الإدارية التي تأتيها الإدارة.

الفرع الثاني: المبررات الفنية

لقيام الإدارة بوظيفتها على أحسن حال و جب تمتعها بقدر من السلطة التقديرية ما يسمح لها بإعمال إرادتها لممارسة اختصاصاتها و تطبيقاً للقانون بما يتوافق و الواقع، إذ أن القانون لا يمكنه بل يستحيل عليه التنبؤ و الإحاطة بكل الجزئيات.³ كما أن تطبيق القانون على الحالات الفردية يقتضي التفكير و التدبر، و تؤدي المبالغة في تقييد حرية الإدارة إلى جمودها و قلة فعاليتها و عدم أدائها لمهامها على النحو اللائق.⁴

¹ - مجلة مجلس الدولة الجزائري، منشورات الساحل، العدد 05، 2006، الجزائر، ص 212 - 213 .

² - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، المرجع السابق، ص 629.

³ - محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص 54.

⁴ - ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 611.

و هو ما ذهب إليه مجلس الدولة المصري في أحد أحكامه بقوله: " تقوم عملية معادلة منح الدرجات العلمية على سلطة تقديرية واسعة للجهة الإدارية نظراً لأنه عمل فني بطبيعته لا يستطيع القضاء أن يحل نفسه محل الجهاز الإداري في القيام به والنواحي الفنية هي مجال لسلطة تقديرية لجهات الإدارة لا معقب عليها إلاّ بعيد الانحراف بالسلطة ".¹

الفرع الثالث: المبررات العملية

كما أسلفنا فإن المشرع يستعصي عليه بل يستحيل أن يحدد جميع المسائل الإدارية و أن يعالجها في إطار القواعد القانونية، ما جعل القانون يترك حيزاً من الحرية للإدارة لتعالج بعض الحالات الفردية و ذلك لأن النصوص القانونية متناهية بطبيعتها، أما الوقائع و الأحداث فتكون دوماً متطورة و متجددة حسب الظروف و الملابسات، و كان من المحتم أن يقتصر التشريع على قواعد و مبادئ عامة و مجردة، و بذلك تمّ منح الإدارة سلطةً تقديرية تضيق و تتسع حتى تتصرف بما يتلاءم والظروف و الوقائع.²

¹ - علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009، ص 99.

² - المرجع نفسه، ص 98-99.

المبحث الثاني: مجالات السلطة التقديرية للإدارة

على اعتبار أن السلطة التقديرية للإدارة يُعنى بها تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف حال ممارستها لمختلف الاختصاصات الممنوحة قانوناً من أعمال مادية أو أعمال قانونية (انفرادية، القرارات الإدارية)، فإن المجال الأساسي للسلطة التقديرية هو القرار الإداري، و من هذا المعرفة جوانب التقدير للسلطة التقديرية لا بد من النظر إليها من خلال عناصر القرار الإداري و التي قسمها الفقه إلى خمسة عناصر، فالسلطة التقديرية تتسع وتضيق باختلاف أركان القرار الإداري، و لأن الفقه و القضاء الإداريان قد استقرا على أن عناصر القرار الإداري تتمثل في الاختصاص و الشكل و السبب و المحل و الغاية، التي من خلالها نبين جوانب التقدير للإدارة في كل منها .

فمن خلال هذا المبحث سيتم توضيح جوانب التقدير في عناصر المشروعية الخارجية للقرار الإداري و ذلك من خلال المطلب الأول و تبيان جوانب التقدير في عناصر المشروعية الداخلية للقرار الإداري ضمن المطلب الثاني.

المطلب الأول: جوانب التقدير في عناصر المشروعية الخارجية للقرار الإداري.

يجمع الفقهاء أنّ عناصر المشروعية الخارجية للقرار الإداري تشتمل على ركني الاختصاص و الشكل و الإجراءات.

و عليه يتعين علينا أن نبين إن كان للإدارة حرية تقدير في كل منهما، بحيث سندرج ضمن الفرع الأول جوانب التقدير في عنصر الاختصاص، أمّا بالنسبة لجوانب التقدير في عنصر الشكل و الإجراءات فيتم التطرق إليه ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: جوانب التقدير في عنصر الاختصاص.

يقصد بركن الاختصاص في القرارات الإدارية بأنه: « القدرة أو المكنة أو الصلاحية المخولة لشخص أو جهة إدارية على القيام بعمل معين على الوجه القانوني». ¹

¹ محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005، ص.49.

كما عرفه الفقيه سليمان محمد الطماوي بأنه "القدرة قانونا على مباشرة عمل إداري معين، فالقانون هو الذي يحدد لكل نطاق اختصاصه".¹

قواعد اختصاص السلطات الإدارية وهي دائما أمرة،² لا يجوز مخالفتها أو الخروج عليها و إلاّ عدت تصرفات الإدارة غير مشروعة. فمشروعية القرار مرتبطة باحترام قواعد الاختصاص.

فالإدارة تكون مختصة أو غير مختصة، فصدور القرار من جهة غير مختصة قانونا يكون بذلك مشوبا بعيب عدم الاختصاص، لأنه من النظام العام و يكون قابلا للطعن فيه بالإلغاء.³

ذلك أنّ القانون حدد اختصاص الشخص الإداري المختص باتخاذ القرار، فان صدوره من شخص آخر دون سماح القانون بذلك ينتج عنه بطلان هذا القرار.⁴

فالإدارة في إصدارها القرار الإداري أو تعديله أو إلغائه أو سحبه يستند اختصاصها بذلك إلى النص أو القاعدة القانونية سواءً كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، فان ثبت بنص معين لا يجوز التوسع فيما ورد في النص أو الاجتهاد في مجاوزة نطاقه.⁵

يذهب غالبية الفقهاء إلى أنّ الإدارة لا تملك حرية التقدير فيما يتعلق بهذا الركن.⁶ و يذهب بذلك إلى أن القواعد الخاصة بالقرار بالنسبة لركن الاختصاص لا تخرج عن أمرين.⁷

¹ عمار بوضيف، القرار الإداري، -دراسة تشريعية قضائية فقهية-، ط1، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2007، ص89 .

² محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري(مبدأ المشروعية و سيادة القانون الاختصاص القضائي لمجلس الدولة)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2011-ص204.

³ نواف كنعان، القضاء الإداري، ط3، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص40.

⁴ رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، ندوة القضاء الإداري (رقابة الإلغاء)، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، قسم القانون العام الرباط، المملكة المغربية، 11-14 يوليو 2005، ص13.

*نص المادة 01-47 من الامر 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، "كل موظف مهما كانت رئيسية في السلم الإداري مسؤول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه".

⁵ نواف كنعان، المرجع نفسه، ص40.

⁶ لباشش سهيلة، "السلطة التقديرية والرقابة القضائية"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع دولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2016، ص85.

⁷ خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص234.

و ذلك من خلال التحديد القانوني الكامل للاختصاص: بتحديد القانون للشخص الإداري المختص باتخاذ القرار دون غيره¹. و مثال عن ذلك في مجال الضبط الإداري إذ تحدد الهيئات المكلفة بإصدار قرار الضبط قانونا.

التحديد القانوني لمصدر القرار دون شروط وإجراءات اتخاذ القرار: إن القواعد القانونية تحدد صاحب الاختصاص إلاّ أنّها لا تحدد الشكل و الإجراءات الواجب اتخاذها وقت إصدار القرار، فهو هنا يملك سلطة تقديرية. وبما أنّه وحده المختص بإصدار القرار فإن صدور هذا الأخير من غيره يؤدي به إلى عيب عدم الاختصاص.²

فإنّه لا يتصور منطقياً أن تكون هناك سلطة تقديرية في مجال الاختصاص وعلى هذا يمكن القول أنّه لا مجال لسلطة تقديرية للإدارة في ركن الاختصاص و إلاّ اعتبر القرار أو التصرف الإداري باطلاً.

إلاّ أنّ ذلك لا ينفي القول أنّ البعض قد ذهب إلى اعتبار أنّ الإدارة تتمتع بقدر من التقدير في مجال الاختصاص في حالة التفويض.

و يقصد بالتفويض أن يعهد صاحب الاختصاص جزءاً من اختصاصاته إلى موظف آخر موازي له في السلم الإداري، أو أدنى منه مرتبة.³

كما يقصد به الإجراء الذي تعهد بمقتضاه سلطة لسلطة أخرى بجزء من اختصاصاتها بناء على نص قانوني يأذن له بذلك.⁴

و لأنّ صاحب الاختصاص يستمد الحق في ممارسته من القانون، فإنه لا يستطيع أن يفوض غيره في ممارسة الاختصاص، إلاّ إذا سمح له بذلك نص تشريعي يكون في نفس قوة النص الذي منحه الاختصاص محل التفويض.⁵

¹ خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 85.

² المرجع نفسه، ص 234.

³ عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية (مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري- دعوى الإلغاء- القرارات الإدارية- التحقيق في المنازعات الإدارية- تنفيذ الأحكام الإدارية قضاء الاستعجال الإداري- طرق الطعن في الأحكام الإدارية- المسؤولية الإدارية، ط 2، دار هومو للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص 151.

⁴ عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، (في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)، المرجع السابق، ص 177.

⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية (في الفقه و قضاء مجلس الدولة) منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، 2007، ص 57.

و كمثل على ذلك نص المادة 87 من قانون البلدية 10-11 المؤرخ في 22 يونيو 2011¹ التي حولت لرئيس المجلس الشعبي البلدي و تحت مسؤوليته، تفويض إمضائه للمندوبين الخاصين و إلى كل موظف بلدي.

يملك الموظف المختص سلطة تقدير إمكانية مباشرة العمل بنفسه أو يفوض غيره في أدائه، ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام و اطراد، كما يمكن أن يلجأ إلى الحلول أو الإنابة. إلا أنه لا يتم إلا بناء على شروط محددة، إضافة إلى أن التفويض يكون بناءً على نص قانوني، يشترط أن يكون محدداً سلفاً و أن يكون المقرر له من نفس درجة النص المانح للاختصاص الأصلي أو أعلى منه، و لا يجوز التفويض إلا لمن حددهم النص القانوني و ضمن المسائل التي حددها النص، و على ضرورة يكون جزئياً لا يمتد إلى كل الاختصاصات المقررة لصاحب الاختصاص.²

أمّا فيما يتعلق بالحلول و الذي بموجبه يحال اختصاص الموظف الغائب إلى موظف آخر متى اقتضت الضرورة ذلك و لا يمارس إلا بقوة القانون.

أمّا الإنابة فشأنها شأن التفويض لا تقوم بدون نص قانوني يجيزها و لا تجوز إلا في الحالات التي حددها القانون.³

و على هدي هذا يمكن القول أنه حتى و إن كان للإدارة أن تمارس سلطتها التقديرية من خلال عناصر الاختصاص، إلا انه لا مجال لإعمالها -السلطة التقديرية- فيما يتعلق بركن الاختصاص.

الفرع الثاني: جوانب التقدير في عنصر الشكل

يقصد بركن الشكل و الإجراءات مجموعة القواعد الإجرائية، والشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية فهو مجموعة الشكليات التي تتعاون وتتكامل في تكوين وبناء القالب و الإطار الخارجي الذي يكشف و يبرز إرادة السلطة الإدارية في اتخاذ وإصدار قرار إداري معين و ذلك حتى يصبح القرار الإداري ظاهر و معلوم ومنتجا لآثاره القانونية و محتجا به إزاء المخاطبين به.⁴

¹ قانون البلدية 10-11 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق ل 22 يوليو 2011، الج. الر.لج. الج، العدد 37، ص 15.

² حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 114.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 65-66.

⁴ عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضاء الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 58.

القاعدة العامة أنّ الإدارة غير مقيدة في إصدارها لقراراتها بشكل معين أو إجراءات خاصة إلا أنّه إذا فرض المشرع إتباع شكلا معيناً فالإدارة في هذه الحالة تكون ملزمة بإتباع هذه الشكليات أو الإجراءات و إلاّ عدّ القرار غير مشروع و يكون بذلك معيباً .

