

## الفصل التمهيدي

### ماهية السلطة التقديرية للإدارة

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

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

والسلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة، إذ أن المشروعية تنقل كاهل الإدارة، ولا يجب الإفراط فيها، وإن كان علينا أن نستبعد تحكم الإدارة وتسلطها، فإنه أيضا يجب أن نتجنب الآلية الإدارية التي تتبع من تزلزلت رجل الإدارة بتطبيق قواعد موضوعية دون أن نترك له الحرية في تصرفه.<sup>2</sup>

و إن لم يأخذ هذا الأصل محل اعتبار قتل روح الابتكار لدى الجهة الإدارية، وانتهى بها شيئا فشيئا إلى الركود، غير أن المشرع قد يجد لاعتبارات تتعلق بحرية الأفراد و حمايتهم من تعسف الإدارة وعنتها أن يضيق على سلطة الإدارة التقديرية فيقيد من اختصاصها.

من هنا سنتناول مفهوم السلطة التقديرية للإدارة و أساسها (المبحث الأول)، ثم سنتطرق إلى حدود السلطة التقديرية و معايير تمييزها عن السلطة المقيدة (المبحث الثاني).

---

<sup>1</sup> - وفي هذا المعنى يقول دي لوبادير :

"C'est le pouvoir discrétionnaire, C'est à dire la marge de liberté que les sources de la légalité peuvent laisser à l'administrateur dans son activité."

Voir André De laubadère, Yves Gaudemet, Traité droit administratif. Tome 01, Librairie général de droit de jurisprudence, 16<sup>e</sup> édition, Paris, 1999, P.578.

<sup>2</sup> - وفي هذا المعنى يقول الفقيه فالين :

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

أنظر: محسن عبد الجواد حسين، « بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد ». مجلة مجلس الدولة، السنة 04، القاهرة، يناير 1953، ص.204.

## المبحث الأول

### مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وأساسها

تبدو لأول وهلة أن السلطة المقيدة هي الوضع الأفضل من وجهة نظر سيادة القانون و مبدأ المشروعية و من ناحية ضمان حقوق و حريات الأفراد ضد انحراف السلطة الإدارية، فهنا تبدو السلطة المقيدة أفضل من السلطة التقديرية، لكن مع ذلك ليس من الممكن أن تضل الإدارة دائما حبيسة في إطار السلطة المقيدة. ومن ثم يبدو من الضروري أن يجمع التنظيم العام لاختصاصات الإدارة قدرا من السلطة التقديرية بجانب السلطة المقيدة، وهذا ما يضطرنا إلى البحث في معنى السلطة التقديرية ومبرراتها وحدودها.

## المطلب الأول

### مفهوم السلطة التقديرية

سنتناول في هذا المطلب تعريف السلطة التقديرية في فرع أول، وتطورها التاريخي في فرع ثاني.

#### الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية\*

إن المشرع حينما يزود الإدارة بمجموعة اختصاصات فإنه يسلك أحد السبيلين:

- 1- فهو قد يفرض عليها بطريقة آمرة وعلى سبيل الإلزام الهدف المعين الذي يجب عليها أن تسعى لتحقيقه، كما يحدد لها الأوضاع التي يجب أن تستند عليها للوصول لهذا الهدف، وهنا تكون سلطة الإدارة مقيدة. وفي هذا الصدد يقول الفقيه جيرو: "إنه في حالة السلطة المحددة لا يترك القانون للإدارة أي حرية في التقدير، بل إنه يفرض عليها بطريقة آمرة، التصرف الذي يجب عليها مراعاته" ولهذا قارن الفقيه فالين بين عمل الإدارة في هذه الحالة وعمل القاضي، فكلاهما يقتصر على مجرد تطبيق القانون عند التحقق من الشروط التي يستلزمها المشرع.<sup>1</sup>
- 2- ولكن المشرع كثيرا ما يترك للإدارة قدرا من الحرية في التصرف تستعمله وفقا للظروف دون معقب عليها.

ولقد حدد العميد بونار هذا النوع من الاختصاصات بقوله: "تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت هذا

---

\*- لتحديد معنى السلطة التقديرية للإدارة يجب الإشارة إلى أن الاختصاص هو: مجموع ما خولت الإدارة القيام به من الأعمال، أما السلطة فتعني مباشرة الاختصاصات، أي أن السلطة هي ترجمة للاختصاص، والسلطة بدورها تترجم إلى عمل أي تنفيذ للاختصاص، ومن هنا ليس صحيحا التحدث عن الاختصاص التقديرية، ذلك أن الاختصاص هو الحد الخارجي للسلطة، بينما تشير السلطة إلى مادة العمل الإداري، وبناء على ذلك فإنه يتعين استعمال لفظ سلطة مقيدة، وسلطة تقديرية، ولا نتكلم عن اختصاص مقيد واختصاص تقديري.

<sup>1</sup>- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية. دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1966،

التدخل وكيفيته، وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تتحصر إذا في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه.<sup>1</sup>

أما موريس هوريو فيعرف السلطة التقديرية بأنها "سلطة تقدير مدى ملاءمة الإجراءات الإدارية".<sup>2</sup> ويقول فالين أن اختصاص الجهة الإدارية يؤدي إلى تمتعها بسلطة القيام بأعمال معينة في داخل حدود ذلك الاختصاص، وأن السلطة التقديرية تعني الطريقة التي تمارس بها الجهة الإدارية اختصاصاتها. أما الفقيه الفرنسي ميشو فيرى "أن السلطة التقديرية تتحقق في كل مرة تستطيع فيها السلطة الإدارية أن تعمل بحرية، ودون أن يكون هناك مسلكا محددًا تفرضه بطريقة مسبقة إحدى القواعد القانونية".<sup>3</sup> أما الفقيه دي لوبادير فيرى أن: "السلطة التقديرية هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية على أكمل وجه "

أما الدكتور فؤاد مهنا فيعرف السلطة التقديرية بأنها: "قدرة الإدارة على إعمال إرادة حرة في مباشرة النشاط الإداري."

كما عرفها الدكتور سامي جمال الدين بأنها: "تتمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية بحيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عن اتخاذه أو اتخاذه على نحو معين أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له، أو في تحديد محله".<sup>4</sup>

أما تعريف الفقه والقضاء الإداري الجزائري للسلطة التقديرية فلم يخرج عن نطاق التعريفات الفقهية السابقة، فقد عرفتها رئيسة مجلس الدولة الجزائري فريدة أركان بأنها: "هي أن تكون الإدارة حرة تماماً في التصرف في هذا الاتجاه، أو ذلك وبدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخذ في ضوءها قراراتها، ومثال على ذلك، سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو و الأوسمة، اختيار طريقة تسيير المرافق العامة، إنشاء أو تعديل سلكا من أسلاك الموظفين".<sup>5</sup>

ومن أمثلة الاختصاص المقيد في الجزائر، قرارات منح تراخيص البناء وقرار الاعتماد بالنسبة للجمعيات السياسية والتصريح بتأسيس الجمعيات المدنية، فلا تستطيع الإدارة أن تمتنع عن تقديم الرخص طالما توافرت الشروط القانونية في نوي الشأن.

---

<sup>1</sup>-Jacqueline Morand-Devili, Cours de droit administratif. Montchrestien, 6<sup>e</sup> édition, Paris, 1999, P.278.

<sup>2</sup>- أحمد حافظ عطية نجم، « السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي ». مجلة العلوم الإدارية، السنة 23، العدد 01، القاهرة، جوان 1982، ص.46.

<sup>3</sup>- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري. الكتاب الأول، منشورات للجلي الحقوقية، بيروت، 2003، ص.197.

<sup>4</sup>- أنظر لمزيد من التفصيل: سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، بدون تاريخ النشر، ص.145.

<sup>5</sup>- فريدة أركان، « رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ». مجلة مجلس الدولة، العدد 01، الجزائر، 2002، ص.37.

أما من أمثلة السلطة التقديرية للإدارة فنجد ذلك في مجال قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية وفي مجال الضبط الإداري ومنح الأوسمة...

وبهذا فإن أغلب التعريفات تتفق حول عناصر ومقومات السلطة التقديرية للإدارة، وهي أن تمتلك قدرا من حرية التصرف في ممارسة اختصاصاتها و نشاطها المناط بها، دون أن يفرض عليها القانون وجوب التصرف على نحو معين.<sup>1</sup>

وبذلك فعندما يتاح للإدارة اتخاذ التدابير بحرية مطلقة عن كل قيد أو نص في القانون، نكون أمام سلطة تقديرية، حيث أن إطلاق حرية التقدير للإدارة يعمل على غرس روح الإبداع والابتكار، وهذا ما يؤدي إلى حسن ممارسة الوظيفة الإدارية.

والواقع أن إطلاق حرية الإدارة أو إهدارها على نحو مطلق أمر لا يتحقق وجوده، إذ لا توجد سلطة تقديرية مطلقة ولا سلطة مقيدة مطلقة.

فمن ناحية نجد أن الإدارة تتمتع إزاء جميع الأعمال الإدارية بقسط من السلطة التقديرية حتى في الحالات التي يكون اختصاص الإدارة فيها مقيد.

ففي المثال التقليدي الذي ساقه الفقه الفرنسي للاختصاص المقيد، والخاص بمنح تراخيص الصيد، نجد أن الإدارة ملزمة بمنح هذه التراخيص إذا ما توافرت في طالبي هذه التراخيص الشروط التي حددها القانون، إلا أن الإدارة في هذه الحالة تتمتع على الرغم من ذلك بقسط - ولو كان ضئيلا - من السلطة التقديرية من حيث الوقت الملائم الذي تمنح فيه هذه التراخيص.

و من ناحية أخرى لا يمكننا أن نفر للإدارة بسلطة تقديرية مطلقة دون أي قيد، إذ أن الإدارة تكون مقيدة في جميع الأحوال بمبادئ المشروعية، فالسلطة التقديرية لا تمارس في الواقع إلا في نطاق المشروعية.

وتبعاً لذلك يمكن القول أن كل عمل إداري يحتوي في حقيقته على قدر من السلطة التقديرية والاختصاص المقيد معاً، كل ما في الأمر أن نطاق السلطة التقديرية يختلف سعة وضيقاً في كل عمل إداري سواء كان تابعا للسلطة التقديرية أو السلطة المقيدة.<sup>2</sup>

ولقد أصبحت فكرة السلطة التقديرية للإدارة الآن من أهم الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري في مختلف الدول -حتى في دول القضاء الموحد- فقد أدركت النظم المختلفة أن تقييد حرية الإدارة بالتشريعات المتعددة يؤدي إلى عواقب وخيمة ويشل حركة الإدارة ويكبت نشاطها ويقتل روح الابتكار.

كما أقر الفقه والقضاء الإداري الجزائري أيضا فكرة السلطة التقديرية للإدارة، مقررًا أن الصالح العام يقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية في بعض الحالات، حيث لا يقتصر دور الإدارة على مجرد أن تكون تابعا للقانون ومجرد آلة صماء، أو أداة لتنفيذه تنفيذاً حرفياً، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار

<sup>1</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص.109.

<sup>2</sup> - إبراهيم عبد العزيز شبحا، القانون الإداري. دار الجامعية، بيروت، 1994، ص.111.

والاعتراف لها بقدر من حرية التصرف، مما يكفل حسن سير المرافق العامة، وستتولى بيان هذه الأهمية بالتفصيل في محلها.

### الفرع الثاني: التطور التاريخي للسلطة التقديرية

السلطة التقديرية هي فكرة شرعية إذ أن النظم القانونية مصدر تنظيمها ونطاقها يتحدد على ضوء علاقة المشرع بالسلطة التنفيذية، وهي نتاج جهد كبير بذله الفقه والقضاء في سنوات طويلة، فقد ظهر الاختصاص المقيد كاستثناء غامض في القانون الإداري ولم تتضح معالمه إلا حينما قامت الرقابة القضائية وتطورت ونمت في سبيل إلزام الإدارة باحترام أوامر القانون.<sup>1</sup>

لقد نادى رجال الثورة الفرنسية بأن القانون فوق كل شيء، ولكنهم لم يهتموا بإيجاد حماية لسيادة القانون، فإذا كان المشرع وحده هو الذي يملك سلطة وضع القوانين، فإن الإدارة لم تكن مسئولة في غير قاعات الجمعية الوطنية ولا يملك القضاء التعرض للقرارات الإدارية.

وقد كانت الإدارة في ظل الثورة الفرنسية خاضعة كلية للقانون، ومن مظاهر ذلك أن الجمعية الوطنية منعت على الإدارة حق إصدار اللوائح التنفيذية، كما احتفظت لنفسها أيضا بحق إصدار التعليمات التفصيلية لتسهيل تنفيذ القوانين التي تصدرها، وألزمت جميع الموظفين بإبلاغ تفاصيل نشاطهم كل عشرة أيام إلى لجنتي السلامة العامة والأمن العام المنبثقين من الجمعية التشريعية لمراقبة تنفيذ القوانين.<sup>2</sup>

من هنا أمكن إطلاق اسم نظام الإدارة المحجوزة على هذا الأسلوب من أساليب الإدارة. وبناء على ذلك يمكن القول بأن المشرع الفرنسي في ظل هذه المرحلة قد استأثر بكل السلطات من أجل ضمان سيادة القانون.

هذه السيادة تستوجب إذن عدم تمتع رجال السلطتين التنفيذية والقضائية بأية حرية في ممارسة أعمالهم، وعلى ذلك فاختصاص الإدارة والقضاء كان من قبيل الاختصاص المقيد.

وتبرير ذلك يرجع إلى أن الإدارة في ظل مثل هذا النظام، لم تكن بحاجة إلى قاضي يناقش شرعية أعمالها، فالمشرع نفسه هو قاضي شرعية الأعمال الإدارية، فهو الذي يأمر الإدارة وهو الذي يتحقق من تنفيذ الإدارة لأوامره ولما يضعه من قوانين.

وبناء على ذلك فقد منع القضاة من التصدي لأعمال الإدارة، وذلك بمقتضى قانون 16-24 أوت 1790 الخاص بالتنظيم القضائي الجديد، ولقد أدى مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية عن السلطة القضائية إلى ظهور نظام الإدارة القاضية، فعلى الأفراد إذا ما ترتب على النشاط الإداري أضرار، أن يلجؤا إلى الجهات الإدارية المختصة عن طريق رفع تظلمات وطعون إدارية للبت والفصل في تظلماتهم ضد الإدارة العامة.

<sup>1</sup> - محمد مصطفى حسين، « الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة ». مجلة العلوم الإدارية، السنة 22، العدد 01، القاهرة، جويلية 1980، ص. 108.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص. 14.

ومع ذلك فقد لوحظ في صدر هذه الحقبة، أن فكر رجال الثورة الفرنسية قد اصطدم بسرعة مع الحاجات الضرورية للحياة السياسية، وتأكد للجميع ضرورة ترك حرية للسلطة التنفيذية. من جهة أخرى وجدت الإدارة أنه من الضروري أن تحصل على نوع من الاستقلال في مواجهة القانون، وأن تطالب بإصدار قرارات تقديرية، وخوفاً من ترك الإدارة متحررة من كل رقابة إتجه التفكير إلى إيجاد جهة قضاء خاص للإدارة.

وفي السنة الثامنة لقيام الجمهورية الفرنسية الأولى، أنشأ مجلس الدولة وكانت وظيفته تتحصر في تقديم الشورى وإعداد مشروعات القوانين والأوامر والمراسيم، ليعرضها على رئيس الدولة ليصدرها بعد ذلك، كما كان مجلس الدولة ينظر ويفحص الطعون والتظلمات التي يرفعها الأشخاص ضد الأعمال الإدارية غير المشروعية، وقد كانت سلطة مجلس الدولة في هذه المرحلة فنية استشارية، أما سلطة القضاء البات فكانت لرئيس الدولة لذلك سمي هذا النظام بنظام القضاء المحجوز.

وفي 24 ماي 1872 صدر قانون ينص على مبدأ اختصاص مجلس الدولة المفوض أي سلطة القضاء النهائي البات.<sup>1</sup>

وإذا كانت رقابة مجلس الدولة الفرنسي على أعمال الإدارة قد بدأت كما ذكرنا رقابة محدودة جداً فإن هذا المجلس أخذ يوسع باستمرار من رقابته على الإدارة، وقد حاول المجلس باستمرار أن يصل إلى إيجاد توازن دقيق بين ما ينبغي للمصالح العام من رعاية وحماية، وما ينبغي للحريات والحقوق الفردية من حماية وتدعيم. وفي هذه الفترة تقرر التمييز بين الأعمال التي تباشرها السلطة التنفيذية تنفيذاً للقوانين وبين الأعمال التي تباشرها بما لها من سيادة والتي تعرف بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة<sup>2</sup>، والتي لا يمكن أن تكون محلاً للرقابة القضائية، وعلى ذلك استبعدت الأعمال التي تصدر من الإدارة بما لها من سلطة عامة لارتباطها بمصالح عامة كبيرة الأهمية من رقابة القضاء.

كما تم التمييز بين القرارات الإدارية التي تقبل البحث القضائي أمام مجلس الدولة، وتلك التي لا تقبل هذا البحث، لأنها لم تؤد إلى المساس بالحقوق المكتسبة، وتم إفراد طائفة من القرارات الإدارية التي تستقل

---

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص.58.

<sup>2</sup> - تعتبر نظرية أعمال السيادة من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي، هذا الأخير الذي أنشأ في أحضان الجمهورية الفرنسية الأولى، وعندما سقط نابليون بونابرت وعمت الملكية من جديد سنة 1814 خشي المجلس على نفسه من النظام الملكي، ومن أجل تجنب الاصطدام بالنظام امتنع المجلس عن رقابة الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية المتعلقة بنظام الحكم ليضمن بقاءه قريباً على الأعمال الإدارية للسلطة التنفيذية، هكذا استخدم مجلس الدولة نظرية أعمال السيادة كدرع واق يمنع الحكومة من القيام بإلغائه، أما الآن وبعد ما رسخت أقدامه وأصبح قلعة قضائية، بدأ في تقليص تطبيق نظرية أعمال السيادة من أجل ضمان مبدأ المشروعية وحماية حقوق وحريات الأفراد، أنظر لمزيد من التفصيل: اعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري وقضاء الإلغاء. دار وائل للنشر، عمان، 1999، ص.64 وما بعدها.

الإدارة بتقدير أهميتها بميزة خاصة هي العصمة من كل رقابة قضائية لأن طبيعتها تأبى هذه الرقابة، حتى ولو أدت إلى المساس بالحقوق الشخصية هذه القرارات سميت بقرارات الإدارة البحتة.

إزاء قرارات الإدارة البحتة ابتدع مجلس الدولة قضاء الشرعية أو قضاء الإلغاء لتجاوز السلطة، ثم أخذ يقبل طعون الأفراد في هذه القرارات لعدم الاختصاص و عيب الشكل، وبهذا تطور مفهوم القرارات الإدارية البحتة إلى مفهوم القرارات التقديرية،<sup>1</sup> وهي القرارات التي لا تقبل الطعن إلا لعيب عدم الاختصاص و عيب الشكل، أما بقية العيوب الأخرى فلم تكن تقبل إلا بالنسبة لغير القرارات التقديرية، وكان يشترط لقبولها توافر حق شخصي لصاحب الطلب لا مجرد المصلحة الشخصية، وتطور بعد ذلك مفهوم دعوى الإلغاء وأصبحت تقبل بالنسبة لجميع القرارات الإدارية بدون استثناء.

وارتبط بهذا التطور القضائي تطور آخر لفكرة القرارات التقديرية، وأصبحت فكرة التقدير الإداري توصف بأنها سلطة التصرف الحر تثبت للإدارة جزئياً بالنسبة لعنصر أو آخر من عناصر التصرف الإداري، ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن تتسع لتشمل جميع عناصر القرار الإداري.<sup>2</sup>

وبناء على ما تقدم فإن فكرة التقدير الإداري مرت بمراحل متعددة ومتدرجة من السعة إلى الضيق، فالأعمال التقديرية تعني أن هناك بعض الأعمال تتمتع الإدارة في اتخاذها بحرية مطلقة لا تختلف عن أعمال السيادة إلا بالرقابة التي تمارس عليها فيما يتعلق بعيب الاختصاص و عيب الشكل.

وقد بدأت أزمة القرارات التقديرية منذ أن بدأ مجلس الدولة الفرنسي في فرض رقابته على الانحراف بالسلطة، وقد أصبح المجال مفتوحاً بذلك إلى التنازل شيئاً فشيئاً عن هذه النظرية والتخلي عنها نهائياً.

وقد عدل مجلس الدولة عن فكرة الأعمال التقديرية في حكمه الشهير في 31 مارس 1902، وقد بين الأستاذ هوريو في تعليقه على هذا الحكم عن خطأ فكرة "الأعمال التقديرية"، وبين أن ما يوجد اليوم هو ما يسمى بالسلطة التقديرية وإن اختلف مداها بالنسبة للإدارة من قرار إلى آخر، هذه السلطة التي يكون مضمونها تقدير ملاءمة إصدار القرارات التي تدخل في اختصاص الإدارة.<sup>3</sup>

و يقف اختصاص القاضي الإداري عند بحث مشروعية إصدار القرارات دون ملاءمة إصدارها على نحو ما سنبين فيما بعد.

<sup>1</sup> - أنظر لمزيد من التفصيل حول القرارات التقديرية، محمد عبد الجواد حسين، المرجع السابق، ص.211، وأنظر أيضاً: Georges Vedel, « La soumission de l'administration à la loi ». Partie 02, Revue du droit et économie, N° 02, Année 22, Caire, Juin, 1952, P.P.145.146.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص.18.

<sup>3</sup> - André De laubadère, Yves Gaudemet, OP.Cit., P.581, Et Voir Aussi : George Vlachos, Principes générales du droit administratif. Édition marketing, Paris, 1993, P.90.

## المطلب الثاني

### أساس السلطة التقديرية للإدارة

المقصود بأساس فكرة السلطة التقديرية للإدارة هو المبررات والأسس القانونية والفنية والعملية التي تستوجب إعطاء السلطات المختصة قدرا من حرية التقدير والملاءمة للقيام بوظائفها بانتظام واطراد. فإذا كانت فكرة السلطة المقيدة تجد أساسها في مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون والذي يعني ضرورة خضوع جميع التصرفات والأعمال الصادرة عن السلطات والهيئات العامة في الدولة للقانون، كما يستوجب مبدأ المشروعية وسيادة القانون أن تخضع جميع السلطات في الدولة شكليا وإجرائيا وموضوعيا فيما تقوم به من تصرفات وأعمال للقانون<sup>1</sup>، فإن لفكرة السلطة التقديرية مبررات وأسناد قانونية وفنية وعملية ومنطقية تحتم وجودها وتمتع السلطات الإدارية المختصة بها عند القيام والاضطلاع بوظائفها.<sup>2</sup>

#### 1- استحالة وضع قواعد عامة لكافة تفاصيل الحياة الإدارية

فهكذا يمكن تبرير هذه السلطة في أن المشرع وهو يسن القوانين التي تتضمن عادة قواعد عامة مجردة لا يستطيع أن يتنبأ بجميع الحالات والمسائل التي تتعرض لها الإدارة، حتى يحدد لها مقدما السلوك الذي يجب عليها انتهاجه والقرار الذي يجب اتخاذه، وإلا كان من المتصور أن يكون اختصاص الإدارة كله مقيدا، لذلك كان من الواجب منح الإدارة قسطا من الحرية بحكم موقفها الحركي ومواجهتها للواقع، فتستطيع عن طريق هذه السلطة أن تزن الظروف وتقدر الوقائع المختلفة، فهي أقدر على مواجهة الأمور اليومية وحل المشكلات التي تعترض طريق العمل الإداري والتي تمثل خطرا على النظام العام.<sup>3</sup> ولا يتصور أن يحيط المشرع بكل الحالات التطبيقية المتعددة والمتشعبة التي قد تعرض على الإدارة عند تنفيذها للتشريعات، من هنا فإن منح السلطة تقديرية للإدارة يمثل ضرورة قصوا وحتمية.

---

<sup>1</sup> - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1963، ص.5 وما بعدها.  
<sup>2</sup> - هناك بعض الفقهاء من أنكر تماما وجود سلطة تقديرية للإدارة من بينهم الفقيه الإنجليزي: دايسي صاحب المذهب الليبرالي، وقد جسد أفكاره هذه، كتابه فلسفة الحرية الاقتصادية عام 1885، تلك الفلسفة التي تعني ترك الأفراد أحرار فيما يفعلون بشرط عدم التدخل في حريات الآخرين، على أن تقتصر وظائف الدولة على حفظ النظام والدفاع والعلاقات الخارجية، ولذلك كان طبيعيا أن يصرف تفكيره ويوجه اهتمامه على تأثير الدولة على الحريات الفردية وحماية الملكية الخاصة، ونتيجة لذلك فإنه لا محل في أي نظام سياسي عنده للسلطة التقديرية تلك السلطة التي يرجح إساءة استخدامها، ومن ثم تكون وسيلة للتحكم والاستبداد والاعتداء على حريات الأفراد، والواقع أن إنكار دايسي للسلطة التقديرية هو أمر أثبت الواقع استحالته، فمشروعات الخدمة الاجتماعية في إنجلترا التي تضطلع بها الدولة لا يمكنها أن تكون موضع التنفيذ بطريقة مرضية إذا لم تترك بعض تفصيلات تنفيذها لجهة الإدارة لما لها من سابق الخبرة في هذا المجال، ولا خشية على حريات الأفراد طالما أن هذه السلطة مقيدة بالمصلحة العامة.

أنظر لمزيد من التفصيل: عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة. عالم الكتب، القاهرة، 1984، ص.59 وما بعدها.

<sup>3</sup> - محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء. مطبعة الإسرائ، القاهرة، بدون سنة نشر، ص.539.

## 2- فكرة الصلاحية الإدارية

إن المشرع لا يتمتع عادة بالقدر الكافي من الخبرة الإدارية التي تمكنه من استنباط كافة الضوابط الإدارية التي تحكم سير العمل بالإدارة بما يناسبه وظروف تلك الإدارة وطبيعة مشاكلها المختلفة وأسلوب العمل بها، بينما يتمتع رجال الإدارة العامة بتلك الخبرة بحكم طبيعة عملهم مما يجعلهم أكثر قدرة على حسن تقدير الأمور واتخاذ القرار المناسب فيما يتعلق بكل حالة على حدى.<sup>1</sup>

فالسطات الإدارية أدرى وأقدر من السلطات السياسية والتشريعية والقضائية في الدولة بخفايا وخلفيات النشاط الإداري ومقتضياته ولوازمه ومتطلباته العملية، لأنها أكثر السلطات قربا لواقع الحياة الإدارية، لذلك كان لابد من إعطاءها قدرا أو قسطا من حرية التصرف والملاءمة، دون تقييدها في جميع عناصر التصرف وأركانها، لهذا كان من المنطقي والضروري ترك عملية التنظيم القانوني لكل تصرف، شروط وأركان تمارس في نطاقها الإدارة قدرا من حرية التقدير والملاءمة بما يحقق المصلحة العامة.

## 3- السلطة التقديرية ضرورية لفاعلية العمل الإداري

إن التشريع يوضع دائما في زمن معين بالذات، ثم يستقر على حاله فترة طويلة بحكم ما يجب أن تتميز به التشريعات من استقرار.

فإذا ما طرأ جديد وأضطر الأمر إلى تعديله، وذلك يتطلب مراحل يمر بها وزمنا طويلا، ولذلك فالتشريع لا يمكنه أن يلاحق التطورات السريعة التي يمر بها النشاط الإداري للدولة، أي أن يواكب التغيرات المتلاحقة التي تصيب العلاقات الإدارية، مما يجعل الإدارة في حاجة إلى تغطية تلك التغيرات السريعة بقرارات إدارية تصدرها بسلطتها التقديرية بين الحين والآخر، دون انتظار لإجراءات صدور التشريع، وخاصة في الحالات العاجلة التي تتطلب فيها المصلحة العامة ضرورة اتخاذ إجراءات سريعة للحفاظ على أمن الدولة أو على النظام العام أو لمواجهة ظروف طارئة لم تكن في الحسبان.<sup>2</sup>

ولاشك أن ما يضعه المشرع من تشريعات إدارية مختلفة، إنما يضعها مراعيًا للظروف والأوضاع التي تكون سائدة في الإدارة في الفترة المعاصرة لمناقشة التشريع في البرلمان، وقد تكون تلك الظروف والأوضاع قد تغيرت تماما في الوقت اللاحق الذي يكون مطلوبًا فيه من رجال الإدارة اتخاذ قرارا ما، وهنا تظهر أهمية الدور الذي تلعبه السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة لمواجهة تلك التغيرات.

## 4- تفادي عيوب السلطة المقيدة

لا يقتصر دور الإدارة على أن تكون مجرد أداة لتنفيذ القوانين حرفيا، لأن من شأن ذلك أن يصيب نشاطها بالجمود والركود و تنعدم لديها ملكة الابتكار والتجديد، ومن ثم فإنه يتعين أن تكون للإدارة سلطة تقديرية

<sup>1</sup> - أحمد حافظ عطية نجم، المرجع السابق، ص.48.

<sup>2</sup> - محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص.540.

حتى تتمكن من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها على وجه سليم، مما يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وبكفاية، بما يحقق المصلحة العامة.<sup>1</sup>

من هنا تظهر أهمية السلطة التقديرية، فالمصلحة العامة تقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية، حيث لا يمكن أن يقتصر دور الإدارة على مجرد أن تكون تابعا للقانون ومجرد آلة صماء، بل يتعين منحها القدرة على الاختيار وحتى لا توهم بالجمود، وحتى تنمو لديها ملكة الابتكار والإبداع.<sup>2</sup>

وبالرغم من أهمية السلطة التقديرية للإدارة، فقد تخوف البعض من إطلاق حرية التقدير بشكل كبير، لما قد يترتب على ذلك من تجاوز الإدارة حدود سلطتها، والواقع أنه لا مجال للتخوف من مساس السلطة التقديرية بحقوق الأفراد وحياتهم العامة، حيث أن الإدارة مهما بلغت سلطتها التقديرية فإن تلك السلطة لا يمكنها أن تكون مطلقة، فالسلطة التقديرية خاضعة لقيود هام وهو وجوب مباشرتها بقصد تحقيق الصالح العام و إلا كان قرارها مشوب بعيب الانحراف بالسلطة.

ولهذا لمس كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والجزائري أهمية منح الإدارة سلطة تقديرية وهي بصدد ممارسة اختصاصها، لذلك استقرت أحكامهم على الاعتراف لها بتلك السلطة.

ففيما يتعلق بالسلطة التقديرية الممنوحة لسلطات الضبط الإداري، ذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن: "السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة مع خطورتها أبعد ما تكون عن السلطة التحكيمية، فهي لا تعدو أن تكون نوعا من الحرية لتمكين الإدارة من تقدير خطورة بعض الحالات، وهذه تنطبق تماما على الإجراءات التي تقوم بها سلطات الضبط الإداري في ممارسة نشاطها، لتتمكن من مواجهة الحالات الواقعية التي تعرض عليها، ويكون لها اختيار وقت تدخلها بالإجراء الضابط، وتقدير أفضل الوسائل وأجداها لمواجهة هذه الحالات، وفي هذا المجال تكون سلطة الضبط حرة، ولكنها في نفس الوقت تكون محاطة دائما بفكرة تحقيق الغاية من النشاط الضابط، وهو النظام العام بأسلوب يكفل تحقيق الصالح العام في ذات الوقت".<sup>3</sup>

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد اعترف للإدارة بسلطة تقديرية لتيسير العمل الإداري، حيث منح الإدارة سلطة تقدير إنشاء أو عدم إنشاء المرافق العامة، طالما لم يلزمها القانون بذلك، ولكنه قيد سلطة الإدارة في إلغاء المرافق التي وافقت على إنشائها، وارتبطت بها مصالح الجماهير بضرورة أن يكون ذلك لضرورات المصلحة العامة.

<sup>1</sup> - سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية. دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، 1987، ص.39.

<sup>2</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص.592، وأنظر محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري. مطبعة التوني، الإسكندرية، 1993، ص.91.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.17 وما بعدها.

وكذلك مجلس الدولة الجزائري، لم يخرج عن الأحكام التي قررها القضاء الإداري المقارن، حيث اعترف في كثير من قراراته بالسلطة التقديرية للإدارة، فكان القاضي الإداري يمتنع عن إخضاع المجالات التي تخضع للسلطة التقديرية للإدارة لرقابته.

وقد أكدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا هذا المبدأ بقولها: "من المستقر عليه أن القاضي الإداري غير مؤهل لمراقبة مدى ملائمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزاع الملكية قصد إنجاز مشروع ذي منفعة عامة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله".<sup>1</sup>

كذلك الأمر بالنسبة للتدابير الاحترازية التي تتخذها الإدارة في حق موظفيها خدمة لمصلحة المرفق العام.<sup>2</sup> وبهذا فإن السلطة التقديرية ضرورة لا بد منها لحسن سير الوظيفة الإدارية، كما أنها الوسيلة الناجعة الفعالة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الاحتياجات العامة للأفراد، لأنه بمقتضاها تستطيع اختيار أنسب الحلول وأفضل الوسائل وأفضل الأوقات لكي تقدم أو تمتنع عن العمل، وتتخذ القرارات اللازمة و الملائمة له.

---

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 66960 الصادر في 21 أبريل 1990، المجلة القضائية، العدد 02، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص.158.

<sup>2</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 23650 الصادر في 09 جانفي 1982 المجلة القضائية، العدد 01، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1989، ص.219.

## المبحث الثاني

### حدود السلطة التقديرية ومعايير تمييزها عن السلطة المقيدة

يتضح مما سبق أن السلطة التقديرية تقابلها فكرة السلطة المقيدة، إذ توجد سلطة تقديرية عندما تواجه الإدارة حالات واقعية معينة وتكون إزاءها حرة في اتخاذ القرار الذي تراه مناسباً، أي توجد هذه السلطة عندما لا يكون مسلكها قد أملاه القانون مقدماً.<sup>1</sup>

وعلى النقيض من ذلك يوجد اختصاص مقيد عندما تواجه الإدارة الحالة الواقعية وتكون ملزمة إزاءها باتخاذ قرار معين بالذات دون أن يكون لها أدنى خيار في ذلك .

إن حصر حدود السلطة التقديرية ووضع معيار مميز لها عن الاختصاص المقيد، شغلت الكثير من الفقهاء والباحثين وكذا القضاء، فالسلطة التقديرية تتسع وتضيق باختلاف أركان القرار الإداري، كما وضع الفقه والقضاء العديد من النظريات فيما يخص تمييز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة.

## المطلب الأول

### حدود السلطة التقديرية

إذا كان للإدارة حرية التصرف في العمل بمقتضى ما لها من سلطة تقديرية، فإن حريتها في ذلك ليست مطلقة، ذلك أن الإدارة لا تتمتع بسلطة حكمية، بل بسلطة تحدها حدود المشروعية المختلفة .

بمعنى أنه إذا كان للإدارة الحرية في مباشرة نشاطها، فإن عليها أن تمارس هذا النشاط داخل نطاق وحدود معينة لا يمكن تجاوزها وإلا عدت أعمالها باطلة.

وحدود تلك السلطة التقديرية إنما تتمثل في أوجه المشروعية المختلفة التي يجب على الإدارة احترامها وعدم تجاوزها.<sup>2</sup>

وبهذا استقر الفقه والقضاء الإداريان على أن جميع أركان القرار الخمسة، الشكل والاختصاص والمحل والسبب والغاية تعد مجالاً للتقييد والتقدير بحسب موقف المشرع منها، وأن سلطة الإدارة التقديرية تختلف من ركن لآخر من أركان القرار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - في هذا المعنى يقول الأستاذ ميشو:

« Il y a pouvoir discrétionnaire, toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à la tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit ».

Voir :André de Laubadère, Yves Gaudemet, Op.Cit., P.580.

<sup>2</sup> - محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري. المرجع السابق، ص.96.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة. بدون دار ومكان نشر، 1995، ص.148، وأنظر كذلك: ابراهيم عبد العزيز شبحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص.415.

## الفرع الأول: الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة

تشمل الحدود الخارجية للسلطة التقديرية الأركان التالية: ركن الاختصاص، ركن الشكل والإجراءات، وأخيرا ركن الغاية.

### أولا: ركن الاختصاص

ركن الاختصاص في القرارات الإدارية يعرف بأنه: " الصفة القانونية أو القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة، لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية باسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة على نحو يعتد به قانونا ".<sup>1</sup>

ويرى الفقه أن السلطة التقديرية للإدارة غير متصورة في هذا العنصر لأن الجهة التي تصدر القرار إما أن تكون مختصة أو غير مختصة، وإذا صدر القرار من جهة غير مختصة فإنه يكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص ويكون موزعا للإلغاء، فضلا عن أن قواعد الاختصاص من النظام العام، فالقاضي الإداري يملك الحق في التصدي له والبحث فيه من تلقاء نفسه.<sup>2</sup>

وأساس ذلك أن الاختصاصات المحددة لكل سلطة ليست حقوقا قابلة للتصرف فيها بغير قيود، فالاختصاص الذي يتقرر لجهة إدارية معينة يراعى فيه ضمانات خاصة تكفل قيام هذه الجهة بمباشرة هذا الاختصاص على نحو يحقق أهدافه ويؤمن الأفراد ضد المساس بحقوقهم إلا بالقدر الذي تقتضيه المصلحة العامة.