فإذا كانت القاعدة أنّ مخالفة الشكل و الإجراءات التي نص عليها القانون و التي يجب عليها أن تتقيد بها بالضرورة تؤدي إلى بطلان القرار الإداري، لاعتبار أن هذه الشكليات تمثل ضماناً للأفراد فمخالفتها يعد إخلالاً بهذه الضمانة.¹

و كما يقول الفقيه "اهرنج" Ihering أن الشكليات هي الأخت التوأم للحرية و هي العدو اللدود للتحكم و الاستبداد". ذلك على خلاف الشائع بين العامة من عدم أهمية القواعد الإجرائية و الشكليات و النظر إليها أنّها مجموعة من التعقيدات منعدمة الفائدة.²

من أمثلة الإجراءات التي يمكن أن تكون محلاً للتقيد أو التقدير، الإجراءات التي يتطلبها القانون تسبب القرار الإداري، حيث يعتبر تسبب القرار الإداري إجراء شكلياً جوهرياً عندما يستوجب القانون يترتب على إغفاله بطلان القرار.³

و مثالا على ذلك ما نصت عليه المادة 60 من قانون البلدية 10-11،⁴ على وجوب تعليل قرار البطلان للمداولات، الذي يتخذه الوالي بسبب أنّها تتعارض فيها مصالح البلدية مع مصالح عضو مجلس شعبي بلدي أو زوجه، أو أصوله، أو فروعها إلى الدرجة الرابعة.

و ما نصت عليه المادة 165 من الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العامة⁵ " تتخذ السلطة التي لها صلاحية التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى و الثانية بعد حصولها على توضيحات كتابية من المعني.

¹ حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص82.

² محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري (أسباب إلغاء القرارات الإدارية وفقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 1996) الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية شتات، مصر، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص133.

³ نواف كنعان، مرجع سابق، ص41.

⁴ تنص المادة 60 من قانون البلدية على: "لا يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو من المجلس في وضعية تعارض مصالحه مع مصالح البلدية، بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء، حضور المداولة التي تعالج هذا الموضوع و إلا تعد هذه المداولة باطلة.

يُنبت بطلان هذه المداولة بقرار معلل من الوالي..."

⁵ أمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية، الج الر للج، الج، العدد 46، ص15.

تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة و الرابعة بقرار مبرر بعد أخذ الرأي الملزم من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة.¹

فالتسبيب هو إجراء شكلي يقصد به ذكر الأسباب في صلب القرار الإداري،¹ فإن لم ينص المشرع على إتباع إجراء معين، فإن الإدارة هنا تتمتع بسلطة تقديرية في إتباع هذه الإجراءات أو الشكليات دون أن يؤدي ذلك لبطلان القرار.

فالسلطة التقديرية للإدارة تنتفي في مجال ركن الشكل و الإجراء في الحالة التي يفرض فيها القانون إتباع شكلية أو إجراء معين، و إلا ترتب عنها بالضرورة بطلان القرار.²

ففرض القانون على الإدارة إصدار قرارها وفق شكل معين يوجب عليها الالتزام، و إلا كان قرارها مشوباً بعيب الشكل، و بالمقابل تكون لها الحرية في إبراز إرادتها بأي شكل شاءت إن لم يحدد لها شكلاً معين، بذلك لا يتصور تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال الشكل.³

المطلب الثاني: جوانب التقدير في عناصر المشروعية الداخلية للقرار الإداري

تتمثل العناصر الداخلية لمشروعية القرار الإداري في السبب و المحل و الغاية، و التي سنحاول تبيان موضع السلطة التقديرية للإدارة فيها ضمن هذا المطلب، جوانب التقدير في عنصر السبب و ذلك من خلال الفرع الأول، أما الفرع الثاني فسنحاول من خلاله البحث عن جوانب التقدير في عنصر المحل، أما فيما يتعلق ببيان جوانب التقدير لعنصر الهدف فقد تم إدراجه ضمن الفرع الثالث.

الفرع الأول: جوانب التقدير في عنصر السبب

يقصد بالسبب، الحالة القانونية أو الواقعية الدافعة لإصدار القرار.⁴ أي أنّ السبب هو حالة موضوعية تحدث قبل إصدار القرار تحمل الإدارة على إصداره.⁵

¹ عمار بوضيف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص 202.

² مصلح الصرايرة، المرجع السابق، ص 171.

³ محمد طه حسين الحسني، "معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة و نطاقها"، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 27، 2016، ص 132.

⁴ عمار بوضيف، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 155.

⁵ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم القضاء الإداري- اختصاص القضاء الإداري-ولاية القضاء الإداري قضاء الإلغاء- قضاء التعويض-قضاء التأديب-الطعن في الأحكام)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 413.

و يعرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه حالة واقعية أو قانونية، بعيدة عن رجل الإدارة و مستقلة عن إرادته، تتم فتوحى له بأنه يستطيع أن يتدخل و أنّ يتخذ قرارا ما.¹

كأن يخطأ موظف و كان خطؤه يعتبر من الأفعال التي تستوجب المؤاخظة التأديبية. فبمجرد تحقق هذه الأعمال يستطيع الرئيس الإداري أن يوقع جزاء تأديبيا. و لكنه يستطيع أيضا أن لا يتخذ أي إجراء، إذا ظهر له أنّ الإجراء لن يؤدي الغرض المطلوب منه. و قد يترتب عليه أضرارا كبيرة. أو أن تحدث اضطرابات من شأنها أن تهدد الأمن، فالإدارة هنا لها أن تتدخل و أن تتخذ الإجراءات و التدابير اللازمة لتأمين سلامة الناس و لكنّها قد تُرى تدخلها يزيد من خطورة الأمر، فتمتنع عن التدخل. يُشبهه الدكتور سليمان الطماوي عمل السبب في هذه الحالة بإشارة المرور بحيث لا يمكن للإدارة السير دون مراعاة هذه الإشارة، إلا أن وجودها لا يستلزم ضرورة المرور.

فمن غير الممكن للإدارة التدخل إلا إذا قام سبب مبرر و صحيح لتدخلها حتى لا تتعدى حرية الأفراد.

فسبب تعيين موظف هو شغور المنصب و حاجة الإدارة إلى شغلها تحقيا للصالح العام.

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار ركن السبب شرط لصحة القرار الإداري، يجب أن يتحقق بالشروط التي يفرضها القانون حتى يكون القرار مشروعاً، و نتيجة لذلك اعتبر هذا الاتجاه أنّ الحالة القانونية أو الواقعية هي التي تبرر صدور القرار و تُعدّ سبب وجوده.²

فالحالات القانونية أو القواعد القانونية: هي التي تشكل الأساس القانوني للقرار، فالإدارة ملزمة بالبحث في القاعدة القانونية إن نص المشرع على قانون ينظم نشاط الإدارة في هذه الحالة، بغض النظر عن قيام الحالة الواقعية فرجل الإدارة هنا يكتفي لإصدار القرار تنفيذا لما نص عليه القانون، كأن يصدر قرارا تنظيميا يسند في ذلك لما تشترطه القاعدة القانونية، دون الحاجة لأسباب من الواقع.³ هذا بالنسبة للقرارات التنظيمية، أمّا بالنسبة للقرارات الفردية فمعظمها تستند الإدارة في إصدارها بالإضافة إلى القاعدة القانونية التي تخولها بذلك، قيام الحالة الواقعية التي تفرض التدخل. فسبب قرار تأديبي هو الخطأ المهني الذي يرتكبه الموظف.

¹ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 837.

² عمار بوضياف، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 155

³ خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 241.

عظفا على ما تقدم فإن أسباب القرار يتخذ شكلين، إما أن تكون أسبابا واقعية يقصد بها الحالات أو الأعمال الواقعية الحالة أو المستقبلية التي يشترط القانون قيامها حتى تتمكن الإدارة من إصدار قرارها الإداري بشأنها.¹ كحدوث اضطرابات في مختلف أجزاء إقليم الدولة، تدفع الإدارة المختصة بالتدخل للمحافظة على الأرواح و الممتلكات و للتحكم في الوضع الأمني كأن يصدر رئيس الجمهورية مثلا مرسوما رئاسيا للإعلان عن حالة الطوارئ أو الحصار أو يقر الحالة الاستثنائية.²

لتحقيق السبب في قرارات الضبط الإداري، لابد من حدوث حالة ما قانونية أو واقعية، تدفع بسلطة الضبط إصدار قرارها بهدف المحافظة على النظام العام، فالسبب الدافع لإصدار قرار الضبط الإداري هو الإخلال أو الاضطراب الحاصل في النظام العام.³

أما بالنسبة للشكل الثاني يتمثل في الأسباب القانونية، يقصد بها مجموعة القواعد القانونية أو الأعمال القانونية والتي سبق وبيننا أنها تشكل الأساس القانوني للقرار الإداري كما تمثل الشرط الأساسي لممارسة الإدارة نشاطها، فانعدام هذا الأساس يعرض القرار للإلغاء. فمتى توفر هذا الشرط تكون الإدارة مقيدة و ملزمة بإصدار قرارها، رغم هذا فهي تتمتع بحرية اختيار الوقت المناسب لاتخاذ قرارها شرط أن لم يسبق للقانون بتحديد الميعاد.⁴

من أمثلة الحالة القانونية تقديم الموظف طلب استقالة و إصدار قرار إداري بقبولها. أو تقديم الموظف طلب الإحالة على الاستيداع و إصدار الإدارة المعنية قرار يثبت ذلك. أو إصدارها لقرار الانتداب. فالإدارة تصرفت في جميع هذه الحالات بناء على إرادة صاحب الشأن و أصدرت قرارها بما يقتضيه التشريع.⁵

و نجد أنّ كلا من الفقه و القضاء اشترط مجموعة من الشروط التي يُبنى عليها السبب في القرار الإداري و إلاّ شابه ما يسمى بعيب السبب الذي يؤدي إلى الحكم بإلغاء القرار. ألا و هي أن يكون قائما و موجودا وقت صدور القرار، و لتحقق هذا الشرط يجب توافر عنصران و هما: الأول أن تكون الوقائع قد وقع

¹ سامي جمال الدين، القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة في مبدأ المشروعية، بدون ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ص101.

² عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، المرجع السابق، ص198.

³ عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري(دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص186.

⁴ يعقوب يوسف الحمادي، القضاء و مراقبة السلطة التقديرية للإدارة(دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص84.

⁵ -عمار بوضياف، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص199.

فعلا و يقصد بها صحتها من الناحية المادية و الواقعية، بأن تكون حقيقية لا وهمية و إلا كان معييا في السبب الثاني أن يستمر هذا الوجود حتى تاريخ صدور القرار.¹

كما يُشترط أن يكون مشروعاً، أي أن يكون مطابقاً للقانون كأن يحدد المشرع أسباباً معينة لإصدار قرارها و إلا تعرض هذا الأخير للإلغاء لعدم مشروعية السبب لعدم التقيد به.

و قد ذهب القضاء المصري إلى قوله "من المبادئ المقررة أن للقرار الإداري إذا لم يشتمل على ذكر الأسباب التي استند إليها يفترض أنه صدر وفقاً للقانون"²

ففي هذه الحالات و أمثالها لا تتمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية في التحقق من صحة الوقائع التي تتدخل على أساسها لإصدار قرارها الإداري، أو في التكيف القانوني لتلك الوقائع في حالة ثبوت صحتها فهي لا تملك في هذا الشأن سوى اختصاص مقيد تخضع فيه لحكم القانون واللوائح المنظمة، و من ثم لرقابة القضاء الإداري.

إلا أنّها تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى الخطورة، التي يمكن أن تترتب على الوقائع التي استلزمت إصدار القرار الإداري، و بالتالي تملك أن تصدر قرارها أو لا تصدره حسب تقديرها للأمر . باعتبارها في وضع يسمح لها أكثر من غيرها بتقدير الأمور تقديراً صائباً بقدر الإمكان. و بالتالي فمن المستحسن أن تترك لها حرية تقدير الأهمية والخطورة التي يمكن أن تترتب على هذه الوقائع، مادام هدفها في النهاية هو تحقيق الصالح العام.³

فيما يتعلق مثلاً بالاضطرابات، فإن الإدارة و إن كانت تتمتع بسلطة تقديرية مدى تهديدها للنظام العام، باعتبارها في وضع يسمح لها أكثر من هيئة أخرى بإجراء مثل هذا التقدير، إلا أنّها ملزمة في ذات الوقت بأن تكون مستندة في خصوصها إلى وقائع ثابتة و صحيحة مادياً.⁴

كما قد يبنى القرار الإداري على حالة قانونية، و التي تتمثل في وجود مركز قانوني معين خاص أو عام. و التي تشكل أساساً قانونياً للقرار الإداري، و من أمثلتها ارتكاب موظف خطأً تأديبياً، فهذا السلوك

¹ -لبشايش سهيلة، المرجع السابق، ص 95.

² حسين فريجة، "السلطة التقديرية و اجتهاد القاضي الإداري"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثاني، ص 213

³ دحان سعاد، "عناصر مشروعية القرار الإداري بين التقيد و لتقدير"، جامعة تلمسان، ص 52.

⁴ قروف جمال، "الرقابة القضائية أعمال الضبط الإداري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2006، ص 201.

من جانب الموظف ترتب عن مخالفته لتشريع الوظيفة أو للنظام الداخلي. مما فرض ضرورة مساءلته تأديبا
فإصدار قرار العقوبة التأديبية لم يصدر هكذا دون مبرر، وإنما بسبب ارتكاب الموظف لخطأ تأديبي.¹

و مع ذلك فإن كانت مقيدة أو تتمتع بسلطة تقديرية يظل عنصر السبب متأثرا بسلطة الإدارة
و إرادتها.²

و يرى الأستاذ (Laubadere) لوبادير أن مفهوم السلطة التقديرية لا يتعلق بأي عنصر من
عناصر القرار الإداري بل بعنصر السبب فقط، فيخاطب القانون رجل الإدارة في حال الاختصاص المقيد
و كأنه يقول له: لا يمكنكم اتخاذ مثل هذا القرار إلا لهذا السبب أو ذلك بمعنى إذا تحققت و توافرت هذه
الحالة أو تلك، و يخاطبه في حالة السلطة التقديرية بالقول: إن بإمكانكم إصدار هذا القرار أو ذلك و أنتم
المختصون أيضا بالتقدير في أي حالة يتعين عليكم اتخاذ هذا القرار دون غيره.³

فمن خلال الرأي السابق يتضح أنه يربط بين عنصر السبب و السلطة التقديرية و لا وجود لهذه
الأخيرة في بقية عناصر القرار الإداري.

إذن فالإدارة و إن كانت لا تتمتع بصفة عامة بسلطة تقديرية فيما يتعلق بصحة الوقائع التي يقوم
عليها سبب القرار الإداري أو في التكييف القانوني لتلك الوقائع، و إن اختصاصها مقيد بشأئها. إلا أنّها
تتمتع بسلطة تقديرية، فيما يتعلق بتقدير النتائج التي قد تترتب على تلك الوقائع، و ما إذا كانت تلك النتائج
تتطلب إصدار قرار إداري بشأئها، طالما أن القانون لم يقيدها في ذلك. و هي سلطة تقديرية تخضع لرقابة
القاضي الإداري ضمنا لعدم التعسف في استخدامها.

الفرع الثاني: جوانب التقدير في عنصر المحل

يقصد بمحل القرار الإداري الأثر القانوني المترتب على إصداره حالا و مباشرة، إن محل أي قرار
إداري يكمن في موضوعه المتمثل في مركز قانوني عام أو خاص من حيث الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء.⁴

و عرفه الفقيه بونار على أنه " الأثر الناتج فورا و بصفة مباشرة عن القرار الإداري " و يضيف
الفقيه أيزيمان Eisen man بأن المحل هو جوهر القرار و مادته.

¹ عمار بوضياف، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص156.

² المرجع نفسه، ص156.

³ علي خطار شنتاوي، مرجع سابق، ص74.

⁴ محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص80.

أمّا محكمة القضاء الإداري المصرية فقد عرفته من خلال حكمها 16 يناير 1954 بقولها " من الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل و هو المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه و الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا و مباشرة و هذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغاؤها و بهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون دائما نتيجة مادية واقعية " .¹

و يشترط في محل القرار الإداري أن يكون مشروعاً و ممكناً، و يقصد بمشروعية القرار الإداري وجوب اتفاق مضمون القرار و محله مع التشريع القائم في الدولة من تشريع أساسي المتمثل في الدستور أو قانوناً باعتباره تشريعاً عادياً، أو تنظيمات و قرارات.²

فحرمان الموظف من إجازته السنوية على سبيل المثال هو قرار معيب في محله، لأن التشريعات الوظيفية لم تنص على حرمان الموظف من إجازته جزاءً تأديبياً من بين الجزاءات التأديبية المحددة على سبيل الحصر.

بالإضافة إلى مشروعية القرار يجب أن يكون ممكناً غير مستحيل، فصدور قرار ترقية موظف ثبت عنه أن هذا الأخير قد توفي قبل صدور القرار يجعل من محل القرار غير ممكناً.³ و ترتيباً على ذلك، إن ثبت عدم إمكانية ترتيب الأثر من الناحية القانونية أو من الناحية الواقعية أو العملية، أصبح القرار منعماً باتفاق الفقه الإداري.⁴

و يختلف محل القرار وفقاً لنوع القرار إن كان قراراً تنظيمياً أم فردياً، فيتضمن القرار التنظيمي قواعد عامة و مجردة تنشئ، تعدل أو تلغي مراكز قانونية عامة و مجردة، أمّا القرار الفردي فيخاطب شخصاً محدد تقوم الإدارة بتعيين موظف معين أو نقله أو ترقيته أو إنهاء خدماته. فهي تنشئ، تعدل، أو تلغي مراكز قانونية فردية.

فبالنسبة للسلطة التقديرية في مجال محل القرار الإداري تتحقق حينما يُترك للإدارة حرية الاختيار بين عدة بدائل.⁵

¹ يعقوب يوسف الحمادي، مرجع سابق، ص102.

² عمار بوضياف، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص153.

³ المرجع نفسه، ص154.

⁴ نواف كنعان، مرجع سابق، ص43.

⁵ حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص116-117.

فبعد تحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر تدخلها، و بعد أن تكيفها التكيف القانوني الصحيح و تقدر الأهمية و الخطورة الناجمة عنها، تواجه اتخاذ قرار معين و هنا يظهر اختصاصها التقديري.

ففي مرحلة اتخاذ القرار يتمتع رجل الإدارة بسلطة تقديرية تبرز في ثلاث عناصر.¹

1. حرية الإدارة في التدخل أو الامتناع:

إن لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل إذا تحققت أسباب معينة، و أن تقوم بتصرف معين، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في التدخل أو عدم التدخل فإن مجرد تحقق أسباب تميز تدخل الإدارة لا يلزمها بالتدخل.

فقد يحدث أن المشرع يمنح الإدارة حرية الاختيار بشكل مطلق على أساس أن الحلول التي تختارها تعد مشروعة قانونا، كأن يقرر القانون أن للإدارة سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة.²

و تطبيقا لذلك أيضا، استقر القضاء الإداري على أن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية في إنشاء المرافق العامة، أو عدم إنشائها، و إنّ مجرد شعور الأفراد بالحاجة إلى خدمة معينة لا يعتبر ملزما للإدارة بإنشاء ذلك المرفق.³

2. حرية الإدارة في اختيار وقت التدخل:

فإذا ما لم يلزم المشرع الإدارة بالتدخل في وقت محدد، فإنها تكون حرة في اختيار وقت تدخلها، فحتى لو كانت ملزمة بإصدار القرار أو بإصداره على نحو معين، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدما في معظم الحالات، فالمشرع كثيرا ما يترك تحديده للإدارة و اختياره على ضوء خبراتها و تقديرها للظروف و تجاربها السابقة.

¹ يعقوب يوسف الحمادي، مرجع سابق، ص 107.

² خليف محمد، مرجع سابق، ص 107.

³ حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 23.

و قد قضت المحكمة المصرية في 18 أبريل 1965 أنه في حالة سحب القرار فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية لتحديد وقت إصدار القرار الجديد.¹

كما نجد أن محكمة القضاء الإداري ذهبت إلى القول أنّ "الإدارة بما لها من سلطة تقدير مناسبة القرار الإداري تترخص في تعيين الوقت الملائم لإصداره بما لا يعقب عليها في هذا الشأن من المحكمة مادام خلا قرارها من إساءة استعمال السلطة، و بشرط ألا يكون القانون قد عين لها ميعاداً معيناً يتحكم إصدار القرار فيه و إلا كان إصداره بعد الميعاد المعين لذلك مخالفاً للقانون."

كما تقرر المحكمة الإدارية العليا حكمها الصادر في 18 أبريل 1965 المذكور آنفاً " أنّ اختيار وقت التدخل هو أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، و قد يلازم السلطة المقيدة، فأحياناً يلزم المشرع الإدارة بإصدار قرار معين و في صورة معينة، و مع ذلك تبقى حريتها في اختيار وقت التدخل، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدماً في معظم الحالات، و غالباً ما يترك للإدارة اختيار من واقع تجاربها و تقدير الظروف و الأحوال".²

إلا أن منح الإدارة حرية اختيار الوقت لا يعني ذلك أنها تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية و إلا كان قرارها مشوباً بعيب الانحراف باستعمال السلطة. و قد ظهرت بذلك محاولات لاحتواء السلطة التقديرية و عرفت رقابة القاضي الإداري على هذا الركن بذلك تطوراً ملحوظاً في هذا الشأن، فظهرت آليات حديثة للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة و منها رقابة الموازنة، و رقابة الغلط الواضح في التقدير، و سنحاول الإلمام بتطبيق النظريتين في الفصل الثاني من هذا البحث.

3. حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار:

ففي حالة لم يفرض المشرع على الإدارة مقدماً نوع القرار الذي يجب عليها اتخاذه و فحواه، فإن الإدارة تكون حرة في أن تضمّن قرارها الأثر القانوني الذي تريده، فهنا المشرع يكتفي برسم الإطار العام، ثم يترك للإدارة حرية التصرف شرط أن يكون هذا الأثر ممكناً و جائزاً قانوناً.³

يعد كل من المجال الوظيفي و نظام تنظيم و إنشاء المرافق العامة المجال الخصب لاتساع حرية الإدارة خصوصاً.

¹ يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص 108.

² خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 269.

³ يعقوب يوسف الحمادي، المرجع نفسه، ص 109.

و السلطة التقديرية في هذه الحالة يقصد بها حرية تحديد السبب الذي يتطابق معه المحل، فارتباط عنصري الملائمة يؤدي بالضرورة إلى أن تتضمن حرية تقدير المحل حرية تقدير السبب، فإذا منح المشرع الرئيس الإداري حرية اختيار إحدى العقوبات التأديبية فإنما ذلك لكي يختار الجزء المطابق للخطأ المرتكب.¹

الفرع الثالث: جوانب التقدير في عنصر الغاية

و يقصد بعنصر الغاية النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قراره.² لذلك يعتبر الهدف أو الغاية هو المقصود من اتخاذ القرار الإداري و ليس القرار بحد ذاته، فتحديد الهدف هو بمثابة حد لتدخل واتخاذ الإدارة لقرارها لذلك نجد ما يسمى بقاعدة تخصيص الأهداف.

و بالتالي فركن الغاية في القرار الإداري هو النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة العامة إلى تحقيقها من وراء إصداره.³

يجمع غالبية الفقه على أنه لا مجال للسلطة التقديرية للإدارة في عنصر الغاية، فالغاية التي يجب أن تسعى إليها الإدارة من اتخاذ القرار محددة لا يمكن مخالفتها فلا بد لها أن تستهدف الصالح العام من اتخاذ القرار دون أن تتعسف أو تنحرف في استعمالها للسلطة الملقاة على عاتقها، و إلا شاب القرار عيب الانحراف باستعمال السلطة.

فالتحديد المسبق من المشرع لنشاط الإدارة أو غايته و المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة يجعل من عنصر التقييد يطغى على رسم الإدارة لغايتها من اتخاذ القرار.

لذلك يتساءل البعض، عما إذا كان ربط نشاط الإدارة بفكرة المصلحة العامة من إمكانية أن يجعل دائماً بالضرورة من سلطة الإدارة سلطة مقيدة، حتى في حالة عدم تحديد القانون لهدف معين.⁴

¹ خالد حمد سيد حماد، المرجع السابق، ص272.

² يعقوب يوسف الحمادي، مرجع سابق، ص113.

³ محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية. المرجع السابق، ص.83.

⁴ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص104.