و لذلك استقر القضاء الإداري على أنه إذا تخلى القانون عن تنظيم اختصاص معين، بأن لم يعهد به إلى جهة إدارية أو موظف معين، فإن الجهة التي تختص بذلك هي الجهة أو الموظف الذي يتفق هذا الاختصاص مع واجبات وظيفته، ومن ناحية أخرى قد يتحدد الاختصاص لجهة على سبيل الإلزام، فلا يكون لغيرها ممارسة هذا الاختصاص، وقد يتحدد على سبيل التخيير بالسماح للجهة المختصة بتفويض هذا الاختصاص أو جانب منه لجهة أخرى.

وعليه بالرغم من أن الاختصاص، لا يفترض، ومن اللازم أن يستند إلى نص أو قاعدة قانونية، وإنه إذا ثبت بنص معين فلا يجوز التوسع فيما ورد في النص أو الاجتهاد في مجاوزة نطاقه، إلا أنه إذا قضت الظروف أن يتولى الاختصاص آخرين لتحقيق غايات الإدارة بصورة تضمن حسن سير الإدارة بانتظام واطراد، جاز للإدارة المختصة تفويض الاختصاص أو الحلول أو الإنابة في ممارسته، وهذا يعني حسب الدكتور سامي جمال الدين أن هناك جانب من حرية التقدير وإن كان بقدر ضئيل.<sup>3</sup>

و بهذا فلا توجد سلطة تقديرية بالنسبة للاختصاص، فالإدارة إما أن تكون مختصة وإما ألا تكون كذلك، أي ليس لها في ذلك حرية الاختيار.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري. دار هومة، الجزائر، 1999، ص.69.

<sup>2</sup> - نواف كنعان، القضاء الإداري. دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص.40.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري. الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص.676.

## ثانيا: ركن الشكل والإجراءات

المقصود بركن الشكل والإجراءات هو؛ مجموعة الشكليات والإجراءات التي تتعاون وتتكامل في تكوين وبناء قالب والإطار الخارجي الذي يكشف ويبرر إرادة السلطة الإدارية في اتخاذ وإصدار قرار إداري معين، وذلك حتى يصبح القرار الإداري ظاهر ومعلوم ومنتجا لآثاره القانونية ومحتجا به إزاء المخاطبين به.<sup>1</sup>

وعليه فإن صدور القرار الإداري دون التزام الإدارة بالشكليات التي ينص عليها القانون، أو دون إتباع للإجراءات المقررة قانونا، يصيب القرار بعيب الشكل ويجعله قابلا للإلغاء لعدم المشروعية. والأصل في القرارات الإدارية عدم اشتراط صدورها في صيغة معينة أو بشكل معين، أما إذا فرض المشرع أو القضاء على الإدارة شكلا معينا، أو إجراء معيناً يجب إتباعه، يصبح اختصاص الإدارة هنا مقيدا ويصبح الشكل والإجراء عنصران من عناصر المشروعية الإدارية . وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأنه في غير حالة تقييد المشرع للإدارة بالتزام شكل أو إجراء معين ومحدد، تتمتع السلطة الإدارية بحرية تقدير واسعة في إتباع الشكل الملائم والإجراءات المناسبة لاتخاذ القرار المزمع إصداره.

و الأصل أن الإدارة غير مقيدة في الإفصاح عن إرادتها بإفراغ قراراتها في صيغة معينة، فالسلطة الإدارية تتمتع بحرية تقدير لإفراغ القرار في الشكل الذي تراه مناسباً، ما لم يحتم القانون ضرورة إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين.<sup>2</sup>

وبالرغم من أهمية ركن الشكل والإجراءات كضمانة للأفراد ولتحقيق المصلحة العامة، مما يستوجب أن يكون من شأن مخالفة عنصر الشكل بطلان القرار الإداري الصادر على خلافه دون حاجة إلى نص صريح يقرر هذا الجزاء، وهو ما يعني عدم تمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية في إتباع الشكل أو عدم إتباعه. بالرغم من هذا، رأى القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر وعندنا في الجزائر، أنه يتعين التخفيف من حالات البطلان لعيب الشكل في القرار، وعدم التشدد في الحكم لعدم المشروعية لهذا العيب، لاسيما إذا تبين له انعدام تأثير الشكليات أو الإجراءات التي لم تتبع على مضمون القرار، أو على الضمانات المقررة للأفراد، حتى لا يكون من شأن إبطال كل قرار معيب شكلا، عرقلة للعمل الإداري ولحسن سير الإدارة بانتظام واطراد.

واستنادا لهذا إتجه الفقه والقضاء إلى التفارقة بين الشكليات الجوهرية، والتي يلزم على السلطة الإدارية احترامها وإتباعها، ورتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري وبين الشكليات الثانوية التي لا يترتب على

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

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

مخالفتها بطلان التصرف.<sup>1</sup>

وحسب رأينا فإن مقتضى هذا التمييز الذي أقامه القضاء، أن يجعل للإدارة سلطة تقديرية واسعة فيما يخص ركن الشكل والإجراءات، الشيء الذي يجعل الإدارة لها حرية تقدير في تحديد الشكل والإجراء الثانوي، ومن ثم مدى ملاءمة إتباعه أو عدم إتباعه، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بحقوق وحرريات الأفراد و إلى إهدار مبدأ المشروعية ومخالفة القانون دون أن يترتب عليها أي جزاء.

كما يذهب القضاء الإداري ومعه معظم الفقه إلى أن المشرع قد يقرر بعض الإجراءات والشكليات لمصلحة الإدارة وحدها، بحيث يكون لها حرية تقدير ملاءمة إتباعها، أو عدم إتباعها في إصدار القرار الإداري دون أن يحق للأفراد التمسك ببطلان القرار الإداري، تأسيسا على أن الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة لا يجوز لسواها التمسك بإتباعها.

و يرى الدكتور سامي جمال الدين أنه لا يمكن التفرقة بصدد ركن الشكل الذي يتدخل القانون في تحديده بين الشكليات المقررة للمصلحة العامة والشكليات المقررة لمصلحة الإدارة وتلك المقررة لمصلحة الأفراد.<sup>2</sup> ونحن كذلك لا نؤيد ما يأخذ به القضاء الإداري ذلك لأن الشكليات التي يرى القضاء بأنها مقررة لمصلحة الإدارة، أو الأفراد هي في نظر المشرع مقررة للمصلحة العامة و إلا لأشار المشرع صراحة لذلك.

### ثالثا: الإدارة وركن الغاية

الغاية هي النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها من وراء اتخاذ قراره، فالقرار الإداري ليس غاية بل وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من اتخاذه، ولذلك فإن الأهداف المحددة للوظيفة الإدارية تشكل في نفس الوقت حدودا للسلطات الممنوحة للإدارة، بحيث يمكن القول في بعض الحالات أن الإدارة قد انحرفت بأهدافها المحددة لها وهو ما يشكل عيب الانحراف بالسلطة.<sup>3</sup> وقد استقر الفقه والقضاء في مجمله على أنه: "أيا ما كان مدى السلطة التقديرية التي يعترف القانون بها للإدارة في نطاق معين، فإن أمرا واحدا لا يمكن أن يكون محلا للسلطة التقديرية وهو ركن الغاية." و بالتالي فسلطة الإدارة بالنسبة للهدف هي دائما سلطة مقيدة ولا يمكن أبدا أن تكون سلطة تقديرية تخرج عن رقابة القضاء.<sup>4</sup>

ومع ذلك تساءل بعض من الفقه عما إذا كان ربط نشاط الإدارة بفكرة المصلحة العامة يمكن أن يجعل من سلطة الإدارة مقيدة حتى في حالة عدم تحديد القانون لهدف معين، بمعنى هل التزام الإدارة بتحقيق المصلحة العامة بمدلولها العام يكفي لاعتبار سلطتها مقيدة؟

<sup>1</sup> - خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 1999، ص.62.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري. المرجع السابق، ص.672.

<sup>3</sup> - سليمان الطماوي النظرية العامة في القرارات الإدارية. المرجع السابق، ص.75.

<sup>4</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. المرجع السابق، ص.104.

يرى الفقه في هذا المجال أنه يتعين عدم الخلط بين فكرة الاختصاص المقيد، وبين ضرورة تقييد الإدارة بفكرة المصلحة العامة كهدف لقراراتها وأعمالها، ذلك لأن الفرق بين الاختصاص المقيد وكون الإدارة مقيدة باستهداف المصلحة العامة في جميع تصرفاتها، هو أنه في حالة الاختصاص المقيد يوجد غرض معين ومحدد ضمن إطار المصلحة العامة بمعناها العام، وهذه هي حالة تخصيص الأهداف، أما فيما عدا ذلك من الحالات، فإن الإدارة لن تكون ملزمة بغرض معين بذاته من أغراض المصلحة العامة، فقد تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اختيار غرض من عدة أغراض معينة محددة في إطار المصلحة العامة، وقد لا يحدد المشرع للإدارة أية أغراض بصدد اختصاص ما، وفي هذه الحالة تكون الإدارة متمتعة بحرية واسعة للاختيار بين عدة أغراض ممكنة.<sup>1</sup>

غير أننا لا نؤيد هذا الاتجاه فيما ذهب إليه من وجود سلطة تقديرية للإدارة في غير حالة تخصيص الأهداف، حيث يكون للإدارة حرية الاختيار بين عدة أغراض أو أهداف مما يندرج في مفهوم المصلحة العامة.

والواقع أننا نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور سامي جمال الدين من أنه يلزم ملاحظة أن الهدف من التصرف الإداري ليس هو المصلحة العامة بذاتها وإنما هو تحقيق المصلحة العامة.

وعليه فإذا كانت هناك عدة أهداف من شأنها تحقيق المصلحة العامة فإن للإدارة أن تختار من بين هذه الأهداف، ولكنها ليست مطلقة الحرية في هذا الاختيار، إذ يتعين عليها اختيار الهدف الأكثر تحقيقاً للمصلحة العامة.

من هنا يتضح أن الأصل في تحديد الهدف من تصرفات الإدارة هو أن يتولى المشرع هذا التحديد، وهو ما يتحقق في حالات تخصيص الأهداف، غير أنه إزاء استحالة تحديد المصلحة العامة فإن المشرع يتخلى عن هذا التحديد لتتولاه الإدارة نفسها، ولكن دون أن يعني ذلك تمتعها بحرية في تقدير المصلحة العامة، فليس للإدارة هنا أي قدر من الحرية بل هي ملزمة بتحقيق المصلحة العامة.<sup>2</sup>

كما يجب الإشارة هنا إلى نظرية تعدد المصالح العامة والتي اعتنقها القضاء الإداري المصري والذي يرى أنه من المحتمل أن تتعدد المصالح العامة، ومن ثم يقع التناقض بينها، بحيث لا يمكن تحقيقها معاً في آن واحد، مما يحتم على الإدارة تحت رقابة القضاء الإداري، البحث عن المصلحة الأولى بالرعاية والأجدر بالعناية والأحق بالتغليب، وهو ما يعني الموازنة بين هذه المصالح المتعددة لترجيح إحداها متى قام بينها تعارض.

غير أننا كما أسلفنا القول نرفض فكرة " تدرج المصالح العامة " لما يترتب عليها من آثار خطيرة مردها الاعتراف للإدارة بالحق في تحديد المصلحة العامة، ومن ثم تخويلها سلطة تقديرية في مجال الغاية.

<sup>1</sup> - محمد عبد الجواد حسين، المرجع السابق، ص.209.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري. المرجع السابق، ص.692 وما بعدها.

فالحقيقة والمنطق يرفضان القول بأنه يمكن تحقيق المصلحة العامة من خلال عدة طرق وأساليب متنوعة، إذ لا يمكن تصور أن تؤدي هذه الطرق المختلفة الاتجاه إلى تحقيق ذات الغاية. ويرى بعض الفقهاء، أن القضاء قد وقع في خلط، بين فكرة المصلحة العامة وفكرة المنفعة العامة، فمن المتصور أن تتعدد المنافع العامة، ومن ثم يتطلب الأمر الموازنة بينها، أما المصلحة العامة فهي نتيجة هذه الموازنة.<sup>1</sup>

والخلاصة أن الإدارة وإن كان واجبا عليها تقدير المصلحة العامة من قراراتها الإدارية في حالة عدم تخصيص المشرع لأهداف معينة لهذه القرارات، إلا أن هذا التقدير لا يمثل بالنسبة للإدارة أي قدر من الحرية أو السلطة، ومن ثم للقاضي الإداري كامل الحق في التعقيب على هذا التقدير.

### الفرع الثاني: الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة

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

#### أولاً: الإدارة وركن السبب

يعني سبب القرار الإداري: "الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق صدور القرار وتدفع رجل الإدارة لاتخاذها"، فالسبب في توقيع الجزاء التأديبي هو المخالفة التأديبية التي يرتكبها الموظف العام، وسبب قرار التعيين هو خلو هذه الوظيفة ممن يشغلها وحاجة الإدارة إلى شغلها تحقيقاً للمصلحة العامة.<sup>2</sup> والإدارة العامة لا تتمتع 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 اختصاصاً مقيداً تخضع فيه لحكم القانون.

ولكنها تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى الخطورة التي يمكن أن تترتب على الوقائع التي استلزمت إصدار القرار الإداري، وبالتالي 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 ما دام هدفها في النهاية هو تحقيق الصالح العام.

فإذا ثبت ارتكاب الموظف العام لأحد الأفعال المجرمة مثلاً، فإن الإدارة لا تتمتع بسلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان الفعل المرتكب يشكل جريمة تأديبية، وبالتالي يستوجب عقاب الموظف أم لا، ولكن القوانين هي التي تحدد ما يعتبر جريمة تأديبية وما لا يعتبر كذلك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2003، المرجع السابق، ص.ص. 316.

317.

<sup>2</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري. الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 207.

<sup>3</sup> - أحمد حافظ عطية نجم، المرجع السابق، ص. 59.

إلا أن الإدارة تملك بعد ذلك أن تصدر قرارا بتوقيع عقوبة على الموظف أو لا تصدره، كما أنها تملك أن تصدر قرارا بتوقيع عقوبة على الموظف أخف مما قدرته القوانين لذلك الفعل، فقد ترى الإدارة أن إصدار القرار قد يعرض سير المرفق العام للخلل أو يلحق ضررا بالأموال العامة، أو يهدد النظام العام، فتفضل عدم إصداره، كأن تقرر عدم معاقبة الموظف العام، أو عدم إحالته للقضاء رغم ثبوت صحة الأفعال التي ارتكبها، إذا رأت أن هناك مصلحة عامة أقوى وأولى بالحماية تستوجب إعفاء الموظف من العقاب ولو مؤقتا. ورغم ذلك، فإن السلطة التقديرية للإدارة في مجال السبب يجب أن تخضع لرقابة القضاء الإداري، كضمان لعدم تعسف الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية.\*

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

### ثانيا: الإدارة وركن المحل

المحل هو الأثر القانوني الفوري والمباشر الذي يترتب على صدور القرار الإداري، بمعنى هو عملية التغيير التي تحدث في المركز القانوني التي قصد مصدر القرار الإداري إحداثها، سواء بالإنشاء أو التعديل أو بالإلغاء.<sup>1</sup>

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

1) - حرية الإدارة في أن تتدخل أو تمتنع: فما لم يحتم المشرع على الإدارة أن تتدخل إذا تحققت أسباب معينة، أو أن تقوم بتصرف معين، فإن مجرد تحقق أسباب تجيز تدخل الإدارة لا يلزمها بالتدخل. فإذا ارتكب موظف خطأ تأديبيا، فإن الإدارة قد ترى صرف النظر عن هذا الخطأ، وعدم إصدار قرار إداري بتوقيع عقوبة على الموظف المخطئ.

وتطبيقا لذلك أيضا، استقر القضاء الإداري على أن الإدارة العامة تتمتع بالسلطة التقديرية في إنشاء المرفق العام، أو عدم إنشائه، وإن مجرد شعور الأفراد بالحاجة إلى خدمة معينة لا يعتبر ملزما للإدارة بإنشاء طالما المرفق العام الذي يقوم بسد تلك الحاجة، فالإدارة تملك أن تحدد الطريقة التي يتم إنشاء المرفق العام بها، أنه

\*- يرى بعض الفقه الذي ينكر على السبب استقلاليته، أن العيب الذي يشوب ركن السبب في ظل السلطة المقيدة هو عيب مخالفة القانون، أما في ظل السلطة التقديرية فإن العيب الذي يقابل ركن السبب هو الانحراف بالسلطة.

<sup>1</sup> - خالد سمارة الزعبي، المرجع السابق، ص.88.

ليس ثمة نص قانوني يلزمها بذلك.<sup>1</sup>

(2)- حرية الإدارة في اختيار وقت التدخل: وهذا أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، فإذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل خلال فترة معينة، فإنها حرة في اختيار وقت التدخل، حتى ولو كانت ملزمة أصلا بإصدار القرار أو بإصداره على نحو معين، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدما في معظم الحالات، ومن ثم فإن المشرع كثيرا ما يترك تحديده للإدارة لتتخصص في اختياره على ضوء خبرتها.<sup>2</sup>

(3)- حرية الإدارة في اختيار فحوى القرار: إذا لم يمل المشرع على الإدارة مقدما نوع القرار الذي يجب اتخاذه، وفحواه، فإن الإدارة تكون حرة في أن تضمن قرارها الأثر الذي تريده، بشرط أن يكون هذا الأثر ممكنا وجائزا قانونا، فهنا المشرع كما يقول الدكتور سليمان الطماوي يكتفي برسم الخطوط العامة، ثم يترك للإدارة حرية التصرف وفقا لكل حالة على حدى.

وبهذا فالإدارة تتمتع فيما يخص ركن المحل باختصاص تقديري في ثلاث مسائل، وهي حرية الإدارة في أن تتدخل أو لا تتدخل في إصدار قرار في موضوع ما، ثم حريتها في اختيار وقت التدخل، وأخيرا حريتها في اختيار فحوى القرار، بشرط أن يكون موضوع القرار ممكنا عملا وجائزا قانونا، وبشرط ألا يكون القانون قد ألزمها مقدما بنوع القرار وفحواه.

## المطلب الثاني

### معايير التفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد

فكرة السلطة التقديرية تقوم على تمتع رجل الإدارة بتقدير مناسبة إصدار القرار، غير أن هذه الحرية تنتفي تماما في حالة السلطة المقيدة، ولا يكون أمام رجل الإدارة، إلا إصدار القرار على النحو الذي سبق للقانون أن أملاه عليه.

ولكن كيف يتسنى لرجل الإدارة - وللقاضى الإداري من بعده- أن يعرف ما إذا كان يتمتع بسلطة تقديرية في مواجهة حالة بالذات أم أن اختصاصه حيالها مقيد بقاعدة قانونية ؟

وبمعنى آخر كيف يتسنى له- وللقاضى الإداري عند مباشرته للرقابة القضائية- أن يتعرف ما إذا كان لزاما عليه (في الحالة الثانية) أن يتخذ التصرف الذي أملاه عليه القانون، أم يظل على العكس (في الحالة الأولى) صاحب التقدير في ملاءمة إصدار قرار أو آخر، مادام في اتخاذ أيهما تحقيق للمصلحة العامة.

إن المسألة تحتاج إلى وضع فيصل أو معيار مميز يتخذه رجل الإدارة أساسا يهتدي به إلى معرفة مدى سلطته في إصدار قرار ما، وهل يتمتع إزاء الحالة الواقعية التي قامت، بسلطة تقدير مناسبة، فيصدر القرار

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية. المرجع السابق، ص.63.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.ص.65.66.

الذي يراه مناسباً من بين القرارات التي يملكها مستهدفاً المصلحة العامة؟ أم أنه لا يملك هذا التقدير، وقد سبق للمشرع أن وزن الأمور وما عليه إلا أن يصدر القرار المعين له. ولم يتعرض المشرع إلى معيار التفرقة والتمييز بين كل من فكرة السلطة التقديرية وفكرة السلطة المقيدة، كما أن القضاء لم يضع مبدأ عاماً، أو قاعدة واحدة لتحديد وتمييز الفكرتين، فبقيت مهمة القيام بعملية التمييز متروكة لفقهاء القانون الإداري.

### 1- نظرية التمييز بين الحقوق الشخصية

من بين القائلين بهذه النظرية الفقيه الألماني بهلر، وهي من أقدم الآراء التي قيل بها في هذا الصدد، وفحوى هذه النظرية أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما لا تواجه حق شخصي ذاتي، أما إذا واجهت أثناء نشاطها حق شخصي فإن سلطتها التقديرية تنتفي وتندعم، وتتعد بذلك السلطة المقيدة، ذلك لأن منطق قيام الحقوق الشخصية يقتضي ألا يسمح للإدارة بأن تمسها إلا في أضيق الحدود، مما يستلزم أن تكون سلطات الإدارة مقيدة بالضرورة.<sup>1</sup>

ويعيب هذا الرأي صعوبة تحديد الحقوق الشخصية الذاتية، فالحقوق الشخصية الذاتية قد تكون حقوق عامة وقد تكون حقوق خاصة، والصعوبة تطرح فيما يخص التفرقة بين الحقوق الشخصية العامة والخاصة نظراً لتشابه هذين الحقين في الطبيعة.<sup>2</sup>

### 2- نظرية تدرج القواعد القانونية

تقرر المدرسة النمساوية بزعامه هانز كلسن أنه ليس ثمة مجال منفصل بين السلطتين التقديرية والمقيدة، بل توجد السلطانان معا في كل عمل إداري، وإن التمييز بين التقدير والتقييد في سلطات الإدارة هو مسألة نسبية، بمعنى أن الفارق بينهما هو فارق في الكم لا في الكيف.<sup>3</sup> وتفسير كلسن أن النظام القانوني في الدولة يتألف من مجموعة ضخمة من القواعد القانونية تشكل في هيئة هرم متدرج، وتتتابع القواعد القانونية تنازلياً، فكل عمل قانوني يتضمن تخصيصاً لقاعدة أعلى وتقييداً لقاعدة أدنى، فالقاعدة القانونية العليا هي التي تجيز وتحدد نطاق القاعدة الدنيا، والقاعدة الدنيا هي تخصيص وتجسيد للقاعدة العليا.

وعندما تقوم القاعدة القانونية الدنيا بتخصيص وتفسير وتجريد عمومية القاعدة القانونية العليا، فإنها أثناء القيام بعملية التخصيص والتكيف والتفسير فإنها تضيف شيئاً جديداً ملزماً للقاعدة الأدنى وهكذا حتى نصل القواعد التنفيذية المادية البحتة في أدنى قاعدة هرم تدرج النظام القانوني.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. المرجع السابق، ص. 21.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص. 30 وما بعدها.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية. المرجع السابق، ص. 49.

<sup>4</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص. 29.

فتدخل المشرع أو المنفذ لتخصيص القاعدة القانونية لا يكون إلا بإضافة قيود جديدة إلى القاعدة العليا، و إلا كان التخصيص وهمياً، وهذه الإضافة إنما تتم باستعمال المنفذ لحريته في تقدير العنصر المضاف، وهذه الحرية ليست إلا السلطة التقديرية، ولكن هذا التخصيص لا يصدر عن حرية مطلقة، بل عن حرية مقيدة، لأن كل قاعدة دنيا يجب أن يتم تخصيصها في نطاق القاعدة العليا حتى نصل إلى الأصل العام الذي يقيد جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة، وهكذا يكون التقدير والتقييد متلازمين، بحيث لا يمكن الفصل بينهما.

ومما لا شك فيه أن الأفكار التي جاءت بها هذه المدرسة تحتوي جانباً من الصحة من حيث تدرج القواعد القانونية، إلا أنها قد رميت بالغموض والتناقض حيث تخلط بين فكرة السلطة التقديرية القضائية والسلطة التقديرية الإدارية.<sup>1</sup>

كما أنها تؤدي إلى حتمية بسط الرقابة القضائية الكاملة والشاملة على السلطة التقديرية للإدارة، مما يؤدي إلى انعدامها، وهذا أمر متناقض مع طبيعة السلطة التقديرية .

### 3- نظرية التمييز بين القرارات الإدارية المنشئة والقرارات الإدارية الكاشفة

ومن أهم القائلين بها الفقيه الألماني أوتوماير، فهو يعرف القرارات الإدارية الكاشفة بأنها: "القرارات التي تقتصر على مجرد كشف وتأكيد مراكز قانونية سابقة وموجودة في القرارات المنشئة ولا تولد أو تخلق آثاراً قانونية جديدة.".

و في هذه الحالة - إصدار قرارات كاشفة - تكون سلطة الإدارة مقيدة، أما في حالة إصدار القرارات الإدارية المنشئة والتي تحدث جديداً في عالم القانون بخلق آثاراً قانونية جديدة ومراكز قانونية لم تكن موجودة وقائمة من قبل،<sup>2</sup> ففي هذه الحالة تكون سلطة الإدارة المختصة بتقديرية، حيث تملك مناسبة إصدار القرارات المنشئة وحرية الملاءمة وتقدير التصرف.

ويعاب على هذه التفرقة أنها قد استبدلت مشكلة بمشكلة أخرى، إذ يجب أن نعرف متى يكون القرار الإداري كاشفاً ومتى يكون منشئاً.

كما أن هذه التفرقة هي قضية خاطئة وغير صحيحة في أساسها، حيث لا توجد قرارات إدارية كاشفة بالمعنى الفني والقانوني للقرارات الإدارية، وإنما كل القرارات الإدارية هي قرارات منشئة، ذلك لأنه لا يوجد القرار الإداري إلا إذا ولد وخلق آثاراً قانونية جديدة.<sup>3</sup>

كما يوجد من القرارات المنشئة ما يصدر عن اختصاص مقيد إلى مدى بعيد، مثل منح ترخيص لشخص استوفى الشروط القانونية، إذا كان القانون يجعل منح الترخيص إلزامياً لكل من استوفى تلك الشروط.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية. المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص.302.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري. المرجع السابق، ص.105.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة. مطبعة عين شمس، الطبعة الثالثة، مصر، 1978، ص.48.

#### 4- نظرية الأستاذ فالين

يعرف الأستاذ مارسيل فالين السلطة التقديرية للإدارة على أساس أنها الحرية التي يتمتع بها رجل الإدارة في تقدير ملاءمة اتخاذ القرار الإداري، والقرار الإداري في تسلسله الذهني لدى رجل الإدارة يمر بعدة مراحل، بداية بإدراك رجل الإدارة لدوره وتقييم اختصاصه بالنسبة للمسألة التي يريد التعرض لها، ثم إدراك وتقييم حقيقة الوقائع التي كونت لديه الحافز للتدخل، ثم تقدير ما تتطلبه هذه الوقائع أخيراً. وبالنسبة لإدراك رجل الإدارة لدوره وتقييم اختصاصه فإنه لا يملك سلطة تقديرية، ذلك لأنها مقصورة على المشرع فقط، وكل تقدير لهذا الدور يقع على خلاف ما رسمه المشرع، يكون غير صحيح لذلك كان هذا التقييم يقع بكامله تحت رقابة القضاء، أما بالنسبة لتقييم حقيقة الوقائع التي تكون عنده الحافز للتصرف، فإن سلطة الإدارة تكون من قبيل السلطة المقيدة، وهذه المرحلة تمر بدورها بالمرحلة التالية، أو لا التثبت من وجود وقائع معينة، وهذه العملية لا يمكن أن تكون تقديرية، وثانياً التكييف القانوني للوقائع، والوقائع التي يمكن أن يحتج بها رجل الإدارة لإصدار قراره لا يمكن أن تبرر هذا القرار إلا بعد تكييفها قانوناً وهذه العملية كذلك لا تتضمن أية سلطة تقديرية لرجل الإدارة.<sup>1</sup>

وأخيراً تقدير درجة خطورة هذه الوقائع، وهنا يعطى لرجل الإدارة سلطة تقديرية، وهذا ما يؤكد قول الأستاذ فالين "لا يمكن أن يكون للإدارة حرية تقدير التزاماتها القانونية بأية حال من الأحوال، بل تكون اختصاصاتها في هذا المجال محددة، ولا تكون سلطاتها تقديرية إلا في حالة تحديد مناسبة اتخاذ قرار معين أو اتخاذه في صورة بعينها أو اتخاذه في وقت معين، فهي ملزمة بما هو شرعي، ولكنها حرة فيما هو صالح."<sup>2</sup>

و رغم توفيق هذه النظرية في تعريف السلطة التقديرية، إلا أنه يعاب عليها أنها تعترف بسلطة واسعة للقاضي في رقابة القرار الإداري بجميع عناصره.

#### 5- النظرية التشريعية اللاتحفية في تحديد وتمييز السلطة التقديرية

نادى بهذه النظرية العميد بونار وموجز نظريته يتلخص في أنه توجد سلطة تقديرية للإدارة في حالة ما إذا كانت القوانين أو اللوائح قد نصت على اختصاص الإدارة بمناسبة علاقة قانونية لها مع الأفراد، وتركت لها سلطة التقدير الحر لملاءمة تصرفها، وفي هذه الحالة فإنها لن تكون خاضعة لأي التزام قانوني، وعلى ذلك فلا يمكن أن نتصور أن الإدارة وهي تمارس سلطاتها التقديرية أن ترتكب حالات عدم المشروعية، وبناء على ذلك فليس هناك في مواجهة سلطاتها أي رقابة قضائية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص.86.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية. المرجع السابق، ص.49.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة. المرجع السابق، ص.52.

إلا أنه قد لاحظ أصحاب هذه النظرية، أنه من النادر أن نرى المشرع وهو يحدد بعبارات صريحة التزامات الإدارة القانونية وسلطاتها، لذلك رأوا ضرورة استخلاص معيارا عاما يتم الاستناد إليه لقياس مختلف الاختصاصات الإدارية لمعرفة نطاق السلطة التقديرية وتمييزها عن السلطة المقيدة بوضوح ودقة. و لحل هذه الإشكالية ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن وجود ومضمون أي تصرف يخضع ويتحدد بشكل جوهري بأسباب هذا التصرف.

هذه الأسباب هي التي تكمل الأساس الذي يقوم عليه أي تصرف قانوني، فقد قام الفقيه بونار بتحليل العناصر الأساسية المكونة للقرار الإداري، وقد وصل إلى أن القرار الإداري هو إفصاح رجل الإدارة عن إرادته وذلك إذا ما واجه مركز موضوعي من الواقع أو من القانون، هذا المركز الذي يخرج عن هذا الإرادة، وعلى ذلك يتعين على رجل الإدارة أن يتحقق من وجود هذا المركز الموضوعي من ناحية الواقع، ثم من ناحية القانون قبل إقدامه على التصرف، وقد سمى الفقيه بونار هذا المركز الخارجي السابق على التصرف بالسبب<sup>1</sup>.

و على هذا فإنه إذا توافرت أسباب معينة، فإن هذه الأسباب ستدفعه لاتخاذ تصرف معين دون غيره، فإذا ما حدث وحدد القانون لنشاط معين، توافر أسباب بعينها مقدما، فإن هذا النشاط سيكون محددًا ضمنا، وبالتالي تكون هنا سلطة الإدارة مقيدة.

أما في الأحوال التي تنص فيها القوانين و اللوائح على اختصاص الإدارة، دون تعيين أسبابه، فإن سلطة الإدارة تكون تقديرية.

و مع هذا فإن المشكلة تظل قائمة في تحديد معيار السلطة التقديرية، لأن القوانين عندما تحدد أسباب القرار الإداري لا تسلك دائما مسلك الوضوح والتحديد.

ولحل هذه المشكلة ذهب العميد بونار إلى وضع معيار ضابط على جانب كبير من الأهمية، إذ أنه رأى أن السبب المحدد الذي يقيد اختصاص الإدارة، هو السبب الذي يقوم على وقائع ترك المشرع رجل الإدارة حرا في تقدير وجودها المادي، أو تقدير قيمتها لأن الإدارة بتقريرها وجود الوقائع المادية، أو بتقديرها قيمة هذه الوقائع إنما تتمتع في الحقيقة وبلا شك بسلطة تقديرية<sup>2</sup>.

ويترتب على هذا المعيار أن القاضي لا يستطيع أن يمارس رقابته إلا إذا كانت هناك أسباب منصوص عليها في القانون بشكل واضح ومحدد، ذلك لأن القاضي الإداري ليس قاضي ملاءمة، وإنما هو قاضي للمشروعية، ولأن السلطة التقديرية المتمثلة في التقدير الحر لملاءمة نشاط الإدارة مستبعدة من الرقابة القضائية بوجه عام.

إن هذه النظرية سليمة إلى حد بعيد في تحديد وتمييز السلطة التقديرية عن فكرة السلطة المقيدة، ولكن يعاب عليها أنها اقتصررت معيار السلطة التقديرية على اللوائح والقانون بمعناه الفني الضيق، رغم أن جوهر

<sup>1</sup> - محمد عبد الجواد حسين، المرجع السابق، ص.222.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.224.

وحقيقة معيار السلطة التقديرية تستمد وجودها حقيقة من مصادر القانون الإداري، أي من القانون بمعناه الواسع.<sup>1</sup>

كما تجاهلت هذه النظرية دور القضاء الإداري صانع ومنشئ القانون الإداري بصفة عامة، و فكرة السلطة التقديرية بصفة خاصة، إذ اتصفت بنزعة التعميم، وتجاهلها للدور الإنشائي للقضاء الإداري و لقواعد القانون الإداري.

ومن جهة أخرى فإن النقد الحاسم الذي وجه إلى هذه النظرية يتلخص في أن درجة التحديد التي ينص عليها القانون أو اللوائح فيما يتعلق بالأسباب للتوصل عن طريقها إلى إثبات وجود السلطة التقديرية أو عدم وجودها، تبدو هي الأخرى فكرة غير موفقة وغير صائبة.

فاستنادا إلى ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه، فإن الإدارة لا تستطيع أن تفقد التمتع الكامل بسلطتها التقديرية، إلا إذا كانت الأسباب منصوصا عليها بشكل ممكن معه الاكتفاء بإثبات وجودها المادي، وذلك تبريرا للقرار المتخذ على أساسها.

أما إذا لم يكن بالإمكان إثبات وجودها إلا بعد نوع من التقدير من قبل الإدارة لكي تبرر قرارها الذي أتخذ على أساس منها، فإن سلطة الإدارة عندئذ لن تكون مقيدة، بل ستكون سلطة تقديرية.<sup>2</sup> وأخذ على ذلك أن النصوص القانونية أو اللوائح لا تكون واضحة وصريحة دائما، ولا تخص بالتدقيق أسباب القرارات الإدارية.

ومن جهة أخرى، فإن هذه الوقائع المشار إليها في القوانين واللوائح كأسباب تقيم عليها الإدارة قراراتها في حالة تحققها، لا يمكن إثبات وجودها أو تحققها، إلا بعد نوع من التكييف القانوني لها من قبل الإدارة. وطبقا لما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه، فإن هذه الوقائع تخرج عن رقابة القضاء الإداري، غير أن الواقع فيما يتعلق بالرقابة القضائية يكشف أنها امتدت لتشمل الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، وفي مجالات أخرى تعدت الرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع إلى حد الرقابة القضائية على تقدير خطورة وأهمية هذه الوقائع ومدى تناسبها مع الإجراء المتخذ.

كما أن هناك كثير من الحالات قام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات إدارية لم تكن القوانين واللوائح قد ذكرت بالنسبة لها أية أسباب معينة سواء صريحة أو غامضة تحتاج إلى تقدير.<sup>3</sup> وبهذا رغم سلامة المعيار الذي وضعه العميد بونار من أجل التمييز بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، إلا أنه كما أوضحنا لا يكفي لوحده أن يكون معيارا ضابطا ومميزا، من هنا كانت الحاجة إلى تكملة النقص الذي يشوبه بمعيار آخر يتضمن عناصر جديدة تغطي النقص الذي يعترى هذا المعيار.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية. المرجع السابق، ص.303.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص.24.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص.25.

## 6- المعيار المزدوج

انتهت نظرية الأستاذ بونار إلى أنه توجد سلطة تقديرية في كل حالة لم يحدد القانون في شأنها مقدما السبب الذي يحرك الإدارة لمواجهة تلك الحالة، وعلى العكس من ذلك، يكون اختصاص الإدارة مقيدا عندما يكون القانون قد حدد مقدما أسباب التصرف القانوني، تحديدا ماديا دقيقا، وينحصر عمل رجل الإدارة في مجرد التحقق من الوجود المادي للأسباب، ولا يكون للإدارة بالتالي أي مجال لتقدير قيمة تلك الأسباب. غير أننا لو تتبعنا أحكام مجلس الدولة الفرنسي لتبين لنا أن نظرية العميد بونار لا يمكن أن تكفي لوحدها للوصول إلى معيار مميز للاختصاص المقيد عن السلطة التقديرية في جميع الحالات، فالنص مقدما على تحديد السبب لا يحل لنا الحالات الكثيرة التي يتدخل فيها القاضي الإداري، وخاصة في مجال الحريات العامة. فمثلا مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالضبط البلدي لا يبحث فقط الغرض من تصرف الإدارة، وهو تهديد الأمن، بل يبحث أيضا وأكثر من ذلك فيما إذا كانت هذه التهديدات من الخطورة بدرجة تكفي لتبرير الإجراء الذي اتخذته السلطة المحلية من عدمه.<sup>1</sup>

فكيف يتدخل مجلس الدولة ويبحث مدى خطورة الوقائع، مع أن السبب في مسائل البوليس هذه غير محددة تحديدا دقيقا، مما تترخص به الجهة الإدارية وحدها، وعلى ذلك وجب أن نسلم أن مجلس الدولة الفرنسي يضع معيارا مزدوجا لتمييز الاختصاص المقيد عن السلطة التقديرية :-

**المعيار الأول:** يوجد اختصاص مقيد لجهة الإدارة عندما يحدد القانون أو اللائحة مقدما الأسباب التي من أجلها يباشر رجل الإدارة الاختصاص الذي أنشأه القانون أو اللائحة، وهذا هو المعيار الذي نادى به العميد بونار، وبناء على ذلك يراقب القاضي الإداري في التصرف المطعون فيه قيام هذه الأسباب المحددة.

**المعيار الثاني:** يضيف مجلس الدولة الفرنسي معيارا آخر للاختصاص المقيد بالنسبة للحالات التي تمس تصرفات الإدارة بها الحريات العامة، ففي مثل هذه الحالات يحدد القاضي الإداري بنفسه الأسباب التي لم يحددها القانون بالوضع الذي كان على الإدارة أن ترعاه في التصرف الذي خوله إياها القانون. و القاضي الإداري عندما يحدد هذه الأسباب، إنما يستلهم التعليل المنطقي المناسب لطبيعة الاختصاص المطروح أمامه على ضوء أهداف المشرع.<sup>2</sup>

إن هذه النتيجة التي انتهى إليها مجلس الدولة الفرنسي تضطرننا إلى بحث مدى تأثير السلطة التقديرية بهذا المعيار، إذ الثابت أن الخصوصية المميزة للسلطة التقديرية، هي كما سبق أنها لا تقبل التحديد، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد شكك في هذه الحقيقة .

إذ يضيف إلى الرقابة على المشروعية رقابة أخرى على ملاءمة إصدار التصرف، وهذا التوسع في قضاء مجلس الدولة يترتب عليه أن لا يقتصر المجلس على وظيفته القضائية، بل يمد هذه الرقابة إلى قدر من

<sup>1</sup> - محمد عبد الجواد حسين، المرجع السابق، ص.225.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.226.

رئاسة عليا للجهة الإدارية، يمكن معه أن تصل إلى إنكار قيام السلطة التقديرية، الأمر الذي أراد بعض الباحثين أن يتفادوه، ففرقوا بين السلطة التقديرية في مواجهة القانون والسلطة التقديرية في مواجهة القاضي.<sup>1</sup> لكن الحقيقة هي أن الرقابة القضائية التي وصل إليها مجلس الدولة لم تأت على السلطة التقديرية، وببسط الفقيه دي لوبادير هذه الحقيقة بعد أن رجع إلى تطورات مجلس الدولة الفرنسي، فيفرق بينها على الوجه الآتي:-

أولاً: أن مجلس الدولة الفرنسي يفرض رقابته منذ زمن طويل على الأعمال الإدارية المبنية على سلطة تقديرية متى تضمنت أركان هذه الأعمال مخالفة للمشروعية إلا ما تعلق منها بموضوع القرار الإداري وبالعلاقة هذا الموضوع بسبب القرار الإداري.

وقد كانت هذه الرقابة تبدو كحدود لنطاق السلطة التقديرية مع أنها في ذاتها لا تقيم أبداً حدوداً أو قيوداً على هذه السلطة، طالما أنها لا تتعلق بالعناصر التي تركز عليها فكرة السلطة التقديرية.

فالرقابة القضائية لا تعدو في هذه الحالة أن تكون تعادلاً مع سلطة الإدارة وليست قيوداً على هذه السلطة. ثانياً: أن القاضي الإداري في بعض الأحوال يباشر رقابته على محل التصرف الإداري ذاته وعلى مبرراته عن طريق رقابة الأسباب التي دفعت رجل الإدارة إلى القيام بهذا العمل.

والذي يفهم من هذا أن القانون ليس وحده مصدر الإختصاص المقيد فهناك مصدراً آخر هو القضاء، وبجانب ما يسمى الإختصاص المقيد بالقواعد القانونية نجد أيضاً اختصاصاً مقيداً بالأحكام. ومن الطبيعي أن يقوم القضاء بجانب القانون ويصيراً مصدراً للإختصاص المقيد.<sup>2</sup>

ومهما يكن الأساس الذي ارتكز عليه الفقه في تبرير تدخل القضاء الإداري في ملاءمة إصدار القرار الإداري،\* فإن ما انتهى إليه هذا التدخل هو مصادرة سلطة الإدارة التقديرية في مثل هذه الحالات، وبالتالي لا مناص من الاعتراف بأنه يولد في مثل هذه الحالات نوع من الإختصاص المقيد مرجعه القضاء .

وقد تساءل الفقيه دي لوبادير عن مدى قيام السلطة التقديرية في مثل هذه الحالات التي يبيح القاضي الإداري لنفسه التدخل في مجالها، وقد وصل إلى أن مجلس الدولة حينما يبسط رقابته على تقدير الأسباب التي ألهمت تصرف الإدارة والتي لم يسبق للمشرع أن حددها، إنما ينشئ في الواقع حالات جديدة من الإختصاص المقيد.<sup>3</sup>

مما تقدم فإن السلطة المقيدة قضائياً لا تتضمن تحديداً للسلطة التقديرية، إنما تعني أن القاضي يشارك المشرع في بيان الحالات التي تكون فيها الإدارة مقيدة الاختصاص، وتلك التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة

<sup>1</sup> - يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام. الجزء الأول، بدون دار النشر، الطبعة الثانية، 1998، ص.263.

<sup>2</sup> - إبراهيم عبد العزيز شبحا، المرجع السابق، ص.ص.120.121.

\* - إن مجلس الدولة الفرنسي تدخل في مثل هذه الحالات لملاسات تاريخية هي قوانين حكومة فيشي التي لم تكن تركز على أي مبرر من مبررات العدالة.

<sup>3</sup> - طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص.86 و ما بعدها.

تقديرية وهي حد الحرية الذي يقف عنده القاضي عند مباشرة رقابته القانونية. وفي هذا المجال يقول الأستاذ ايزنمان، أن سلطة القاضي تتخلل بين سلطتي المشرع والإدارة، وعلى ذلك فمن الخطأ الاعتقاد بأن الإدارة تتمتع بكامل السلطة التقديرية التي يتركها التشريع. وإنما السلطة التقديرية للإدارة تكمن في تخلف التحديد في النظام القانوني المكون من القواعد التشريعية والقواعد القضائية.<sup>1</sup>

وفي الأخير يمتاز هذا المعيار - المزدوج - بالسلامة والصحة والمنطقية في تحديد وتمييز فكرة السلطة التقديرية، لذلك فهو المعيار المعول عليه في هذا المجال.

وكخلاصة للجدل الفقهي والقضائي السابق، فإن المعيار الذي يسمح لنا بتقرير الحالات التي تكون للإدارة بشأنها سلطة مقيدة هو القانون بمفهومه العام الواسع، سواء تمثل في مجموعة القواعد التي وردت في نصوص تشريعية - ويطلق على هذه الحالات حالات الإختصاص المقيد عن طريق التشريع - وسواء تمثل ذلك في مجموعة القواعد التي ينشئها القضاء بصدد حالات معينة ويطلق على هذه الحالات، الإختصاص المقيد عن طريق القضاء.

هذه هي الحالات التي تكون سلطة الإدارة فيها مقيدة، مناطها إذن وجود قاعدة قانونية - تشريعية أم قضائية - تحد من سلطة الإدارة، أما فيما عدا ذلك فتملك الإدارة في تصرفاتها سلطة تقديرية. وإذا كانت الإدارة يمكن أن يكون لها إزاء تصرف معين سلطة تقديرية أو سلطة مقيدة إلا أنه يلاحظ كما يقرر الأستاذ فالين أن السلطة التقديرية في مزاولة نشاط الإدارة تكون هي الأصل ويكون الإختصاص المقيد هو الاستثناء.

---

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص.28.

## الفصل الأول

### حدود الرقابة القضائية التقليدية على السلطة التقديرية للإدارة

من المستقر فقها أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية فقط، فهو "يقضي ولا يدير"، والأساس الأول الذي يحكم اختصاص القضاء الإداري، هو مبدأ الفصل بين السلطات، ومعنى ذلك أنه حين يطلب من القاضي أن يتدخل في منازعات الإدارة، فإنه لا يكون له إلا أن ينطق بالقانون في هذه المنازعات، وهو لذلك لا يناقش العمل الإداري موضوع الدعوى إلا من حيث مخالفته أو مطابقته للمشروعية،\* دون أن يمتد بقضائه إلى الملاءمات الإدارية، لأن ذلك من أخص وظائف الإدارة واطلاقتها.

وهكذا استقر غالبية الفقه على أن تمتع الإدارة بسلطة تقديرية لا يفيد تحررها الكامل من الخضوع لمبدأ المشروعية وإفلاتها من رقابة الإلغاء، وحتى في هذا النطاق التقديري تلاحقها قواعد المشروعية ورقابة القضاء الإداري.<sup>1</sup>

وسوف نبين فيما بعد، مظاهر هذا الخضوع للمشروعية، ويكفي أن نبين هنا أنه مهما اتسع نطاق السلطة التقديرية، فمن المستقر في القضاء، أن الإدارة في ممارستها لأي سلطة تقديرية تلتزم بضرورة استهداف المصلحة العامة في قراراتها، وإلا كان قرارها معيبا بعيب إساءة استعمال السلطة وجديرا بالإلغاء، وكذلك في نطاق سلطتها التقديرية تلتزم الإدارة دائما باحترام قواعد الاختصاص وقواعد الشكل والإجراءات التي يستلزمها المشرع، فركن الإختصاص والشكل والإجراءات ليسا فيهما أي مجال للتقدير، كما رأينا ذلك سابقا (الفصل التمهيدي).

وتعرف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية والتي تستهدف ركن الغاية والاختصاص والشكل والإجراءات بالرقابة القضائية على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة، أو كما سماها الفقيه الفرنسي لون بالرقابة الخارجية على السلطة التقديرية.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى الرقابة الخارجية على السلطة التقديرية، يمارس القضاء الإداري رقابة أخرى تعرف بالرقابة القضائية على العناصر الداخلية للسلطة التقديرية، تنصب على ركني المحل والسبب، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

\* - يقصد بمبدأ المشروعية، بمعناه الواسع، سيادة القانون، أي خضوع جميع الأشخاص، بما فيها السلطة العامة بكل هيئاتها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول، أما المشروعية الإدارية، فمعناها: خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) للنظام القانوني السائد في مختلف قواعده، ويقصد بالنظام القانوني هنا جميع القواعد الملزمة في الدولة، سواء كانت المكتوبة أو غير المكتوبة، وأيا كان مصدرها، مع مراعاة التدرج في قوتها، وأيا كان نوع تصرف الإدارة، أي سواء كان عملها قانونيا أو ماديا. أنظر لمزيد من التفصيل طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص.5 وما بعدها.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري. المرجع السابق، ص.701.

## المبحث الأول

### الرقابة القضائية على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة

يتعين على الإدارة حتى في ممارستها لسلطتها التقديرية أن تحترم جميع أوجه المشروعية، فيجب أن يكون قرارها موافقا للقانون بمعناه الواسع.

ولهذا يقوم القضاء الإداري بمراقبة مشروعية القرار الإداري في أركانه الخمسة، وبداية يقوم القاضي الإداري بمراقبة عناصر التقييد في القرار الإداري، ومدى مطابقتها للمشروعية، أو كما يسميه الفقه بالرقابة على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية.

وعناصر التقييد في القرار الإداري، كما رأينا سابقا (الفصل التمهيدي) هي ثلاثة، الإختصاص، الشكل والإجراءات، الغاية، ويرى الفقه أنه أيا ما كانت حدود السلطة التقديرية للإدارة فإنه يقع على عاتقها التزام باحترام حدودها الخارجية .

## المطلب الأول

### أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري

المشروعية الخارجية هي التي تتعلق بالأركان الخارجية أو الشكلية للتصرف الإداري، فتشمل ركن الإختصاص في إصدار القرار الإداري، كما تشمل قواعد الشكل والإجراءات التي يجب إتباعها في إعداد القرار وإصداره.

### الفرع الأول: عيب عدم الإختصاص

يقوم القانون العام الحديث، على فكرة الإختصاص، وتحديد اختصاصات معينة لرجل الإدارة، هو نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات، لأن هذا المبدأ لا يقتضي تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاث فحسب، وإنما يستتبع أيضا ضرورة توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة.<sup>1</sup> والقواعد الخاصة بركن الإختصاص في القرار الإداري، هي التي تقدر أن قرارا معيننا يجب أن يصدر من سلطة إدارية معينة، وبذلك تعطي هذه القواعد الصلاحية القانونية لهذه السلطات لإصدار هذا القرار دون غيرها من السلطات، وإذا صدر القرار الإداري من غير مختص بذلك، فإنه يكون مشوبا بعيب عدم الإختصاص.

وتستلزم دراسة هذا الوجه من أوجه الرقابة على السلطة التقديرية، بيان مفهومه، ثم دراسة صورته.

### أولا: مفهوم عيب عدم الاختصاص

إن التعريف المستقر عليه فقها لعيب عدم الاختصاص، هو الذي يعرفه بأنه: "عدم القدرة قانونا على مباشرة عمل قانوني معين، حيث جعله المشرع من اختصاص سلطة أخرى طبقا للقواعد المنظمة

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الأول، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة، 1996، ص.590.

ويأخذ عيب عدم الاختصاص إحدى صورتين، صورة عدم الاختصاص الإيجابي، بأن يصدر القرار الإداري من الجهة أو العضو في اختصاص لم يسند إلى أي منهما بالقانون، وقد يتخذ عدم الاختصاص الشكل السلبي، بأن تمتنع جهة إدارية أو عضو إداري عن اتخاذ قرار إداري معين اعتقاداً منها أنه لا يدخل في نطاق اختصاصها، في حين أنها تكون مختصة به في حقيقة الأمر.<sup>2</sup> كما يجب الإشارة إلى أن الاختصاص لا يفترض، بل يستند إلى قاعدة قانونية مكتوبة أو غير مكتوبة، تمنح اختصاص إصدار القرار لشخص محدد.

وتبعاً لهذا يرى الفقه، أنه بالنسبة لركن الإختصاص في القرار الإداري، فإن الإدارة لا تملك أي حرية في التقدير بشأنه، فليس هناك قاعدة قانونية منظمة لأحد أوجه النشاط الإداري إلا وتحدد الشخص أو الجهة الإدارية المختصة بممارسة هذا النشاط، أو إصدار القرارات المتعلقة به ونوعها، ولذلك فإن صدور مثل هذه القرارات من شخص إداري آخر، غير الذي حددته قاعدة القانون، يعني انتهاكاً لركن الاختصاص، ويشوب القرار عيب عدم الإختصاص، وهو ما يفيد عدم التمتع بسلطة تقديرية في هذا النطاق .

وهذا يعني أن لا علاقة بالمرّة بين ركن الإختصاص من ناحية وفكرة السلطة التقديرية من ناحية أخرى. وأساس ذلك أن الاختصاصات المحددة لكل سلطة، ليست حقوقاً قابلة للتصرف فيها بغير قيود، فالإختصاص الذي يتقرر لجهة إدارية معينة، يراعي فيه ضمانات خاصة تكفل قيام هذه الجهة بمباشرة ذلك الإختصاص على نحو يحقق أهدافه، ويؤمن الأفراد ضد المساس بحقوقهم إلا بالقدر الذي تقتضيه المصلحة العامة، ولذلك فإن النصوص المحددة للاختصاص هي نصوص أمرية، ومن ثم فإن الإختصاص لا يفترض، كما أنه إذا ثبت بنص معين فلا يجوز التوسع فيما ورد في النص أو الاجتهاد في مجاوزة نطاقه.<sup>3</sup> و يمتاز عيب عدم الإختصاص بأنه أقدم أوجه الإلغاء ظهورياً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وأنه الأصل الذي استمدت منه العيوب الأخرى، وإن كانت أوجه الإلغاء الأخرى قد استقلت عنه، فإنه لا يزال العيب الوحيد الذي يتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك عدة نتائج هامة<sup>4</sup>:-

- 1- يستطيع القاضي، بل ويجب عليه التصدي لهذا العيب وإثارته والتمسك به من تلقاء نفسه، وخاصة إذا لم يتأسس الطعن بالإلغاء عليه، أي ولو لم يثيره صاحب الشأن.
- 2- يجوز للطاعن إبداء الدفع بعيب عدم الاختصاص في أية حالة كانت عليها الدعوى، دون أن يحتج عليه بأنه قدم طلبات جديدة.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص.8.

<sup>2</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري. دار الجامعة، الإسكندرية، 1990، ص.463.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص.186.

<sup>4</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري. دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص.200.

3- لا يجوز الاتفاق بين الإدارة والأفراد على مخالفة قواعد الاختصاص المقررة في القانون أو تعديلها.  
4- لا يجوز لجهة الإدارة أن تنزل عن اختصاصها لإدارة أخرى، إلا بناء على تفويض صحيح قانوناً، وذلك لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة، فتعدل منها كما تشاء، إذ شرعت هذه القواعد الملزمة للإدارة تحقيقاً للصالح العام، فهي ليست حقوقاً للإدارة، وإنما هي صلاحيات تلتزم الإدارة كأصل عام بمباشرتها بنفسها.

5- مدى جواز تصحيح القرار المعيب بعدم الاختصاص: نظراً لارتباط عيب عدم الاختصاص بالنظام العام، فإنه كأصل عام لا يجوز تصحيح القرار المعيب بعدم الاختصاص أو إجازته بإقرار من الهيئة المختصة أصلاً بإصداره .

وبهذا فالعبرة في مشروعية القرار الإداري، أو عدم مشروعيته من حيث الإختصاص، يتعين أن تكون دائماً بلحظة صدور القرار، دون اعتبار لما يستجد بعد ذلك، من إجازة أو تصحيح أو تصديق لاحق من الجهة المختصة.<sup>1</sup>

### ثانياً: صور عيب عدم الاختصاص

لعيب عدم الإختصاص صورتين، فقد يكون بسيطاً، حينما يصدر القرار موظف متجاوز لنطاق اختصاصه، وقد يكون جسيماً، أو ما يسمى إغتصاب السلطة، وذلك إذا تضمن اعتداء من السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة التشريعية أو القضائية أو اغتصب فرد عادي سلطة إصدار القرار .

#### 1- عدم الاختصاص البسيط

يكون عيب عدم الإختصاص بسيطاً أو عادياً، حينما يقع في داخل النطاق الإداري، وهذه الصورة هي الأكثر شيوعاً و الأقل خطورة من حيث ما يترتب عليها من آثار. ولعيب عدم الإختصاص البسيط ثلاث صور تقليدية بحسب النطاق الذي تجاوزه مصدر القرار .

#### أ- عدم الاختصاص الموضوعي

تتحقق هذه الصورة، إذا أصدرت جهة إدارية، قرارها في موضوع لا تملك قانوناً إصدار القرار بشأنه، لأنه يدخل في اختصاص جهة إدارية أخرى، ويتحقق ذلك عندما يكون الأثر القانوني الذي يترتب على القرار مما لا يختص مصدر القرار بترتيبه قانوناً، حيث خص القانون جهة أخرى غيره، يمكنها ترتيب هذا الأثر القانوني، وهذه الجهة الأخرى المختصة بإصدار القرار، قد تكون موازية للجهة مصدرة القرار في المستوى والدرجة الوظيفية، كاعتداء وزير على اختصاص وزير آخر، أو أدنى منها كاعتداء الوالي على اختصاص رئيس إحدى المصالح التابعة له، أو أعلى منها كاعتداء مدير عام لإحدى الإدارات على اختصاص منعقد لوزير.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. المرجع السابق، ص.13.

<sup>2</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري. المرجع السابق، ص.ص.468.469..

وتطبيقا لهذه الصورة قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في الطعن رقم 44497 وبتاريخ 1986/02/01، أن رئيس المجلس الشعبي البلدي لا يتمتع بصلاحيات اتخاذ قرار الغلق النهائي، لأن الوالي هو المعين في النص ولاسيما المادة الأولى من المرسوم رقم 74-34 المؤرخ في 1976/02/20 لاتخاذ الإجراءات الملائمة.<sup>1</sup>

وتطبيقا لنفس الصورة ألغت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، القرار الصادر عن مدير التربية لولاية الجزائر والذي يتضمن توقيع عقوبة التوبيخ لأنه يمثل اعتداء على سلطة إدارية أعلى وهو وزير التربية الوطنية.<sup>2</sup>

### ب- عدم الاختصاص المكاني

يتحقق عيب عدم الاختصاص المكاني، عندما يصدر أحد رجال الإدارة العامة قرارا، يتجاوز به الدائرة أو النطاق الإقليمي، الذي له أن يمارس فيه اختصاصاته، ذلك أنه إذا كان لبعض رجال الإدارة أن يمارسوا اختصاصهم على إقليم الدولة كله كرئيس الدولة، فإن المشرع كثيرا ما يحدد النطاق المكاني الذي لا يجوز لرجل الإدارة أن يتعداه حين يمارس اختصاصه. و تعتبر هذه الصورة من عدم الاختصاص أقل حدوثا، حيث يحرص كل عضو في العادة على ممارسة نشاطه في الحيز الجغرافي الذي حدده له القانون.<sup>3</sup>

### ج- عدم الاختصاص الزماني

من المقرر أن أي اختصاص محدد لموظف أو جهة إدارية، إنما يكون قابلا للممارسة طالما ظل شاغلا للوظيفة العامة، ومن ثم إذا باشر موظف ما اختصاصه في إصدار قرارات إدارية معينة، قبل تحقق صلاحيته القانونية في إصدارها، كأن يصدر رئيس مصلحة قرارا تأديبيا ضد موظف، قبل أن يتم تعيينه أو ترقيته بصفة نهائية إلى درجة رئيس مصلحة، أو أن يصدر هذا القرار بعد انتهاء ولايته في إصدار القرار نتيجة الاستقالة مثلا أو نقله أو انتدابه لوظيفة أخرى. فالقرارات الصادرة من الموظف في كل هذه الأحوال تكون مشوبة بعيب عدم الاختصاص الزماني لصدورها مجاوزة لفترة ولايته الوظيفية.

ومن بين تطبيقات القضاء الإداري الجزائري لصورة عدم الاختصاص الزماني، قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الذي جاء فيه، أنه بمقتضى المرسوم رقم 83-674 المؤرخ في 1983/05/28، والذي يتضمن حل الهيئات التنفيذية للعمليات المؤقتة للثورة الزراعية على المستوى الوطني و الولائي والبلدي، فإن

<sup>1</sup> - محمد تقيّة، «مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية» مجلة ملتقى قضاة الغرف الإدارية، السديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص.149.

<sup>2</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 42917 الصادر بتاريخ 1985/06/15، المجلة القضائية، العدد 04، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، السديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1989، ص.243 وما بعدها.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري. المرجع السابق، ص.206.

الجهات الإدارية الأخيرة لم تعد تتمتع بسلطة الفصل في القضايا المتعلقة بالأراضي السابق تأميمها، ومن ثم فإن القرار الصادر عن المجلس الشعبي البلدي بعد المرسوم المذكور أعلاه يعد مشوبا بعيب عدم الاختصاص ويستوجب ابطاله.<sup>1</sup>

وبهذا فان لعيب عدم الإختصاص الزماني حالتين هما:

- صدور القرار قبل تقلد مهام الوظيفة أو بعد انتهاء الرابطة الوظيفية.

- صدور القرار بعد انتهاء المدة الزمنية المحددة لإصداره.

## 2- عدم الاختصاص الجسيم

قد تبلغ مخالفة القرار الإداري لركن الاختصاص، حدا من الجسامة لدرجة تفقده صفته الإدارية، حيث يتحول إلى عمل مادي، حيث يكون مصدره مغتصبا لسلطة لم يمنحه المشرع إياها.

كما أن عيب عدم الإختصاص الجسيم، لا يؤدي إلى إلغاء القرارات الإدارية، وإنما يؤدي إلى انعدامها، أي إلى فقدانها كل من الصفة القانونية والطبيعة الإدارية، وتتحول إلى مجرد أعمال مادية.<sup>2</sup>

و يظهر عدم الاختصاص الجسيم في عدة حالات هي:

### أ- اغتصاب فرد عادي سلطة اصدار القرار

هذه الصورة تفترض أن شخصا عاديا، لا صلة له بالإدارة يمنح نفسه حق إصدار قرارات إدارية، مقما نفسه في الاختصاصات الإدارية، في حين لم يمنحه القانون هذا الحق.

وتقاديا للآثار المترتبة على الانعدام في حالة صدور قرار إداري من فرد عادي، وتقديرا للاعتبارات العملية، ورغبة في دوام سير المرافق العامة بانتظام، فقد إبتدع مجلس الدولة الفرنسي وتبعه في ذلك مجلس الدولة الجزائري نظرية الموظف الفعلي .

وتقوم هذه النظرية على ترتيب آثار قانونية على بعض القرارات الصادرة عن أفراد ليسوا ضمن السلطة الإدارية حماية للمتعاملين مع المرفق من الغير حسني النية، وتقديرا للاعتبارات العملية التي جعلت هؤلاء الأفراد موظفين فعلا، وليس قانونا، وتعامل معهم الأفراد بهذه الصفة.<sup>3</sup>

### ب- اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة القضائية والتشريعية

وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، والذي يحول دون ممارسة سلطة ما اختصاص أناط به المشرع سلطة أخرى، فإن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة)، لا تستطيع إصدار قرار في موضوع يدخل في اختصاص السلطة القضائية، فإن هي فعلت ذلك كان قرارها موصوما باغتصاب السلطة.

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 46855 الصادر بتاريخ 1987/05/02، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص.180 وما بعدها.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.505.

<sup>3</sup> - أنظر لمزيد من التفصيل حول نظرية الموظف الفعلي، العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. المرجع السابق، ص.62 وما بعدها.

وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى حينما ذهبت إلى أن النزاعات القائمة حول الملكية يرجع اختصاص النظر فيها إلى الجهة القضائية دون غيرها، وليس من سلطات الإدارة، أن تتعدى دورها في تحقيق المصالحة بين الأطراف وحلول محل القضاء للبت في مسألة الملكية، ومتى قامت بذلك فإنها تكون قد تجاوزت حدود اختصاصها مما يستوجب إبطال قرارها.<sup>1</sup>

وكذلك في قرارها رقم 45869 المؤرخ في 1986/03/01 والذي جاء فيه، إن الإدارة لا يحق أن تأمر من جانب واحد بطرد مستأجر ملك من أملاك الدولة لأن هذه الحالة من اختصاص القاضي ومن ثم فإن قرار الإدارة مشوب بعيب عدم الاختصاص.<sup>2</sup>

كذلك لا تستطيع السلطة التنفيذية أن تحل نفسها محل المشرع في إصدار التشريع، والذي يحتاج إصداره إلى العديد من المراحل والإجراءات، وهذا ما لا تملكه السلطة التنفيذية التي يقتصر دورها على تنفيذ التشريع. غير أن مجلس الدولة الفرنسي متحفظ لأقصى درجة في هذا المجال، وإنه كثيرا ما يكتفي باعتبار العيب في هذه الحالات بسيطا، ويعلل مسلكه هذا بغموض نصوص الدستور المحددة للاختصاص، وعدم رسمها الحد الفاصل بين مجال القانون والقرار الإداري، كما أن حدود الاختصاصات ليست ثابتة، بل متحركة، فهي في الظروف العادية غير ما في الأوقات الاستثنائية .

ويختلف الفقه في الصورة الثالثة لاغتصاب السلطة، وهي الاعتداء على اختصاصات سلطة إدارية لا تمت بصلة إلى السلطة مصدرة القرار .

إلا أنني أرجح الرأي الذي يعتبر هذه الحالة من قبيل عدم الإختصاص البسيط، لأنها تدخل في نطاق اعتداء هيئة على اختصاص هيئة أخرى موازية.

وفي الأخير ننتهي إلى أن التفرقة بين صورتين عدم الإختصاص يترتب عليها نتيجة غاية في الأهمية، حيث أن القرارات التي شابها عيب عدم الإختصاص البسيط ما هي إلا قرارات باطلّة، أما التصرف المشوب بعدم الإختصاص الجسيم فجزاؤه الانعدام، إذ يعد مجرد عمل مادي معدوما لا يكسب حقا ولا يكتسب حصانة ولا ينقيد الطعن بإلغائه بميعاد.

### الفرع الثاني: عيب الشكل والإجراءات

لا يكفي أن يلتزم رجل الإدارة حدود اختصاصه كي يصبح القرار الإداري سليما، بل يجب أن يصدر هذا القرار وفقا للإجراءات التي حددها المشرع، وفي الشكل المرسوم له.

وعلى هذا الأساس، يمكن تعريف عيب الشكل والإجراءات، بأنه "عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية في القوانين واللوائح، سواء كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلية أو بمخالفتها

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 33647 الصادر بتاريخ 1983/10/08، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1989، ص.190 وما بعدها.

وأنظر كذلك القرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 41705 المؤرخ في 1987/01/17.

<sup>2</sup> - محمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 150.

وقواعد الشكل والإجراءات، ليست مجرد روتين أو عبات، وإنما هي في حقيقتها ضمانات للإدارة يمنعها من التسرع وتهديد حقوق الأفراد وحررياتهم، وحملها على التروي في ذلك، ووزن الملابسات والظروف المحيطة بموضوع القرار تحقيقا للمصلحة العامة، وهو الأمر الذي يحقق أيضا ضمانات للأفراد ضد احتمالات تعسف الإدارة، وكما يقول الفقيه الألماني "أهرنج" "فإن الشكليات والإجراءات تعد الأخت التوأم للحرية وهي العدو اللدود للتحكم والاستبداد"<sup>2</sup>

فقواعد الشكل والإجراءات، تقوم كحاجز وموازن لسلطات الإدارة الخطيرة في مجال القرارات الإدارية، فإذا كانت الإدارة تتمتع في هذا الخصوص بحق التنفيذ المباشر، والسلطة التقديرية، فإن عليها أن تسلك السبيل الذي ترسمه القوانين واللوائح لإصدار تلك القرارات .

و الأصل أن القرار الإداري، لا يخضع في إصداره لشكليات معينة، ما لم يستلزم القانون إتباع شكل محدد، أو إجراءات خاصة لإصداره، ولذلك استقر القضاء الإداري على أن جهة الإدارة غير مقيدة بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة، ما لم يحتم القانون إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين.<sup>3</sup>

#### أولاً: حالات عيب الشكل والإجراءات

يمكن تقسيم العيب الذي يشوب ركن الشكل والإجراءات إلى قسمين:

#### 1- مخالفة الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار الإداري

يستلزم إصدار القرار الإداري في كثير من الأحوال، إتباع إجراءات معينة ينص عليها المشرع أو تقتضيها المبادئ العامة للقانون، ووفقا لما يراه القضاء الإداري، باعتبارها ضمانات أساسية لازمة لحماية الأفراد، وينتج عن عدم إتباع هذه الإجراءات بطلان القرار الإداري، أما إذا لم يشترط القانون أي منهما، فإن القرار يكون صحيحا ولو لم تتبع الإدارة في إصداره أية إجراءات .

وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها رقم 18981 المؤرخ في 1980/01/26، حيث قضت بإلغاء قرار والي ولاية باتنة المتضمن فصل السيد (ع.ع.) من منصبه كمدير لشركة ولائية، لأن القرار السابق، مشوب بعيب الشكل والإجراءات، حيث لم يحترم والي باتنة الإجراءات السابقة لصدور القرار الإداري، وهي إجراء أو قاعدة توازي الأشكال، حيث لم يأخذ عند إصداره قرار الفصل برأي المجلس الشعبي الولائي الاستشاري، مثلما أخذ به عند إصدار قرار التعيين.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري. المرجع السابق، ص.207.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري. المرجع السابق، ص.668.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص.216.

<sup>4</sup> - أنظر عمار عابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الأول، المرجع السابق، ص.518، وأنظر كذلك نفس الحكم : قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 46877 الصادر بتاريخ 1987/05/16، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص.188 وما بعدها.

وكذلك قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بإلغاء قرار وزير الداخلية ومن معه ، لأنه لم يستوف الإجراءات اللازمة قانونا ، حيث قضت بما يلي : "...إن القرار الولائي بغلق المحل التجاري نهائيا والذي لم يسبقه إعدار المخالف، يكون قد أتخذ بصورة غير شرعية ... مما يتعين معه النطق بإبطاله".<sup>1</sup> وقد ألغت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا إداريا لعدم استيفاءه الإجراءات القانونية المسبقة، حيث قضت بأنه ،"من المقرر قانونا أن القرار الإداري المتضمن عزل موظف ،دون الحصول على الرأي الموافق للجنة المتساوية الأعضاء ،ودون أن يتسلم المعني بالأمر أي إخطار قانوني للممثل أمامها ،يعتبر مشوبا بعيب خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات ويستوجب البطلان...".<sup>2</sup>

## 2- مخالفة الشكليات المتعلقة بالمظهر الخارجي للقرار الإداري

إذا كان الأصل أن الإدارة غير مقيدة في الإفصاح عن إرادتها ،بإفراغ قرارها في صيغة معينة ،أو شكل معين ،فالسطة الإدارية تتمتع بحرية تقدير إفراغ القرار في الشكل الذي تراه مناسبا ،ما لم يحتم القانون إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين ،ولذلك فقد يكون القرار الإداري مكتوبا وقد يكون شفويا ،صريحا أو ضمنيا ،كما قد يكون مسببا أو غير مسبب ،إلا أن القانون قد يشترط في كثير من الأحيان أن يتخذ القرار شكلا معين .

وهذا ما أكدته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 28/07/1990 ،وهذا بنصها :-  
"... ان المقرر الإداري الذي منح القطعة الأرضية دون استيفائه لشكلية الإشهار والتي تعد من النظام العام ،خالف القانون وتجاهل مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ،ومتى كان كذلك استوجب إبطال المقرر المطعون فيه".<sup>3</sup>

وبالنسبة لكتابة القرار الإداري، فإن القاعدة أنها ليست ركنا و لا شرطا لصحة القرار الإداري، ومع ذلك إذا اشترط القانون أن يتخذ القرار الشكل الكتابي ،فيجب على الإدارة أن تحترم إرادة المشرع.<sup>4</sup> وفيما يتعلق بتسبب القرار الإداري، فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ،إذ يفترض صدور القرار بناء على سبب أو أسباب معينة .

وهذا ما طبقته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه : "متى كان من المقرر قانونا أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز السفر أو رفض تمديد أجله للمواطنين الجزائريين إذا ما رأيت أن تنقلهم إلى

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 42140 الصادر بتاريخ 07/12/1985، المجلة القضائية، العدد 02 ،تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1989، ص.212 وما بعدها.

<sup>2</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 42898 الصادر بتاريخ 01/02/1986، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص.172 وما بعدها.

<sup>3</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 760771 الصادر بتاريخ 28/07/1990، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص.163 وما بعدها.

<sup>4</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري. المرجع السابق، ص.475.

الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام، وهذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها ودون أن يكون تقديرها هذا قابلاً للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة.<sup>1</sup>

غير أن القانون قد يلزم الإدارة بذكر أسباب القرار الإداري في صلبه، فعليها أن تقوم بذلك، وإلا كان قرارها معيباً من الناحية الشكلية.

ففي الحالة الأخيرة هذه يكون هذا الشكل عنصراً أساسياً في القرار، بحيث يعدو القرار الصادر دون ذكر للأسباب التي بني عليها القرار معيباً بعيب الشكل والإجراء وليس بعيب السبب، إذ أن ركن الشكل والإجراء يتحقق بمجرد ذكر الأسباب في صلب القرار الإداري، بغض النظر عن صحة هذه الأسباب أو عدم صحتها، وعلى العكس يتخلف ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري ويصبح غير مشروع إذا لم يتم تسببيه، رغم اشتراط القانون ذلك، وحتى ولو كانت الأسباب التي بني عليها القرار صحيحة ومشروعة قانوناً.<sup>2</sup>

و تسبب القرارات الإدارية كإجراء شكلي يمثل ضماناً هامة للأفراد، لأنها تسمح لهم وللقضاء بمراقبة مشروعية القرار من ناحية السبب.

وقد كانت هذه الضمانة أساساً لتحول جرى في فرنسا في هذا الصدد، فحتى وقت قريب كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فيما يخص الإفصاح عن أسباب القرار الإداري، إلا إذا طلب القضاء ذلك بصدد القرار المطعون فيه، إلا أنه بعد صدور القانون رقم 79-587 المؤرخ في 11/07/1979، أصبحت سلطة الإدارة مقيدة في هذا المجال، حيث أوجب المشرع على الإدارة تسبب جميع القرارات الفردية التي من شأنها إلحاق ضرر بالأفراد، كما اشترط أن يكون التسبب مكتوباً مع بيان الاعتبارات القانونية والواقعية التي يتأسس عليها القرار.<sup>3</sup>

ونحن نأمل في أن يحذو المشرع في الجزائر حذو المشرع الفرنسي، ويقيد الإدارة بضرورة تسبب جميع قراراتها سواء الصادرة عن سلطة مقيدة أو سلطة تقديرية، لأن في ذلك ضمان أكثر لحقوق الأفراد وحررياتهم.