إلا أنه بالرجوع إلى مفهوم المصلحة العامة كونها فكرة واسعة و مجردة و عامة يلغي من جعلها قيدياً حقيقياً. و إن كان هناك من ينكر السلطة التقديرية في الهدف، و ينتهي إلى القول بالغاية من القرار الإداري تفرضها المصلحة العامة و أن النشاط الإداري مقيد دائماً.¹

لكن هذا لا يعني أن الهدف من تصرف الإدارة هو المصلحة العامة بذاتها، و إنما هو تحقيق المصلحة العامة، و عليه فإن كانت هناك عدة أهداف من شأنها تحقيق مصلحة عامة، فإن للإدارة في هذه الحالة لها أن تختار من بين هذه الأهداف. شرط مراعاة الهدف الأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة.²

فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عند اختيارها لهدف من بين أهداف معينة، ضمن إطار المصلحة العامة.

و ذهب سليمان الطماوي إلى اعتبار القرار الإداري مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة في حال تجاوزها الهدف المحدد قانوناً إلى سواه و لو كانت حسنة النية. إلا أن تحديد نيتها يشكل صعوبة في تكييفه و البرهنة على وجود الانحراف، لذلك يؤسس البعض فكرته بالقول أنه إذا كان السبب هو العنصر الموضوعي للقرار الإداري فالغرض يشكل العنصر النفسي فيه، و الإدارة لا يلزمها الإفصاح في صلب القرار عن الغاية من إصداره، حيث من المفترض أن يكون مشروعاً.³

فمجال التقدير للإدارة إذاً بالنسبة لعنصر الهدف أو الغاية يمكن القول أنه يكاد ينعدم، فتحديد المشرع الهدف من إصدار القرار ينفي وجود سلطة تقديرية للإدارة.

¹ يعقوب يوسف الحمادي، مرجع سابق، ص 116.

² سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 106.

³ يعقوب يوسف الحمادي، المرجع نفسه، ص 116-117.

يمكن القول من خلال هذا الفصل أنّ السلطة التقديرية، تعدّ من أهم موضوعات القانون الإداري فلم يشغل فقهاء القانون الإداري ببحث موضوع من موضوعات هذا القانون قدر انشغالهم بسلطة الإدارة التقديرية. فقد تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين بالنسبة للمبحث الأول تمّ تحديد مفهوم السلطة التقديرية وذلك بتبيان مدلولها من حيث نشأتها التاريخية التي ارتبطت بتطور القضاء الإداري الفرنسي وعلاقته بالإدارة العامة، مع الإشارة إلى أن السلطة التقديرية هي ترك الحرية للإدارة لتختار زمن وكيفية و فحوى القرار أو التصرف الإداري الصادر عنها عند ممارستها لنشاطاتها الإدارية، وتمّ تحديد الفارق بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيّد من خلال تحديد مجالات عمل كل منها وضرورة التمييز بينهما وأثر ذلك على حقوق وحرّيات الأفراد، مبيّن أنّهما سمتان متكاملتان تجتمعان لسبغ سلطة الإدارة، إذ لا يوجد قرار إداري ناجم عن سلطة تقديرية أو اختصاص مقيّد بشكل مطلق. وكذا تميزها عن غيرها من المفاهيم الأخرى كما تمّ تبيان الأساس القانوني للسلطة التقديرية ومبررات وجودها في نشاط الإدارة، أما المبحث الثاني يتضح من خلاله مجالات السلطة التقديرية للإدارة التي تتعلق بجوانب التقدير في كل عنصر من عناصر المشروعية الخارجية وهي الشكل و الاختصاص و التي يجمع غالبية الفقه أنّ السلطة التقديرية تكاد تنعدم أما بالنسبة لجوانب التقدير في عناصر المشروعية الداخلية التي تظهر للإدارة سلطتها التقديرية والمتمثلة في السبب و المحل و الغاية.

الفصل الثاني

أساليب الرقابة القضائية للحد من

السلطة التقديرية للإدارة

إنّ اتساع السلطة التقديرية للإدارة و كذا عجز المشرع عن تقييد هذه السلطة، أو بالأحرى استحالة إلمامه و تنبئه بكافة المعوقات و العراقيل التي يمكن حدوثها، و سعيّاً منه لحماية حقوق وحرّيات الأفراد ضدّ أي استبداد أو تعسف من جانب الإدارة أثناء ممارستها لحرّيتها في التقدير . لجأ القضاء الإداري إلى ابتكار و تطوير عدة طرق و أساليب للرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

ولقد أسهم التطور المستمر للقضاء الإداري إلى ظهور عدة نظريات لمواجهة السلطة التقديرية للإدارة و الحد من اتساع نطاقها على حساب المصلحة العامة. و من أهم هذه النظريات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير و نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في التقدير. و لقد مست هاتان النظريتان شتى المجالات . فنظرية الخطأ الظاهر جاءت نتيجة استحالة تقنين التشريعات والتنظيمات التي تنظم عمل الإدارة ، أما نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار فقد ظهرت في ميدان نزع الملكية من أجل المنفعة العامة من أجل تنظيم ممارسة هذا النوع من القرارات من طرف الإدارة.

و عليه نتطرق في هذا الفصل إلى أهم النظريات الحديثة في مبحثين، نخصص المبحث الأول لنظرية الخطأ الظاهر في التقدير، أما المبحث الثاني لنظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في التقدير.

المبحث الأول: نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

تعتبر نظرية الخطأ الظاهر في التقدير حديثة نسبياً، وهي وسيلة قضائية تستهدف توسيع مدى رقابة الحد الأدنى لأنها تعد إطاراً عاماً يتحرك ضمنه لتضييق مدى السلطة التقديرية للإدارة. وهي رقابة مرنة تسمح للقضاء بالانتقال من الحد الأدنى إلى رقابة التكييف القانوني للوقائع بغية تعميمها على جميع الحالات.¹

ومن خلال ذلك نتناول بالدراسة في هذا المبحث مفهوم نظرية الخطأ الظاهر، (المطلب الأول) و نتطرق لتطبيقات هذه النظرية (المطلب الثاني) في كل من النظام الفرنسي و المصري و النظام الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الخطأ الظاهر

أسهمت التطورات التي مست وظائف الدولة و أنشطتها في النصف الأخير من القرن العشرين إلى اتّساع مجال السلطة التقديرية للإدارة، ما أدّى إلى عجز وسائل الرقابة التقليدية عن استيعابها والحد منها.

ولقد كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في استحداث أساليب للرقابة القضائية على السلطة التقديرية سعياً منه لإعادة التوازن بين سلطة الإدارة التقديرية و حقوق الأفراد و حرياتهم.

ويرى جانب من الفقه أن نشأة الخطأ الظاهر ترجع إلى صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Denizet) في 13 نوفمبر 1953، أمّا البعض الآخر فيرى أنّ أصل نشأة الخطأ الظاهر تعود إلى صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Lagrange) بتاريخ 15 فبراير 1961.²

الفرع الأول: تعريف نظرية الخطأ الظاهر

أطلق على هذه النظرية العديد من التسميات، فمن الفقهاء من سماها نظرية الخطأ الظاهر أو البين والبعض الآخر اصطلاح على تسميتها بنظرية الخطأ الساطع، و آخرون بنظرية الغلو إلا أنّ المعنى يبقى واحداً.

¹ - علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، ط 02، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 918 - 919.

² - خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 739 - 741.

يعرف الفقه الخطأ الظاهر بأنه: " العيب الذي يشوب تكييف الإدارة و تقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري و يبدو بيناً وحسيماً على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة و تتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع و يكون سبباً لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب " .¹

ويعرف أيضاً بأنه: " الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع التي تبرر القرار الصادر " .²

ومن بين الفقهاء الذين تطرقوا لهذه النظرية الفقيه (Braibant) في قوله: "تتضمن السلطة التقديرية الحق في الوقوع في الغلط، و لكن ليس من حقها ارتكاب غلط بين ، أي واضح و جسيم في نفس الوقت . و لتلافي هذه المضار الجديدة الناشئة عن هذا الغلط عمم مجلس الدولة الفرنسي رقابة الغلط البين " .

أمّا الأستاذ (chantai): ذهب إلى "أن قضاء الغلط الظاهر يعدل مجال الملائمة، حيث تنصب الرقابة على ملائمة هذا التقدير و من ثم يمكن أن يسند الخطأ البين إلى مبدأ التناسب " .³

الفرع الثاني: معيار نظرية الخطأ الظاهر في التقدير

يقصد بمعيار الخطأ الظاهر ما يستعين به القاضي الإداري للرقابة على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، حتى يستطيع تقدير الخطأ الظاهر في أعمال الإدارة، والتأكد من عدم وجود خطأ في عناصر القرار الإداري.

يرى بعض الفقهاء أن نظرية الخطأ الظاهر تقوم على معيارين أساسيين هما المعيار اللغوي و المعيار الموضوعي إلا أن المعيار الراجح هو الجمع بينهما:

1- **المعيار اللغوي:** يعتبر أصحاب هذا المعيار أن كلمة واضح التي يوصف بها الخطأ توحى بأن هذا الخطأ قد وصل إلى درجة كافية من الوضوح لإقناع القاضي بوجود هذا الخطأ أو تكفي لإزالة أي شك لديه حول وجود الخطأ.

و يشترط لتحقيق الخطأ الظاهر في التقدير أمران: الجسامة و الوضوح.

¹ - لطفراوي محمد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 138 .

² - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 918 .

³ - لطفراوي محمد عبد الباسط، المرجع نفسه، ص 139 .

فمن حيث الجسامة يجب أن تتعدى درجة جسامة الخطأ درجة الخطأ البسيط، وهو ما أكده الفقيه (Braibant) بقوله: "إذا كان للإدارة أن تخطيء في ممارسة سلطتها التقديرية، فإنه لا يجوز لها مطلقاً أن ترتكب خطأ جسيماً".¹

2- **المعيار الموضوعي:** لم يلق المعيار اللغوي إجماع الفقهاء، ما أسفر عن تبني جانب من الفقه

المعيار الموضوعي، الذي يقوم على دراسة كافة عناصر موضوع النزاع دون الاعتماد على وضوح الخطأ وجسامته و قد يلجأ القاضي أحيانا إلى إجراء تحقيق للتأكد من وجود الخطأ من عدمه.²

3- **المعيار المختلط(الراجح):** بالنسبة لهذا المعيار فإن جانباً من الفقه ذهب إلى القول أنّ المعيار

اللغوي و المعيار الموضوعي، بمثابة وجهان لعملة واحدة، ذلك أنّ القاضي الإداري يلجأ بالنظر في النزاع أي من المعيارين يهتدي. فهو يسعى في ذلك إلى الفصل في المنازعة المطروحة أمامه، مع العمل على مراعاة حقوق و الحريات بصفته الباحث عن العدل، فلا يمكن تصور وجود عدل إلا في المطالبة بذلك و تحلي القضاء بالمنطق السليم و الحكمة و المعقولية، مع الحرص على عدم إهمال نشاط الإدارة في سعيها لتنظيم المرفق و عملها على حسن سيره بانتظام و اضطراد لتحقيق بذلك المصلحة العامة.

فالقاضي الإداري أثناء محاولته الكشف عن الخطأ إن كان ظاهرياً و جسيماً وينا يستعين بأوراق الملف. و البحث فيها والعمل على المقارنة بين تقدير الوقائع و القرار الذي صدر عنها في هذا الشأن. ففي الأخير هو يهدف إلى البحث في مدى معقولية القرارات التي تتخذها الإدارة لا البحث عن أي معيار يطبق³

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في القضاء المقارن

على اعتبار أن القضاء الفرنسي صاحب الدور الكبير في تكريس هذه النظرية و تطويرها و المتمثلة في نظرية الخطأ الظاهر، و التي امتدت تطبيقاتها لتصبح بذلك أداة فنية للرقابة القضائية على السلطة التقديرية لتشمل عدة نواحي، و أحدث تطوراتها الرقابة على تقديرات السلطات التأديبية من حيث نوعها و مقدارها و ذلك بمقارنة جسامة و خطورة الجريمة التأديبية، ففي الحالة التي يكون فيها هذا التقدير مشوباً بخلل واضح أو مجافياً للحد المعقول، أو كان مخالفاً، و كان بذلك غير مشروع، لانسامه بخطأ ظاهر في التقدير .

¹ - مايا نزار أبو دان، مرجع سابق، ص 79 .

² - خليف محمد، مرجع سابق، ص 247 .