### ثانياً: الحالات التي لا يؤدي فيها عيب الشكل والإجراءات إلى بطلان القرار الإداري

إذا كان الأصل هو بطلان القرارات الإدارية التي تصدر خلاف الإجراءات المقررة، دون حاجة إلى نص صريح يقرر هذا الجراء، وهو ما يعني عدم تمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية في إتباع الشكل أو عدم إتباعه، بالرغم من ذلك، رأى القضاء الإداري في أحكامه الحديثة، أنه يتعين التخفيف من حالات البطلان لعيب

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 38541 الصادر بتاريخ 1984/12/29، المجلة القضائية، العدد 04، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1989، ص.227 وما بعدها.

<sup>2</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة. الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص.809.

<sup>3</sup> - اعداد علي حمود القيسي، المرجع السابق، ص.213.

الشكل والإجراءات في القرار الإداري وعدم التشدد في الحكم بعدم المشروعية لهذا العيب، إذا ثبت له انعدام تأثير الشكليات والإجراءات التي لم تتبع، على مضمون القرار الإداري، أو على الضمانات المقررة للأفراد، حتى لا يكون من شأن إبطال كل قرار معيب شكلا عرقلة العمل الإداري.<sup>1</sup>

### 1- مخالفة الشكليات المقررة لصالح الإدارة

إذا كانت القاعدة أن الشكليات مقررة لمصلحة الأفراد والإدارة على السواء، فقد ذهب الفقه الإداري إلى أن المشرع قد يقرر بعض الإجراءات والشكليات لمصلحة الإدارة وحدها، بحيث يكون لها حرية تقدير ملاءمة إتباعها، أو عدم إتباعها في إصدار قرارها الإداري، دون أن يحق للأفراد التمسك ببطلان القرار الإداري، استنادا إلى مخالفتها، وتأسيسا على أن الشكليات المقررة لمصلحة الإدارة لا يجوز لسواها التمسك بإتباعها.<sup>2</sup>

وفي تقديرنا أنه لا يمكن التفرقة في صدر ركن الشكل والإجراء بين الشكليات المقررة للمصلحة العامة والشكليات المقررة لمصلحة الإدارة والشكليات المقررة لمصلحة الأفراد، فما قد يراه القضاء الإداري أنه مقرر لمصلحة الإدارة أو الأفراد، هو في تقدير المشرع مقرر للمصلحة العامة و إلا لأشار المشرع صراحة إلى ذلك، أما إذا لم ينص المشرع على مثل ذلك، فالأصل أن الشكليات مقررة للمصلحة العامة.

### 2- مخالفة الشكليات الثانوية غير الجوهرية

أقام القضاء الإداري تفرقة بين الشكليات الجوهرية، والتي يلزم على السلطة الإدارية دوما احترامها وإتباعها، ورتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري المخالف لها، وبين الشكليات الثانوية التي لا يترتب على مخالفتها بطلان التصرف.

وبهذا فإن إغفال وتجاهل الشكليات الجوهرية، يعيب القرار و يؤدي إلى بطلانه، أما الشكليات والإجراءات غير الجوهرية، فلا تعيب القرار ولا تؤدي إلى إلغائه، وبذلك فإذا لم ينل عيب الشكل من جوهر القرار ولم يؤثر عليه، أو يغير من موضوع القرار في ذاته، كان العيب ثانويا، والحكمة من وراء ذلك هو عدم إرهاب الإدارة بشكليات وإجراءات قد تؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة والإضرار بالمصلحة العامة.<sup>3</sup> لكن السؤال الذي يطرح هنا هو:

- ما معيار التفرقة بين الشكليات الجوهرية والشكليات غير الجوهرية ؟

إن المعيار المعول عليه هنا هو معيار قضائي، حيث أن القضاء الإداري هو وحده الذي يضطلع بعملية التمييز بين الشكليات الجوهرية والشكليات الثانوية.

وتعتبر الشكليات جوهرية، إذا ما كانت مقررة لحماية مصالح وحقوق الأفراد، مثل شكلية النشر والتبليغ وشكلية تسبيب القرارات وشكلية الكتابة، كما أن الشكليات تكون جوهرية إذا ما كانت مقررة صراحة في

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.673.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص.230.

<sup>3</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري. المرجع السابق، ص.476 وما بعدها.

نص قانوني يلزم بإتباعها واحترامها، عند عملية اتخاذ وإصدار القرارات الإدارية، وتكون الشكليات جوهرية كذلك إذا ما ساهمت في التكوين الشكلي والمادي لمضمون القرارات الإدارية بصورة جوهرية. أما الشكليات الثانوية فهي تلك الأشكال التي لم ينص القانون على ضرورة الالتزام بها أو أنها مقررة فقط لمصلحة الإدارة.<sup>1</sup>

وحسب رأينا فإنه يتعين التخلي عن هذه التفرقة التي يقيمها القضاء الإداري، لأنه مهما كانت الصلة أو الحكمة من هذا التمييز فإنها، لا يمكن أن تكون أساسا كافيا يبرر إهدار مبدأ المشروعية دون جزاء، وبحجة عدم جوهرية الشكل والإجراء، كما أن القول بأن هناك شكليات جوهرية وأخرى ثانوية لا قيمة لها يحمل ضمنا اتهامها غير جائز للمشرع بالعبث والتهاون.

### 3- توفر أحد أسباب تغطية عيب الشكل والإجراءات

استقر الفقه والقضاء الإداريان، على أن هناك عدة أسباب من شأنها تغطية عيب الشكل والإجراءات في القرار الإداري، بحيث لا يؤدي العيب إلى بطلان القرار وتمثل هذه الأسباب في الحالات التالية:-

#### أ- استحالة اتمام الشكليات

ويقصد بذلك الاستحالة المادية الفعلية أو الحقيقية، والمستمرة لمدة طويلة نتيجة القوة القاهرة مثلا، أو فعل الغير، وكذلك الاستحالة القانونية، نتيجة الظروف الاستثنائية وقيام حالة الضرورة في إتمام الشكليات والإجراءات التي يستلزمها القانون قبل إصدار القرار الإداري، فمثلا إذا تطلب القانون أخذ رأي موظف معين قبل اتخاذ القرار، فإن غياب هذا الموظف في إجازة قصيرة يعد مجرد استحالة عابرة، في حين إنه إذا تبين أن الوظيفة ذاتها شاغرة وليس من المتصور في الوقت القريب شغلها، تحققت الاستحالة المادية.<sup>2</sup>

#### ب- الاستيفاء اللاحق للشكل

المبدأ المقرر في هذا الصدد، أنه لا يجوز للإدارة تصحيح القرار الإداري بأثر رجعي، فالقرار الذي أهملت الشكليات في إصداره، قرار ولد معيبا، ولتصحيحه لا بد من استيفاء الشكليات والإجراءات ابتداء بإصدار قرار جديد، ذلك لأن إجازة التصحيح تتضمن رجعية في القرارات الإدارية.

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي، يتجه إلى قبول الاستيفاء اللاحق للشكل كسبب لتغطية عيبه في القرار الإداري، إذا ثبت أن عدم استيفاء هذا الشكل قبل إصدار القرار لم يكن له أدنى تأثير على مضمون القرار، أو على ضمانات الأفراد.<sup>3</sup>

غير أننا لا نحبذ التوسع في تغطية عيب الشكل والإجراء، لأن ذلك يؤدي إلى تهرب الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية وتحصنها ضد دعوى الإلغاء، كما أن الإجراءات الشكلية تقوم كضمان للتروي وعدم التسرع، وإتاحة الفرصة لذي المصلحة لتبصير الإدارة للصالح العام.

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية. دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2002، ص.ص.88-89.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص.239.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري. المرجع السابق، ص.214.

## ج- تحقق الغرض من الشكليات

استقر القضاء الإداري على أن الشكليات ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسائل لتحقيق غايات يقصدها المشرع، ومن ثم فإنه إذا تحقق الغرض من الإجراء أو الشكل، الذي أغفلته الإدارة، فليس من مبرر لإلغاء القرار الإداري لهذا العيب، وذلك لعدم جدوى التمسك بإتمام الشكل في مثل هذه الحالات، وتخفيف أعباء الإدارة دون إهدار للمشروعية، ودون مساس بمضمون القرار و ضمانات ذوي الشأن.<sup>1</sup>

## د- فعل صاحب الشأن أو قبوله

تستلزم بعض الإجراءات أو الشكليات المقررة قانوناً، تدخل ذوي الشأن بعمل ما، للمساهمة في استيفائها، فمثلاً يستلزم ممارسة حق الدفاع من خلال إجراءات التحقيق، حضور صاحب الشأن، للإطلاع على الملف والإدلاء بأقواله وحججه، وعليه إذا سكت صاحب الشأن أو تراخى أو رفض حضور التحقيق، فإنه يتحمل نتيجة فصله، وليس له أن يطعن بعد ذلك في القرار الإداري الصادر ضده.

أما قبول صاحب الشأن عيب الشكل، فإنه لا يغطيه ولا يحصنه ضد دعوى الإلغاء، ذلك لأن الأصل في الشكليات والإجراءات أنها مقررة للمصلحة العامة، وبالتالي فإن قبول ذي المصلحة لا يصحح العيب. وما قلناه بخصوص الشكليات المقررة لصالح الإدارة يصدق هنا أيضاً، لأن الشكل مقرر لتحقيق الصالح العام لا صالح الإدارة بمفرده ولا صالح الأفراد بمفردهم، ولكن لتحقيق صالح الاثنين معاً.<sup>2</sup>

والخلاصة أنه إذا حدد القانون أشكالاً أو إجراءات محددة، يلزم إتباعها عند إصدار القرار الإداري، فإن سلطة الإدارة بصدد هذا الركن تكون مقيدة بضرورة إتباع هذه الشكليات وتلك الإجراءات والتي يحرص المشرع دوماً على تحديدها على نحو دقيق لا يسمح القانون بأية حرية في التقدير، وإلا تعرض قرارها للإلغاء لعيب الشكل والإجراءات، وذلك ما لم يتحقق بشأنه أحد أسباب تغطية هذا العيب، أما إذا تخلى المشرع - وهذا نادراً - عن تحديد أية إجراءات أو شكليات لإصدار القرار الإداري، فإنه يكون للإدارة سلطة تقديرية في إتباع واختيار شكليات معينة أو عدم إتباعها.

## المطلب الثاني

### الرقابة القضائية على انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية

لا تكتمل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، إلا ببحث عيب الانحراف في استعمال السلطة التقديرية، إذ لم تعد الرقابة القضائية لأعمال الإدارة بصورة عامة والسلطة التقديرية بصورة خاصة، تقتصر على فحص المشروعية الخارجية أو الظاهرة للقرار الإداري من حيث الشكل والاختصاص، وكذلك المشروعية الداخلية من حيث ركن المحل والسبب، وإنما أصبحت تمتد إلى النوايا والبواعث النفسية لمصدر

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص. 243.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 689.

القرار، ويدل ذلك على مدى التوسع في رقابة القضاء الإداري لمشروعية أعمال الإدارة، وعلى مدى أهمية فحص هذا العيب، في فرض رقابة على مخالفة روح القانون وغاياته - كما يسميه بعض الفقه - عندما تحتمي الإدارة بمظهر العمل الإداري الصحيح .

### الفرع الأول: تعريف عيب الانحراف بالسلطة وطبيعته القانونية

يقصد بعيب الانحراف بالسلطة، استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية في غير الغرض المخصص لها. فالإدارة في ممارستها لسلطتها التقديرية يجب أن تهدف دائما إلى تحقيق الصالح العام، فإن خرجت عن هذا الغرض إلى غرض آخر أيا كان السبب، فإن قرارها يكون مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة.<sup>1</sup> و تقتضي دراسة مفهوم الانحراف بالسلطة أن نتناول، تعريف الانحراف بالسلطة ونطاقه أولا، ثم الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالسلطة ثانيا.

### أولا: تعريف عيب الانحراف بالسلطة ومجالاته

#### 1- المقصود بعيب الانحراف بالسلطة

لقد تعددت تعريفات الفقهاء لعيب الانحراف بالسلطة، ويعتبر الفقيه أوكوك aucoc أول من استعمل تعبير الانحراف بالسلطة وقد عرفه بأنه: "يوجد عيب الانحراف بالسلطة حينما يستعمل رجل الإدارة سلطاته التقديرية مع مراعاة الشكل الذي فرضه القانون، ومع اتخاذه قرار يدخل في اختصاصه ولكن لتحقيق أغراض وحالات أخرى، غير التي من أجلها منح هذه السلطة."<sup>2</sup> أما جورج فيدل فقد عرف الانحراف بالسلطة بأنه: "يتمثل في واقعة استخدام إحدى السلطات الإدارية لسلطاتها لتحقيق هدف آخر خلاف الهدف المعهود به اليها."<sup>3</sup> أما الدكتور سليمان الطماوي فيعرفه بأنه: "هو استعمال رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به."

أما أحمد محبو فقد عرفه بأنه: "يكون هناك انحراف بالسلطة عندما تستعمل هيئة إدارية سلطاتها لغرض مغاير لذلك الذي منحت من أجله السلطة."<sup>4</sup>

ونستطيع أن نضع من خلال استعراضنا للتعريفات السابقة تعريفا شاملا، وموجزا للانحراف بالسلطة فنقول أن: "الانحراف بالسلطة هو قيام رجل الإدارة باستخدام السلطات التي خولها له القانون لتحقيق أهداف مخالفة للأهداف التي حددها ذلك القانون، ولو كانت أهدافا مشروعة في حد ذاتها وسواء أكان ذلك بحسن نية أو سوء نية."

<sup>1</sup>-Martine Lombard, , Droit administratif. Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1998, P.278.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة. المرجع السابق، ص.68.

<sup>3</sup>-Georges Vedel, « La soumission de l'administration à la loi ». Partie 01, Revue du droit et économie, N° 01, Année 22, Caire, MARS 1952, P.128.

<sup>4</sup> -أحمد محبو، المنازعات الإدارية.ترجمة فائز أنجق، خالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.191.

إن الرقابة على ركن الغاية هي رقابة فيما وراء القرار، ولهذا السبب فهي رقابة على عناصر شخصية وليست موضوعية، كما يعتبر عيب الانحراف بالسلطة مظهرا لانتساع الرقابة القضائية على أعمال الإدارة التي أصبحت تشمل الكشف على النوايا والبواعث النفسية التي تدفع الإدارة إلى مباشرة سلطتها.

## 2- مجال عيب الانحراف بالسلطة

لا شك أن السلطة التقديرية هي المجال الأصيل لعيب الانحراف بالسلطة، إذ حينما يعترف المشرع بقدر من الحرية في تقدير مناسبة إصدار القرار و اختيار وقت التدخل، وفي تقدير أهمية بعض الوقائع، فإنه يمكن أن تتحرف الإدارة عن تحقيق الصالح العام، ويكون قرارها حينئذ مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة.

غير أنه هل يمكن أن يكون القرار الصادر في ظل الإختصاص المقيد مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة؟  
يتجه جانب كبير من الفقه إلى القول بأن عيب الانحراف بالسلطة كوجه من أوجه إلغاء القرارات الإدارية، لا يظهر في حالة الإختصاص المقيد للإدارة، فالعمل الإداري الصادر بناء على سلطة الإدارة المقيدة، لا يمكن أن يكون غير مشروع من ناحية عنصر الغاية، لأنه مادامت الإدارة ملزمة بإصدار القرار على نحو معين، فلا يهم لأي باعث أصدرته، ففي هذه الحالة توجد قرينة غير قابلة لإثبات العكس، بأن أهداف القرار سليمة مادامت الإدارة قد التزمت حدود القانون.<sup>1</sup>

و مفاد ما تقدم أنه يوجد تلازم بين عيب الغاية وبين السلطة التقديرية للإدارة، التي تعتبر المجال الطبيعي والوحيد لظهور عيب الانحراف بالسلطة.

غير أن جانب آخر من الفقه ذهب إلى أن الرابطة بين السلطة التقديرية وعيب الانحراف بالسلطة، تبدو في أن السلطة التقديرية التي تترخص بها الإدارة، هي الموطن الأساسي لعيب الانحراف، وليست الموطن الوحيد لذلك، وإنه ولئن كانت فرصة الانحراف بالسلطة أمام مصدر القرار تزداد في مجال السلطة التقديرية إلا أن ذلك لا يمنع من إمكان وجود هذا العيب في مجال الإختصاص المقيد، كل ما في الأمر أن العيب في هذا المجال عادة ما يكون مقترنا إما بعيب المحل، وإما بعيب السبب، وإن كان ذلك لا يمنع تصور وجود عيب الانحراف منفردا في مجال الإختصاص المقيد، عندما يؤخر رجل الإدارة إصدار القرار ليضر بمن تعلقت مصلحته بالقرار أو ليفوت عليه مراده.<sup>2</sup>

غير أنني لا أتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الرأي السابق، فبالرغم من عدم نفي هذا الرأي لخاصية ملازمة عيب الانحراف للسلطة التقديرية، إلا أنه لا يمكن تصور عيب الانحراف بالسلطة في ظل السلطة المقيدة، التي لا يمكن أن يثار بصدها إلا عيب مخالفة القانون و عيب عدم الاختصاص و عيب الشكل وأخيرا عيب السبب، ولا مجال لبحث عن الانحراف بالسلطة، حيث يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، أن ركن الغاية في القرار سليم مادام قد صدر تنفيذا للقانون، وهذا ما يؤكد قول الفقيه والتر :-

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية. المرجع السابق، ص.309.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. المرجع السابق، ص.64.

"إن وجه الإلغاء المستمد من عيب الانحراف لا يمكن أن يطبق على الأعمال التي نفذت فيها الإدارة إرادة المشرع تنفيذاً دقيقاً... والغرض من العمل الإداري لا يمكن للقضاء أن يخضعه لرقابته إلا في الحالة التي يكون للإدارة أن تتصرف ببعض الحرية إزاء القاعدة القانونية."<sup>1</sup>

كما يجب الإشارة إلى أنه قد استقر الفقه في مجمله على أنه: "أياً ما كان مدى السلطة التقديرية التي يعترف القانون بها للإدارة في نطاق معين، فإن أمراً واحداً لا يمكن أن يكون محلاً للسلطة التقديرية وهو الهدف." وأحكام القضاء الإداري المقارن زاخرة بالعديد من الأحكام التي قضت فيها المحاكم الإدارية بأن السلطة التقديرية للإدارة تجد حدها الطبيعي في الرقابة على التعسف في استعمال سلطتها التقديرية، إذ يتعين أن يستهدف القرار الإداري دائماً الغرض المنصوص عليه قانوناً، فإن أغفل النص القانوني تخصيص هدف معين، فإن الهدف لا ينبغي أن يخرج بحال من الأحوال عن استهداف المصلحة العامة.<sup>2</sup>

### ثانياً: الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالسلطة

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعيب الانحراف بالسلطة، فمنهم من يدخل هذا العيب في مجال الرقابة على المشروعية، ومنهم من يرى أن هذا العيب يتجاوز فكرة الشرعية أو القانونية، ليندرج في مجال أفسح وأعمق وهو ما يسميه أصحاب هذا الاتجاه، برقابة الجانب الخلفي لأعمال الإدارة.

### 1- عيب الانحراف بالسلطة وجه من أوجه الرقابة الخلفية

ترجع فكرة الأخلاق الإدارية أساساً، إلى الفقيه الفرنسي الكبير هوريو، ثم تتبعه فيها الكثير من تلاميذه، فهو يرى أن فحص المشروعية لا يكفي وحده في قضاء تجاوز السلطة، ولكن على القاضي الإداري أيضاً أن يفحص ملاءمة القرارات الإدارية، وذلك بإضافة عنصر جديد إلى عنصر المشروعية وهو عنصر الأخلاق الإدارية، ويقرر أنه إذا كانت كل من المشروعية والأخلاق الإدارية من طبيعتين مختلفتين، إلا أن لهما نفس الخاصية المشتركة، وبذلك يمكن في نظر هوريو التوفيق بين فكرتي الملاءمة والشرعية.

ويرى هوريو أنه من الصحيح، أن القاضي لا يقدر ملاءمة القرارات الإدارية، ولكن يمكنه أن يتجاوز حدود فحص المشروعية إلى فحص الأخلاق الإدارية، وهي لا تتطابق مع تعبير "الأخلاق" بمعناها العام الشائع، ولكنها تتكون من قواعد حسن الإدارة.<sup>3</sup>

وتختلف الأخلاق الإدارية عن المشروعية من حيث أن الأخيرة هي مجموعة القواعد العامة الجامدة والثابتة، بينما الأخلاق الإدارية تتحرك مع القاضي باختلاف الحالات الفردية، وروح القانون هي الحدود التي تفرض على الحقوق لمصلحة العدالة، بينما روح الأخلاق هي الحدود التي تفرض على الواجبات لمصلحة حسن الإدارة، والفارق كبير بين ما يعتبر "عادلاً" وبين ما يعتبر "حسناً".

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص. 61.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص. 311.

<sup>3</sup> - Thierry Cathala, Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires. L.G.D.J., Paris, 1966, P.95.

والأخلاق هي أن تملك السلوك العملي الذي يميز بوضوح بين ما هو حسن وما هو سيئ، ولأن الإدارة لها سلوك عملي، إذا فإن لها أخلاقاً إدارية.<sup>1</sup>

و يرى الأستاذ والتر وهو أحد تلامذة هوريو ،أن رجل الإدارة حين يهدف من وراء قراره إلى تحقيق غاية غير مشروعة، فإنه لا يقصد أن يضع نفسه موضع المخالف للقاعدة القانونية، بل على العكس فهو يحرص دائما على البقاء في نطاق الحدود التي رسمها له القانون.

وبهذا فإن رجل الإدارة ،حين يسعى إلى هدف غير مصلحة المرفق ،فإن تصرفه هذا لا يراعي في تقديره مجرد النصوص التي يملئها المشرع ،والتي يمكن أن تقدم حلا ملموسا، ولكن يتخذ أساسا لهذا التقدير ،العناصر المستمدة من داخل الإدارة والتي توحى بها الطبيعة الوظيفية للقانون الإداري، وروح أنظمته ، لا روح القانون، وهذا ما يؤكد قوله : "إن الرقابة القضائية على أهداف الإدارة ليس أساسها أن الغرض الذي يتوخاه رجل الإدارة يتعارض صراحة أو ضمنا مع قصد المشرع ...ولكن لأن هذا الغرض نظرا للظروف التي أحاطت بالقرار المطعون فيه يكون متعارضا مع المبادئ التي يستلزمها حسن الإدارة..."

وبهذا فهو يرى أن الرقابة القضائية على الجانب الخلفي من أعمال الإدارة ،لا يقصد منها رد الإدارة المتمردة إلى حظيرة القانون، ذلك أن سلطان القانون لا يهدد إطلاقا من جراء أعمال الإدارة التي ترمي إلى أهداف غير معترف بها بقدر ما ترمي إلى تحسين سير النظام.<sup>2</sup>

إلا أن فكرة هوريو وتلامذته عن الأخلاق الإدارية، لم تحظ بالقبول لدى معظم الفقه الإداري الحديث ،فيقول Taliadoros، إن الانحراف هو وسيلة من وسائل مراقبة المشروعية لا الأخلاق الإدارية، فهو يرفض تماما هذه الفكرة ويرى أنها تعتبر شيئا خارجا عن حدود اختصاص القاضي الإداري.

أما مشيل دوبيسون فيرى ،أنه علينا أن نستبعد فكرة هوريو عن الأخلاق الإدارية ،ذلك لأنه لو اقتصرنا في دعاوي تجاوز السلطة على بحث فكرتي المشروعية والأخلاق الإدارية واستبعدنا فكرة الملاءمة ،لوقعنا في خطأ فادح ، لأنه يمكن أن تتعارض فكرة الملاءمة مع فكرة الأخلاق الإدارية بالمعنى الذي يعطيه لها هوريو .

وقد حاول هوريو ، أن يدخل فكرة ثلاثة يقضي بها على التعارض بين فكرتي المشروعية والملاءمة ،ولكنه لم ينجح بسبب اتسام فكرته بالغموض، وبسبب استبعاده لفكرة الملاءمة وإعطاء القاضي حق فحص الأخلاق الإدارية ،وبهذا وقعت نظرية الأخلاق الإدارية في تناقض كبير، لم يساعد على إضافة أي عنصر جديد لحل مشكلة حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية .<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.838، ولمزيد من التفصيل حول فكرة الأخلاق الإدارية أنظر: Georges Vedel, « La soumission de l'administration à la loi ». Partie 02, OP.Cit.,P.156 et suivantes.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة.المرجع السابق، ص.91.

<sup>3</sup> - أحمد حافظ عطية نجم، المرجع السابق، ص.76.

أما الدكتور سليمان الطماوي فيؤكد أن مجلس الدولة ليس إقاضي، ولا يتمتع إلا باختصاصات القاضي، حقيقة أنه يتمتع بحرية أوسع مدى من القاضي العادي نظرا لما تستلزم طبيعة المنازعات الإدارية من حرية ولقلة النصوص التي تقيدته في تصرفه، إلا أن هذه الحرية أيا كانت حدودها ومبرراتها لا يمكن أن تخوله تطبيق الأخلاق، حتى ولو وصفت بأنها إدارية .

وحتى مع التسليم جدلا، بأن القاضي الإداري يستطيع أن يلجأ إلى قواعد الأخلاق في حالة انعدام النص، فإن مجرد تطبيق القاضي لها كفيل بتحويلها إلى مبادئ قانونية لا مجرد قواعد أخلاق.<sup>1</sup> وقد استقر القضاء الإداري المقارن على أن القرار الإداري، يعتبر متمسما بعيب الانحراف بالسلطة، إذا كان يستهدف غرضا آخر، غير الغرض الذي حدده المشرع، حتى ولو كان ذلك الغرض محققا لمصلحة عامة، وبالتالي لا يتنافى مع أية أخلاق .

ولهذا فمن الصعب اتهام الإدارة بالانحراف عن حدود الأخلاق الإدارية، ولكنه من السهل اتهامها بالانحراف عن سلطتها التقديرية.

وبهذا فإن فكرة الأخلاق الإدارية لا يمكن أن تشمل حالة الانحراف أو أن تكون بديلة لفكرة الملاءمة، أو حدا فاصلا بين المشروعية والملاءمة.<sup>2</sup>

ونحن من جانبنا نرفض أيضا فكرة الأخلاق الإدارية، ونرى أنها تتسم بالغموض وعدم التحديد، وعدم الدقة، بالإضافة إلى ذلك فإنها لا تصلح للتطبيق في حالات كثيرة حيث يصعب في ظلها الحكم على الإدارة بأنها أصدرت قرارا يتنافى مع الأخلاق الإدارية.

ومن جهة أخرى فإذا اعتبرنا بأن الإدارة لها "أخلاق" وإن انحرافها بسلطتها التقديرية يعتبر منافيا للأخلاق الإدارية فلماذا لا تعتبر مخالفتها للقانون منافية هي الأخرى للأخلاق الإدارية ؟

وبذلك تنتسج فكرة الأخلاق لتشمل المشروعية والملاءمة معا.

## 2- عيب الانحراف بالسلطة وجه من أوجه عدم المشروعية

من المسلم به لدى الفقه والقضاء، أن الرقابة على الانحراف الإدارة بسلطتها التقديرية هي رقابة مشروعية بمعنى آخر أن القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف هو قرار إداري غير مشروع، لأن رجل الإدارة وقد تنكر للغاية التي هي ركن أساسي في كل قرار إداري يكون قد خرج على القانون. وبهذا يرى معظم الفقه أن التكيف السليم للطبيعة القانونية للانحراف بالسلطة هو أنه مجرد امتداد لعدم المشروعية.

وحمية القضاء الإداري للأفراد من انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية، ما هي إلا حماية لمبدأ المشروعية، ذلك أن الانحراف بالسلطة هو عيب يشوب الغاية من إصدار القرار.

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة. المرجع السابق، ص.94.

<sup>2</sup> - Thierry Cathala ,OP.Cit., P.P.95.96.

أما كون الانحراف بالسلطة التقديرية يرتبط بالنوايا الداخلية لمصدر القرار، ولا يظهر أثره في الشكل الخارجي للقرار الإداري، فإن ذلك لا يتعارض مع جعل ذلك الانحراف وجه من أوجه عدم المشروعية، ومن أن إلغاء القرار لعيب الانحراف بالسلطة هو نوع من العقاب على عدم المشروعية.<sup>1</sup> ونخلص في الأخير إلى أن التكييف القانوني السليم لعيب الانحراف بالسلطة، هو اعتباره وجه من أوجه الرقابة على المشروعية، كما أن إدخاله في نطاق "عدم المشروعية" هو الحماية الوحيدة والمؤكدة للأفراد من ارتكاب الإدارة لعيب الانحراف بالسلطة، وذلك لأن فكرة الأخلاق الإدارية فكرة مرنة ومطاطة وغامضة ولا تصلح دائماً كمبرر لإلغاء الكثير من القرارات المعيبة بعيب الانحراف بالسلطة، والأخذ بها يؤدي إلى إفلات العديد من القرارات غير مشروعة من الرقابة القضائية وتحصنها ضد دعوى الإلغاء لكونها لا تتنافى وفكرة الأخلاق الإدارية.

### الفرع الثاني: صور عيب الانحراف بالسلطة

يعتبر القرار الإداري غير مشروع ومشوب بعيب الانحراف بالسلطة، إذا استهدف مصدر القرار غير المصلحة العامة أو خالف قاعدة تخصيص الأهداف.

#### أولاً: الانحراف عن المصلحة العامة

يجب أن تستهدف جميع القرارات الإدارية المصلحة العامة كغاية لها، هذه القاعدة العامة التي تحكم القانون الإداري، والتي يجب أن تلتزم بها الإدارة العامة في ممارسة نشاطها الإداري. إذا أن القانون لم يقرر إعطاء الإدارة سلطات وامتيازات، إلا باعتبارها وسائل تساعد على تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى إليها وهي المصلحة العامة. وبهذا إذا كانت غاية الإدارة من إصدار القرار تتنافى والصالح العام، بأن هدف مصدر القرار إلى تحقيق غرض بعيداً عن ذلك، كان القرار معيباً بعيب الانحراف بالسلطة.<sup>2</sup> وهذه الحالة من أخطر الحالات، لأن الانحراف هنا مقصوداً، فرجل الإدارة يستغل سلطاته التقديرية لتحقيق أغراض لا تتعلق بالصالح العام. وأوجه الانحراف عن المصلحة العامة متعددة نذكر منها ما يلي:-

#### 1- استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي

قد يصدر رجل الإدارة قراراً مستهدفاً تحقيق مصلحة شخصية له، أو تحقيق نفع شخصي يعود للغير، وذلك كفصل موظف بقصد إخلاء الوظيفة لتعيين موظف آخر فيها، أو تخطي موظف في الترقية وترقية موظف آخر أقل منه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. المرجع السابق، ص.ص. 285.286.

<sup>2</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 663، وأنظر كذلك محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري. دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص. 271.

<sup>3</sup> - محسن خليل، القضاء الإداري. الدار الجامعية، بيروت، بدون تاريخ نشر، ص. 176.

وتطبيقاً لهذه الصورة قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 13 جانفي 1991 بإبطال قرار والي ولاية تيزي وزو، ولقد جاء في أسباب القرار ما يلي: "حيث إنه يستنتج من تقرير الخبرة أنه ليس هناك منفعة عامة، لأن العملية لا تستجيب لأيّة حاجة ذات مصلحة عامة، وإنما تفيد عائلة واحدة متوفرة على الطريق.

حيث أن الغرض الذي ترمي إليه العملية، أي إشباع حاجة ذات مصلحة عامة لا يبرر الاعتداءات على ملكية المدعين..."<sup>1</sup>

## 2- مباشرة السلطة بقصد الانتقام

وتمثل هذه الصورة إحدى صور الانحراف عن المصلحة العامة، حيث تكمن في قيام رجل الإدارة بممارسة سلطاته بقصد الانتقام والتشفي، كأن تقوم الإدارة بفصل أحد الموظفين للتخلص منه بعد أن التجأ إلى القضاء واستصدر حكماً بإلغاء قرارها.<sup>2</sup>

## 3- استخدام السلطة لغرض سياسي

تتحقق هذه الصورة، بأن تصدر الإدارة قراراً لغاية حزبية بعيدة عن الصالح العام، وهذه الصورة كثيراً ما تتحقق في الدول التي تأخذ بنظام التعددية الحزبية، كأن يصدر أحد الوزراء قراراً بفصل موظف لأنه ينتمي إلى حزب سياسي مخالف أو يعتنق مذهباً مغايراً لمذهب الوزير.

ولقد طبقت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الجزائري هذه الصورة وهذا ما يستنتج بمفهوم المخالفة من قرارها الصادر في 30 أكتوبر 1970: "إن الطاعن يدعي بأن تسريحه يستند على دافع سياسي وليس بسبب مهني حسب الإدارة، وبعد دراسة الملف يرى القاضي بأنه لا وجود لانحراف بالسلطة ويرفض الإدعاء." و يفهم مما سبق بأن الوضع لو كان كذلك، أي كما يدعي المدعي، لقام القاضي بإلغاء الجزاء.<sup>3</sup>

## ثانياً: مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

إذا كانت جميع الأعمال الإدارية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فإنه إلى جانب هذا الهدف العام، قد يتحدد للعمل الإداري هدف معين داخل نطاق أهداف المصلحة العامة، يتعين عليه تحقيقه عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف، ويعتبر العمل الإداري مشوباً بعيب الانحراف، إذا خرج عن الغاية المخصصة التي رسمت له، حتى ولو كان الغرض الذي سعت إليه الإدارة يتصل بالصالح العام. والهدف الخاص للعمل الإداري قد يستفاد من نص القانون الصريح، أو يستدل عليه القاضي من بعض القرائن، أو يستنتج من طبيعة السلطة أو الاختصاصات المقررة للإدارة.

والأمثلة كثيرة على حالة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، سنكتفي بذكر بعض الأمثلة :-

<sup>1</sup> - لحسين بن الشيخ أث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية. دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 89.

<sup>2</sup> - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري. منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص. 393.

<sup>3</sup> - أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 192.

## 1- استخدام سلطة الضبط الإداري لتحقيق مصالح مالية

لقد حدد المشرع الهدف الذي يجب على سلطة الضبط الإداري أن تسعى إلى تحقيقه، وهو المحافظة على النظام العام بعناصره الأربع، فإذا جانبت الإدارة هذا الهدف، فإن القضاء الإداري يحكم بإلغاء قرارها لانحرافه عن الهدف المخصص لها، ولو كان الغرض الذي استهدفته الإدارة لا يتنافى مع المصلحة العامة، كأن تستعمل الإدارة سلطة الضبط الإداري لتحقيق مصلحة مالية، فقد يحدث أن تصدر الإدارة قراراً تبتغي من ورائه تحصيل موارد مالية، ويكون ذلك سواء بتخفيض المصروفات التي تقع عليها أو بإنشاء إيرادات مالية لها أو زيادتها، وإذا كان الغرض الذي تسعى إليه السلطة الإدارية هنا لا يتنافى والصالح العام في شيء، إلا أنه يتنافى مع الغرض الذي أراده المشرع حينما منحها سلطة إصدار هذه القرارات.<sup>1</sup>

إلا أن هذا الاتجاه قد تطور منذ سنة 1930، إذ خرج مجلس الدولة الفرنسي عن هذا، وأرسى مبدأً جديداً أكثر سعة ومرونة يتمثل في أن: "المصلحة المالية للهيئات المحلية لا تولد الإلغاء للانحراف بالسلطة" وهكذا زال المبدأ التقليدي القائل "بخروج المصلحة المالية عن نطاق المصلحة العامة" ليحل محله مبدأ جديد مقتضاه: "اختلاط المصلحة المالية مع المصلحة العامة حتى أصبحت المصلحة الأولى عنصراً من عناصر الصالح العام".

و يجب تقرير أن المجال الحقيقي لتطبيق مبدأ المصلحة المالية طبقاً لتطورها يقتصر على مجال خدمات المجالس المحلية فقط نظراً لقلّة مواردها نسبياً وكثرة الأعباء الملقاة عليها. ومن ثم يظل الاتجاه التقليدي قائماً في غير المجالات المتعلقة بخدمات المجالس المحلية، بحيث يحق إلغاء قرارات الإدارة المركزية إذا عملت على تحقيق مصلحة مالية.<sup>2</sup>

## 2- الانحراف بالإجراءات

إن إساءة استعمال الإجراءات، ليست سوى صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، فالقانون في بعض الأحيان يضع إجراءات معينة، يوجب اتخاذها إذا أرادت الإدارة الوصول إلى هدف معين. وهذه الإجراءات تحوي بعض الضمانات للأفراد، ولسبب أو لآخر قد تحاول الإدارة ألا تتبعها، مفضلة استعمال إجراءات أخرى، ليس فيها مثل تلك الضمانات وتلك الدقة، يكون القانون قد وضعها لهدف آخر، فالإدارة إذ تستعمل هذه الإجراءات التي تفضلها إنما تستعملها في غير موضعها ولغير الهدف المخصص لها، فهي بهذا الشكل تخالف قاعدة تخصيص الأهداف.<sup>3</sup>

وبهذا يتحقق الانحراف بالإجراءات، إذا استخدمت الإدارة بعض الوسائل أو الإجراءات لتحقيق غرض تملك تحقيقه ولكن بوسائل أخرى، ومثال ذلك، أن تلجأ الإدارة إلى الاستيلاء المؤقت، بدلاً من إجراءات نزع

<sup>1</sup> - محسن خليل، قضاء الإلغاء. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص.180.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.181 وما بعدها.

<sup>3</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.827، وأنظر كذلك محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص.275.

الملكية الواجب إتباعها.<sup>1</sup>

ولقد طبق القضاء الإداري الجزائري الانحراف بالإجراءات في مجال الاستيلاء، حيث قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها الصادر في 03 مارس 1967 بإلغاء القرار الإداري، لعدم مشروعية التدابير المتخذة، وتمثل وقائع هذه القضية، في أن محافظ إحدى المدن اتخذ قرارا بين بالاستيلاء على ملكيتين لبناء مركز هاتفي مستندا في ذلك على قانون 11 جويلية 1938 المتعلق بتنظيم الأمة في وقت الحرب، إلا أن أحكام هذا القانون تنص على الاستيلاء من أجل الاستعمال المؤقت فقط، وليس بقصد التملك النهائي، ومن أجل بناء المركز الهاتفي يجب تملك الملكيات باستعمال إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وبعد لجوئه إلى ذلك الإجراء، فإنه ينحرف بإجراء الاستيلاء لهدف آخر ويتعدى على حقوق المدعين.<sup>2</sup>

غير أن هناك جانب من الفقه من يرى، أن الانحراف بالإجراءات يعد وجها مستقلا للطعن بالإلغاء، وبذلك ينفصل عن وجه الانحراف بالسلطة، لاختلاف طبيعة كل منهما، وهذا ما حاول إثباته الدكتور عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار في مقالته المطولة حول الانحراف في استعمال الإجراء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

كما يجب عدم الخلط بين الانحراف بالإجراء و عيب الشكل والإجراء، فالانحراف بالإجراء يأتي نتيجة أن الإدارة لكي تحقق هدفها، تستخدم إجراء - وسيلة قانونية - يختلف عن ذلك المسموح به قانونا لها لتحقيق الغرض المحدد لها، فالإجراء يتضمن في الانحراف، معنى واسعا للدلالة على أن ثمة مجموعة من القواعد القانونية يجب مراعاتها عند معالجة موضوع معين، كأن نقول "إجراء نزع الملكية" أو "إجراء التأديب" أو "إجراء الاستيلاء"، فإذا استخدمت الإدارة "إجراء الاستيلاء" بقصد نزع الملكية فإنها تنحرف بالإجراء لأنها تسعى للوصول إلى نتيجة (نزع الملكية) بوسيلة غير الوسيلة المقررة (إجراءات نزع الملكية).<sup>3</sup>

أما إذا أرادت الإدارة الوصول إلى نتيجة معينة "التأديب" و اتبعت في ذلك الوسيلة المقررة "إجراءات التأديب" ولكنها أهملت قاعدة من قواعد الشكل والإجراءات "عدم مراعاة حقوق الدفاع مثلا"، فهذا عيب في الشكل والإجراء.

وفي الأخير فإننا نؤيد ما قلناه سابقا، رأي غالبية الفقه الذي يدرج الانحراف بالإجراء ضمن الانحراف بالسلطة على اعتبار أنه صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف.

### الفرع الثالث: إثبات عيب الانحراف بالسلطة

لا شك أن إثبات وجود انحراف بالسلطة من جانب الإدارة في قرار ما، يشكل صعوبة أمام القاضي الإداري إلى حد كبير، وذلك لعدة أسباب منها:-

<sup>1</sup> - Alain Moyrand, *Le droit administratif*. L'hermès, Lyon, 1992, P.160.

<sup>2</sup> - أحمد محيو، المرجع السابق، ص.194.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، « الانحراف في استعمال الإجراء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ». مجلة العلوم الإدارية. السنة 22، العدد 01، القاهرة، جويلية 1980، ص.205 وما بعدها.

1- إن العمل الإداري الذي يشوبه الانحراف بالسلطة، عادة ما يكون مشروعاً من حيث مظهره الخارجي، وتتوافر له جميع أركان القرار الإداري السليم، فهو غالباً ما يبدو في شكله الخارجي متفقاً مع الصالح العام، وليس متعارضاً معه.<sup>1</sup>

2- إن وجود الانحراف بالسلطة من عدمه، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنوايا الداخلية لمصدر القرار، والهدف الحقيقي الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء قراره، وهو عنصر يصعب على القاضي الإداري، أن يتحقق من وجوده بمجرد استعراضه لأوراق الدعوى، أو بسماعه لأقوال الخصوم أو لدفاع رجل الإدارة، الذي لا شك أنه سيخفي عن القاضي نواياه الحقيقية فيما لو كانت متناقضة مع الهدف الظاهر من القرار.<sup>2</sup>

3- إن المدعي الذي يتهم الإدارة بالانحراف بالسلطة، لا يملك عادة في يده من الوثائق والمستندات ما يستطيع أن يثبت به للقاضي الإداري، وجود ذلك الانحراف بصورة حاسمة، لذا فهو مضطر إلى مجرد استنتاجات شخصية، أو إلى وقائع لا تمت بصلة مباشرة إلى الواقعة المشبوهة بعيب الانحراف أو إلى معتقدات ترسخ في ذهنه أو خلافات مع الإدارة لا ترقى إلى مستوى الأدلة القاطعة، بينما تملك الإدارة من المستندات ما يثبت براءتها من تهمة الانحراف، حتى ولو كان هناك بين أوراقها ما يثبت العكس، فقد تعتمد إلى إخفائه ولا يملك المدعي القدرة على إثبات وجوده لديها أو انتزاعه منها.

4- إن القاضي الإداري غالباً ما يعتبر طريق الانحراف طريقاً شائكاً لا يلجأ إليه إلا مضطراً، مفضلاً عليه محاولة البحث عن وجود أخطاء قانونية تمس مشروعية القرار بمعناها الضيق، مساساً مباشراً مثل الخطأ في تطبيق القانون أو الخطأ في الوقائع أو وجود عيب في الشكل مثلاً، تاركاً الانحراف كحل أخير، بمعنى أنه يعتبر طريق الانحراف مجرد طريق احتياطي لإلغاء القرار الإداري.

وإزاء ما يواجهه المدعي من صعوبات في إثبات عيب الانحراف بالسلطة، فقد خفف القضاء من وطأة عبء الإثبات الملقى على كاهله، من خلال التوسع في أدلة إثبات هذا العيب.<sup>3</sup>

وحتى نهاية القرن التاسع عشر، كان القضاء الإداري في بداية الأمر، لا يخرج في مجال إثبات وجود الانحراف عن صلب القرار المطعون فيه، بحيث تظهر دلائل الانحراف من نصوص ذلك القرار، إلا أنه كان يصطدم غالباً بصعوبة استخلاص الانحراف من خلال نصوص القرار المطعون فيه، ومع حرص المجلس على ضرورة فرض رقابة جديّة على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية وضرورة استقراء النوايا الخفية للإدارة، من كافة المصادر الممكنة سواء ذلك في الأوراق المودعة بملف الدعوى، أو مجموعة القرّائن المحيطة بظروف النزاع، أو حتى في الظروف الخارجية عن النزاع تماماً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص. 231.

<sup>2</sup> - محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 887.

<sup>3</sup> - لحسين بن الشيخ أث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية. المرجع السابق، ص. 42 وما بعدها.

<sup>4</sup> - أحمد حافظ عطية نجم، المرجع السابق، ص. 82.

## أولاً: إثبات الانحراف بالسلطة من نص القرار ذاته

نص القرار أول ما يلجأ إليه الطاعن في هذا المجال، فقد يكشف القاضي من نصوص القرار المطعون فيه، أنه موصوم بالانحراف بالسلطة، مما يغنيه عن البحث عنه في سائر الأوراق والأدلة.

فقد تكشف مجرد قراءة للقرار عن الانحراف بالسلطة، وذلك عندما تفصح الإدارة مختارة - في ظل السلطة التقديرية- عن أسباب قرارها، فإن هذه الأسباب لما بينها وبين الأغراض من روابط قوية تنم عن الأهداف الحقيقية التي تتوخاها الإدارة من إصدار القرار.<sup>1</sup>

أما إذا لم تذكر الإدارة الأسباب التي بنت عليها قرارها، فإن عبء الإثبات يصبح ثقيلًا على المدعي، وإزاء شدة وطأة عبء الإثبات، الواقع على عاتق المدعي في هذه الحالة، فإن القضاء الإداري تدخل للتخفيف عنه ومساعدته في الأدلة والبراهين المؤيدة لدعواه.

وهذا ما يؤكد مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 13/04/1997، حيث مما جاء فيه: "...ومن ثم فإن وزارة الدفاع الوطني لما أصدرت قرارا بالشطب بسبب تقليص العدد رغم أن هذا السبب لم تذكره في مذكرتها الجوابية هو دليل تحريف الوقائع وتجاوز السلطة، مما يستوجب إبطال قرار الشطب وتعويض الطاعن عن الأضرار اللاحقة به."<sup>2</sup>

فالقضاء يرى أن الإدارة يجب أن تعاونه في مهمته، وهو يقضي في طلبات الإلغاء، ولكن لا يعني أنه في كل مرة يقدم ضدها طعن بالإلغاء، يلزمها بتقديم أسباب قرارها، ولكن فقط حين يجد القاضي الإداري من التحقيق الذي يجريه، ومن فحص القضية أن هناك عناصر هامة تنقصه ليكون اعتقاده، وأن العناصر التي قدمها الطاعن ولو أنها غير حاسمة، إلا أنها تجعل الكفة تميل ضد الإدارة، فيكون المدعي كما لو كان قد قدم دليل ضد الإدارة ولكنه غير كاف ليحكم له ولكنه يكفي لنقل عبء الإثبات إلى عاتق الإدارة.<sup>3</sup>

## ثانياً: الإثبات من سائر أوراق الدعوى

قد يكون انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية خفياً، فلا يستطيع القاضي التوصل إليه من مجرد الإطلاع على عبارات القرار المطعون فيه، وحينئذ لا يجد القاضي وهو بصدد الكشف عن الانحراف من سبيل، سوى

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.890.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الدولة رقم 114884 الصادر في 13/04/1997، المجلة القضائية، العدد 01، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص.95.

حيث أنه في قرار الشطب تذكر وزارة الدفاع الوطني كسبب لقرارها تقليص العدد لكنها لا تذكر في مذكرتها الجوابية هذا السبب إطلاقاً كما قلنا، الأمر الذي يؤكد أن الطاعن لم يشطب من صفوف الجيش الوطني الشعبي من أجل هذا السبب. وبهذا فإن السبب المذكور في قرار الشطب غير السبب الحقيقي مما يشكل تحريف للوقائع واستعمالاً تعسفياً للسلطة، لأنه إذا كان الأمر كذلك فكيف نفسر بأن هذه العقوبة مست سوى عنصرين من بين عناصر الوحدة التابع لها. ومن جهة ثانية فإذا كان الأمر يتعلق بتقليص العدد، فإنه يجب مراعاة الأقدمية والاختصاص والرتب وكذا إحترام رأي مجلس التحقيق.

<sup>3</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.811.

للجوء إلى ملف الدعوى و ما يشتمل عليه من أوراق و مستندات .

حيث يعتد بالمراسلات التي سبقت ،أو التي أعقبت صدور القرار الإداري ،أو التعليمات الصادرة من السلطات الرئاسية والتي تم صدور القرار بناء عليها،و القرارات الإدارية الأخرى الصادرة قبل أو بعد القرار المطعون فيه ،والتي تتناول موضوعات مماثلة لموضوع القرار المطعون فيه أو مرتبطة به أو مترتبة عليه ،أو التحقيقات التي تجريها الإدارة أو التفسيرات التي تقدمها .<sup>1</sup>

### ثالثا:الإثبات من مجموعة القرائن المحيطة بظروف النزاع

مع بداية الربع الثاني من القرن العشرين ،لم يعد القضاء الإداري يكتفي بفحص القرار المطعون فيه والأوراق المحفوظة بملف الدعوى فقط، بل بدأ يمد بحثه عن عيب الانحراف بالسلطة في مجموعة القرائن المحيطة بظروف النزاع ،إذ لم يجد في نص القرار وأوراق الدعوى ما يعينه على اكتشاف الانحراف.

وحيث تخلو يد الطاعن عادة من حيازة الأوراق الإدارية ،فإن القرائن القضائية تعتبر في حالات كثيرة الوسيلة المتاحة له ،وبمقتضاه ينقل عبء إثبات صحة القرار إلى الإدارة ،حيث يكلفها القاضي بتقديم ما لديها من مستندات وأوراق تدحض بها إدعاءات الطاعن .<sup>2</sup>

ولا شك في أن إقرار مجلس الدولة الفرنسي والجزائري للقرائن القضائية كوسيلة لإثبات عيب الانحراف بالسلطة ،من شأنه التيسير على المدعي في إثبات هذا العيب ،حيث ينقل عبء إثبات عكس القرينة إلى الإدارة.<sup>3</sup>

وتتوافر القرائن القضائية في حالات كثيرة، باختلاف النزاع، نذكر منها حالة ما إذا فرقت الإدارة في المعاملة بين من تساوت مراكزهم القانونية، أو إذا أصدرت الإدارة قرارا لا يتناسب والوقائع ، كما يمكن إثبات الانحراف بالسلطة من الظروف المحيطة بإصدار القرار وكيفية تنفيذه.

### 1-قرينة التفرقة في المعاملة بين الحالات المماثلة

لا شك أن من شأن الإخلال بمبدأ المساواة أن يؤدي إلى بطلان القرار الإداري المشوب بهذا العيب لمخالفته القانون ،إلا أنه يصعب أحيانا إثبات عدم المساواة كعيب يلحق محل القرار الإداري لعدم توافر شروط هذه المخالفة ،وخاصة شروط وجوب التماثل في المراكز القانونية ،ومع ذلك يرى القاضي الإداري إلغاء القرار الإداري لعيب الغاية إذا كان من شأنه التمييز في المعاملة بين الأفراد ،دون أن يكون لهذا التمييز أساس أو مبرر مشروع أو معقول.

فإذا ميزت الإدارة بين طائفتين من الأفراد ،تقدموا للحصول على مطلب معين ،فأجابت طلب طائفة ورفضت مطلب الأخرى، دون فحص لكل حالة على حدة ،فذلك يكشف عن أنها قد حابت طائفة دون أخرى،

<sup>1</sup> - أحمد حافظ عطية نجم، المرجع السابق، ص.84.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.86.

<sup>3</sup> -انظر لمزيد من التفصيل حول نقل عبء الإثبات ودور القاضي في ذلك : لحسين بن الشيخ أث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية.المرجع السابق، ص.68. وما بعدها.

لأن التفرقة لا تقوم على أساس قانوني، وينقلب عبء الإثبات بالنسبة لعب الانحراف بالنسبة إلى الإدارة، حيث يطلب منها بيان غرضها من القرار الذي ميزت فيه بين الطائفتين اللتين تماثلت ظروفهما. واحترام مبدأ المساواة بين أفراد المجتمع وطوائفه لا يعني حرمانها من أعمال بعض الملاءمات التي يفرضها عليها واقع الحال أو الظروف، حيث تتدخل مراعاة تلك الملائمات لسلطة الإدارة التقديرية.<sup>1</sup> وقد اعتمد مجلس الدولة الجزائري على هذه القرينة في قراره الصادر في 19/04/1999 حيث مما جاء فيه: "حيث يتضح من دراسة الملف والوثائق المقدمة من طرف المستأنف أنه استفاد بقرار بمنح قطعة أرض... ثم استفاد برخص البناء... حيث إن هذه الوثائق سلمت له من طرف رئيس بلدية الشراكة. حيث أنه بعد التنظيم الإداري لسنة 1984 أصبحت أولاد فايت بلدية مستقلة عن بلدية الشراكة. وأن هذه البلدية الجديدة ملزمة بالالتزامات التي كانت على بلدية الشراكة و لا تستطيع أن تنكر ما التزمت به بلدية الشراكة... وأنه زيادة على ذلك لا يمكن للبلدية المستأنف عليها أن تحرم المستأنف وحده، لأن مواطنين آخرين استفادوا بحصص أرض في نفس المكان، لكن لم تنزع منهم رغم أنهم لم يباشروا في بناء مساكنهم، فلهذا فإن القرار الذي اتخذته رئيس بلدية أولاد فايت غير قانوني ويستلزم البطلان".<sup>2</sup>

## 2- عدم الملاءمة الظاهرة

لقد ذهب القضاء الإداري إلى توافر قرينة على الانحراف بالسلطة في حالة عدم الملاءمة الظاهرة بين المخالفة والجزاء، رغم أن الملاءمة هي جزء من صميم السلطة التقديرية التي تستقل بها الإدارة. وبهذا تجاوز القضاء، الرقابة التقليدية والتي كانت تقف عند حد فحص ما إذا كانت الوقائع المقدمة ضد صاحب الشأن تعد مبررا للجزاء التأديبي أم لا .

وعدم التناسب ليس دليلا قاطعا على الانحراف، ويلزم لتكوين الدليل القاطع على وجوده توافر قرائن أخرى، ولهذا فإنه يمكن الاستناد على هذه القرينة، لإثبات عدم مشروعية القرار الإداري لعب الغاية، وذلك في غير الحالات التي يمكن فيها إلغاء القرار لعب السبب أو المحل.<sup>3</sup>

والواقع أن اعتبار عدم التناسب بين الخطأ والجزاء قرينة على الانحراف بالسلطة، مرجعه أن هدف الجزاء تحقيق المصلحة العامة في تمكين الإدارة من القيام بعملها، ويكفي لتحقيق ذلك توقيع جزاء مناسباً على الموظف الذي يتجاوز حدود العمل الإداري، فالإسراف في كم الجزاء أو التخفيف منه لا يحقق تلك المصلحة العامة.

كما يجب الإشارة إلى العلاقة بين ركني الغاية والسبب في القرار الإداري في حالة السلطة التقديرية.

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. المرجع السابق، ص. 307. وما بعدها.

<sup>2</sup> - لحسين بن الشيخ أث ملوياً، المنتقى في قضاء مجلس الدولة. الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 109 وما بعدها.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. المرجع السابق، ص. 317 وما بعدها.

فمن الثابت أن الرقابة على الغاية في القرار الإداري قد تتضمن في ذات الوقت، الرقابة على ركن السبب فيه والعلاقة بينهما، والواقع أن القاضي الإداري إذا واجه سلطة تقديرية واسعة للإدارة بصدد ملاءمة ما، فإنه وإن كان يقوم فعلا برقابة جوانب الملاءمة إلا أنه لا يملك الحكم بإلغاء القرار لهذا السبب، أي لعدم الملاءمة. من هنا يلجأ القاضي إلى إثبات عدم الملاءمة، لأن ذلك يعد قرينة على عيب الغاية في القرار الإداري، فيكون هذا القرار - في تقدير القاضي - مشوبا بالانحراف بالسلطة.<sup>1</sup>

#### رابعاً: الإثبات من ظروف خارجة عن النزاع

لقد وصلت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في النصف الثاني من القرن العشرين، إلى الحد الأقصى من وسائل البحث عن عيب الانحراف بالسلطة التقديرية، حيث ذهب قضاؤه إلى البحث عن دليل الانحراف بالسلطة حتى في الظروف الخارجة عن النزاع، والتي لا تمت إلى النزاع المعروض بأية صلة مباشرة. كأن تكون الإدارة رفضت منح ترخيصها لأحد المواطنين لممارسة مهنة معينة في منطقة ما بدعوى عدم حاجة سكان المنطقة إلى تلك المهنة، ثم اتضح أنها منحت ترخيصاً لمواطن آخر لممارسة نفس المهنة في المنطقة ذاتها.

ففي قضية السيد Castaing رفض وزير الصحة العامة والسكان منح المدعي ترخيصاً بفتح صيدلية في منطقة الأبيار بمدينة الجزائر، وعندما طعن في قرار الوزير، أمام مجلس الدولة الفرنسي، قضى بإلغاء القرار المذكور بسبب الانحراف بالسلطة، وذلك عندما اكتشف المجلس أن الوزير بعد أن رفض طعن المدعي في 02/02/1950، وافق لصيدلي آخر في 07/12/1950 بفتح صيدلية في نفس المكان، كما وافق لصيدلي ثالث في 10/12/1955 مع أن احتياجات السكان لم تتغير خلال تلك الفترة.<sup>2</sup> و هكذا لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في الاستناد إلى وقائع ليست فقط خارجة عن ملف الدعوى كله، بل إلى وقائع وقعت بعد حدوث وقائع الدعوى بعدة سنوات.

ونحن نأمل أن يحذو مجلس الدولة الجزائري حذو المجلس الفرنسي في تلك النظرة الجدية والدقيقة والصالبة إلى وسائل إثبات الانحراف بالسلطة، حيث إن ذلك يتفق مع الدور الإيجابي الذي يجب أن يلعبه القاضي الإداري في الكشف عن أوجه عدم المشروعية، بحيث يبحث عنها في كل مكان، ولا يقتصر على أوراق الدعوى وحدها، واضعاً نصب عينيه أن المدعي في دعاوي الانحراف بالسلطة، يقف غالباً عاجزاً عن مواجهة الإدارة بسبب عدم قدرته على الحصول على الأدلة التي تثبت صحة دعواه، وعلى قضائنا الإداري أن يعينه في هذه المرحلة المهمة والعسيرة.

والخلاصة أن القضاء الإداري مستقر على أنه ليس للإدارة بصدد ركن الغاية أية سلطة تقديرية، وهي سلطة تكمن وتتحقق في ركن السبب والمحل فقط.

<sup>1</sup> - محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص. 280 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أحمد حافظ عطية نجم، المرجع السابق، ص. 88.

بالإضافة إلى العلاقة المتبادلة بين هذين الركنين وركن الغاية، وفي هذه الحالة فإن السلطة التقديرية للإدارة يتعين أن تتم ممارستها بهدف التوصل إلى القرار الملائم وفقا لموجبات المصلحة العامة، وبغير تعسف، وإن من أهم القرائن التي تثير الشبهة في هذا الصدد هي قرينة "عدم الملاءمة الظاهرة" هذا بالإضافة إلى القرائن الأخرى.

كما استقر الفقه والقضاء على أن رقابة القضاء لعيب الانحراف بالسلطة هي رقابة مشروعية وليست رقابة للجوانب الخلقية في سلوك الإدارة.

## المبحث الثاني

### الرقابة القضائية على العناصر الداخلية للسلطة التقديرية

يرتبط الإختصاص المقيد للإدارة بفكرة المشروعية ارتباطا وثيقا، ولذلك فإن الإدارة تخضع في ممارسته للرقابة القضائية، حيث أن مضمون الرقابة على أعمال الإدارة هو التحقق من مدى مراعاة الشروط التي تطلبها القانون، ويكون للقضاء بالتالي أن يبطل أعمال الإدارة غير المشروعة أي المخالفة لما نص عليه القانون.

وعندما يخول الإدارة سلطة تقديرية فإنه بذلك يترك لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها، وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء، على أساس أن القاضي الإداري هو قاضي المشروعية دون الملاءمة لأنه وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات إذا تعرض لبحث ملاءمة العمل الإداري يكون بهذا التصرف قد جعل من نفسه سلطة رئاسية على جهة الإدارة وتدخل في صميم عملها و حل محلها في مباشرة وظيفتها، مما يعد خروجاً صريحاً على مبدأ الفصل بين السلطات.<sup>1</sup>

و من ناحية أخرى يستحيل عملاً على القاضي أن يمارس سلطة الرقابة على ملاءمة التصرف الإداري نظراً لعدم إمامه بالوظيفة الإدارية، وبعده من حيث الزمان والمكان عن الظروف والملايسات التي تحيط بالإدارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية.

و لقد بينا سابقاً أن أبرز معالم السلطة التقديرية تتجسد في ركني السبب والمحل، وبالتالي فيهما يتجلى المجال الخصب لممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية.

و تمثل رقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري ومحله جانباً من أهم جوانب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، إذ يستطيع القضاء أن يتبين عن طريق فحصه لهذين الجانبين، مدى إحترام الإدارة لمبدأ المشروعية، وحسن تطبيق القانون.

فسبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تتم بعيداً عن رجل الإدارة فتوحي إليه باتخاذ قرار إداري.

أما محل القرار الإداري فيعني: "الأثر القانوني المباشر والحال المترتب عن صدور القرار الإداري، ويؤدي إلى إحداث تغيير في الهيكل القانوني السائد، وذلك عن طريق إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني كان قائماً وموجوداً".<sup>2</sup>

ويرى البعض أن السلطة التقديرية - إذا وجدت - فلا تدع محلاً لرقابة ما من جانب القضاء، ولكن مع التسليم بصحة هذا القول، إلا أنه ينقصه بعد التحديد، فالسلطة التقديرية تعني حرية الإدارة في اختيار الأسباب التي تبني عليها قرارها، فالسلطة التقديرية لا تعني السلطة المطلقة، فإذا اختارت الإدارة أن تتصرف، و

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. المرجع السابق، ص.106.

<sup>2</sup> - عمار عوادي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري. المرجع السابق، ص.76.

اختارت لقرارها سبب ما، فإن هذا السبب يجب أن يكون صحيحا، ويجب على القاضي الإداري أن يتحقق من صحة السبب ماديا - الوجود المادي للوقائع - وقانونا - التكييف القانوني للوقائع-، و لا جناح عليه إن فعل ذلك، فهو حتى فهذا المسلك يحترم السلطة التقديرية للإدارة في اختيار أسباب قرارها، وفي التصرف أو عدم التصرف عند وجود أسباب القرار، وكل ما في الأمر أنه إذا اختارت أن تتصرف فإن قرارها يجب أن يستند إلى سبب صحيح.<sup>1</sup>

وإذا كان القاضي قد انتهى إلى وجوب فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها الإدارة سببا لقرارها، وصحة تكييفها القانوني، فإن دور القاضي يجب أن يقف عند هذا الحد، فلا يتعداه إلى بحث مدى أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب، بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه، لأنه لو فعل ذلك، فإنه يعد خروجاً عن حدود مهمته كقاضي، إلى ممارسة السلطة الرئاسية على الإدارة العامة.<sup>2</sup>

وهو ما اعتنقته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها رقم 14417 المؤرخ في 18/03/1978، حيث قررت: "...أن لدى الإدارة سلطة تقديرية للتصرف حسب مشيئتها للعقوبة التأديبية التي تأمر بها نظرا لخطورة الخطيئة المرتكبة، وليس لدى القاضي الإداري الفاصل في قضية تجاوز السلطة تقدير أهمية العقوبة المتخذة من السلطة الإدارية ومدى مناسبتها لخطورة الخطيئة المسببة لها..."<sup>3</sup>

## المطلب الأول

### الرقابة على الوجود المادي للوقائع

إن دراسة الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع تقتضي منا أن نتطرق إلى: ماهية الرقابة على الوجود المادي للوقائع (الفرع الأول)، ثم سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: ماهية الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع

إن الرقابة على الوقائع لم تظهر طفرة واحدة بل مرت بتطورات طويلة، وهي من اكتشاف مجلس الدولة الفرنسي، هذا الأخير الذي لم يبسط رقابته على الوقائع إلا منذ تاريخ حديثا نسبيا، يرجع إلى أوائل القرن 20، أما قبل ذلك ولمدة طويلة فقد ظل المجلس يرفض بسط رقابته على الوقائع، قاصر هذه الرقابة على الجانب القانوني للنزاع، حيث استقرت سلطة مجلس الدولة في إجراء رقابته على تكييف الإدارة للوقائع بصدور مجموعة من الأحكام الشهيرة على رأسها حكم جومل GOMEL، الذي أصدره مجلس الدولة الفرنسي في 04 أبريل 1914.

<sup>1</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.796.

<sup>2</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.71.

<sup>3</sup> - أنظر حسن السيد بسبوني، دور القضاء في المنازعة الإدارية. عالم الكتب، القاهرة، 1971، ص.317.

غير أن قضاء المجلس قد تطور بعد ذلك، نحو مراقبة الوجود المادي للوقائع وذلك في جميع المجالات، متى كانت هذه الوقائع شرطا يلزم توافره لتدخل الإدارة، وقد استقر هذا القضاء نهائيا بصدور حكم كامينو CAMINO،<sup>1</sup> في 14 جانفي 1916.

ونلاحظ أنه حتى هذا التاريخ، فإن هذا المجلس إذا كان قد بسط رقابته على الوقائع إلا أن جميع الحالات التي قرر فيها ذلك كانت تدخل ضمن حالات السلطة المقيدة، بأن كانت هذه الوقائع شرطا استلزم المشرع تحققه لجواز تدخل الإدارة، ولذلك اعتبر المجلس بأن تخلف هذا الشرط يجعل القرار معيبا بعبء مخالفة القانون.<sup>2</sup>

ولكن قضاء المجلس لم يقف عند هذه الحدود، بل تجاوزها ليبسط رقابته على الوقائع التي تؤسس عليها الإدارة قرارها، وذلك حتى في الحالات السلطة التقديرية، أي في الحالات التي لا تلتزم الإدارة فيها، بأن تستند في قرارها إلى وقائع معينة، وكانت بداية هذا الاتجاه حكم مونو الصادر في 18 جوان 1907.<sup>3</sup> واستقر القضاء الإداري على أن الرقابة على الوجود المادي للسبب تمثل الحد الأدنى من الرقابة القضائية التي يبسطها القضاء الإداري على هذا الركن، سواء كانت سلطة الإدارة بصدده مقيدة أو تقديرية، فيكون القرار مشوبا بعبء السبب وقابلا للإلغاء إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية المادية.

ويشترط لصحة الوقائع التي تستند إليها الإدارة في إصدار قرارها، أن تكون **محقة الوجود وقائمة حتى تاريخ إصدار القرار الإداري**، فيجب أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها قد وقعت فعلا، أي يجب أن يكون سبب القرار صحيحا من الناحية المادية و الواقعية، وإلا كان القرار معيبا في سببه. وهذا ما يؤكد قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 56705 الصادر في 1988/10/22 " من المبادئ المستقر عليها في القانون الإداري أن القرارات الإدارية تتخذ بناء على اعتبارات قانونية، وليس على اعتبارات متعلقة بالواقع، ومن ثم فإن المقرر المطعون فيه المبني أساسا على ردود الفعل والتساؤلات التي من شأنها أن تمس بسمعة الإدارة، و الذي سحب المقررين السابقين الذين أكسبا حقوق للطاعنين يعد مشوبا

<sup>1</sup> -M. Long, et Autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, Paris, 1999. P.179, et Suivantes.

<sup>2</sup> -Alain Moyrand ,OP.Cit., P.164., Et Voir : Gustave Peiser, Contentieux administratif. Dalloz, 11<sup>e</sup> édition, Paris, 1999, P.189, Et Voir aussi : René Chapue, Droit administratif général. Tome 01, Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, Paris, 1995, P.920.

وأنظر كذلك محسن خليل، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص.125.

<sup>3</sup> - Georges Vedel, « La soumission de l'administration à la loi ». Partie 02, OP.Cit., P.167, et Voir aussi :

عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة » الجزء الأول، مجلة العلوم الإدارية، السنة 37، العدد 02، القاهرة، ديسمبر 1995، ص.115.

بعيب تجاوز السلطة.<sup>1</sup>

وهذا ما قضى به كذلك مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 1999/02/01 في قضية والي ولاية تلمسان ضد (ب.م.) حيث مما جاء في نص القرار: "حيث أن الاستئناف يهدف إلى إلغاء القرار المستأنف فيه، والقضاء من جديد برفض دعوى المدعي الرامية إلى إلغاء القرار الولائي المتضمن عزله من المستثمرة الفلاحية.

و استند الاستئناف على أنه بعد تحريات عميقة ودقيقة من طرف مؤسسات الدولة بما فيها السلطات الأمنية والإدارية، اتضح أن المستأنف عليه كان له سلوك معادي للثورة أثناء الحرب التحريرية. ولكن حيث أن القرار الولائي موضوع الدعوى جاء غير معلل ومدعم بأدلة كافية على ما ينسبه إلى المستأنف عليه، مما يجعله منعدم الأساس ...

حيث أن الاستئناف إذن غير مؤسس، ويتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف.<sup>2</sup>

فمجلس الدولة الجزائري قال بوجود عيب السبب، وأن ما تدعيه الإدارة من وجود تحريات عميقة قامت بها مصالح الأمن والإدارة، لا أساس لها من الصحة، مادامت هذه الأخيرة لم تحدد ما إذا كانت هناك شهادة لشهود عيان يثبتون تورط المستأنف عليه أثناء الثورة التحريرية، كما لم تحدد الإدارة من هي السلطات التي قامت بتلك التحريات وما هي المحاضر المحررة من طرفها، وبهذا فإن كل المبررات والأسباب التي استندت عليها تعد في حكم العدم وهي مجرد أقاويل لا تصلح كسبب لإصدار القرار الإداري.

و نفس الأمر نجده بالنسبة لحكم المجلس الأعلى-الغرفة الإدارية- في قراره الصادر في 1987/06/06، حيث جاء فيه: "من المقرر قضاء، أن الإدارة لا تستطيع الاحتجاج بغلطها لإعادة النظر في وضعية مكتسبة للغير، ومن ثم فإن القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعد مشوباً بعيب تجاوز السلطة.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن استفاد بموجب مقرر صادر عن المجلس الشعبي البلدي بقطعة الأرض المتنازع فيها مؤرخ في 1978/09/02، فإن القرارات الصادرة من نفس الإدارة بعد المقرر الأول المتضمن سحب المقرر الأول وتقليص مساحة القطعة الأرضية ومنحها للغير، بالرغم من أن الطاعن استفاد من رخصة البناء وشيد على ضوئها مسكناً وجداراً محيط بقطعة الأرض الممنوحة له تكون مشوبة بعيب تجاوز السلطة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 56705 الصادر في 1988/10/22، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص.143.

<sup>2</sup> - لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة. الجزء الأول، المرجع السابق، ص.25 وما بعدها.

<sup>3</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 53922 الصادر في 1987/06/06، المجلة القضائية. العدد 04، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص.171.

مما يلاحظ في هذه القضية أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى حكمت بإلغاء القرار السابق لكونه معيب بعيب انعدام الأسباب، حيث أن المقرر المطعون فيه والمقررات المكتملة له اكتفت بإبطال حق عيني اكتسبه الطاعن بدون تقديم أي سبب قانوني.

فاحتجاج الإدارة بغلطها لإعادة النظر في وضعية مكتسبة للغير لا تكفي ولا ترقى إلى مستوى السبب القانوني الذي يبرر اتخاذ القرار الإداري.

ومن ناحية ثانية يجب أن تكون الوقائع التي تكون ركن السبب قد استمرت حتى صدور القرار، وبناء على ذلك إذا تحقق السبب ولكنه زال فيما بعد قبل إصدار القرار فإن القرار يكون معيبا في سببه.

كذلك لا يعتد بالسبب الذي لم يكن موجودا لحظة صدور القرار ولكنه تحقق في ميعاد لاحق على صدوره، لأن العبرة هي بوقت صدور القرار، حيث أن السبب لم يكن قائما وقتها فلا يجدي في إسناده وتأسيسه ظهور السبب فيما بعد.<sup>1</sup>

وكذلك من بين تطبيقات مجلس الدولة الجزائري لفكرة انعدام الأسباب قراره الصادر في 2000/01/31 في قضية والي ولاية مستغانم ضد الجمعية المسماة منتجي الحليب، حيث مما جاء في أسباب هذا القرار ما يلي: "حيث أن العارضة (ولاية مستغانم) تقرر أنها سلمت إلى المستأنف عليه وصل ملف تأسيس الجمعية المسماة منتجي الحليب وهذا بتاريخ 1995/01/31.

وحيث بتاريخ 1996/04/15 أصدر العارض مقرا يقضي في مادته الأولى ما يلي: يتم توقيف نشاطات الجمعية .. لمدة ستة أشهر.

وحيث أن هذا المقرر الولائي أتخذ على إثر الرأي غير الموافق الذي منحه مصالح الأمن الولائية بعد التحقيق الإداري بالتنسيق مع مصالح الولاية والمبني على أن سلوك بعض أعضاء الجمعية مخل بالنظام العام والآداب العامة وأن بعضهم كانوا مسبوقين قضائيا.

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

وحيث بالفعل بالرجوع إلى المقرر موضوع الاستئناف لم يذكر ضمن طياته سبب اتخاذ قرار إلغاء مقرره حتى يتسنى للمستأنف عليه من الإطلاع عليه وإبداء ملاحظاته بشأنه وهو الحق المكرس دستوريا وقانونيا باعتباره حقا من حقوق الدفاع ..<sup>2</sup>

كما يشترط ثانيا في الوقائع المادية أن تكون محددة ومن ثم يعتبر القرار الإداري المبني على أسباب عامة أو غامضة خاليا من الأسباب، وفي الحقيقة إن هذا الشرط لا يمكن إعماله إلا بالنسبة لقرارات الإدارة التي

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. المرجع السابق، ص. 206.