³ - بن شهرة العربي، "الصور الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة" المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، مجلة تصدر عن معهد العلوم القانونية و الإدارية بالمركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الأول، يونيو 2016، ص71.

فقد ساد هذا النوع العديد من الدول التي حاولت تطبيق هذه النظرية فمن خلال هذا المطلب على النحو التالي، سنحاول التطرق لكل من فرنسا من خلال الفرع الأول والتي تعد صاحبة الفضل في ظهور هذه النظرية، أما الفرع الثاني فيتضمن القضاء المصري، و أخيراً نبين موقف القضاء الجزائري من هذه النظرية.

الفرع الأول: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الفرنسي

فقد عرفت هذه الرقابة تطبيقاً واسعاً، حيث امتدت تطبيقاتها إلى عدة مجالات في أحدث تطوراتها من خلال صياغته - نظرية الخطأ الظاهر في التقدير - أو - عدم معقولية التقدير - و يظهر أن مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة عدة ميادين مختلفة من النشاط الإداري، كالتجميع الزراعي، و التدخلات الاقتصادية، و تراخيص البناء و ممثلي العمال، و المسائل الفنية و العلمية، و تقدير كفاية الموظفين، و التأديب، و غيرها من أوجه النشاط الإداري نذكر أهمها:

أولاً: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العامة.

طبق القضاء الإداري الفرنسي رقابة الخطأ الظاهر في مجالات عدة، و أهم تطبيق لها يظهر في مجال الوظيفة العامة إلا أنها لم تكن مع ذلك تتناول سائر المنازعات التي تنشأ في هذا المجال.¹

ظهرت في هذا المجال عدة تطبيقات بداية في التعيين في الوظيفة العامة وشروط الالتحاق بها في الترقية و النقل كما عرفت تطبيقاتها في ما يسمى برقابة الخطأ البين في مجال معادلة الوظائف و الكادرات.

فبالنسبة لرقابة الخطأ البين في مجال نقل الموظفين و فصلهم، يعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية paix تطبيقاً واضحاً لرقابة الخطأ البين في مجال النقل الوظيفي، و في هذه القضية طلب المدعي و هو ضابط بالبحرية، أولاً: إلغاء المرسوم الصادر بإحالة للاستيداع بالتطبيق لأحكام القانون الصادر في 19 مايو 1834 ، ثانياً: بوضعه على كادر القسم الثاني للضباط العاملين بالبحرية اعتباراً من أول أبريل 1963.

و جاء بحكم المجلس -بعد أن عرف الإحالة للاستيداع في قانون 1934- أنه في مجال ترتيب الحكومة للوظائف فإن مجلس الدولة لا يراقب أسباب إحالة الضباط للاستيداع إلا في حالة قيام غلط في القانون أو انحراف بالسلطة أو خطأ بين في التقدير أو عندما تقوم الأسباب على وقائع مادية غير صحيحة وهو غير متحقق في الطلب الأول، أما فيما يتعلق بالطلب الثاني فإن المرسوم الصادر بوضع المدعي في كوادرات

¹ - خالد حمد سيد حماد، مرجع سابق، ص 761.

الضباط العامين بالبحرية فقد صدر عقب إجراء غير صحيح مما يجعله حقيقاً بالإلغاء، وقد حكم المجلس برفض الطلب الأول للمدعي وبقبول الطلب الثاني وإلغاء المرسوم الصادر في مارس 1963.

و في شأن رقابة المجلس على قرارات الإحالة للاستيداع باستخدام رقابة الغلط البين في التقدير أصدر المجلس حكماً في 17 يناير 1973 في قضية Gazelles و التي تتلخص وقائعها أن المدعي و هو معاون السكرتير العام لمدينة Rennes أقام دعواه أمام محكمة Rennes الإدارية طالبا إلغاء القرار الصادر عن عمدة المدينة بعزله من وظيفته وتقدير مكافأة له، فرفضت المحكمة الإدارية طلبه فطعن في حكمها أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعن و قرر أن عزل المدعي يرجع إلى ما ارتكبه من أخطاء وظيفية تبرر القرار الصادر بالعزل و أنه لا يتضح من الأوراق أنّ قرار العزل يقوم على وقائع مادية غير صحيحة أو أنه مشوب بخطأ بين في تقدير تأديبهم وعزلهم.¹

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 26 فبراير 1982 في قضية Baille إلى نفس التوجه.

حيث تتلخص وقائعها في أن المدعي و هو يشغل وظيفة السكرتير العام للدفاع الوطني، صدر مرسوم بإنهاء خدمته لما نسب إليه من أخطاء تأديبية فأقام دعوى أمام مجلس الدولة لإلغاء هذا المرسوم، فرفض مجلس الدولة الدعوى وقرّر أنّه نظراً لطبيعة الوظيفة التي يشغلها المدعي لا يتضح من أوراق الدعوى أنّ المرسوم المطعون فيه مشوب بغلط بين في التقدير أو غلط في القانون أو انحراف السلطة، و أن ملائمة إصدار المرسوم لا يمكن مناقشتها أمام مجلس الدولة، و قد ألغى المجلس حكماً لإحدى المحاكم الإدارية وقراراً إدارياً بعزل المدعي من وظيفته و وقف الحق في صرف المعاش لوجود خطأ بين في التقدير.²

ثانياً: رقابة الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري :

فقد أعطى مجلس الدولة الفرنسي لجهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة بشأن بعض قرارات الضبط الإداري حيث أخرج هذه القرارات من رقابته على التكييف القانوني للوقائع واكتفى بالنسبة لها برقابة الوجود المادي للوقائع والغلط في القانون و انحراف السلطة و كذلك رقابة ملاءمتها في بعض الحالات. تجدر تطبيقها خاصة فيما يتعلق بمجال قرارات الضبط الخاصة بالأجانب من بينها قرارات منع الأجانب من دخول الأراضي

¹ خالد سيد حمد حماد، المرجع السابق، ص 767.

² - المرجع نفسه، ص 768.

الفرنسية و تقييد إقامتهم بها و طردهم من الأراضي الفرنسية و ذلك لتهديدهم للنظام العام، و حل الجمعيات المؤسسة في فرنسا من قبل أجاناب، و منع عرض و بيع المحررات و الصحف ذات المصدر الأجنبي في فرنسا.¹

اتخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفاً مماثلاً بالنسبة لبعض قرارات الضبط المتعلقة بالفرنسيين من ذلك قرارات رفض منح جواز سفر لمواطن فرنسي للسفر للخارج استناداً إلى أن السلطة المختصة هي التي تحدد ما إذا كان سفر المواطن للخارج من شأنه أن يضر بالأمن العام أم لا، و على ذلك لها أن تصدر جواز السفر أو تمتنع عن إصداره وتقف رقابة مجلس الدولة في هذه الحالة عند حد رقابة الوجود المادي للوقائع و لا تتعداها.

و تطبيقاً لذلك قضى بأن سلطة وزير الداخلية بشأن منع نشر أو توزيع مطبوعات أجنبية في الإقليم الفرنسي، أصبحت مقتصرة فقط على إخلالها أو انتهاكها للنظام أو الأخلاق العامة في المجتمع الفرنسي.

و مع ذلك يلاحظ أن مجلس الدولة كان يتطلب من سلطات الضبط الإداري عند منع مباشرتها لإجراء الضبط الإداري عند مباشرتها لإجراءات الضبط الخاصة بالأجاناب كافة ما يتطلبه من رجل الإدارة بصفة عامة حينما يباشر سلطاته التقديرية في مختلف المجالات الإدارية الأخرى فقد تطلب منها مثلاً ألا يكون التقدير للوقائع في ذاته تقديراً صورياً أو وهمياً، بل يجب أن يكون تقديراً حقيقياً أي نتيجة فحص أو بحث جدي لكافة الظروف المحيطة بالدعوى، و لهذا فقد قضى في عام 1962 بإلغاء قرار وزير الداخلية بمنع مطبوعات أو مؤلفات ذات مصدر أجنبي من الدخول إلى الأراضي الفرنسية على أساس أن قرار المنع هذا قد أشار بشكل عام إلى كافة المطبوعات التي تصدر عن بعض المكتبات أو دور النشر، في حين أنه من الواجب على الإدارة قبل أن تتخذ مثل هذا القرار كما يقول مجلس الدولة، و أن تقوم بفحص جدي و خاص لكل حالة على حدى.

عرف قضاء مجلس الدولة الفرنسي العديد من تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في مجال الضبط الإداري فنجد هذه التطبيقات بداية في قرارات منح تأشيرات الدخول، كرقابة الخطأ البين في شأن قرارات إبعاد الأجاناب، رقابة الخطأ البين في شأن قرارات الطرد من الحدود، رقابة الخطأ البين في شأن قرارات منح تأشيرات الدخول ومنح تصاريح الإقامة، رقابة الخطأ البين في شأن قرارات الضبط المتعلقة بالمنشورات الأجنبية.²

¹ - خالد سيد حمد حماد ، مرجع سابق، ص 787.

² - المرجع نفسه، ص 791 .

و كمثل تطبيقي في هذا الخصوص حكم مجلس الدولة الصادر في قضية pardov بحيث تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ السيد pardov أقام دعواه أمام المحكمة الإدارية لباريس طالبا إلغاء قرار وزير الداخلية الصادر بإبعاده و طرده على أساس أنّه لا يمارس نشاطاً مهيناً في فرنسا و ليس له موارد طبيعية و لصدور حكم جنائي بإدانتته في جريمة نصب، و حكمت المحكمة الإدارية بإلغاء قرار وزير الداخلية و ذلك بتاريخ 1973/12/13. و استند حكم المحكمة الإدارية إلى أن قرار وزير الداخلية صدر مشوباً بخطأ بين في التقدير لأنه استند إلى عدم سلامة إجراءات دخول المدعي و إقامته بالبلاد، فطعن وزير الداخلية في الحكم أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعن مؤكداً "أنه لا يتضح من الأوراق أن وجود المدعي و هو لاجئ سياسي بلغاري على الإقليم الفرنسي يمثل تهديداً للنظام العام و من ثمّ فإنّ قرار وزير الداخلية بإبعاده يكون قد قام على خطأ بين في التقدير".¹

فقد لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير بالنسبة لهذه القضية لإلغاء قرار وزير الداخلية بطرد السيد pardov والتي استظهرها من عدم التناسب بين الوقائع التي استند إليها وزير الداخلية والنتائج المترتبة عليها الأمر الذي يجعل قرار وزير الداخلية مشوباً بخطأ بين في التقدير يتمثل في انعدام التهديد للأمن و النظام العام الذي قيل بحدوثه نتيجة لإقامة المدعي على الإقليم الفرنسي.

و مثال آخر يظهر بشأنه تطبيق واضح لهذه النظرية حكم مجلس الدولة الصادر في قضية perregeoux . و تتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي و هو قس سويسري مقيم في فرنسا صدر بشأنه قرار من وزير الداخلية بإبعاده فطعن في القرار أمام محكمة مرسيليا الإدارية التي رفضت الطعن على أساس أن قرار وزير الداخلية في طرد المدعي يعود إلى الاعتداءات الخطيرة على الحياد الملتمزم به الأجنبي خلال إقامته على الإقليم الفرنسي و إلى أنّ وجوده يشكل تهديداً للنظام العام". وقد أعلن المجلس أنّ سلوكه سياسي لم يكن بمفرده و من طبيعته أن يبرر شرعاً إبعاد أجنبي مجرد أن وجوده على الأقاليم الفرنسية لا يشكل تهديداً للنظام العام كما قرر أن تقدير وزير الداخلية لمجموع أنشطة و سلوك المدعي لا يستند على وقائع مادية غير صحيحة و غير مشوب بخطأ بين.²

و لقد طالب مفوض الحكومة في هذه الدعوى Latournerie مجلس الدولة باستخدام فكرة الغلط بين لفرض رقابته على إجراء الطرد و طلبه إلغاء القرار الصادر من وزير الداخلية و قال أن فكرة النظام العام يجب تقديرها بدقة مثل انعدام الاضطراب المادي الجدي في الشارع أو الترخيص العام العلني الخطير .

¹ خالد سيد حمد حامد، المرجع السابق، ص 793

² - المرجع نفسه، ص 795.