<sup>2</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة . الجزء الثاني، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر، 2004، ص. 193 وما بعدها .

يشترط المشرع ضرورة تسببها أي في ظل السلطة المقيدة كالقرارات التأديبية أو القرارات الصادرة برفض منح ترخيص .

ولقد أكدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في الجزائر على هذا الشرط حيث قضت بأنه: " من المقرر قانونا أن دراسة الملف الكامل لطلب رخصة البناء تتم في أربعة أشهر على الأكثر ابتداء من التاريخ الذي تستلم فيه الإدارة المعنية الملف المذكور وتعطي الإدارة لصاحب الطلب وصل بذلك وتمنح رخصة البناء أو ترفض صراحة خلال المهلة المحددة أعلاه.

و من ثم فإن رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانونا يعد تجاوز للسلطة.<sup>1</sup>

وكذلك قرارها المتعلق بمنح رخصة البناء والذي قضى فيه: "يتعين على الإدارة معاينة وفحص ما إذا كان البناء من شأنه أن يلحق خطورة بالصحة العامة أو الأمن العام أو يمس بالنظام العام وذلك لرفض إعطاء رخصة البناء أو الاكتفاء بالنص على وجوب إتباع شرط خاص.<sup>2</sup>

حيث قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى - مجلس الدولة حاليا- ببطلان قرار رئيس بلدية بئر مراد رابيس لأن الأسباب التي استند إليها لم تكن محددة بل كانت غامضة ومبهمة مما عرض قراره للإلغاء استنادا لإعمال هذا الشرط .

ويشترط أخيرا في الوقائع المادية لركن السبب أن تكون **مشروعة وصحيحة قانونا وجديّة**، فإذا تبين أن الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها هي وقائع غير صحيحة كان قرارها غير مشروع لانتفاء السبب وعدم جدية الوقائع التي استندت إليها الإدارة من الناحية المادية.<sup>3</sup>

ولقد راعت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى هذا الشرط وأبطلت الكثير من القرارات الإدارية استنادا لعدم صحة وقائعها، حيث قضت في أحد قراراتها بما يلي: "متى اتخذت الإدارة قرارا معيناً كان يتعين عليها التأكد من أن الشخص المعني به حيا غير متوفى، وأنه مالك بالإنفراد لجميع الحقوق التي تناولها القرار، فإن القرار بوضع عقار تحت حماية الدولة تابع في جزئه لشخص متوفى يعتبر قرارا مشوبا بعيب تجاوز السلطة لتعارضه مع حقوق تابعة للمالكين غير مذكورين صراحة به مما يستوجب البطلان.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 68240 الصادر في 28/07/1990، المجلة القضائية، العدد 01، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص.153.

<sup>2</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 22236 الصادر في 11/07/1987، نشرة القضاة، العدد 01، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1987، ص.196.

<sup>3</sup> - إعاد علي حمود القيسي، المرجع السابق، ص.223، وأنظر رياض عيسى، «دعوى الإلغاء في الجزائر». مجلة الحقوق، السنة 13، العدد 04، الكويت، ديسمبر 1989، ص.ص.81.82.

<sup>4</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 28561، الصادر في 11/12/1981، المجلة القضائية، العدد 03، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1989، ص.175.

وهكذا يترتب على عدم توافر هذه الشروط اعتبار القرار الإداري مخالفا للقانون في سببه، إلا أنه يجب ملاحظة أن نطاق الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع لا تختلف بحيث ما إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة أو تقديرية، فأعتقد أن البحث في مدى صحة الوقائع من الناحية المادية يجب ألا يتضمن أي قدر من السلطة التقديرية، فسلطة القضاء الإداري في هذا البحث تتساوى في اتساعها مع سلطة الإدارة تماما، بمعنى هنا يكون لفقهاء الإدارة سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى صحة هذه الوقائع ماديا، فالأمر لا يتعلق بحرية الإدارة في التصرف حتى يمكن الكلام أو التحدث عن سلطة تقديرية تترك لها، وإنما يتعلق بتقرير الحقائق كما حدثت في الحياة وليس في هذا سلطة تقديرية وأخرى مقيدة، أما ما يجب عمله إزاء هذه الحقائق فهو مجال للسلطة التقديرية والسلطة المقيدة على السواء.

### الفرع الثاني: سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع

إن الرقابة على الوقائع المادية في ركن السبب تثير التساؤل حول حكم القرار الذي يعيبه بعض أسبابه وإن صحت الأسباب الأخرى، وذلك في حالة تعدد الأسباب التي استند إليها القرار الإداري وهو ما يتحقق غالبا في ظل السلطة التقديرية، وكذلك حول مدى إمكانية تصحيح السبب في القرار الإداري بإحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطيء، كما يمكن أن يثار في مجال الرقابة القضائية على ركن السبب في ظل السلطة التقديرية مدى سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب.

### أولا: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في حالة تعدد الأسباب

إذا تبين للقاضي الإداري أثناء قيامه بفحص الوجود المادي والقانوني لركن السبب في القرار الإداري عدم صحة بعض الأسباب التي أسست الإدارة عليها قرارها وصحة البعض الآخر، بما يكفي لتبرير إصدار القرار والإستناد إليها، فإن ذلك لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري لعيب السبب، وذلك إذا اتضح له أن الأسباب المعيبة لم تلعب إلا دور ثانويا في إصدار القرار مما يقتضي من القاضي التفرقة بين الأسباب الرئيسية أو الدافعة والأسباب الثانوية أو الزائدة.\*

ولكن متى نقول هذه الأسباب بالذات زائدة أو ثانوية؟

يرى معظم الفقه أن الأسباب الزائدة هي الأسباب التي ما كان غيابها ليؤخر أو أن يمنع إصدار القرار الإداري أي أنها لو وجدت أو غابت فإنه سيصدر على أي حال، وهذا المعيار يؤدي بالقضاء الإداري في كثير من الأحيان إلى القيام بأبحاث دقيقة قد تصل حتى إلى تحليل قصد مصدر القرار نفسه.

ومن الواضح أن استخلاص الطابع الدافع أو الثانوي يتطلب من القاضي القيام بعملية تقدير دقيقة، وهو يمارس في هذا المجال قدرا من حرية التقدير والتصرف أوسع من القدر الذي يملكه عادة بالنسبة لأوجه من الطعن بالإلغاء الأخرى، والتي تؤدي إلى إلغاء القرار عند ثبوت عدم صحة أو قانونية العنصر المطعون فيه

\* - مع ملاحظة أنه بالنسبة لعيب الشكل يأخذ القضاء بتفرقة مماثلة، حيث يميز بين الأشكال الجوهرية التي يترتب على إغفالها إلغاء القرار وبين الأشكال الثانوية التي يظل القرار في ظلها صحيحا رغما إغفالها.

من القرار.<sup>1</sup>

والأصل أن جميع الأسباب التي تستند إليها الإدارة تعتبر أسباب رئيسية بحيث يكفي عدم صحة بعضها لإبطال القرار.

ولذا فإن الطابع الثانوي للسبب يجب أن يظهر بوضوح من عبارات القرار نفسه أو من الأوراق التي يضمها ملف الدعوى كما يقول الدكتور محمد حسنين عبد العال.<sup>2</sup> أما في الحالات التي لا يتبين فيها بوضوح أن الأسباب المعيبة كانت ثانوية الأهمية، فإنه أخذاً بالقاعدة العامة يلغي القرار الإداري بمجرد عدم صحة أحد أسبابه، حيث يفترض أن الأسباب جميعها كانت رئيسية ودافعة لإصدار القرار.<sup>3</sup>

### ثانياً: سلطة القاضي الإداري في تصحيح الأسباب

قد يحدث أن يتبين للقضاء أن الأسباب التي بنى عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير صحيحة إلا أن هناك أسباب أخرى يمكن الاستناد إليها لتبرير القرار محل الطعن، فهل يجوز للقاضي الإداري أن يصحح قرار إداري بإحلال السبب الصحيح محل السبب غير الصحيح الذي استندت إليه الإدارة؟ بمعنى أنه قد تستند الإدارة في قرارها إلى سبب خاطئ لا يصلح لتأسيسه، ومع ذلك يتمتع القضاء عن إلغاء القرار ويقوم بالبحث عن سبب صحيح يصلح سنداً للقرار بدلاً من السبب المعيب الذي ذكرته الإدارة. وهناك فارق بين الحالة الأولى التي تناولناها سابقاً - حالة تعدد الأسباب - حيث يقوم القاضي بتحديد ما يعد ثانوياً أو دافعاً من بين أسباب القرار وبين هذه الحالة - حالة تصحيح الأسباب - ففي الحالة الأولى تقتصر مهمة القاضي على البحث بين الأسباب التي تمسكت بها الإدارة عما يصلح لتأسيس القرار الإداري، بينما في الحالة الثانية وهي حالة إحلال الأسباب فإن السبب الصحيح الذي يقوم القاضي بتأسيس القرار عليه هو سبب لم تذكره الإدارة ولم تنتبه إليه.<sup>4</sup>

والأصل أن هذه السلطة لا يملكها القاضي الإداري الذي تقتصر سلطته على فحص أسباب القرار والحكم بإلغائه عند ثبوت عدم مشروعيته وذلك أن تخويل القاضي حق اكتشاف أسباب جديدة للقرار لم تذكرها الإدارة، وإحلال هذه الأسباب محل تلك التي تمسكت بها الإدارة يتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات كما يقول الدكتور محمد حسنين عبد العال .

ونحن نتفق معه فيما ذهب إليه إذ أن القاضي سيقوم بإحلال تقديره محل تقدير الإدارة مما يعد ممارسة لعمل من أعمال الإدارة العامة، مما يؤدي إلى إهدار حقوق وحرقات الأفراد واختفاء الضمانات التي يوفرها المشرع للأفراد للطعن بتجاوز السلطة، فمادامت الإدارة هي بصدد الاختيار بين حلول عديدة، وجاء تقديرها

<sup>1</sup> - Gustave Peiser ,OP.Cit., P.184.

<sup>2</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.85.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. المرجع السابق، ص.212.

<sup>4</sup> - سعيد الحكيم، المرجع السابق، ص.151.

مبنيا على خطأ، كأن تعطي لقرارها مضمونا معيناً وتؤسسه على سبب معين، فإن لكل فرد توافرت فيه الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية اللجوء إلى القضاء طالبا إلغاء ذلك القرار، فهذه الضمانة لا يمكن توفيرها للأفراد إذا سلمنا بسلطة القاضي في إحلال الأسباب. وهذا المسلك - إحلال الأسباب - وإن كان تطبيقه جائزا في مجال السلطة المقيدة إلا أنه لا يمكن تصوره كما قلنا في السلطة التقديرية.

وإن كان القضاء الإداري يقصر نطاق إحلال الأسباب على الحالات التي تمارس فيها الإدارة اختصاصها المقيد، بحيث يتمتع عن القيام بهذا الدور في حالات الإختصاص التقديري فإن تطور القضاء الإداري قد انتهى إلى إقرار للقاضي الإداري في الحالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية، بالحق في إحلال الأساس القانوني للقرار أي السند أو النص القانوني الذي أقامت عليه الإدارة قرارها، بمعنى أن القاضي هنا يقوم بإحلال الأساس القانوني السليم للقرار الإداري محل ذلك النص الذي استندت إليه والذي لا يصلح لتأسيس قرارها.<sup>1</sup>

### ثالثا: سلطة القاضي في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب

المسلم به أن الإدارة ليست ملزمة بأن تذكر سبب تدخلها إلا حيث يحتم عليها القانون ذلك، فيصبح السبب عنصر من العناصر الشكلية الجوهرية التي يترتب على إغفاله بطلان القرار من ناحية ركن الشكل. غير أنه حتى ولو صدر القرار الإداري خالي من ذكر الأسباب فيجب أن يكون مستندا في الواقع إلى دوافع قامت لدى الإدارة حيث أصدرته و إلا كان القرار باطلا، لفقدانه ركنا أساسيا هو سبب ومبرر إصداره.<sup>2</sup> ويرى الدكتور محمد حسنين عبد العال، أن عدم التزام الإدارة بتسبيب قرارها، ليس من شأنه أن يضعف أو يقلل من إمكانيات الرقابة القضائية على السبب، حيث أن التفسير السليم لقاعدة عدم التزام الإدارة بالتسبيب هو سلامة القرار من عيب الشكل الناتج من عدم التسبيب، ولا تعني إعفاء الإدارة من الالتزام بالإفصاح عن سبب قرارها للقاضي، فهذا الالتزام الذي يتولد عن الرقابة القضائية هو شرط لا غنى عنه لممارسة هذه الرقابة.

فإذا كان القرار الإداري يفترض فيه عند خلوه من ذكر أسبابه، أنه صدر استنادا إلى أسباب صحيحة إلى أن يثبت عكس ذلك، فإن هذه القرينة لا تجد سندها في القاعدة الشكلية السابقة، التي لا تلزم الإدارة بالتسبيب، فهذه القاعدة لا تنصرف إلى شكل القرار وحده، وإنما تجد قرينة صحة السبب، سندها بوصفها تطبيقا للقاعدة العامة في افتراض مشروعية سائر أركان القرار الإداري إلى أن يثبت العكس، ولا يستقل ركن السبب وحده بقرينة المشروعية هذه، فقرينة صحة السبب لا تستند إلى قاعدة عدم التزام الإدارة بالتسبيب، وإنما إلى الأصل العام في افتراض مشروعية سائر أركان القرار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.90.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.792.

<sup>3</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.809.

وحرية الإدارة في اختيار سبب تدخلها، إذا لم يحدد المشرع سببا بعينه لا تعني حرية الإدارة المطلقة في هذا الصدد، بل يتعين أن تختار السبب الذي من شأنه أن يبرر تدخلها، ويعرض القضاء باستمرار على تحديد الشروط التي يجب توافرها في الأسباب التي تستند إليها الإدارة في تدخلها.

وهذا ما أكدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى حيث نصت على أنه: "متى كان من المقرر أنه يجوز للإدارة رفض تسليم جواز السفر أو رفض تمديد أجله للمواطنين الجزائريين إذا ما رأت أن تنقلهم إلى الخارج من شأنه أن يمس بالنظام العام وهذا دون أن تكون ملزمة بتوضيح أسباب رفضها، ودون أن يكون تقديرها هذا قابلا للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة، غير أنه إذا سببت الإدارة رفضها بتطبيق أحكام المادة 11 من الأمر رقم 77/01 الصادر بتاريخ 1977/01/23 فإن عليها أن تلتزم بالتطبيق القانوني الصحيح لنص هذه المادة و إلا تعرض قرارها للإبطال.."

إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن حكم عليه بعقوبة أدنى من تلك المنصوص عليها في أحكام المادة السالفة الذكر، ومع ذلك فإن الإدارة سببت لرفضها تسليم جواز سفر له، تأسيسا على أحكام المادة المشار إليها أعلاه، فإنها بهذا التسبب لم تلتزم بالتطبيق القانوني الصحيح لها وأخطأت عندما رفضت طلب الطاعن.<sup>1</sup>

ونشير إلى أن الإدارة في القضاء الإداري الجزائري مبدئيا غير ملزمة بإعطاء أسباب لقرارها، وهذا ما يؤكد قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في حكمها الصادر في 11 جوان 1965: "ليس على الإدارة أي التزام بالرد على الطلبات التي قدمت إليها، ولا ملزمة حتى وفي هذه الحالة بأن تسبب قراراتها."

كما قد يلزم المشرع الإدارة بضرورة تسبب قراراتها في بعض الحالات مثل الأمر الصادر في 26 سبتمبر 1975 المتعلق برخص البناء وتقسيم الأراضي الذي ينص في مادته 02/10 " إن القرار المتخذ من طرف السلطة المختصة يجب أن يكون مسببا عندما يرفض التصريح أو يتضمن تحفظات."<sup>2</sup>

و إذا كان الأصل العام أن الإدارة لا تلتزم بتضمين قرارها الأسباب التي استندت إليها، ما لم يلزمها القانون بذلك، فإن الرقابة التي يمارسها القضاء للتحقق من الوجود المادي والقانوني للسبب، تقتضي أن يكون القاضي ملما بسبب القرار حتى يستطيع بسط رقابته عليه.

فإذا كنا بصدد سلطة تقديرية للإدارة ولم نشأ أن تفصح عن سبب قرارها، فهنا يثور التساؤل حول مدى سلطة القاضي في إلزام الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها.

وحتى نستطيع أن ندرك سلطة القاضي الإداري في هذا المجال، يجب أن نشير إلى أنه إذا كانت القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن يقوم الطاعن بإثبات عدم مشروعية القرار، فإن هذه القاعدة يجب ألا تعمل على إطلاقها في مجال دعوى الإلغاء لأن الإدارة - في ظل السلطة التقديرية - إذا التزمت جانب الصمت ولم

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 38541 الصادر بتاريخ 1984/12/29، المجلة القضائية، العدد 04، تصدر عن قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1989، ص.227.

<sup>2</sup> - أحمد محيو، المرجع السابق، ص.195.

تفصح عن سبب قرارها، فإن المدعي قد يجد نفسه في كثير من الحالات عاجزا عن إثبات عدم مشروعية السبب الذي استندت إليه الإدارة.<sup>1</sup>

غير أنه من ناحية أخرى يجب ألا نغفل دور القاضي الإداري الإيجابي في توجيه الإجراءات، فمن مميزات المنازعة الإدارية في القضاء الإداري الجزائي أن إجراءاتها ذات طابع تحقيقي ومكتوب يلعب فيها القاضي والمستشار المقرر نفس الدور الذي يلعبه قاضي التحقيق في الدعوى الجزائية.

فلا يمكن أن يكتفي بما يقدمه له الأطراف كما هو الحال بالنسبة للقاضي المدني مثلا، بل يجب عليه توجيه الأطراف، وأن يأمر بأي إجراء يراه ضروريا تلقائيا لأنه يلعب دورا إيجابيا، ويتحكم في إدارة النزاع، ويهيئ الملف ليكون جاهزا للفصل فيه طبقا للقانون، كما يفعل قاضي التحقيق لجمع الأدلة لإثبات التهمة أو نفيها، وقد وضحت المادة 170 من قانون الإجراءات المدنية هذا الدور وأكدت عليه المحكمة العليا - الغرفة الإدارية- في قرارها رقم 57024 الصادر بتاريخ 14 جانفي 1989، بقولها: "من المستقر عليه قضاء أن المادة 220 من ق.إ.م. لا تجد عمليا ما يبرر تطبيقها في المجال الإداري مادامت الإجراءات تكتسي طابع التحري والتحقيق ويتولى الإشراف عليها قاض يتمتع بحرية التصرف اتجاه هذه الإجراءات، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون يستوجب إلغاء القرار المطعون فيه."<sup>2</sup>

وبهذا فالقاضي الإداري بخلاف القاضي المدني يملك حق توجيه الإجراءات حتى يتمكن من تكوين اقتناعه وتهيئة القضية للفصل فيها، وهذا الدور الإيجابي يمكنه من أن يتدخل لتخفيف عبء الإثبات عن عاتق المدعي وذلك بمطالبة الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها، وتقديم كل المستندات التي يقدر القاضي لزومها لتكوين رأيه في النزاع وإلا أصبحت الرقابة التي يمارسها على أسباب القرار الإداري رقابة وهمية أو صورية.

## المطلب الثاني

### الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

بعد أن ثبت للقاضي في حال رقابته على سبب القرار الإداري أن الوقائع المادية التي أسس عليها هذا القرار قائمة وصحيحة، فإنه ينتقل إلى المرحلة الثانية لرقابة السبب والتي تنصب على التأكد من سلامة التكييف أو الوصف القانوني الذي أسبغته الإدارة على هذه الوقائع، فإذا كان هذا الوصف سليما من الناحية القانونية كان القرار الذي استند إليه صحيحا.

<sup>1</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.92.

<sup>2</sup> - لمزيد من التفصيل حول دور القاضي الإداري في تهيئة القضية للفصل أنظر: وزارة العدل، «صلاحيات القاضي على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا». نشرة القضاة، العدد 54، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص.178 وما بعدها.

وتقتضي دراسة هذا العنصر أن نتطرق إلى:

- مفهوم التكييف القانوني للوقائع وطبيعة الرقابة القضائية عليه.

- استثناءات الرقابة القضائية على التكييف القانوني للوقائع.

### الفرع الأول: مفهوم التكييف القانوني للوقائع وطبيعة الرقابة القضائية عليه

سنتناول في هذا العنصر، مفهوم التكييف القانوني للوقائع أولاً، ثم الطبيعة القانونية للرقابة القضائية عليه.

#### أولاً: مفهوم التكييف القانوني للوقائع

المسلم به أن الوقائع هي مدار كل منازعة، وتدور حولها الرقابة الموضوعية على القرار الإداري، لذلك فإنه من الأهمية بمكان إعطاء الواقعة، أو الوقائع الثابتة لدى رجل الإدارة، اسماً أو عنواناً يحدد وصفها داخل نطاق قاعدة القانون، وهذا هو التكييف القانوني.

فالتكييف القانوني هو إلحاق حالة واقعية بمبدأ قانوني، وذلك بتصنيف هذه الواقعة وردها إلى الفئة

القانونية التي تنطبق عليها.<sup>1</sup>

فالتكييف إذاً هو إخضاع الواقع لقاعدة قانونية معينة، أو "هو إدراج حالة واقعية داخل إطار فكرة قانونية"<sup>2</sup> وإذا كانت عملية التكييف القانوني تقتضي إجراء مقابلة بين الحالة الواقعية ونصوص القانون، فإنه يجب ألا نخفل ما تتضمنه هذه العملية من جهد فكري كبير يبنى بها عن أن تكون مجرد عمل آلي يتم بملاحظة مطابقة الوقائع للنصوص.<sup>3</sup>

ويرى العميد فيدل أن عملية التكييف تقتضي من القائم بها جهداً مزدوجاً في خصوص عنصر الوقائع والقانون، فبالنسبة لعنصر القانون نلاحظ أنه مهما بلغت درجة تحديد النصوص التشريعية أو اللائحية في تعريفها للوقائع، فإن هذه النصوص تظل تتسم بالعمومية والتجريد وعلى من يقوم بالتكييف أن يسعى للتوصل إلى استخلاص قاعدة تطبيقية من هذا النص العام والمجرد، وهو يتوصل إلى ذلك عن طريق تخصيص النص أي إعطائه معنى أكثر تحديداً وأقل عمومية .

وأما بالنسبة لعنصر الواقع فإنه على العكس يجب العمل على تجريد الحالة الواقعية والعمل على رفع الواقعة المادية الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون وذلك عن طريق إغفال كل العناصر عديمة الجدوى، وهكذا فإنه "عن طريق تخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية يمكن التوصل إلى قيام التطابق بينها."<sup>4</sup> و الرقابة على التكييف القانوني للوقائع بدأت في مجال السلطة المقيدة، حيث الوقائع تعد شرطاً لتدخل الإدارة، مثل توافر الصفة التعليمية في نشاط الجمعية، حتى يحق لوزير الداخلية حلها.

<sup>1</sup>-Marie-christine Rouault, Droit administratif. Gualino éditeur, Paris, 2001.P.269.

<sup>2</sup>- زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري. دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص.14.

<sup>3</sup>- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. المرجع السابق، ص.236.

<sup>4</sup>- سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص.263.

وكان فاتحة رقابة مجلس الدولة الفرنسي على التكييف القانوني في مجال السلطة التقديرية للإدارة، حكم جومل Gomel في 04 أبريل 1914.<sup>1</sup>

ففي هذا الحكم قرر مجلس الدولة الفرنسي، "أن له أن يتحقق مما إذا كان موقع المبنى المزمع بنائه يدخل في أحد المعالم التذكارية أم لا."

ومنذ حكم جومل، ويجري مجلس الدولة الفرنسي رقابة التكييف القانوني للوقائع.<sup>2</sup> وهكذا يراقب القاضي الإداري بطريقة مستمرة، الطبيعة الفنية والجمالية للمنشآت التذكارية والمواقع، والطابع الأخلاقي لفيلم، وما إذا كان أحد الأطباء حدد أتعابه بذوق ولياقة.

و لقد أرسى القضاء الإداري الجزائري أسس هذه الرقابة و ذلك في كل حالة تخضع فيها سلطة الإدارة في اتخاذ قرار معين إلى ضرورة توافر شروط واقعية معينة ينص عليها القانون، بحيث يحق للقاضي الإداري في هذه الحالة أن يراقب إلى جانب الوجود المادي لهذه الوقائع، التكييف القانوني الذي تضيفه الإدارة عليها ليتحقق من أنها تتدرج فعلا داخل إطار الفكرة القانونية التي تضمنها النص، و هو ما يعني الرقابة على تقدير الإدارة لمدى توافر الوصف القانوني في الوقائع التي استند إليها القرار.

و من أهم تطبيقات الرقابة على التكييف القانوني للوقائع في القضاء الإداري الجزائري ما يلي:

#### 1-القرارات المتعلقة بالتأميم

فالغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ألغت العديد من القرارات الإدارية لعدم صحة التكييف القانوني للوقائع المستندة إليها، منها قرارها الصادر في قضية تومارون THOMARON، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ الجزائر أصدر قرارا بتأميم أملاك السيد تومارون تطبيقا للمرسوم الصادر في 1963/10/01 المتعلق بتأميم الإستغلالات الزراعية العائدة لأجانب إلا أن الأملاك هنا هي مخصصة للاستعمال السكني، و هنا ألغى المجلس الأعلى قرار محافظ الجزائر لوجود خطأ في التكييف القانوني للوقائع و الذي صححه القاضي بإلغاء قرار المحافظ.<sup>3</sup>

كما ألغى المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - قرارا مماثلا، تم إصداره من وزير الفلاحة حيث استند على نفس المرسوم الصادر في 1963/10/01 لاتخاذ عقوبات في مواجهة الصندوق المركزي لإعادة التأمين والتعاضد الفلاحي (CCRMA) إلا أنه على الرغم من أنشطة الصندوق تتعلق بالقطاع الفلاحي إلا أنها لا

<sup>1</sup> -M.Long, et Autres, Op.Cit., P.170. Et Suivantes.

<sup>2</sup> -Alain Moyrand,OP.Cit., P.165, Et Voir René Chapus, OP.Cit., P.P.917.918.

وأنظر أيضا جورج فوديل، بياردلقولقيه، القانون الإداري. الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص.240.

<sup>3</sup> - H.Bouchahda, R.Khelloufi, Recueil d'arrêts jurisprudence administrative. Office publications universitaire, Alger, 1979, P.9.

تدخل في ضمن الإستغلالات الزراعية وبالتالي فمن الخطأ تطبيق المرسوم المشار إليه، وبالتالي إلغاء المجلس الأعلى لهذا القرار كان نتيجة عدم صحة التكييف القانوني للوقائع.<sup>1</sup>

## 2-القرارات المتعلقة بنزع الملكية

كذلك استقر قضاء المجلس الأعلى على إلغاء كل القرارات الإدارية المشوبة بخطأ في التكييف القانوني، منها قراره الصادر في قضية فريق (ع) ضد والي ولاية تيزي وزو، حيث قضى بأنه: "من المقرر قانوناً أن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يعود للأشخاص العامة المعنوية ومختلف الهيئات في إطار إنجاز عمليات معينة طبقاً لما هو محدد فيهما لأجل المنفعة العمومية، ومن ثم فإن هذه الطريقة في اكتساب العقارات أو الحقوق العينية العقارية لا تستخدم إلا في فائدة الكيانات القانونية الأنفة الذكر وليس لصالح هيئات المدولة بها.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قرار والي تيزي وزو نص على أن المستفيد من إجراء نزع الملكية هو المجلس الشعبي البلدي، فإن بالنص على استفاضة مقررة لصالح هيئة تداولية اشتمل على خطأ قانوني...ومتى كان كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه بالبطلان.<sup>2</sup>

و من العرض السابق يظهر لنا بوضوح مدى اتساع سلطات القاضي الإداري في رقابته على صحة تكييف الإدارة للوقائع، وشمول هذه الرقابة لغالبية صور القرارات الإدارية، بحيث أصبحت تمثل رقابة الحد الأدنى التي يمارسها القضاء في الطعن بمجاوزة السلطة.

### ثانياً: الطبيعة القانونية لرقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع

إستناداً إلى ما سبق، ثار تساؤل حول طبيعة الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري عند تصديده لفحص تكييف الإدارة للوقائع، فهل هي رقابة مشروعية أم رقابة ملائمة؟

ذهب العميد هوريو في تعليقه على حكم جومل، إلى أن هذا الاتجاه في قضاء المجلس يجعل دور القاضي في دعوى الإلغاء يتعدى مجرد فحص الشرعية ليشمل إلى جانبها ممارسة نوع من الرقابة الخلقية على أعمال الإدارة.<sup>3</sup>

بحيث يصبح تجاوز السلطة نوعاً من الخطأ الوظيفي يتم بالمخالفة ليس فقط للقانون، وإنما أيضاً لأداب الوظيفة ومثلها، التي يتسع نطاقها بكثير عن نطاق النصوص القانونية.

وإذا كانت آراء هوريو عن الرقابة الخلقية لم تجد تأييداً من غالبية الفقه الإداري إلا أن طبيعة الدور الذي يقوم به القاضي عند تصديده لرقابة التكييف، لازالت تثير جدلاً في الفقه الحديث، كما أن هناك جانباً من الفقه

<sup>1</sup> - أحمد محيو، المرجع السابق، ص.189.

<sup>2</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 37404 الصادر بتاريخ 1989/12/29، المجلة القضائية، العدد 01، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص.206.

<sup>3</sup> - لمزيد من التفصيل حول الرقابة الخلقية، أنظر سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة. المرجع السابق، ص. 104 وما بعدها.

يرى أن هذه الرقابة تقتضي في كثير من الأحيان، أن يحل القاضي تقديره الشخصي للوقائع محل تقدير الإدارة، وأنه يصعب لذلك القول بأن القاضي عند قيامه بالتكليف يظل داخل إطار رقابة الشرعية.<sup>1</sup> ذلك أن القاضي الإداري عند قيامه بتحديد الطابع الأثري مثلا لموقع معين إنما يصدر عن اعتبارات ذاتية بحتة، وإن القرار الذي يتخذه في هذا الصدد لا يسمح بتحديد مبدأ أو نموذج لفكرة الموقع الأثري تستطيع الإدارة اللجوء إليه في قراراتها التالية.

ولذلك ذهب الفقيه دوبيسون Dubisson إلى أن القاضي في رقابته للتكليف يقوم بإحلال تقديره الشخصي للوقائع محل تقدير الإدارة، وبهذا الوصف يتجاوز عمله إطار فحص المشروعات ويندرج تحت رقابة الملاءمة.

وقد حاول الأستاذ فالين تفسير رقابة القاضي في هذه الحالات وإدراجها داخل إطار رقابة المشروعات وذلك باللجوء إلى فكرة الطائفة القانونية، وذلك أن الغرض من عملية التكليف كما أوضح، هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية، ويمكن القول بأن القانون قد أوجد طائفة قانونية من القرارات كلما قام بترتيب آثار معينة على وجود مركز أو حالة واقعية معينة بالذات، مثال ذلك فكرة الأخطاء الوظيفية فهي طائفة قانونية مستقلة، أوجدها المشرع بالنصوص التي تتيح للإدارة توقيع جزاءات معينة عند حدوث هذه الأخطاء، وعلى القاضي حتى يتوصل إلى تطبيق هذه النصوص أن يقوم بتحديد معالم هذه الطائفة.<sup>2</sup>

وهو أيضا ما يفعله القاضي الإداري عندما يقوم بالتحقق من توافر الطابع الأثري ذلك أنه يمكن القول بأن نصوص القانون التي خولت الإدارة سلطات معينة لحماية المناظر الأثرية، قد أوجدت طائفة قانونية لفكرة المناظر الأثرية تجمع كل الحالات الواقعية التي تندرج تحت هذه التسمية، وعندما يقرر القاضي توافر الطابع الأثري في موقع معين، فهو يصدر في ذلك ليس عن تقدير ذاتي أو شخصي وإنما في ضوء البحث عن القصد الذي أراد المشرع تحقيقه بإضفاء حمايته على المواقع ذات الصفة الأثرية.

وبعبارة أخرى فإن القاضي لا يحكم على مدى فاعلية إجراءات الإدارة لحماية المواقع الأثرية وهل من الملائم حمايتها، وإنما يقتصر بحثه على تحديد مدى توافر الطابع الأثري في ذلك الموقع، حتى يكون جديرا بالحماية، وإن كان هذا البحث من جانب الإدارة يقتضي بالضرورة قدرا من الاجتهاد الشخصي لتوضيح وتحديد معالم فكرة الموقع الأثري، إلا أن ذلك يدخل في الإطار العادي لمهمة القاضي في تفسير القانون. ويخلص الأستاذ فالين إلى أن الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على تكليف الإدارة للوقائع إنما تنصب على مشروعية القرارات الإدارية لا على ملاءمتها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.ص. 56.55.

<sup>2</sup> - عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ». الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 125.

<sup>3</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.ص. 58.57.

ويرى الأستاذان أوبي ودراجو Auby et Drago أن القاضي في قيامه برقابة تكييف الإدارة للوقائع يظل حتى في الحالات السابقة داخل إطار رقابة المشروعية، وقد لاحظ الأستاذان أوبي و دراجو أن هذا الرأي يتفق وأحكام مجلس الدولة الفرنسي عند تصديده لتكييف الوقائع.

فالمشرع قد يقيد نشاط الإدارة بضرورة مراعاة شروط واقعية معينة دون أن يقوم بتحديد مضمون هذه الشروط، بحيث يجد القاضي نفسه مضطرا للقيام بتحديد مضمون هذه الشروط في ضوء تفسيره لمقصد المشرع.

ومن أمثلة هذه الحالات الفرض الخاص بحماية المواقع الأثرية ذلك أن المشرع لم يقدم معيارا معيناً للحكم على طبيعة الموقع، ولذلك فإن القاضي في رقابته لصحة تكييف الإدارة للوقائع قد يخالفها في الرأي حول مدى توافر الطابع الأثري في موقع معين، إلا أن ذلك لا يعني أنه يفرض رقابته للتحقق من ملاءمة قرار الإدارة، فالقاضي وإن كان يحل تقديره محل تقدير الإدارة إلا أنه يفعل ذلك في ضوء تفسيره لمقصد الشارع. وبالتالي فعمل القاضي يندرج في إطار رقابة المشروعية وإن كان غموض أو عدم كفاية التحديد التشريعي يجعل عمله في بعض الحالات، لا يقتصر على مجرد التحقق من توافر الشروط التي حددها القانون بل يتعداها إلى القيام بتفسير و تحديد مضمون هذه الشروط و إلزام الإدارة بذلك التحديد الذي ارتآه.<sup>1</sup>

وترجيح رأي من هذه الآراء يتطلب منا تحديد مفهوم أو مصطلح الملاءمة، فالمسلم به أن الملاءمة لا يمكن التحدث عنها - غالبا - إلا بصدد اختصاص يمارس بناء على سلطة تقديرية، ولعل هذا ما دفع بعض الفقه إلى مساواة مصطلح الملاءمة مع مصطلح السلطة التقديرية، ولكن مما لا شك أن ثمة اختلاف بينهما، ولا يعبران عن مفهوم واحد .

حقيقة لا شك فيها في وجود ارتباط بينهما، ولكن ما ينبغي إدراكه هو أنه لا يمكن اختزال طبيعة الارتباط في وحدة المفهوم، فالملاءمة لا تعدو أن تكون عنصرا من عناصر السلطة التقديرية، ولكنها لا تستغرقها. فالملاءمة تعني أن الإختصاص الذي يمارس بناء على سلطة تقديرية كان مناسبا أو موافقا للزمان والمكان والظروف والاعتبارات المحيطة.<sup>2</sup>

من هنا فإنه يمكننا الإجابة على التساؤل المطروح حول طبيعة الرقابة على التكييف القانوني للوقائع، بأنها رقابة ملاءمة وليست رقابة مشروعية، وعليه لا يعتبر القاضي الإداري مجرد قاضي مشروعية فقط. ففي رقابة القاضي الإداري على قرارات الضبط الإداري يلاحظ - بوضوح - أن تقدير شرعية الاجراءات الضرورية للمحافظة على النظام العام، مشروط بتوافر خصائص معينة في هذه الإجراءات الضرورية، أبرزها فحص الظروف والوسائل التي استندت إليها سلطة الضبط الإداري، وهذا الفحص يتصل برقابة الملاءمة، إذ قد لا يقر القاضي الإداري مسلك الإدارة في تحديدها مضمون الشروط الواقعية الملزمة قانونا مراعاتها (ولو كانت هذه الشروط غير محددة تشريعا كما في حالة السلطة التقديرية).

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص.59.

<sup>2</sup> - طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص.128.