يكن أسلوب مجلس الدولة في ممارسة الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير، أنّ القاضي لا يمارس إلا رقابة محدودة تنحصر في الخطأ الظاهر الذي ترتكبه الإدارة عند تقدير الواقع أو الأفعال التي تأسس عليها قرار الإبعاد.¹

و من الأمور التي تقوم السلطة التأديبية بمراعاتها عند التقدير حتى لا تقع في غلو أو غلط بين، والتي هي بمثابة ضوابط، حيث تقوم على تقييم الأضرار الناتجة عن الخطأ و تأثيرها على المرفق، كذلك مراعاة الظروف و الملابس التي ارتكب فيها الخطأ بحيث لا تتساوى مخالفة مرتكبة عن عمد مع مخالفة مرتكبة عن إهمال أو غفلة، كذلك مدى مساس الخطأ بكرامة الوظيفة وسمعتها، و كل ذلك حتى يقع الجزاء عقابيا أو معقولا. لأنه لا يعقل أن يتم اصطياد عصفور بمدفع، أو قتل ذبابة بمطرقة.²

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري المصري

في القضاء الإداري المصري لم يكن مجلس الدولة المصري بمعزل عن هذه التطورات القضائية، فقد باشر منذ إنشائه رقابته على الغلط البين في التكييف القانوني و تقدير الوقائع، و إن كان لم يستعمل تعبير الغلط البين وقام بإعمالها باسم نظرية الغلو و لكنه أعمل مضمون و نتائج النظرية في بعض المجالات.

فقد ذهب الدكتور سلامة جبر إلى اعتبار قضاء الغلو تطبيقاً خاصاً لنظرية الغلط البين التي ظهرت في فرنسا في المجال التأديبي.³

فقد حاول القضاء الإداري المصري أن يسير على نفس المسلك الذي عمل به القضاء الإداري الفرنسي و إن كان بطريق مختلفة.

قرارات القضاء الإداري المصري و تظهر بجلاء أن هذا القضاء قد استعمل مضمون النظرية في أحكامه تحت مسمى الغلو في التقدير ليكون بذلك سابقا من حيث الزمان في تبني رقابة الخطأ الواضح و لقد طبق مجلس الدولة المصري نظرية الغلو في التقدير في العديد من المجالات سواء في التأديب أو خارج نطاق التأديب ففي إطار هذا الأخير سوف نكتفي بحكم واحد صريح في لجوئه إلى نظرية الغلو كما أنه قضى بإلغاء القرار الإداري، و هذا حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري في 8 نوفمبر 1955 و تلخص وقائع الدعوى في أن المدعي كان قد حصل على رخصة شغل قطعة أرض وجه التاجر المذكور قد أقام على الأرض

¹ - خالد سيد حمد حماد، المرجع السابق، ص 801.

² - لعلام محمد مهدي، "وسائل الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب"، مجلة القانون و الأعمال، 26 أبريل 2015.

³ - حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 120.

المؤجرة ثلاثة أعمدة من المسلح فإن الوزارة توافق على بقاء الأعمدة بصفة مؤقتة و يتعهد المرخص بألا يزيد عليها شيئاً و له إذا أراد أن يتم البناء بالخشب و عمل السقف من الخشب أيضاً وليس من المسلح، كما يتعهد بأن يزيل ذلك كله على حسابه الخاص فيما إذا رغبت الوزارة إنهاء العقد، ثم حدث بعد ذلك أن أقام المدعي سقفا من المسلح على الأعمدة الثلاثة المشار إليها فأصدرت الوزارة قرارها المطعون فيه بإزالة هذا السقف، فإذا كان الثابت ما تقدم فإنه بالرغم من أن المدعي قد خالف شرط الرخصة بإقامة السقف من المسلح إلا أنه مادامت الوزارة لم تكشف عن وجه المصلحة في طلب إزالة هذا السقف و لا الخطر الحال الذي يبرر التعجل في طلب إزالته، في حين أنّ من شروط الرخصة أن يزيل المدعي كافة ما أقامه عند انتهائها، ولم تنه الوزارة الرخصة بل أقامت عليها واقتصرت على طلب السقف مع إبقائها على الرخصة، تكون قد اختارت وقتاً غير ملائم، مما يكشف تعسف منها في استعمال هذا الحق، خصوصاً و أنّها قد وافقت في خصوص الرخصة على بقاء أعمدة من المسلح من نوع السقف الذي تطالب بإزالته ومن ثم يكون القرار المطعون فيه لا يستند إلى أساس صحيح من القانون فيتعين إلغاؤه.¹

و قد أوردت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء في مجموعة من الأحكام عدا أنّها لم تستقر عليه طويلاً بل غيرت اتجاهها نحو إقرار رقابة قضائية على القرارات التأديبية إذا ما شابه عدم ملائمة ظاهرة أو غلو في التقدير مقارنة بالخطأ المرتكب، و قد جعلت من هذا المبدأ الجديد قضاءً عاماً.

و قد ظهر هذا الاتجاه لأول مرة في حكمها الصادر في 11-11-1961 هذا الحكم يعتبر نقطة بارزة في هذا الشأن و بهذا الحكم تكون المحكمة الإدارية العليا قد أرست معالم نظريتها في الغلو بخصوص تقدير الجزاءات التأديبية، فاتحة بذلك ثغرة جديدة في جدار السلطة التقديرية للسلطات التأديبية، كما يستمد هذا الحكم أهميته من خلال حيثياته وما تضمنه من تحليل للأساس الفقهي و القانوني لهذه الرقابة الجديدة و من أحكام المحكمة كذلك قولها المطرد في قضاء المحكمة: أنه مع ثبوت الفعل المرتكب و ظهور ما يشكله من مخالفة تستوجب العقاب و مع ما لسلطة التأديب من ملائمة في تقدير الجزاء فإنّ عدم التناسب بين المخالفة و الجزاء الموقع من شأنه أن يعيب الجزاء بعيب عدم المشروعية، و لا شبهة في أنّ جزاء الفصل من الخدمة هو أقصى جزاء و أفساه يمكن أن يوقع على العامل مرتكب المخالفة و من ثمّ فإنّ تحديد المحكمة لعدم التناسب يتعلق بتقدير حجم المخالفة الحاصلة من العامل في الحالة المعروضة.²

¹ - يعقوب يوسف الحمادي ، المرجع السابق ، ص 265

² - المرجع نفسه، ص 267.

من كل ذلك يتبين أنّ ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من إلغاء قرار الجزاء لما اعترضه من عيب الغلط وعدم التناسب الكبير بين الخطأ الغير العمدي الحاصل و قسوة الجزاء الموقع و يكون ما انتهى إليه في ذلك صحيح يصادف حكم القانون مما استخلص استخلاصا سائغا من ظروف الحال¹.

و بذلك يكون القضاء المصري بتبنيه لقضاء الغلو قد راقب مسألة التناسب بين محل القرار الإداري وسببه و إن كانت هذه الرقابة اقتصرت على الجزاءات التأديبية مما دفع بعض الفقه إلى اعتبار قضاء الغلو في مجال التأديب ما هو إلا نقطة انطلاق لبناء قضائي جديد مازال في طور الإعداد و التشييد و لن يكتمل صراحة إلا بامتداده إلى رقابة ملائمة في سائر القرارات الإدارية إذا ما شابها غلو في التقدير.²

الفرع الثالث: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في القضاء الإداري الجزائري

لقد طبق القضاء الإداري الجزائري أحكام هذه النظرية في مجالات متعددة و خاصة في المجال التأديبي إذ أصبح يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة على الغلط الواضح في التقدير، المعروفة كذلك باسم الرقابة الضيقة.

و ترى المستشارة فريدة أبركان أن هذا العيب صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف الإدارة فيها صراحة بسلطتها التقديرية، إذ أن الإدارة ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول بحيث أنها و إذا ما ارتكبت غلطا واضحا يتجاوز: " حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملاءمة فإن القاضي يقوم برقابة هذا التقدير".

إن الإدارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية بخصوص اختيار الجزاء، غير أن القاضي يمارس رقابة دنيا عندما يتوصل إلى وجود خطأ واضح ناجم من تعسف الإدارة في حرية التصرف الممنوحة لها و عن تجاوزها " حدود المعقول في الحكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملاءمة".³

و هذا ما تم في قضية يجاوي ضد وزير العدل، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى أن المشرع تطبقا للمادة 531 ق.إ.ج الخاصة بطلبات المراجعة ترك لوزير العدل تقدير الأسس التي يؤسس عليها طلبه بالمراجعة و بالنتيجة فإن وزير العدل حر في إخطار أو عدم إخطار النائب العام بطلب المراجعة ما دام ذلك يدخل في نطاق الاختصاص التقديري.

¹ - يعقوب يوسف الحمادي ، المرجع السابق، ص266.

² - المرجع نفسه، ص266.

³ - خالد سيد حمد حماد، مرجع سابق، ص867 .

غير أن قراره و ما دام يضيق من ممارسة حق محمي قانوناً، أي حق الدفاع فإنه يشكل في نفس الوقت مساساً خطيراً بحرية أحد الأفراد، و إن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسبباً، و أنّ وزير العدل بقراره قد ارتكب غلط واضح في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن.¹

و في الأخير فإن مجلس الدولة الجزائري وإن كانت لم تستقر في ظل هذه النظرية بعد، إلا أنه قد استجاب لهذا التطور و ذلك بتطبيقه بعض نتائج الغلط البين في بعض المجالات، غير أن هذه التطبيقات مازالت قاصرة على مجازاة التطورات العصرية و ما صاحبها من اتساع مجال السلطة التقديرية، و تنوع طرق ممارستها لهذا النشاط، هذه التطورات جعلت وسائل الرقابة القضائية التقليدية عاجزة لا ريب عن مواجهة هذه التطورات و غير قادرة عن استيعابها و فرضت على القاضي التزاماً ضرورياً و حتمياً بتطوير رقابته لمواجهة هذه التطورات دون عجز أو تخلف.²

كما نجد أن المشرع الجزائري طبق هذه النظرية في الأمر 06-03 المتضمن قانون الوظيفة العامة³ الذي جعل تحديد العقوبة التأديبية متوقف على مراعاة درجة جسامة الخطأ، و الظروف و الملابس التي ارتكب فيها، و مسؤولية الموظف المعني والنتائج المترتبة على سير المصلحة و الضرر الذي لحق بالمصلحة أو بالمستفيدين من المرفق العام.

و من ناحية أخرى و هي الأهم، أن مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الغلط البين، يكتفي بإلغاء القرار التأديبي متى استشعر وجود خطأ بين في التقدير، و يجيل النزاع للسلطة التأديبية صاحبة الاختصاص التي لا يمكنها في هذه الحالة توقيع نفس العقوبة التي قام بإلغائها، و إنما توقع عقوبة أخرى تراها مناسبة للخطأ المقترف. في حين أن المحكمة العليا المصرية لا تكتفي بالإلغاء و إنما تحل نفسها محل السلطة التأديبية المختصة سواء الرئيس الإداري (نظام رئاسي) أو المحكمة التأديبية المختصة (نظام قضائي)، و تتصدى من جديد لتوقيع العقوبة التي تراها مناسبة، و بهذا التعقيب تكون قد تعدت على اختصاصات الغير.⁴

1 - خالد سيد حمد حماد، مرجع سابق، ص 868.

2- المرجع نفسه، ص 868.

* يقصد بالرقابة القضائية التقليدية بالرقابة التي تكتفي بالنظر إلى التكيف القانوني للوقائع و الرقابة على الوجود المادي للوقائع و صحتها.

3 - الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، السالف ذكره.

4 - لعلام محمد مهدي، المرجع السابق، ص 64.

المبحث الثاني: نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في التقدير

بعد ظهور رقابة الخطأ الظاهر في التقدير كرقابة حديثة في القضاء الإداري، ظهرت رقابة أخرى تتمثل في رقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار. فالقاضي بمناسبة هذه المراقبة يعمل على التقليل أو الحد من إمكانية تعسف الإدارة أثناء ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، خاصة ما يتعلق منها بالأموال و العقارات.¹

و لتبيان فحوى هذه النظرية نتطرق لمفهوم نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار (المطلب الأول) وتطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري في كل فرنسا و مصر والجزائر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في التقدير

إن تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، خاصة في المجالات المتعلقة بالأموال و العقارات، لاسيما ما يتعلق منها بفكرة المنفعة العامة، ونتيجة لما تتسم به هذه الأخيرة من مرونة و عدم وضوح.²

ما دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى إضافة قيد جديد على السلطة التقديرية للإدارة، بعد أن كان في بداية الأمر تقتصر رقابته على الوجود المادي للوقائع، و بعد ذلك صحة تكييفها القانوني، فاستحدث نظرية الموازنة كقيد في مجال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، و ذلك للبحث في مزايا المشروع و الأضرار التي قد تنتج عنها، مع النظر في التكاليف و الأعباء المالية المترتبة عنها.³

الفرع الأول: تعريف نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار

عرف الدكتور فوزت فرحات نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار بأنها: " 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". أمّا الأستاذ جورج بادروس قال بأنها: " تطابق الوسائل المستعملة مع الغاية المنشودة قانوناً".⁴

¹ - محاشف مصطفى، مرجع سابق، ص 115 .

² - مايا محمد نزار أبو دان، مرجع سابق، ص 99 .

³ - خليف ياسمين، "رقابة القاضي الإداري على التصريح بالمنفعة العامة"، شهادة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11/07/2011، ص 127 - 128 .

⁴ - مايا محمد نزار ابو دان، المرجع نفسه، ص 100.

الفرع الثاني: معايير نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

هناك معايير يجب الأخذ بها عند إقرار الموازنة و ذلك من أجل تبيان المزايا و الأضرار التي يمكن أن تترتب عن هذه العملية. و يمكن للقاضي من خلالها الموازنة بينها ليقرر أيهما أرجح نذكر منها:

أولاً: معيار التكاليف المالية للعملية

عند تقييم القاضي الإداري للتكاليف التي تتحملها الجهة المنفذة للمشروع، عليه أن يتحقق من أنّ تلك الجهة يجب أن تكون قادرة على التنفيذ من حيث مقدرتها المالية على تحمل تكاليف هذا المشروع من عدمه. فإن مشروعاً ما قد يكون صالحاً للتنفيذ على مستوى مدينة كبرى، لأن الجهة المنفذة قادرة على تحمل تكاليف إنشائه دون أن يصيبها عجز مالي، و في المقابل فإن المشروع نفسه قد لا يصلح للتنفيذ في قرية صغيرة مواردها محدودة، يتسبب لها هذا التنفيذ بأعباء مالية تفوق قدراتها المالية.¹

ثانياً: المعيار الاقتصادي

تتحقق المنفعة العامة بتحقيق التنمية الاقتصادية في شتى المجالات. و إنّ الاعتراف بصفة المنفعة العامة للتنمية الاقتصادية كونها جزء من المنفعة العامة، و كذا ارتباط القدرة الاقتصادية للدولة بمدى توفير الرفاهية لأفرادها و تحسين الظروف المعيشية لهم. و للموازنة بين المنافع و الأضرار، يتم بالاعتداد بالمنفعة الاقتصادية للمشروع. كون المنفعة العامة مبرر كافي للاعتراف بالمنفعة العامة لمشروع ما حتى وإن كان يحقق منفعة خاصة.²

ثالثاً: معيار التكاليف الاجتماعية

يقصد بمعيار التكاليف الاجتماعية التي يمكن أن يتسبب مشروع ما في إلحاقها سواء بالأفراد أو البيئة أو الصحة العمومية. و من بين القرارات القضائية التي تطرقت لمعيار الأضرار الاجتماعية التي لحقت بالمصالح الخاصة للأفراد، قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية "لوزان" الذي ألغى قرار نزع الملكية كونه يضر بالملكية الفندقية الخاصة. حيث قام القاضي بالموازنة بين المصلحة الاجتماعية من بناء المساكن الاجتماعية و المساس بالملكية الخاصة لأصحاب الفنادق و المصلحة الاقتصادية و أيضاً السياحية.³

¹ - مايا محمد نزار أبو دان ، المرجع السابق، ص 107.

² - المرجع نفسه، ص 106 .

³ - خليف ياسمين، مرجع سابق، ص 120 .

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء المقارن

نتطرق في هذا المطلب لتطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في كل من القضاء الإداري الفرنسي (الفرع الأول) و القضاء الإداري المصري (الفرع الثاني) و كذا القضاء الإداري الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تطبيقات نظرية الموازنة في القضاء الإداري الفرنسي

إنّ نزع الملكية للمنفعة العامة يعد أولى مجالات تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار، حيث يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أول من ابتكرها، و ذلك بمناسبة فصله في قضية تعرف بـ "Nouvelle Ville Est" حيث تتلخص وقائعها في أنّ الإدارة أرادت إقامة مدينة سكنية جديدة تتسع لأكثر من 20 ألف نسمة إضافة إلى إقامة مدينة جامعية تتسع لـ 30 ألف طالب و تقرر دمج المشروعين في مشروع واحد قدرت تكلفته بمليار فرنك فرنسي على مساحة تقدر بـ: 500 هكتار، يستدعي هذا المشروع نزع المئات من السكنات حوالي 250 سكن، و على إثر احتجاجات أصحاب السكنات، تم تخفيض عدد المنازل المنزوع ملكيتها إلى 88 سكناً.¹

و هو ما دفع بوزير السكن إلى إصدار قرار التصريح بالمنفعة العامة، و تم الطعن ببطلان هذا القرار من طرف جمعية الدفاع عن الأشخاص المعنيين بالمشروع، فحكمة محكمة "ليل" الإدارية بإلغاء قرار التصريح بالمنفعة العامة . استأنف وزير السكن هذا الحكم أمام مجلس الدولة، الذي أرسى في قراره مبدأ الموازنة بين التكاليف و المزايا، و ذلك بموازنة المنفعة العامة للمشروع مع الأضرار التي تشكل تكلفة مالية كبيرة للمشروع فتم إلغاء قرار التصريح بالمنفعة العامة بسبب رجحان كفة الأضرار.²

يعد هذا أول قرار يؤسس لمبدأ جديد يوسع من سلطات القضاء الإداري في رقابته على شرط المنفعة العمومية حيث أنه وجه اهتمامه إلى ما يحققه القرار من مصلحة عامة إلى أقصى حد ممكن بعد أن كان ينظر إليها نظرة مجردة، و ذلك بإجراء موازنة بين الفائدة التي يحققها هذا المشروع و المصالح التي يمكن أن يضر بها.

و قضية Sainte Marie التي صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي، حيث تتلخص وقائع هذه القضية بصور قرار لإنشاء طريق سريع شمال مدينة نيس الفرنسية من أجل ربطها بإحدى المناطق التابعة

¹ - خليف ياسمين، المرجع السابق، ص 103 .

² - الخيزر بوضيف، حدود رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، جامعة الجزائر 01، سنة 2017، ص 325 .

لإيطاليا، على أن يتم إزالة جزء من مستشفى خاص بالأمراض النفسية و العصبية، و يعد المستشفى الوحيد في المنطقة المتخصص في هذا المجال. حيث قام القاضي الإداري بمجلس الدولة الفرنسي بالموازنة بين مصلحتين هما المحافظة على الصحة العامة، و إنشاء طريق سريع. و توصل القاضي إلى ترجيح المصلحة الأولى، و ألغى القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة، نظراً لما يترتب على هذا القرار من مضار تتمثل في هدم مبنى من 80 سريراً، بالإضافة لتواجده في بيئة يسودها الهدوء مما يتناسب و صحة المرضى.¹

ما يلاحظ على معظم القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ترجيح المصلحة العامة بما يضمن حقوق الأفراد و حرياتهم، و ذلك من خلال الموازنة بين الأضرار و المساوىء التي يمكن أن تمس بالأفراد و مصالحهم و بين المنافع المحصلة من أي مشروع من جانب السلطات الإدارية .

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الموازنة في القضاء الإداري المصري

حذى مجلس الدولة المصري حذو مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار و هو ما ظهر في حكم صدر عن محكمة القضاء الإداري المصري، حيث قضت بوقف تنفيذ القرار رقم 64 سنة 1992 المطعون فيه بشأن إنهاء نشاط تجار الجملة للخضر و الفواكه و الدواجن و الأسماك بسوقى روض الفرج و غمرة، و إلغاء تراخيص مزاولة النشاط بهما. و اعتبار موقع سوق روض الفرج و سوق غمرة مناطق تخطيطية، فقرر مجلس الدولة المصري ما يلي : "أنه و لئن كانت المصلحة العامة تقضي بحق الإدارة بإنشاء أسواق جديدة خارج الكتلة السكنية و تحديد التاريخ الذي تراه مناسباً لتشغيله، فإن من مقتضى تحقيق التوازن بين تلك المصلحة العامة و ما قد ينجم عن تلازم ذلك بالإنهاء الفوري للنشاط بالأسواق القائمة بالفعل بمناسبة الافتتاح من أضرار بالغة قد تلحق العديد من المواطنين ، لما يوصم القرار المطعون فيه بعدم الملائمة التي تعد شرطاً من شروط المشروعية..." و خلص الحكم إلى افتتاح سوق العبور في موعده و الإسراع في إنشاء أسواق أخرى بما يحقق المصلحة العامة.²

و يرى سامي جمال الدين أن نظرية الموازنة كانت مطبقة في مجالات أخرى قبل صدور قرار عزية خير الله، و أنها لم تقتصر على قرارات نزع الملكية، و هو يعتبر أن النظرية بمثابة مبدأ عام من المبادئ العامة للقانون حيث جاء في كتابه: "أن مبدأ أو فكرة الموازنة ليست غريبة عن القضاء الإداري في مصر و لقد صدر عن محكمة القضاء الإداري العديد من القرارات التي قامت من خلالها بإجراء الموازنة".³

1 - خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 900 .

2 - حاحة عبد العالي، مرجع سابق، ص 133 .

3 - سامي جمال الدين، قضاء الملائمة و السلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 282.

الفرع الثالث: تطبيقات نظرية الموازنة في القانون الإداري الجزائري

رغم أن القضاء الإداري الجزائري لا يكاد يأخذ بأساليب الرقابة القضائية الحديثة ، تجنباً منه التدخل في الجوانب المتعلقة بالاختصاص التقديري، إلا أنّ ذلك لا يؤكد انعدامها في جميع القرارات القضائية الصادرة عنه .

فلقد أخذ القضاء الإداري الجزائري ببعض أحكام هذه النظرية في مجال قرارات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، إلا أن هذا التطبيق يختلف عن تطبيقات سابقة له، و هو ما أكدته المستشارة فريدة أبركان بقولها: "يمكننا التفرقة بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير وبين نظرية الحصيلة (الموازنة) في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة ، و من جهة أخرى يستخلص و يأخذ نتائج هذا القرار بعين الاعتبار. و في الواقع العملي فإن المسعى الملموس للقاضي عندما يقدر هذا القرار قريب جداً من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير بمعنى أن القاضي سيراقب العمليات غير المعقولة المبالغ فيها بصورة كبيرة".¹

و من تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار في القضاء الإداري قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً الصادر في 13 جانفي 1991 في قضية فريق بن جيلالي ضد والي ولاية تيزي وزو حيث قام القاضي الإداري بالموازنة بين المنفعة العامة من مشروع انجاز جزء من الطريق و بين الملكية الخاصة للمدعين.

و من بين ما جاء في فحوى القرار: "أما فيما يخص الجزء الآخر من الطريق طوله 800 متر لا يمثل أي منفعة عمومية، و لم يؤد إلا لتخريب الملكية الزراعية للمدعين، و أن الغرض الذي ترمي إليه العملية أي إشباع حاجة ذات مصلحة عامة لا يبرر الاعتداءات على ملكية المدعين، حيث أنه يستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب بأية حاجة من حاجيات المنفعة العمومية، و إنما هي في صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل على الطريق حيث أن الهدف المتوخى من العملية أي إشباع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن...".² و طبقاً لهذا القرار قضت المحكمة العليا بنزع الملكية للمنفعة العامة. و يتبين من القرار السابق أن القاضي قد أخذ بنظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار، و ذلك من خلال الموازنة بين ضرورة إنشاء الطريق و منفعته، و بين حماية المتضررين من جهة أخرى.

¹ - خالد سيد محمد حماد، مرجع سابق، ص 949 .

² - خليف ياسمين، المرجع السابق، ص 117 .