و لا يعد ذلك، خروجاً من القاضي الإداري عن حدود مهمته في الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة، لأن القاضي إذا كان يحل تقديره الخاص محل تقدير الإدارة، إلا أنه يفعل ذلك في ضوء تفسيره لمقصد المشرع الذي ألزم الإدارة بمراعاة هذه الشروط.<sup>1</sup>

ونشير إلى أن سلطة القاضي في رقابة التكييف القانوني للوقائع ليست بذاتها سلطته في التفسير، وإن كان لا يخفى ما تتطوي عليه هذه الفكرة من خلط واضح بين عمليتي التكييف والتفسير، فعملية التكييف أوسع بكثير من سلطة التفسير، إذ تستلزم حرية أوسع في تقدير الوقائع، حتى يمكن التوصل إلى تحديد القاعدة القانونية التي تحكمها، هذه التقديرات سواء من قبل الإدارة أو من جانب القاضي الإداري هي التي تفتح الباب أمام رقابة الملاءمة، حيث تقوم هذه الرقابة في كل مرة يكون فيها إحلال من جانب القاضي لتقديره الشخصي محل تقدير جهة الإدارة.<sup>2</sup>

وعلى ذلك فنحن لا نتفق مع بعض الفقه الذي ذهب إلى أن رقابة التكييف القانوني للوقائع هي رقابة مشروعية، أو من قال منهم بأنها رقابة تقع على خطوط التماس مع رقابة الملاءمة. فالرقابة على التكييف القانوني للوقائع هي رقابة ملاءمة، ذلك لأنه للقاضي أن يحل تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة.

### الفرع الثاني: استثناءات الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

إن القضاء يرفض مراقبة تكييف الإدارة للوقائع في بعض الحالات الاستثنائية، بحيث يقتصر في خصوص هذه الحالات على مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع دون أن يتطرق إلى بحث صحة التكييف الذي خلطته الإدارة عليها، ولقد قسمها الفقه إلى حالتين:

#### أولاً: المسائل ذات الصبغة الفنية والعلمية

يرفض القضاء الإداري القيام برقابة التكييف القانوني فيما يتعلق بمجموعة من القرارات التي تتسم بطابع علمي معقد، ذلك أنه في خصوص هذه القرارات يجد القضاء نفسه إزاء طابعها العلمي البحت، عاجزاً عن مباشرة الرقابة بنفسه دون الاستعانة برأي الخبراء من أهل العلم، ولذلك يفضل الفقهاء رفض القيام برقابة تكييف الإدارة للوقائع في خصوص هذا النوع من القرارات بدلاً من التظاهر بممارسة هذه الرقابة مع أن دور القضاء في هذه الحالة من الناحية الفعلية سيقصر على مجرد اعتماد رأي الخبراء العلميين فقط.<sup>3</sup> ومن أشهر التطبيقات القضائية لهذا النوع من القرارات في مصر تقدير درجة الامتحان، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن التصحيح وتقدير درجات الإجابة عملية فنية بحتة لا يجوز قانوناً أن تخضع لرقابة القضاء الإداري، حتى لا يؤدي ذلك إلى التدخل في أمور فنية تقديرية، هي من اختصاص الجهات

<sup>1</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص. 28.

<sup>2</sup> - زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص. 28.

<sup>3</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. المرجع السابق، ص. 239.

الإدارية التي لا يجوز لهذه المحكمة أن تحل فيها محل الإدارة.<sup>1</sup>

أما في الجزائر فنجد الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قد أكدت في بعض قراراتها على امتناعها على رقابة الإدارة فيما يخص المسائل الفنية والعلمية وخاصة في مجال قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية، حيث تجد المحكمة العليا نفسها عاجزة عن مباشرة الرقابة بنفسها فيما يخص مدى ملاءمة اختيار الأرض محل نزع الملكية دون الاستعانة بخبراء في هذا المجال ودون أن تتدخل في المجال التقديري الممنوح للإدارة وهذا ما يؤكد قرار المحكمة العليا- الغرفة الإدارية - رقم 66960 الصادر في 1990/04/21 الذي قضت فيه بقولها: " من المستقر عليه قضاء أن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة مسح ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية قصد إنجاز المشروع ذي المنفعة العامة.

و من ثم النعي على القرار الإداري المطعون فيه بأن صفة المنفعة العامة غير مقدرة في غير محله.<sup>2</sup>

### ثانيا: قرارات الضبط الخاصة بنشاط وإقامة الأجانب

وهنا يحرص معظم الفقه والقضاء الإداري على ضرورة إعطاء الإدارة قدرا واسعا من حرية التصرف إزاء هذا النوع من القرارات لما لها من خطورة على أمن وسلامة الدولة، وهنا تقتصر رقابة القضاء على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي استخدمتها الإدارة سببا لقرارها دون أن يقوم بالتحقيق من صحة تكييف الإدارة لهذه الوقائع.

و من التطبيقات التي توضح هذا القضاء، مسلك مجلس الدولة الفرنسي في خصوص الجمعيات الأجنبية حيث يرفض المجلس فحص مدى صحة وصف الإدارة لنشاط هذه الجمعيات بأنه يهدد الأمن القومي مما يبرر سحب الترخيص الممنوح لها.

و كذلك سلك مجلس الدولة الفرنسي مسلكا مماثلا بالنسبة للمطبوعات الأجنبية من صحف ومجلات وكتب، إذ يرفض مراقبة الإدارة في تكييفها لهذه المطبوعات بأنها تمثل خطورة على النظام العام تبرر حظر نشرها وتداولها في فرنسا.

و كذلك يبدي مجلس الدولة نفس التحفظ في رقابته على قرارات البوليس المتعلقة بالترخيص للأجانب للإقامة أو إبعادهم من فرنسا.<sup>3</sup>

و يرجع إحجام مجلس الدولة عن رقابة الوصف القانوني لتلك القرارات إلى أن الرغبة في تحقيق المصلحة العامة للدولة تقتضي أن يترك للإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن. وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن القيام برقابة التكييف في الحالتين السابقتين، فإن ذلك المسلك كما يراه الدكتور محمد حسنين عبد العال لا يجد تفسيره في أي اعتبارات قانونية.

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص.240.

<sup>2</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 66960 الصادر في 1990/04/21، المجلة القضائية، العدد 02، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص.158.

<sup>3</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.ص.66.65.

ذلك أنه في فحص الحالة الأولى للقرارات ذات الصبغة الفنية والعلمية والتي يتمتع فيها المجلس عن مراقبة التكيف لتعلقها بمسائل فنية، فمن الواضح أن هذا القضاء لا يمكن تبريره من الناحية القانونية، ذلك لأنه ليس ثمة ما يحول من الناحية النظرية دون استعانة القاضي بالخبراء المتخصصين.

أما فيما يتعلق بالحالة الثانية - قرارات الضبط الخاصة بنشاط وإقامة الأجانب - فإن امتناع القضاء الإداري عن إجراء رقابة التكيف في خصوصها، إنما يرجع إلى الاعتبارات العملية التي تتمثل في رغبة المجلس في أن يترك لجهة الإدارة قدرا واسعا من حرية التصرف.

والدليل كما يقول الدكتور محمد حسنين عبد العال على أن ذلك القضاء لا يجد تفسيره في أي اعتبارات قانونية يظهر بوضوح في قيام المجلس الفرنسي بمراقبة التكيف القانوني للوقائع في خصوص نفس القرارات محل البحث إذا تعلق بمواطنين فرنسيين بدلا من الأجانب.

غير أنني لا أوافق الدكتور محمد حسنين عبد العال فيما ذهب إليه، حيث أرى أن امتناع القضاء عن القيام برقابة التكيف القانوني للوقائع يجد تفسيره في أساس السلطة التقديرية نفسها، حيث أن القاضي لا يتمتع عادة بالقدر الكافي من الخبرة التي تمكنه من استنباط كافة الضوابط الإدارية التي تحكم سير العمل بالإدارة، بينما يتمتع رجال الإدارة عادة بتلك الخبرة بحكم طبيعة عملهم، مما يجعلهم أكثر قدرة على حسن تقدير الأمور وعلى اتخاذ القرار المناسب لكل حالة على حدى.

فالسطات الإدارية أدري وأقدر من السلطتين القضائية والتشريعية في الدولة بخفايا وخلفيات النشاط الإداري ومقتضياته ولوازمه، لأنها أكثر السلطات قربا لواقع الحياة الإدارية، وبالتالي الأقدر على تحقيق المصلحة العامة مما يبرر إعطاءها قدرا من حرية التصرف والملاءمة دون خضوعها في ذلك لرقابة القضاء.

كما تجدر الإشارة إلى أنه مما يخفف حدة قضاء مجلس الدولة الفرنسي بخصوص الحالات التي يتمتع فيها عن القيام برقابة التكيف، أن المجلس قد احتفظ لنفسه ابتداء من سنة 1961 بالحق في ممارسة هذه الرقابة إذا شاب تقدير الإدارة خطأ ظاهرا وواضحا.<sup>1</sup>

وكانت الأحكام الأولى في هذا الصدد تتعلق بتحديد مضمون فكرة تعادل أو تماثل الوظائف والتي كان المجلس يتمتع عن القيام برقابة التكيف في خصوصها، إلا أنه منذ حكم La Grange الصادر في 15 فيفري 1961 احتفظ المجلس لنفسه بحق مباشرة هذه الرقابة في حالة عدم التعادل الواضح بين الوظائف، ثم عمم المجلس بعد ذلك نطاق تطبيق هذا القضاء ليشمل جميع الحالات التي يتمتع فيها عن القيام برقابة التكيف، فأصدر المجلس مجموعة متوالية من الأحكام تقرر أنه بالنسبة لهذه الحالات إذا شاب تقدير الإدارة خطأ ظاهرا أو واضحا، فإن المجلس يعود لمباشرة رقابة التكيف التي امتنع عنها، وذلك وفقا لنظرية الغلط البين في التقدير و التي صارت من أهم معالم السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي خلال السنوات الأخيرة - بعد 1961 - باعتبارها من أهم وسائل الحد من السلطة التقديرية للإدارة والتعقيب عليها، على النحو الذي سنوضحه لاحقا بالتفصيل.

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص.70.

## المطلب الثالث

### عيب مخالفة القانون كوجه من أوجه الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة

محل القرار الإداري هو الأثر القانوني المباشر والحال المترتب عليه، ويؤدي إلى إحداث تغيير في الهيكل القانوني السائد، وذلك عن طريق إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل أو إلغاء مركزا قانونيا كان قائما وموجودا.<sup>1</sup>

وعيب مخالفة القانون هو العيب الذي يلحق أساسا بركن المحل في القرار الإداري، لمخالفته القواعد القانونية الموضوعية إذ يشترط لصحة ومشروعية القرار الإداري أن يكون محله، أي مضمون الأثر القانوني الذي أحدثه القرار جائزا قانونا، أي مشروعا ويعني هذا الشرط، أن يكون الأثر القانوني الذي يحدثه القرار الإداري متفقا مع القواعد القانونية، فإذا كان هذا الأثر مخالفا للقاعدة القانونية كان القرار معيبا في محله وجديرا بالإلغاء .

أما الشرط الثاني فيقتضي أن يكون محل القرار ممكنا، والمقصود بهذا الشرط أن يكون محل القرار الإداري ممكنا من الناحية الواقعية والقانونية، فإذا استحال هذا المحل قانونا أو واقعا فإن القرار الإداري يصبح قرارا منعما.<sup>2</sup>

و يقصد بعيب المحل أو عيب مخالفة القانون، أن يخالف محل القرار الإداري إحدى القواعد القانونية وتستوي في ذلك القواعد المدونة كالدستور والتشريع العادي أو الفرعي أو غير المدونة المستمدة من العرف والمبادئ العامة للقانون.

ولقد بينا سابقا أن ركن المحل هو الموضوع الأصيل لممارسة السلطة التقديرية للإدارة، فهي تتمتع بسلطة واسعة بصدده، فلها حرية التصرف في أن تتدخل أو تمتنع عن التدخل، كما تملك حرية اختيار وقت التدخل والذي يعتبر من أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، هذا بالإضافة إلى حرية الإدارة في اختيار فحوى وموضوع القرار .

إن عيب مخالفة القانون في الحقيقة يشمل جميع العيوب التي تصيب القرار الإداري وتجعله باطلا، لأن مخالفة الإختصاص المحدد بالقانون أو مخالفة الشكليات والإجراءات المقررة، أو إساءة استعمال السلطة و انعدام الأسباب القانونية أو الخطأ في التكييف القانوني للوقائع يعتبر في جميع الأحوال مخالفة للقانون . غير أن الفقه والقضاء الإداريان درجا على استخدام اصطلاح مخالفة القانون بمعنى أضيق من المعنى السابق، بحيث ينحصر في العيب المتعلق بمحل القرار الإداري فقط، ولعل هذا السبب هو الذي جعل بعض الفقهاء الفرنسيين يدرسون هذا العيب تحت اسم مخالفة القاعدة القانونية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري. المرجع السابق، ص.76.

<sup>2</sup> - نواف كنعان، المرجع السابق، ص.298.

<sup>3</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني. الدار الجامعية، بيروت، 1999، ص.517.

فهذا العيب يقع إذن في محل القرار الإداري أي يصيب مضمون القرار أو الأثر القانوني الذي يحدث في المركز القانوني للأفراد.

و ليس المقصود بالقانون الذي يتعين على القرار الإداري عدم مخالفته، مجرد التشريع أي تلك القواعد التي تسنها السلطة التشريعية، وإنما المقصود به أي قاعدة قانونية تكون الإدارة ملزمة بها أيا كان مصدرها. وبعد هذا التمهيد حول المقصود بعيب مخالفة القانون، نشير إلى صور مخالفة القانون، هذه الأخيرة التي تقتضي منا بحث ودراسة المخالفة المباشرة للقانون أولاً، ثم الخطأ في تفسير القانون ثانياً.

### الفرع الأول: المخالفة المباشرة لقواعد القانون

تحدث المخالفة المباشرة لنصوص القوانين واللوائح، عندما تمتنع الإدارة عن تطبيق القانون أو تتجاهله كلياً أو جزئياً، وسواء كان هذا الامتناع عن عمد أو عن جهل بصور القانون، ويحدث ذلك في صورة امتناع عن عمل يحتمه القانون، أو إتيان عمل يحرمه القانون، أي أن المخالفة لنصوص القانون قد تكون إيجابية أو سلبية<sup>1</sup>، و ننتاولها كما يلي:

#### أولاً: المخالفة الإيجابية للقاعدة القانونية

تقع هذه المخالفة في حالة خروج الإدارة بطريقة عمدية على حكم القاعدة القانونية الأعلى من القرار الإداري، وهذا النوع من المخالفات يكون واضحاً في الواقع العملي مثل حالة قيام الإدارة بإصدار قرار بتسليم أحد اللاجئين السياسيين مخالفة لنص دستوري الذي يحظر عليها تسليم اللاجئين السياسيين، أو أن تلجأ الإدارة إلى التنفيذ المباشر في حالة لم ينص عليها القانون.

و يستوي أن تتم هذه المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية مكتوبة كمخالفة نص دستوري أو لائحي، أو تحدث هذه المخالفة لقاعدة قانونية غير مكتوبة كمخالفة قاعدة عرفية أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون.<sup>2</sup> وفي هذه الحالة لا تتمتع الإدارة بأي سلطة تقديرية وإنما سلطتها مقيدة سلفاً بنصوص القانون، فالمشرع قد قيد الإدارة ومنع عليها ترتيب أي أثر قانوني، من هنا يعتبر قرارها مشوباً بعيب مخالفة القانون إذا خالفت الإدارة هذه القاعدة القضائية وتصرفت على نحو يخالف نصوص القانون بأن أنتجت آثار قانونية معينة . وهذه الحالات هي أبسط الحالات عملاً، وما على طالب الإلغاء هنا إلا أن يثبت قيام القاعدة القانونية التي يستند إليها وأن الإدارة قد تجاهلت هذه القاعدة كلياً أو جزئياً فأنت عملاً تحرمه هذه القاعدة.

وهذا ما يؤكد قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها الصادر في 1984/12/29 : "من المقرر قانوناً أن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يعود للأشخاص العامة المعنوية ومختلف الهيئات في إطار إنجاز عمليات معينة طبقاً لما هو محدد فيها لأجل المنفعة العمومية، ومن ثم فإن هذه الطريقة في اكتساب العقارات أو الحقوق العينية العقارية لا تستخدم إلا في فائدة الكيانات القانونية الأنفة الذكر، وليس لصالح هيئات المدولة بها.

<sup>1</sup>-Gustave Peiser , OP.Cit., P.183.

<sup>2</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني. المرجع السابق، ص.624.

ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن قرار والي ولاية تيزي وزو، نص على أن المستفيد من إجراء نزع الملكية هو المجلس الشعبي البلدي، فإنه بالنص على استفاة مقرررة لصالح هيئة مداولة، اشتمل على خطأ قانوني وكان لذلك الفريق الطاعن في مطالبتهم بإبطال هذا القرار. ومتى كان كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه بالبطلان.<sup>1</sup>

ويثور النزاع هنا حول وجود القاعدة القانونية، كمنازعة الإدارة في وجود عرض قانوني يتمسك به أحد الأفراد ذلك أن القرار الإداري تحكم مشروعيته القواعد القانونية النافذة وقت صدوره مع مراعاة التدرج في تلك القواعد وخضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، وشرط أن تكون تلك القواعد نافذة في حق الأفراد وتصبح جزء من القضاء الإداري محصورة في تحديد القاعدة واجبة التطبيق.<sup>2</sup>

والغالب أن تحدث المخالفة المباشرة نتيجة عدم التأكد من وجود القاعدة القانونية، إما بسبب توالي التشريعات والنصوص القانونية، مما يثير بحث في تحديد ما يظل نافذا من هذه النصوص وما يعتبر لاغيا منها بصدور تشريع جديد، وإما بسبب الطبيعة غير المكتوبة أو المدونة للقواعد القانونية التي ترجع إلى المبادئ العامة للقانون أو العرف وخاصة إذا وقع نزاع حول وجودها واعتراف القضاء بها.

#### ثانيا: المخالفة السلبية للقاعدة القانونية" امتناع الإدارة عن مباشرة السلطة التقديرية "

تتمثل هذه المخالفة في حالة امتناع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو رفض تنفيذ ما تعرض عليها من التزامات، ويحدث ذلك عندما يلزم القانون الإدارة بالقيام بعمل معين، أو إجراء تصرف محدد، فإذا اتخذت الإدارة موقفا سلبيا إزاء هذا الالتزام، فإنها تكون قد ارتكبت بذلك مخالفة للقانون يجعل قرارها الصادر في هذا الصدد معيبا وقابلا للإلغاء.<sup>3</sup>

ومن أمثلة المخالفة السلبية للقانون، حالة رفض الإدارة منح ترخيص لأحد الأفراد رغم استيفاء الشروط القانونية لذلك إذا كان القانون يلزمها بمنح الترخيص في هذه الحالة.<sup>4</sup> وبالتالي يجوز الطعن بالإلغاء لرفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار، كان من الواجب اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح وهو ما يسمى بالقرار السلبي.

و يلزم ملاحظة أن مناط وجود القرار السلبي هو أن تكون الإدارة ملزمة قانونا باتخاذ إجراء ما، ولكنها مع ذلك تمتنع عن اتخاذه، أما إذا لم تكن الإدارة ملزمة قانونا بشيء طبقا للقانون واللوائح، فإن سكوتها عن اتخاذ الإجراء، الذي يطالبها به صاحب الشأن، لا ينشئ قرارا إداريا بالرفض مهما طال السكوت.

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 37404 الصادر في 1984/12/29، المجلة القضائية، العدد 01، تصدر عن

قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص. 206 وما بعدها.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص. 719.

<sup>3</sup> - رياض عيسى، المرجع السابق، ص. 78.

<sup>4</sup> - عبد الغني بسبوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شوري الدولة اللبناني. المرجع السابق، ص. 524.

ويستفاد من ذلك أن القضاء قد استقر على أنه إذا كان القرار الإداري ليس من الواجب قانونا على الإدارة اتخاذه وكان متروكا لمحض تقديرها، فإن سكوت الجهة الإدارية عن اتخاذ مثل هذا القرار، لا يشكل الامتناع المقصود، وعليه فلا يجوز في مجال السلطة التقديرية افتراض قيام قرارات سلبية دون نص صريح فالملائمات تنفي فكرة القرار السلبي.\*

وينتقد الفقه القضاء في هذا الرأي والموقف، لأنه لا يتفق مع المبادئ العامة في قضاء الإلغاء، ولا يتفق مع النية الحقيقية للمشرع، ولا يمكن ولا يتصور أن يكون المشرع أراد أن يجعل ولاية الإلغاء بالنسبة للقرارات الضمنية والسلبية مقصورة على المجالات التي تتصرف الإدارة فيها بسلطة مقيدة دون تلك التي تتصرف فيها بسلطة تقديرية، فرقابة القضاء الإداري توجد في الحالة الأخيرة أيضا، ومهما اتسع مجال السلطة التقديرية للإدارة فإن هناك مجالاً لرقابة القضاء تتصب على وجود أو عدم وجود عيب الانحراف بالسلطة.<sup>1</sup> والواقع أن المشكلة هنا، ليست نطاق ولاية الإلغاء إذ يتحدد هذا النطاق في مجال القرار الإداري ومن ثم تكون المشكلة:

- هي هل يعد امتناع الإدارة عن إصدار القرار في المجالات التي تتصرف فيها بسلطة تقديرية من القرارات السلبية أم لا ؟

ونحن نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور سامي جمال الدين في الإجابة على التساؤل السابق، حيث الإجابة تكون حتما نعم، لأن مثل هذا الامتناع يعد تعبيراً عن الإرادة، مثل الامتناع عن تعيين أحد الأشخاص في وظيفة ما، أو الامتناع عن الإفراج عن أحد المعتقلين، وبالتالي فهو قرار إداري مثل أي قرار آخر، أما من ناحية مشروعية القرار فقد يكون هذا القرار السلبي غير مشروع بالرغم من عدم التزام الإدارة بإصداره مثل رفض إصدار قرار بالترخيص لممارسة عمل أو نشاط معين، أما العيب الذي قد يصيب القرار السلبي في هذه الحالة - في ظل السلطة التقديرية- فهو عيب الغاية أي إساءة استعمال السلطة والانحراف بها، أو عيب السبب إذا كان الرفض أو الامتناع لا مبرر له قانوناً ولا يستهدف تحقيق الصالح العام، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون عيب مخالف القانون لأنه مرتبط كل الارتباط بالسلطة المقيدة .

ولذلك نلمس تطور في أحكام القضاء الإداري المقارن والذي إتجه إلى فرض رقابة مشددة على قرارات الإدارة السلبية التي لا خلاف حول تمتع الإدارة في شأنها بسلطة تقديرية واسعة.<sup>2</sup>

\* - ذهب بعض الفقه إلى القول، بأن إلغاء القرارات السلبية التي تتخذها الإدارة من جانب القاضي، يكون بمثابة صورة من صور الحلول الضمني للقاضي محل الإدارة، فإلغاء القرار السلبي، كإلغاء القرار الصادر برفض منح رخصة معينة، فإنه وإن كان لا يعني الترخيص الصريح بالممارسة من جانب القاضي، إلا أنه عملياً يقيد سلطة وتقدير الإدارة، فلا تستطيع أن تتخذ قراراً آخر غيره، فالقاضي هنا لا يحل صراحة محل الإدارة، وإنما يؤثر بحكمه على تصرف الإدارة، بأن يملئ عليها ضمناً القرار الواجب الاتخاذ.

أنظر: حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص. 318 وما بعدها.

1 - انظر: مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 485.

2 - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص. 38.

ولقد ذهب الفقه والقضاء الإداري إلى ضرورة التزام الإدارة بمباشرة سلطاتها التقديرية. إن أعمال الإدارة لسلطاتها التقديرية ليس رخصة لها، بل هو التزام غايته تحقيق إدارة خبيرة وقادرة على إيجاد الحلول المثلى، وعدم تنفيذ هذا الالتزام يمثل مخالفة لأحكام القانون، والقاضي في هذه الحالة يراقب ما إذا كانت قد باشرت سلطاتها التقديرية بحق وإلا أبطل القرار المخالف للقانون. ويعبر الفقيه فينيزيا عن التجاوز هنا، بأنه ترك للسلطة التقديرية، بينما يسميه الفقيه ستاسينوبولوس الامتناع عن مباشرة السلطة التقديرية و الإدارة في مخالفتها لهذا الإلتزام ترتكب خطأ في تحديد مدى السلطة الممنوحة لها من القانون مما يؤثر في مضمون القرار الصادر منها وترك السلطة التقديرية قد يكون إراديا وقد يكون غير إرادى ونوضح الصورتين فيما يلي:

### 1-الترك الإرادي: ونفرق في هذا الفرض بين حالتين:

1. قد يكون ترك السلطة التقديرية بسيطا ودون أن تعلن الإدارة مقدما عن تنفيذه، كما لو تركت حريتها في الترقية بالاختيار، وفي هذه الصورة لا رقابة للقضاء على مسلك الإدارة.
  2. أما في الحالة الثانية فالإدارة تملك سلطة تقديرية لكنها تعلن تقييد سلطاتها برأى استشاري مثلا، وهذا الموقف يعتبر بمثابة تنازل من الإدارة عن حريتها في التقدير يترتب عليه وجوب إحترام الرأى الوارد من الجهة أو الهيئة الاستشارية ومن ثم يخضع لرقابة القضاء.
- أما إذا لجأت الإدارة إلى أخذ الرأى - دون أن تكون ملزمة - ودون أن تعلن مقدما عن التزامها بمضمونه فلا تنقيد به.<sup>1</sup>

2-الترك غير الإرادي: ويتوافر هذا الفرض إذا كان رجل الإدارة يجهل أو لا يعرف معرفة تامة أن له سلطة تقديرية، ويحدث ذلك عندما يظن خطأ أنه مقيد بقواعد قانونية أو لائحية.

1. فإذا امتنع رجل الإدارة عن مباشرة تقديره بناء على هذا الظن فالقرار الإداري الصادر لا يكون نتيجة استعمال سلطة تقديرية ومن ثم يشوبه البطلان.

2. وتكون النتيجة كذلك حتى ولو كان القرار صحيحا في موضوعه ومطابقا للقانون لأن السلطة الإدارية قد تعبر عن إرادتها بشكل آخر، لو كانت تعلم حريتها في التقدير.

وعكس هذا الفرض إذا ظنت الإدارة أن لها سلطة تقديرية في حين أن هناك قيودا من القانون، وهنا لا يمكن التحدث عن عيوب السلطة التقديرية لأن القرار غير مشروع تماما لمخالفته لقواعد الإختصاص المقيد.

على أنه إذا كان القرار - رغم هذا الظن الخاطئ- واجبا بنص القانون فعلى القاضي أن يتقبله بصرف النظر عن أي غلط في تلك السلطة التقديرية، لأنه لو حدث وأبطل القرار فسيصدر نفس القرار مرة ثانية، ففي حالة الترقية بالأقدمية إذا ظنت الإدارة - خطأ- أنها بصدد سلطة تقديرية ورقت (أ) مثلا وكان (أ) هو الأقدم فعلا فإن الترقية تكون صحيحة ومطابقة لحكم القانون، أما إذا رقت الأحدث فإن قرارها يكون ظاهر

<sup>1</sup> - محمد مصطفى حسين، المرجع السابق، ص.128.

### الفرع الثاني: الخطأ في تفسير وتأويل القاعدة القانونية

وهذه الصورة أدق و أخطر من الحالة السابقة لأنها خفية ذلك أن الإدارة هنا لا تنتكر للقاعدة القانونية أو تتجاهلها، كما في حالة المخالفة المباشرة وإنما تعطي القاعدة القانونية معنى غير المقصود قانونا، ويطلق على هذا المخالفة أحيانا الخطأ القانوني، ويحدث الخطأ في تفسير القانون إذا قامت الإدارة بتفسير القاعدة القانونية بطريقة خاطئة، بحيث ينتج عن ذلك إعطائها معنى غير المعنى الذي أراده المشرع من وضعها.<sup>2</sup> وقد يقع هذا الخطأ بغير قصد من الإدارة، وقد يتم على نحو عمدي من جانب الإدارة.

#### أولاً: الخطأ غير المقصود في تفسير القانون

يرجع ذلك الخطأ إلى وجود غموض أو إبهام، أو عدم وضوح في القاعدة القانونية موضوع التفسير، فينتج عن ذلك أن تقوم الإدارة بتأويلها إلى غير المقصود قانونا، وهذا الخطأ قد يغتفر للإدارة وخاصة في الحالات التي تكون فيها صياغة النص محل التفسير واضحة الغموض والإبهام، ولكن الخطأ في التفسير لا يغتفر من جانب الإدارة إذا كان النص على العكس من ذلك، واضحا جليا لا لبس فيه ولا غموض، ففي هذه الحالة يكون الخطأ مقصودا من جانب الإدارة.<sup>3</sup>

#### ثانياً: الخطأ المقصود في تفسير القانون

قد تلجأ الإدارة - من أجل التحايل على القانون - إلى تفسير القاعدة القانونية تفسيراً خاطئاً يبعدها عن المعنى الذي أراده المشرع من وضعها.

إذ قد يحدث أن يكون النص واضحا ولا يحتمل الخطأ في التفسير، ومع ذلك تعتمد الإدارة إلى إعطائه معنى بعيدا يتسم بالتحايل للخروج بتفسير معقد، وفي هذه الحالة يتسم القرار الإداري بعدم المشروعية ليس لعب المحل فقط بل لعب الانحراف بالسلطة كذلك، حيث يتعين البحث في حقيقة قصد الإدارة من وراء هذا التفسير غير الصحيح، ومن أكثر الأمثلة شيوعا لذلك، صدور قرارات تأديبية مستترة أو مقنعة خلف قرارات إدارية عادية كقرارات النقل المكاني أو الوظيفي والتي تتضمن تنزيل في الوظيفة وبعض حالات التخطي عن عمد .

كذلك من بين الأمثلة، قيام الإدارة بإصدار قرار بأثر رجعي معلنة أنه قرار تأسيسي لقرار إداري سابق، فهذا تحايل واضح من جانب الإدارة على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المرجع السابق، ص.129.

<sup>2</sup> - وقد طبقت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى هذه الحالة في قرارها رقم 19949 المؤرخ في 1978/11/25، أنظر عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.526.

<sup>3</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شوري الدولة اللبناني. المرجع السابق، ص.525.

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص.527.

وكخلاصة، نستطيع أن نقول أننا قد برهنا وأثبتنا من خلال ما سبق عرضه والتطرق إليه أن عيب مخالفة القانون هو أحد الحدود الداخلية التي ترد وتحد من استعمال السلطة التقديرية، بمعنى أنه يقع التزام على عاتق الإدارة عند مباشرة سلطتها التقديرية بأن لا تخالف القانون مخالفة إيجابية أو سلبية، وأن لا تخطأ في تفسيره وإلا شاب قرارها عيب مخالفة القانون، وبهذا فإننا لا نقر الاتجاه الذي يقصر عيب مخالفة القانون على السلطة المقيدة فقط دون السلطة التقديرية.

وفي الأخير فإننا نصل إلى أن طبيعة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، هي رقابة مشروعية أصلاً وليست رقابة ملاءمة، فالقاضي الإداري في بداية تصديه لفكرة السلطة التقديرية، كان يتجنب كل رقابة تخص أو تتعلق بالجانب التقديري للإدارة، لأنه كان يرى أن ذلك يتناقض ومبدأ الفصل بين السلطات وفكرة السلطة الرئاسية .

وبهذا كانت رقابته شبيهة بالرقابة على السلطة المقيدة، فلم تنفذ إلى صميم الإختصاص التقديري، فاقترصت رقابته على المشروعية الخارجية للقرار الإداري، فالإختصاص المبني على سلطة تقديرية مثله مثل الإختصاص المقيد، يجب أن يكون القرار الصادر في ظله مطابقاً لقواعد الإختصاص والشكل والإجراءات المحددة قانوناً، وإلا كان القرار غير مشروع، مما يترتب عليه البطلان.

كما رأينا أن الرقابة التقليدية على السلطة التقديرية قد امتدت إلى أوجه عدم المشروعية الداخلية، ولكن بصفة محتشمة، وفي نطاق ضيق جداً، لم يتعدى مجرد الرقابة على الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع، بل أحياناً يتوقف عند حد العنصر الأول فقط من الرقابة، هذا بالإضافة إلى الرقابة على ركن المحل، وإن لم نقل أنها كانت منعدمة، ذلك لأن هذا الأخير هو محل السلطة التقديرية وأبرز عناصرها، مما أدى إلى تحصنه في كثير من الحالات ضد دعوى الإلغاء.

غير أنه إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة قرارها الإداري وملاءمته حين تصدر هذه القرارات عن سلطتها التقديرية، فلا يكون تبعاً لذلك محلاً لرقابة أو تعقيب من جانب القضاء، فإنه يجب أن يلاحظ أن استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في هذا الشأن يجب أن يكون بعيداً عن إساءة استعمال السلطة وإلا شاب عملها البطلان.

## الفصل الثاني

### تطور واتساع نطاق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

المتتبع للقضاء الإداري يدرك - دون عناء - أنه قضاء متطور، يزيد من نطاق اختصاصه خطوة بعد خطوة في هدوء وثبات، والمعلوم أن الهدف العام من تطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، كان التوسع - دائما - من نطاق المشروعية، والتضييق - من ناحية أخرى - من نطاق السلطة التقديرية للإدارة، بقصد كفالة الموازنة بين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من ناحية، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها التي تزداد تعقدا في الحياة الحديثة من ناحية أخرى، وتمثل نقطة التوازن Point D'équilibre المشكلة الأساسية في القانون الإداري، بحسب أن هذه النقطة ليست ثابتة ولا جامدة بل متحركة دائما، يحركها القاضي الإداري متأثرا بكل العوامل والاعتبارات القانونية والعملية والسياسية المحيطة به، وأيضا بحياة الأفراد في الدولة الحديثة.

وبناء على ذلك اتسعت رقابة القاضي الإداري تدريجيا، لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع، أو ما يعرف بالرقابة على الملاءمة التي كانت محظورة على القاضي الإداري سابقا، فبدأت بالرقابة على قرارات الضبط الإداري والقرارات التأديبية، لتتوسع بعد ذلك لتشمل كل القرارات الإدارية .

حيث إبتدع القضاء الإداري - مجلس الدولة الفرنسي - العديد من النظريات والمبادئ لمواجهة السلطة التقديرية والحد من مجالها، منها نظرية الغلط البين في التقدير، نظرية التناسب، و نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - Jacques Moreau, Droit administratif. Presses universitaires de France, Paris, 1989, P.141.

## المبحث الأول

### تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

لقد أدت التطورات التي أصابت أنشطة الدولة ووظائفها الي اتساع مجال السلطة التقديرية اتساعا، عجزت معه وسائل الرقابة العادية - التقليدية- عن استيعابه وملاحقته.

ولقد ظهر أثر هذه التطورات في موقف القضاء، فقد أدرك القضاء الإداري وهو يباشر وظيفته في الرقابة على المشروعية، كيف مالت هذه التطورات لصالح الإدارة على حساب حقوق الأفراد وحياتهم، فسعى جاهدا لإعادة التوازن إلى نصابه وتعددت جهوده في هذا الشأن .

واستهل القضاء هذه الجهود بسعيه لتوسيع مفهوم الرقابة على أعمال الإدارة، لتشمل بالإضافة إلى الرقابة على المشروعية، الرقابة على الملاءمة، هذه الأخيرة التي لم يعد مجالها ينحصر في دعوى الإلغاء فقط، بل امتد إلى دعوى التعويض.

## المطلب الأول

### مضمون الرقابة القضائية الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة

كما قلنا سابقا فإن هذا التطور أحدث تغييرا في طبيعة ومحتوى الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فلم تعد المشروعية هي المبرر الوحيد لإلغاء القرار الإداري، بل أصبح للملاءمة نصيبا في ذلك. من هنا أصبح للقاضي الإداري أن يراقب ملاءمة القرار الإداري للوقائع، كما يراقب كذلك كيفية ممارسة الإختصاص التقديرية.

### الفرع الأول: الرقابة على ملاءمة القرار الإداري للوقائع

تقتضي دراسة هذا الفرع، أن نتطرق أولا إلى ماهية الرقابة على الملاءمة، ثم ثانيا بعض تطبيقات الرقابة على الملائمة.

### أولا: ماهية الرقابة على الملاءمة

إن المبدأ المستقر لدى الفقه والقضاء التقليديان-كما رأينا ذلك سابقا- أن الإدارة يجب أن تستقل بتقدير ملاءمة قرارها ومن أهم عناصر هذه الملاءمة - إلى جانب تقدير وجوب التدخل أو الامتناع واختيار وقت التدخل- تقدير الإجراء الذي يتناسب مع خطورة وأهمية السبب.

وفي هذا يقول الأستاذ فالين : "أن عملية الإدارة تتمثل أساسا في الاختيار في نطاق مجموعة القرارات التي يتم اتخاذها قانونا ذلك القرار الذي يتفق أكثر من غيره مع احتياجات الصالح العام، وإذا سمح القاضي لنفسه بمراجعة الإدارة في تقديرها هذا وإلغاء القرارات التي يقدر أنها لا تخدم الصالح العام بدرجة كافية، فإنه في هذا الفرض لا يصبح قاضي إداري وإنما رئيسا على الإدارة." <sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.72.