إنّ تزايد تدخل الإدارة في شتى مجالات الحياة، أدى بالقاضي الإداري الفرنسي باعتباره حامي الحقوق والحريات إلى ابتكار آليات حديثة للحد من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية، استعرضنا من خلال هذا الفصل أساليب الرقابة القضائية للحد من السلطة التقديرية للإدارة، من خلال التطرق إلى الآليات الحديثة التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، والتي تتمثل أساسا في رقابة الخطأ الظاهر في التقدير التي جاءت نتيجة استحالة تقنين التشريعات والتنظيمات التي تنظم عمل الإدارة ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، التي تتعلق موضوعها بمجال نزع الملكية من أجل المنفعة العامة من أجل تنظيم ممارسة هذا النوع من القرارات التي تصدرها الإدارة. نجد أن القضاء الإداري المصري سعى إلى تطبيق كل منها و يعتبر الغلط البين باسم نظرية الغلو في المجال التأديبي، و قد طبق القضاء الجزائري في مجالات متعددة خاصة المجال التأديبي بالنسبة لأحكام نظرية الخطأ الظاهر أما بالنسبة لنظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار فقد أخذ هو الآخر بأحكام هذه النظرية في مجال قرار نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة ولكن تبنيه لها يبقى قاصرا.

و تتمثل أساسا هذه الرقابة في فكرة المعقولية، وذلك بالبحث في مدى معقولية القرارات التي تتخذها الإدارة.

حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أهم سلطة تتمتع بها الإدارة، ألا وهي السلطة التقديرية و أهم الوسائل و الضمانات القضائية الحديثة للحد من اتساع نطاقها على حساب حقوق و حريات الأفراد. و لأن السلطة التقديرية تعني تمتع الإدارة بقدر من الحرية في التصرف، فإن الإفراط في تقييد هذه الحرية يؤدي بالضرورة إلى كبت روح الإبداع و الابتكار، و شل حركة الإدارة.

إنّ عدم قدرة المشرع على الإحاطة بمختلف الصعوبات و العراقيل التي يمكن أن تواجهها الإدارة استلزم ترك قدر من حرية التصرف و تقدير الوقت و الكيفية التي تراها مناسبة. فالسلطة التقديرية تعد ضرورة لازمة لحسن سير الإدارة و مساهمة للتطورات التي مست مختلف جوانب الحياة سواء الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية و الثقافية.

فبالنظر للأهمية التي اكتسبتها السلطة التقديرية ألزمت التعرّيج على أهم التطورات التي مرت بها هذه السلطة و التعرض لأبرز الأسس التي تقوم عليها و ذلك من خلال أهم النظريات التي أسست سبب وجود السلطة التقديرية للإدارة و سبب الاعتراف بها لها و كذا التنظيم القانوني الذي يحكم نشاطها، و كذا أهم مبررات و مقومات وجودها. من مبررات قانونية و مبررات فنية و أخرى علمية، و لأن هناك مفاهيم تكاد تشابه السلطة التقديرية في معناها و يجب تمييزها عن مبدأ التناسب و فكرة الملائمة، و تمييزها عن الاختصاص المقيد الذي يمثل المجال السلبي أو الوجه المقابل لسلطة الإدارة التقديرية.

لأن القرار الإداري يعدّ المجال الأساسي و الخصب لإعمال السلطة التقديرية في عناصر القرار الإداري، كون هذه الأخيرة تضيق و تتسع باختلاف أركان القرار الإداري، حدّدت جوانب التقدير في كل من عناصر المشروعية الخارجية و الداخلية للقرار الإداري. فنجد أن غالبية الفقه و القضاء الإداري يذهب في هذا الشأن، إلى أنّ مجال التقدير الرئيسي بالنسبة للقرارات الإدارية هو ما يدخل فيه التقدير من ركني السبب و المحل في القرار لإداري، بل و حتى هذين الركنين، فإن سلطتها التقديرية تكون مقيدة إذا ما ألزمها المشرع بالتقييد بنص قانوني في ذلك.

فبالنسبة إلى محل القرار فإنه لا بد من ضرورة أن يكون هذا الأثر ممكناً و جائزاً قانوناً كما يجب الإشارة إلى أن تقدير أهمية السبب و مدى خطورته أو ضرورته للدواعي المختلفة من نظام و صحة و أمن و سكينه هو من إطلاقات جهة الإدارة التي تخضع لسلطتها التقديرية.

أمّا فيما يتعلق بعناصر القرار الأخرى، فلا حرية للإدارة بالنسبة لها إذّ عليها دائماً إخضاع إرادتها في الشكل الذي يحدده القانون، و أن تحترم قواعد الاختصاص، و أن تستهدف جميع أعمالها و تصرفاتها تحقيق الصالح العام. و مع ذلك يذهب عدد من الفقهاء إلى وجود قدر و لو ضئيل من حرية التقدير تجاه عناصر

الشكل إذا لم يتدخل المشرع و يفرض شكلاً معيناً لاتخاذ القرار، و الاختصاص في حالة التفويض الإداري. بل و الغاية عندما يتخلى المشرع عن تخصيص هدف معين للقرار الإداري اكتفاءً بالالتزام العام بتحقيق المصلحة العامة.

إنّ المشرع عند منحه حرية التقدير للإدارة لا يعني أنّها تتعسف في استعمالها، لذلك نجد أنّ للقضاء الإداري دور بارز في إيجاد التوازن بين تحقيق الصالح العام من جهة، و حماية لحقوق و حريات الأفراد من جهة أخرى. و ذلك من خلال ابتكار أساليب حديثة للرقابة القضائية أهمها فكرة رقابة الخطأ الظاهر في التقدير و رقابة الموازنة بين المنافع و الأضرار، و قد امتد تطبيقها ليشمل العديد من المجالات في أعمال هاتين النظريتين لاحتواء السلطة التقديرية للإدارة و ذلك بإبراز فكرة المعقولية و التناسب. إلا أنّ القضاء الجزائي و إن كان قد تبنى هذه الأساليب، يبقى قاصراً في بسط هذا النوع من الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية.

بهذا يكون قد تبين بإجراء مقارنة واقعية بين أهمية السلطة التقديرية في نشاط الإدارة و مبررات وجودها في ضمان حقوق الأفراد و تحقيق المصلحة العامة، و مدى كفاية الضوابط القانونية الواردة عليها و التي تم استعراض أهمها في هذا البحث.

و تم الوصول من ذلك وجود تباين كبير يتجلى في اتساع مدى سلطات الإدارة وخصوصاً التقديرية مقابل تضيق هذه الحدود و عدم كفايتها.

فموضوع السلطة التقديرية يعتبر من أكثر المواضيع دقة في نطاق القانون الإداري و علم الإدارة الحديث بسبب ارتباطه بالعديد من المسائل الهامة و لا سيما موضوع القرار الإداري و ممارسة صلاحيات الإدارة و تجدد و تعقد و تشابك نشاط الإدارة.

و تم التوصل إلى أنّ الفقه والقضاء الإداريين أجمعا على ضرورة تمتع الإدارة بسلطة تقديرية. و بالمقابل ذهب إلى البحث في رسم عدة حدود و العمل على تطويرها حتى لا تتعسف في المساس بحقوق الأفراد و حرياتهم، و جعل هذه الحدود بمثابة صمام أمان لحمايتها.

I. المصادر:

1. القرآن الكريم (سورة الأنبياء. سورة العنكبوت).
2. السنة النبوية (صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم 6748).

II. المراجع:

أولا. الكتب

➤ العامة

1. حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
2. خالد بن خليل الظاهر، القضاء الإداري، ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، 2009.
3. خليفة سالم الجهمي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2009.
4. سامي جمال الدين، القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة في مبدأ المشروعية، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
5. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري -دراسة مقارنة-، مطبعة جامعة عين شمس 1986.
6. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، 1991 .
7. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة 2008.
8. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرارات الإدارية (في الفقه و قضاء مجلس الدولة) منشأة المعارف للتوزيع الإسكندرية، 2007.
9. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية (مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري- دعوى الإلغاء- القرارات الإدارية- التحقيق في المنازعات الإدارية-تنفيذ الأحكام الإدارية قضاء الاستعجال الإداري- طرق الطعن في الأحكام الإدارية- المسؤولية الإدارية، ط 2، دار هومو للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014.
10. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، الجزء الثاني ، ط 02، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الأردن، 2011.
11. علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009.
12. عمار بوضياف، القرار الإداري، -دراسة تشريعية قضائية فقهية-، ط1، جسور للنشر و التوزيع الجزائر، سنة 2007.

13. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء،(في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)، ط 1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
14. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضاء الجزائري، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
15. عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري(دراسة مقارنة)، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 2008.
16. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري(مبدأ المشروعية-تنظيم القضاء الإداري- اختصاص القضاء الإداري-ولاية القضاء الإداري قضاء الإلغاء-قضاء التعويض-قضاء التأديب-الطعن في الأحكام)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
17. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1996.
18. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
19. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2005.
20. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري(مبدأ المشروعية و سيادة القانون الاختصاص القضائي لمجلس الدولة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
21. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
22. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة الجزائر، 2005.
23. محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2005.
24. محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، ط 1، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.
25. محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري (أسباب إلغاء القرارات الإدارية وفقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 1996) الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية شتات مصر، المنشورات الحقوقية ، بيروت، لبنان، 1998.
26. مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا و مصر و لبنان، ط 1، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
27. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
28. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط 4، دار المجد للنشر و التوزيع، سطيف، 2010.
29. نواف كنعان، القضاء الإداري، ط 3، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010.

➤ المتخصصة

1. حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، ط 1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2003.
 2. خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط2، الكويت.
 3. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.
 4. يعقوب يوسف الحمادي، القضاء و مراقبة السلطة التقديرية للإدارة(دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012.
- ثانيا. الأطروحات و الرسائل الجامعية

➤ الأطروحات

1. خليف محمد، "الضوابط القضائية للسلطة التقديرية -دراسة مقارنة-"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2015 - 2016.
2. لباش سهيلا، "السلطة التقديرية والرقابة القضائية"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، فرع دولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2016.
3. حسام الدين محمد مرسي مرعي، "السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري في الظروف العادية"، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009.

➤ الرسائل

أولا: الماجستير

1. لطفراوي محمد عبد الباسط، "دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية للإدارة و مدى خضوعها للرقابة القضائية" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2015-2016.
2. رفيق بومدين، "الوسائل القضائية للرقابة على التناسب في القرار الإداري"، رسالة ماجستير كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2014 - 2015
3. خليف ياسمين، "رقابة القاضي الإداري على التصريح بالمنفعة العامة"، شهادة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 11/07/2011.
4. مخاشف مصطفى، "السلطة التقديرية في اصدار القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2007/ 2008.

5. قروف جمال، "الرقابة القضائية أعمال الضبط الإداري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2006.
6. حاحة عبد العالي، " الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة "، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2004 – 2005.

ثانيا: الماستر

1. سلماني مسعودة، " مقومات مشروعية القرار الإداري"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016 – 2017.
2. رزيق رحيمة، " رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة العامة في التشريع الجزائري" مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015 – 2016.
3. رميسة تيطاوين، " دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المشروعية"، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015 – 2016.

رابعا: المقالات و المجلات و الدوريات

1. الخير بوضياف، حدود رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، جامعة الجزائر 01، سنة 2017.
2. بن شهرة العربي، "الصور الحديثة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة" المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، مجلة تصدر عن معهد العلوم القانونية و الإدارية بالمركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر، العدد الأول، يونيو 2016.
3. حسين فريجة، "السلطة التقديرية و اجتهاد القاضي الإداري"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثاني، نوفمبر، 2005 .
4. حمد طه حسين الحسني، "معايير تمييز السلطة التقديرية للإدارة و نطاقها"، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 27، 2016.
5. دحمان سعاد، "عناصر مشروعية القرار الإداري بين التقييد و لتقدير"، جامعة تلمسان.
6. لعلام محمد مهدي، " و سائل الرقابة القضائية على التناسب في مجال التأديب "، مجلة القانون و الأعمال 26 أبريل 2015.

7. رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، ندوة القضاء الإداري (رقابة الإلغاء)، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، قسم القانون العام الرباط، المملكة المغربية، 11-14 يوليو 2005.
8. فريدة أبركان، " رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية "، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، الجزائر 2002.
9. مصلح الصرايرة، "مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009.
10. مجلة مجلس الدولة الجزائري، منشورات الساحل، العدد 05، الجزائر، 2006.

ثالثا. القوانين

1. قانون البلدية 10-11 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق ل 22 يوليو 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 37.
2. أمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46.