هذه الاعتبارات المذكورة سابقا هي التي يعبر عنها فقهاء القانون الإداري عادة بالقول: "إن القاضي الإداري في دعوى الإلغاء يجب أن يقتصر على فحص شرعية القرارات الإدارية دون التعرض لتقدير ملاءمتها." غير أن القضاء الإداري قد أورد على القاعدة السابقة استثناءات وسمح لنفسه استثناء بأن يقدر أهمية الوقائع وينظر في ملاءمتها، والقرار الذي صدر على أساسها في مجال قرارات الضبط وفي مجال القرارات التأديبية، ثم بعد ذلك عمم هذه الرقابة لتشمل كل القرارات الإدارية. من هنا ثار البحث في الفقه حول أساس وتبرير هذه الرقابة، وكيفية التوفيق بينها وبين القاعدة السابقة التي بمقتضاها يتمتع القضاء عادة عن فحص ملاءمة القرار الإداري.

### 1- الرقابة على الملاءمة لا تتعارض مع المشروعية

المشروعية - كما ذكرنا سابقا - تعني ضرورة احترام القواعد القانونية من قبل كافة السلطات العامة في الدولة بما فيها الإدارة العامة والأفراد. وبناء على ما تقدم، فإن التصرف الذي تأتبه السلطة العامة، أو الأفراد بعيدا عن نطاق القانون، لا يعد صحيحا ومنتجا لآثاره، ولو كانت الإدارة تتمتع بصدده بحرية التقدير، ويقتضي الخضوع للقانون خضوع هذه التصرفات للرقابة القضائية.

ولذلك فنحن لا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه، الذي يقول بوجود تناقض بين رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة، وأنه لا تجوز رقابة الملاءمة بشكل مستقل عن رقابة المشروعية، وأن القاضي يراقب المشروعية، وهذا ما يلزمه في بعض الحالات أن يراقب الملاءمة، وهو ما يعني أن الملاءمة تعد عنصر من عناصر المشروعية<sup>1</sup>، ويخلص أصحاب هذا الرأي إلى أن لكل من المشروعية والملاءمة مجالها، فبينما لا يراقب القاضي إلا المشروعية، فإن الملاءمة تخضع لتقدير جهة الإدارة، ولا تراقب قضائيا إلا كعنصر من عناصر المشروعية، فحرية التقدير امتياز من امتيازات الإدارة العامة تمارسه في مواجهة المشرع والقضاء على السواء<sup>2</sup>.

كذلك لا نوافق الاتجاه الآخر من الفقه الذي ذهب إلى أن للقاضي الإداري أن يوسع أحيانا من دائرة مبدأ المشروعية على حساب دائرة الملاءمة المتروكة للسلطة الإدارية، فينقل من نطاق الملاءمة المسائل التي يرى أنها من الخير خضوعها لرقابته ويعتبرها داخلية في نطاق مبدأ المشروعية لتسري عليها رقابته<sup>3</sup>. وعلى ذلك فإننا على عكس القول بأن القضاء الإداري يخلق أحيانا حالات جديدة للاختصاص المقيد للإدارة ويلزمها بإتباعه و إلا تعرضت في تصرفها المخالف للقانون للإلغاء.

<sup>1</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص.119، وأنظر كذلك محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري. المرجع السابق، ص.95.

<sup>2</sup> - Marie-christine Rouault, Op.cit., P.P.99.100.

وأنظر أيضا محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام. دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص.113.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. المرجع السابق، ص.149.

كما أن بعض الفقه الحديث، ذهب في تفسير رقابة القضاء على جوانب الملاءمة في بعض الأحوال على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق أو السلطة، وبمقتضاه فإن السلطة التقديرية وإن كانت حقا للإدارة إلا أنها تخضع لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق أو السلطة، فالقضاء لا يتدخل إلا إذا تعسفت الإدارة بصدد موضوع ما في استعمال سلطتها التقديرية أو غالت في استعمالها، وبذلك فإن القضاء لا يحرم الإدارة من سلطتها التقديرية في هذا الموضوع، فتستطيع ممارستها بصدد حالات أخرى ويقر القضاء تقديرها مادامت بعيدة عن التعسف والغلو.<sup>1</sup>

فمن المسلم به أن المشروعية والملاءمة ليستا على طرفي نقيض، فالمشروعية تصرف معين يقاس بمدى التزامه بقواعد القانون، وبالتالي فإن المشروعية فكرة مستمدة من النظام القانوني، أما ملاءمة تصرف معين، فهي فكرة مادية، أو عملية ينظر إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين، أو حالة معينة بالنظر لما يحيط هذا المركز أو هذه الحالة من اعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة، ولذا فمن الواضح أن فكرتي المشروعية والملاءمة ليستا على خط واحد، ومنه فلا يمكن أن يكونا على طرفي نقيض، فالمشروعية نقيضها عدم المشروعية، كما أن الملاءمة نقيضها هو عدم الملاءمة، كما أن هناك قرارات مشروعة ولكنها غير ملاءمة فإن هناك قرارات غير مشروعة ولكنها قد تكون ملاءمة، ومقتضى هذا أنه ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين اعتبارات المشروعية والملاءمة في قرار واحد، بحيث تصبح الملاءمة شرط لمشروعية القرار.<sup>2</sup>

فالفقه في مجموعه يرى أن السلطة التقديرية ليست بالسلطة المطلقة ولا مرادفا لها، فهي لا تعدوا سلطة أو حرية تمارسها الإدارة في إطار القانون وداخل حدوده، باعتبار أن الإدارة تنظم يهدف إلى المصلحة العامة، بالبحث عن الحلول الأكثر ملاءمة، وهو وضع قانوني يدخل في إطار المشروعية ولا ينافيها، فالعلاقة بينهما متداخلة وليست منفصلة.<sup>3</sup>

ونشير إلى أن القاضي لا يبحث في عنصر الملاءمة، إذا كان التصرف غير مشروع، ولكنه يمد رقابته إلى الملاءمة إذا كان التصرف مشروعا، ليتحقق من مدى اتساقه مع الظروف والأوضاع التي صدر فيها، والقاضي لا ينظر إلى الملاءمة من تلقاء نفسه، بل لا بد من الدفع بانتفاء الملاءمة، حتى يملك التصدي لرقابته، ولا يعد القاضي هنا متجاوزا إذا مد رقابته للملاءمة في التصرفات القانونية .

## 2- الرقابة على الملاءمة لا تتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات

إن ثمة اعتبارين، دفعا ببعض الفقه إلى القول بتعارض رقابة الملاءمة مع مبدأ الفصل بين السلطات، هما النظرة الجامدة للمبدأ أولا، والتي تفسره تفسيراً ضيقاً، والتشكيك في قدرة القاضي على القيام بهذه الرقابة ثانياً.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية. المرجع السابق، ص.108.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة. المرجع السابق، ص.ص.151.152، وأنظر كذلك :

Jacques Moreau, OP.Cit., P .138, Georges Vedel, « La soumission de l'administration à la loi ». Partie 02, OP.Cit., P.153.

<sup>3</sup> - زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص.67.

وينتهي أنصار هذا الاتجاه، إلى وجوب امتناع القاضي عن مراجعة الإدارة في تقديراتها لأهمية وخطورة الوقائع التي استندت إليها في إصدار قرارها ومدى التناسب بين السبب والإجراء المتخذ على أساسه، وإنه إذا قام القاضي برقابة تقدير الإدارة للوقائع، فإن ذلك يمثل اعتداء على سلطة الإدارة، ومن ثم يصبح القاضي رئيساً إدارياً أعلى للإدارة.<sup>1</sup>

ونحن نتفق مع غالبية الفقه، الذي يرى أنه لا تعارض بين الرقابة على الملاءمة ومبدأ الفصل بين السلطات، فرقابة تقدير الوقائع لا تعدو أن تكون ترجمة لعلاقة القاضي الإداري بالإدارة، فالعلاقة بينهما مستمرة، وتسمح بهذه الرقابة، فضلاً على أنه يجب النظر إلى مبدأ الفصل بين السلطات وفقاً للمفهوم الحديث المرن، والذي يعني قيام تعاون متبادل بين السلطات، وليس الفصل بينها فصلاً تاماً.<sup>2</sup>

أما القول بأن يترك للإدارة تقدير الوقائع (مطلقاً دون رقابة) باعتبارها الأقدر على القيام بهذه المهمة، وأن القاضي الإداري قد جانبه التوفيق في بعض حالات التقدير، فهو قول غير سليم، إذ أن تقدير الوقائع وتقدير أهميتها وخطورتها، ليست بالأمر المستعصى على القاضي الإداري المتمرس في رقابة تصرفات الإدارة، والمعاون لها في نفس الوقت، أضف إلى ذلك أن تقدير الوقائع في أهميتها وخطورتها - خاصة إذا تجاوزت الحد المعقول، وكان الخطأ فيها صارخاً - هو بالأمر السهل في إدراكه للإنسان العاقل، وليس القاضي فحسب، وإنه لا يجب التضخيم فيما يدركه أو لا يدركه القاضي، وما يدركه رجل الإدارة، فكلاهما يعيش في مجتمع واحد، فضلاً عن الصلات الخاصة والتميزة بين السلطة الإدارية والقضاء.<sup>3</sup>

وعلى ذلك أرجح الرأي الأول، الذي يرى في تعارض رقابة الملاءمة ومبدأ الفصل بين السلطات، لا تعدو أن تكون حجج نظرية، بالنظر إلى أن المبررات التي تقوم عليها السلطة التقديرية هي بصفة أساسية اعتبارات عملية، تتعلق بعلاقة الإدارة بالمشروع من ناحية، وبالعلاقة الإدارية بالقاضي، فالمؤكد أن إعطاء المشروع الإدارة قدراً من حرية التقدير في إصدار قراراتها، لا يعني أكثر من حرصه على أن تصدر الإدارة أفضل القرارات ملاءمة للظروف.

كما أنه لا شك أن هذا الهدف لا يمكن تصوره بعيداً عن رقابة القضاء، إذ تستهدف الرقابة القضائية تحقق المشروع من أن استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية قد تم بهدف المصلحة العامة.

## ثانياً: تطبيقات الرقابة القضائية على الملاءمة

### 1-القرارات التأديبية

إذا كانت رقابة القضاء الإداري لصحة الجزاءات التأديبية تستلزم من القاضي أن يقوم بالتحقق من الوجود المادي للوقائع التي نسبتها الإدارة للموظف، ومن صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع بأن تتوافر لها فعلاً صفة الخطأ الوظيفي، فإن رقابته يجب أن تتوقف عند هذا الحد، فلا تتعداه إلى تقدير أهمية وشدة الجزاء

<sup>1</sup> - محمد تقيّة، المرجع السابق، ص.142.

<sup>2</sup> - محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص.114.

<sup>3</sup> - زكي محمد النجار، المرجع السابق، ص.69.

ومدى تناسبه مع المخالفة الإدارية المرتكبة لأن تقدير ذلك يخرج بوصفه أحد عناصر ملاءمة القرار عن نطاق سلطة القاضي.

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد التزم بهذه القاعدة، فإن كل من القضاء المصري والجزائري رغم تسليمهما بهذا المبدأ إلا أنهما قد خرجا عليه أحياناً، في بعض التطبيقات الخاصة بتأديب الموظفين.

فمحكمة القضاء الإداري المصري فرضت رقابتها على تقدير التناسب بين الجزاء التأديبي الموقع على الموظف والمخالفة التي ارتكبها بالنسبة لقرارات تأديب العمدة والمشايخ، وكان ذلك لأول مرة في حكمها الصادر في 1954/01/14 وذلك على أساس أن قانون العمدة والمشايخ يندرج بالجزاءات التي للجنة الشياخات توقيعها بما يدل على قصد المشرع في قياس الجزاء بما يثبت من خطأ، مما يوجب عدم الالتجاء إلى عقوبة الفصل وهي أشد الجزاءات إلا لأعمال جسيمة أتاها العمدة أو الشيخ، و تتناسب مع العقوبة، وسلكت نفس المسلك فيما يتعلق بالقرارات التأديبية الخاصة بطلاب الكليات الحربية.<sup>1</sup>

والحجة الرئيسية التي تستند إليها الأحكام السابقة والتي سمحت للقضاء بأن يحل تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة تقوم على مسألة تدرج العقوبات التي يجوز توقيعها، وهذا الحجة كما يقول الدكتور سليمان الطماوي هي حجة فاسدة من أساسها، وتقوم على عدم فهم الجريمة التأديبية، فالجريمة التأديبية تمتاز عن الجريمة الجنائية بأنها لا تخضع لقاعدة " لا جريمة إلا بناء على نص "

بل يجوز لسلطة التأديب أن ترى في عمل يرتكبه الموظف جريمة تأديبية مقدما، كما هو الشأن في الجرائم الجنائية، وقد ترتب على ذلك أن وجد انفصال بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية، لأنه وقد استحال تحديد الجرائم التأديبية مقدما، فقد استحال بالتبعية أن توضع لكل جريمة تأديبية عقوبة خاصة من حد واحد أو من حدين، كما هو الشأن في الجرائم الجنائية، ولكن المشرع لم ير أن يترك السلطة المختصة بالتأديب حرة في أن توقع أي عقوبة تشاء، ولهذا اكتفى بأن يحدد لها نوع العقوبات التي يجوز لها توقيعها، وعند ذكر هذه العقوبات سيكون المشرع ملزماً بأن يبدأ بالأبسط وينتهي بالأشد، وعلى هذا الأساس فالنتدرج في ذكر العقوبات لا يعبر بذاته عن أي شيء، وإلا لانتهينا إلى إلغاء سلطة التقدير في مجال القرارات التأديبية، وهو ما لم يقل به القضاء الإداري المصري، بل جعل ملاءمة العقوبة للجريمة التأديبية هي مسألة تقديرية.<sup>2</sup>

غير أن المحكمة ما لبثت أن عدلت عن هذا القضاء واعترفت باستقلال الإدارة بتقدير ملاءمة الجزاء، على أساس أنه أمر موضوعي تنفرد الإدارة بتقدير ملاءمته وبما لا معقب عليها فيه.

---

<sup>1</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني. المرجع السابق، ص. 553، وأنظر كذلك محسن خليل، قضاء الإلغاء. المرجع السابق، ص. 145. 144.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية. المرجع السابق، ص. 85.

إلا أنه بعد إنشاء المحكمة الإدارية العليا تركت للإدارة في البداية، حرية تقدير ملائمة الجزاء التأديبي، ثم أصدرت بعد ذلك حكمها الشهير في نوفمبر 1961، الذي وضعت فيه المبدأ الذي يحكم الرقابة القضائية على ملائمة القرار التأديبي والذي اشترطت فيه عدم غلو السلطة الإدارية في توقيع الجزاءات التأديبية . حيث نصت في هذا الحكم على: "إنه ولئن كان للسلطات التأديبية، ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، وبغير تعقيب عليها في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي ابتغاه القانون من التأديب، والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين سير المرافق بانتظام وباضطراد، ولا يتأتى هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة...".

وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه صورة، مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة، ومعيار عدم المشروعية ليس معيارا شخصيا وإنما هو معيار موضوعي، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره، وغنى عن البيان أن تعيين الحد الفاصل بين نطاق المشروعية ونطاق عدم المشروعية في الصورة المذكورة مما يخضع أيضا لرقابة هذه المحكمة.<sup>1</sup>

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا- في مصر- هذا القضاء بعد ذلك وطبقته على جميع القرارات التأديبية إذا ما شابها الغلو في توقيع الجزاء التأديبي.

**أما القضاء الإداري الجزائي** وإن كان قد أعمل مبدأ عدم الرقابة على عنصر الملاءمة في سبب القرار، إلا أنه خرج على هذا المبدأ في مجال الوظيفة العامة، حيث يقرر جواز هذه الرقابة إذا تبين عدم التناسب الواضح بين الخطأ المرتكب والعقوبة المقدره، ومن أمثلة ذلك: قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى- مجلس الدولة حاليا- في قضية ( ب.م.ش. ) ضد (وزير الداخلية والمدير العام للأمن الوطني) حيث راقب المجلس الأعلى مدى ملائمة الجزاء التأديبي مع المخالفة المرتكبة، وانتهى إلى أن الإدارة كانت محقة في تقديرها مدى التناسب بين المخالفة المرتكبة والجزاء المقدر، وهذا ما جاء في نصها التالي: " من المقرر قانونا أن الأخطاء التأديبية تشمل كل تقصير مرتكب في ممارسة الوظيفة والأفعال المرتكبة خارج الوظيفة والتي تمس من حيث طبيعتها بشرف واعتبار الموظف أو الكفيلة بالحط من قيمة الفئة التي ينتمي إليها أو المس بصورة غير مباشرة بممارسة الوظيفة، ومن ثم فإن الإدارة العامة باتخاذها قرار بعزل الموظف الذي كان قد انتهج سلوكا لا يتماشى وصفته كعون من أعوان الشرطة والذي كان في نفس الوقت قد خرق التزام الاحترام والطاعة للسلطة الرئاسية التزمت بتطبيق القانون وكان بذلك قرارها سليما.

<sup>1</sup> - ماجد راغب الحلوة، المرجع السابق، ص.419.

و لما كانت الأخطاء المهنية المرتكبة من الموظف كافية لتبرير عزله فإن الإدارة كانت محقة في قرارها بتسليط هذا الجزاء.<sup>1</sup>

كما يملك القاضي الإداري سلطة رقابة واسعة في إعادة الموظف المعزول إلى منصبه، فإذا ثبت عدم مشروعية قرار الفصل، وانجر عن هذا القرار عواقب وخيمة خلال فترة العزل، كإيقاف المرتب، عدم الترقية...، فإذا ثبت هذا فإنه يعاد إلى وظيفته مع كامل الحقوق التي سلبت منه بأثر رجعي، والعملية هنا تتم تحت تقدير القاضي الذي يملك سلطة رقابة واسعة في هذه المناسبة، حيث يعترف للقاضي الإداري باختصاصه في تقدير الملاءمة، وليس فقط المشروعية، وهذا ما تؤكد الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في حكمها الصادر في 24 جوان 1978.<sup>2</sup>

## 2- قرارات الضبط الإداري

لقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على القرارات الإدارية المتصلة بالحريات العامة ليحدد مدى الملاءمة والتناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت بالإدارة إلى اتخاذ هذا القرار للحد من ممارسة حرية من الحريات العامة.

وأول المبادئ الأساسية في هذا الصدد أرساها مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الشهير بنجامين Benjamin<sup>3</sup> الصادر بخصوص حرية المواطنين في عقد الاجتماعات، وقد ألغى المجلس في هذا الحكم القرار الصادر من عمدة مدينة Neves بمنع عقد أحد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام، وقد قام المجلس بفحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوى إلى عقد الاجتماع، وتبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع باستخدام قوات البوليس المتوفرة لديها المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع، ولذلك حكم المجلس بإلغاء قرار العمدة لأنه قد اتضح من التحقيقات أن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع.<sup>4</sup>

ثم توالى الأحكام التي ترددت نفس المبادئ التي أرساها الحكم السابق، والتي تلزم الإدارة في أدائها لواجبها في المحافظة على النظام العام، بضرورة إحترام حرية المواطنين في عقد الاجتماعات والتوفيق بينها وبين ضرورات المحافظة على النظام، مما يقتضي عدم التعرض لحرية المواطنين في عقد الاجتماعات إلا في حالة وجود اضطرابات خطيرة تهدد النظام العام وتعجز السلطات المحلية بما لديها من قوات البوليس و

---

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقم 42568 الصادر بتاريخ 1985/12/07، المجلة القضائية، العدد 01، تصدر عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1990، ص.215.

<sup>2</sup> - H.Bouchahda, R.Khelloufi, OP.Cit., P.P.164.165.

<sup>3</sup> - M.Long, et Autres, OP.Cit., P.298 et Suivantes.

<sup>4</sup> - Thierry Cathala,OP.Cit., P.101 et Suivantes

وأنظر كذلك محسن خليل، قضاء الإلغاء.المرجع السابق، ص.142.

إجراءات الأمن عن تفاديها مع السماح بعقد الاجتماع و يخضع تقدير الإدارة لأهمية وخطورة السبب في كل الحالات لرقابة المجلس.

ولقد سلك المجلس الفرنسي نفس المسلك في خصوص حماية حرية العبادة وحرية الصناعة والتجارة وحرية النشر و الصحافة.<sup>1</sup>

أما القضاء الإداري المصري فقد اقتدى بنظيره الفرنسي وأخضع ملاءمة القرارات المتصلة بالحرية العامة لرقابته، غير أنه في بادئ الأمر لم يطبقها في جميع الأحوال، فقد اقتصر ذلك على قرارات الضبط الإداري الصادرة في الظروف الاستثنائية، حيث قرر أن قرار الحاكم العسكري العام - في ظل الأحكام العرفية - كأى قرار آخر ينبغي أن يكون له سبب بأن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو الإدارة إلى التدخل وأن هذا السبب يخضع لرقابة المحكمة، ثم أوضحت المحكمة عن إخضاع ملاءمة قرارات الحاكم العسكري لرقابتها فقترت: "إنه وإن كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإداري بشرعيته، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور خصوصا فيما يتصل بالحرية العامة ويجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فلا يكون العمل الإداري عندئذ مشروعا إلا إذا كان لازما، وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة، فإذا ثبت جدية الأسباب التي بررت هذا التدخل كان القرار بمنجاة من أي طعن، أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ولم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة كان القرار باطلا."<sup>2</sup>

إلا أن أحكام القضاء الإداري المصري توسعت فيما بعد لتشمل جميع مجالات الضبط الإداري سواء الصادرة في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية.

أما القضاء الإداري الجزائري فرغم إخضاعه ملاءمة القرارات التأديبية وقرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة لرقابته إلا أنه امتنع عن مد هذه الرقابة إلى مجال الضبط الإداري، و لعل حساسية هذا النوع من القرارات وحدثة مجلس الدولة ونظام ازدواج القضاء، بالإضافة إلى الاضطرابات الأمنية الخطيرة التي تعيشها البلاد منذ إعلان حالة الطوارئ بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ 09 فيفري 1992 هي السبب في امتناع مجلس الدولة الجزائري عن مد رقابته إلى هذا النوع من القرارات، كما أن هذا المرسوم قد منح لهيئات الضبط الإداري سلطات تقديرية واسعة في مجال تقييد الحريات العامة، إلا أنه بالمقابل لم يؤمن حماية حقوق وحرية الأفراد من تعسف سلطات الضبط الإداري في استعمال سلطاتها، وهذا الذي حدث فعلا حيث شهدنا الكثير من التجاوزات خلال السنوات السابقة.

<sup>1</sup> - Gustave Peiser ,OP.Cit., P.196.

<sup>2</sup> - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس. المرجع السابق، ص.245.

كذلك رغم اتساع سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية إلا أن الفقه والقضاء اتفق على إخضاع أعمال وقرارات الهيئات الإدارية لرقابة القضاء الإداري، فمهما كانت صلاحية الإدارة متسعة في هذه الظروف إلا أنها ليست صلاحيات وسلطات مطلقة تغلت من رقابة القضاء الإداري.

فقضاؤنا الجزائري رغم تسليمه بالرقابة على الوجود المادي والتكيف القانوني للوقائع إلا أنه كما أوضحنا يقف عند هذا الحد ولا يراقب مدى تناسب الإجراء الضبطي مع الظروف و الملابسات الواقعية .

أما القضاء الإداري المقارن فقد وضع نظرية للظروف الاستثنائية، حيث حدد أربعة شروط لصحة ومشروعية قرارات و إجراءات الإدارة في هذه الظروف، حددها مجلس الدولة الفرنسي وأخذ بها باقي القضاء الإداري المقارن وهي كما يلي :

1- أن تتحقق بالفعل ظروف استثنائية كحالة الحرب، أو التهديد الجدي الوشيك بوقوعها، أو وجود فتنة مسلحة أو كارثة طبيعية.

2- أن تتخذ الإدارة إجراءاتها وقراراتها الاستثنائية أثناء فترة تحقق هذه الظروف، وليس بعد انتهائها أو زوالها الفعلي وإلا كان إجراء الإدارة عدوانا على الحريات ليس له ما يبرره.

3- أن يكون الإجراء أو قرار الإدارة المقيد للحرية لازما حتما و متناسبا مع ما تقتضيه الظروف الاستثنائية.

4- وأخيرا يجب أن تكون غاية الإدارة من الإجراء أو القرار الاستثنائي هو تحقيق المصلحة العامة وحدها وليس الانتقام من فرد أو جهة أو لأغراض سياسية أو حزبية، وإلا أصبح معيبا بالانحراف بالسلطة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الرقابة على كيفية ممارسة الإختصاص التقديري

إذا كانت الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري وملاءمته، فإن كل من الفقه والقضاء الإداري المقارن - كالفرنسي والمصري - يفرض على الإدارة التزاما قانونيا بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير، وأن تجريه بروح موضوعية، بعيدا عن البواعث الشخصية ويشترط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه.

فالسطة الإدارية ملزمة قبل مباشرة سلطتها التقديرية أن تجري بحثا جديا للظروف الصحيحة والخاصة بالمسألة المعروضة.<sup>2</sup>

فهي لا تستطيع أن تتخذ موقفا على أساس سبب عام، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة، منذ حكم بيرون الصادر في 24 جويلية 1942، وذلك في صدد تطبيق القانون 17 جويلية 1940 الخاص بفصل الموظفين الذين تجاوزوا السن الخامسة والخمسين، فقد رفض المجلس الفصل بالجملة دون بحث موضوعي لكل حالة على حدى.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري. المرجع السابق، ص. 266.

<sup>2</sup> - ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري. المرجع السابق، ص. 422.

<sup>3</sup> - محمد مصطفى حسين، المرجع السابق، ص. 130.

أما مجلس الدولة المصري، فقد بادر إلى تأكيد هذه المعاني منذ نشأته حيث قرر: "لئن كان مجلس الكلية هو صاحب السلطة في تقدير منح الدرجة أو منعها وتقديره الموضوعي في هذا الشأن لا معقب عليه من هذه المحكمة مادام خاليا من إساءة استعمال السلطة، إلا أنه يجب أن يكون هذا التقدير مسبقا أو مقرونا باستيفاء جميع الإجراءات والضمانات التي يتطلبها القانون، ومن ذلك ما هو معتبر من مقتضيات وظيفة المجلس في هذا الخصوص ومستلزماتها."

ومن باب أولى تعتبر الإدارة مخالفة للقانون، إذا استعملت اختصاصها التقديري، دون أي بحث جدي، ولهذا حكم مجلس الدولة المصري بأن: "القرار الذي تتخذه مصلحة النقل برفض طلب الترخيص في تسيير سيارات مبدئيا وقبل أن تجري في شأنه أي بحث، إنما هو قرار صوري لا ينتج أثرا، إذ العبرة هي بالرفض الموضوعي الذي يبنى على الدرس والتمحيص".<sup>1</sup>

فالإدارة إذن عليها التزام قانوني بأن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال لإجراء التقدير بروح موضوعية بعيدا عن البواعث الشخصية، والقاضي الإداري لا يتعرض للتقدير الذي تجريه الإدارة - فالسلطة التقديرية إما أن تكون موجودة أو غير موجودة - ولكن يتعرض فقط للظروف والملابسات التي يتم في إطارها هذا التقدير .

وفي هذا الشأن، قضى كل من القضاء الإداري في فرنسا ومصر و الجزائر، أنه إذا كانت السلطة التقديرية تقوم في جوهرها على الإطلاق إلا أن القضاء الإداري رغبة منه في التوفيق بين المحافظة على الحريات العامة ومقتضيات حسن الإدارة استقر على أنه يتعين على الإدارة وهي تمارس اختصاصها التقديري أن تضع نفسها في أفضل الظروف لإجراء هذا التقدير وأن تجريه بروح موضوعية بعيدا عن البواعث الشخصية، وبشرط أن يكون لديها جميع العناصر اللازمة لإجراء هذا التقدير، وبالتالي تكون رقابة القضاء الإداري منصرفة إلى الكيفية التي تم بها التقدير لا إلى التقدير ذاته.

وبمعنى آخر يتعين عدم الخلط بين التقدير الموضوعي الذي أجرته الإدارة في ذاته وبين الظروف والملابسات التي يتم فيها هذا التقدير، فالأمر الأول هو من اطلاقات الإدارة في حدود عدم التعسف، أما الأمر الثاني فهو شرط شكلي يتعلق بكيفية إجراء التقدير لأن من البديهي أن التقدير لا يمكن ممارسته إلا إذا توافرت الظروف والضوابط القانونية المعقولة لإجرائه وليس في ذلك أي مساس بسلطة التقدير في ذاتها.<sup>2</sup>

ويجب الإشارة هنا إلى أنه من الصعب إثبات عيب مخالفة القانون أو عيب السبب لكون الإدارة هنا تتمتع بسلطة تقديرية وتمارسها في إطار القانون، لذلك يتجه الفقه إلى أن العيب الملازم للسلطة التقديرية هنا هو عيب الانحراف بالسلطة، فعيب مخالفة القانون هو عيب مرتبط كل الارتباط بالسلطة المقيدة، ويسهل إثباته في ظلها، كذلك عيب السبب في ظل هذه الحالة لا يظهر بوضوح ومن الصعب الاستناد إليه لإقامة

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية. المرجع السابق، ص.79.

<sup>2</sup> - محمود الجبوري، القضاء الإداري. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 1998، ص.40.

دعوى الإلغاء، حتى أن البعض من الفقهاء ذهبوا إلى الاستناد لإلغاء القرار الإداري المعيب في سببه على عيب مخالفة القانون، إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة مقيدة، وبناء على عيب الانحراف بالسلطة إذا كانت سلطة الإدارة تقديرية.

## المطلب الثاني

### امتداد مجال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة إلى قضاء التعويض

بالرغم ما تناولناه حول الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في ظل قضاء الإلغاء، وما لاحظناه من تطور واتساع لسلطات القاضي الإداري، حتى شملت بعض جوانب الملاءمة، التي كانت متروكة أصلاً للإدارة، إلا أن القاعدة الغالبة والعمامة ما تزال تقضي بخروج وتحصن السلطة التقديرية ضد قضاء الإلغاء في كثير من الأحيان، كما تمنع القاضي من التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية، مما يؤدي إلى إفلات الكثير من القرارات الإدارية من رقابة الإلغاء بحجة أنها صادرة استناداً لسلطة الإدارة التقديرية. ولكن قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث وتبعه في ذلك القضاء المقارن، مد نطاق رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال قضاء التعويض.

وبالتالي أخضع عنصر الملاءمة في حد ذاته الذي يمثل صميم السلطة التقديرية لرقابته القضائية. وبالتالي فإن الإدارة مسؤولة أثناء ممارسة سلطتها التقديرية عن أعمالها المادية والقانونية وما تحدثه هذه الأعمال من أضرار اتجاه الغير، فيحق للشخص المتضرر أن يطالب الإدارة بالتعويض عما أصابه من أضرار جراء ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية.

والمسؤولية الإدارية في الأصل تتأسس على فكرة الخطأ، وهذا الخطأ قد يكون قراراً إدارياً غير مشروع، كما قد يكون عملاً مادياً بحتاً، سبب ضرراً لأحد الأفراد.

إلا أنه بجانب هذا الأساس الأصلي، ظهر أساس آخر تكميلي لمسؤولية الإدارة يتمثل في نظرية المخاطر، أي مسؤولية الإدارة دون خطأ، وعلّة ظهور هذا الاتجاه في المسؤولية الإدارية هو فكرة العدالة التي تؤدي إلى تعويض الأفراد عن الأضرار الإدارية الجسيمة التي تنتج عن نشاط الإدارة بالرغم من مشروعيتها.<sup>1</sup> ونشير في هذا الصدد أننا سنقتصر على دراسة الجوانب المهمة التي لها علاقة مباشرة بموضوع بحثنا هذا، دون الغوص في التفاصيل الأخرى التي تخرج عن نطاق دراستنا، وعليه سنتناول هذا الموضوع في فرعين:

الفرع الأول: المسؤولية الإدارية المؤسسة على الخطأ.

الفرع الثاني: المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر.

<sup>1</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري. الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 234.

## الفرع الأول: المسؤولية الإدارية المؤسسة على الخطأ

تقوم مسؤولية الإدارة بوجه عام على أساس الخطأ والضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، حيث تسأل الإدارة عن أعمالها، إذا ما سببت ضرر لأحد الأفراد، الذي يكون له الحق في التعويض نظرا لإخلال الإدارة بالتزامها القانوني في عدم الإضرار بالآخرين .

غير أن دراستنا ستقتصر على دراسة ركن الخطأ فقط نظرا لأهميته لموضوعنا هذا، والخطأ المرتب للمسؤولية الإدارية قد يرتكبه الموظف، فيسمى بالخطأ الشخصي، أو قد يرتكبه المرفق الإداري وينسب إليه مباشرة فيسمى بالخطأ المرفقي .

وعليه فالخطأ الشخصي هو الخطأ الذي ينسب إلى الموظف وتتحقق بذلك مسؤوليته الشخصية، فيكون هذا الموظف هو المسئول وحده عن الأضرار التي نتجت عن هذا الخطأ، وعليه أن يدفع التعويض. أما الخطأ المرفقي أو الخطأ الإداري والذي يسأل عنه المرفق العام وينسب إليه مباشرة بغض النظر عن مرتكبه، فهو خطأ من جانب الإدارة والمتمثل في قيام الإدارة بنشاط مخالف للقانون أو فيه نقص من حيث متابعة الإدارة أو إشرافها على المرؤوسين وإهمالها في أداء واجباتها.<sup>1</sup>

### أولاً: صور الخطأ المرفقي

ويقصد بصور الخطأ المرفقي، الأفعال التي يتجسد فيها الخطأ، والتي تؤدي إلى إصابة الأفراد بالضرر، وتوجد ثلاث صور أساسية للخطأ المرفقي حددها فقه القانون العام في فرنسا على النحو التالي:

#### 1- المرفق يؤدي الخدمة على وجه سيئ

ويندرج تحت هذه التسمية جميع الأعمال الإيجابية الصادرة عن الإدارة والمنضوية على خطأ، وقد يكون هذا الخطأ مادياً أو قانونياً، كما قد يرجع إلى سوء تنظيم المرفق.

ومن أمثلة الخطأ المادي الناتج عن سوء أداء المرفق لعمله، ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة عن إطلاق النار من رجال الشرطة أثناء مطاردة أحد المجرمين، وإصابتهم لأحد أفراد طناً منهم أنه المجرم الهارب مما أدى إلى قتله .

أما بالنسبة للخطأ القانوني، فإنه يقع عند قيام الإدارة بإجراءات تحدث ضرراً بالأفراد دون وجود سند قانوني، كذلك كما لو تعجلت الإدارة في تنفيذ حكم قضائي، أو طبقت الإدارة القانون تطبيقاً خاطئاً، أو قيام الإدارة بتقييد نشاط أحد المحلات التجارية دون أساس قانوني وبالمخالفة للقانون .

أما عن سوء تنظيم المرفق الذي ينتج عنه أضرار، فله أمثلة كثيرة، منها إصابة الموظفين بالمرض نتيجة سوء التهوية في الأماكن التي يعملون بها، والتي يتم تدفئتها بالفحم، كذلك كما لو أصاب السفن الراسية في الميناء، التلغ نتيجة سوء الإشراف على الميناء.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - إعاد علي حمود القيسي، المرجع السابق، ص.248.

<sup>2</sup> - عبد الغني بسبوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شوري الدولة اللبناني. المرجع السابق، ص.ص.675.676.

## 2- المرفق لم يؤدي الخدمة المطلوبة منه

وينضوي تحت هذه الصورة، امتناع الإدارة عن أداء واجب يرى مجلس الدولة أنها ملزمة قانوناً بأدائه، إذا كان من شأن هذا الامتناع أن يصيب الأفراد بالضرر.

إذ المسؤولية هنا لا تقوم على أساس فعل إيجابي ضار صادر عن المرفق مثل الحالة الأولى، ولكن على أساس موقف سلبي وقفته الإدارة بامتناعها عن إتيان تصرف معين.<sup>1</sup>

وهذه الصورة حديثة نسبياً، وترجع إلى تبلور الأفكار الخاصة بسير المرافق العامة، واتساع رقابة القضاء الإداري إزاء السلطة التقديرية للإدارة، فسلطات الإدارة واختصاصاتها لم تعد امتياز لها، تباشرها كيفما تشاء ومتى أرادت، ولكنها واجب على الموظف يؤديه بكل أمانة ومع حرصه التام على المصلحة العامة، ولا يصدق هذا على الاختصاصات المقيدة فحسب، ولكنه يسري أيضاً على الاختصاصات التقديرية .

وبهذه الكيفية استطاع القضاء الإداري أن يمد رقابته بطريقة غير مباشرة إلى كيفية مزاولة الإدارة لسلطتها التقديرية، فإذا كان من المسلم به أن القضاء الإداري لا يستطيع أن يأمر الإدارة بأن تتدخل لمواجهة حالة معينة، أو أن تتصرف على نحو معين، إذا كان القانون قد ترك لها حرية التدخل واختيار الوسيلة، فإن القضاء الإداري استطاع بطريقة غير مباشرة أن يراقب الإدارة في هذا المجال، وذلك إذا زاولت اختصاصها التقديرية على نحو يلحق بالأفراد أضرار بدون وجه حق، حتى ولو كان عمل الإدارة لا يندرج تحت وجه من أوجه عدم المشروعية المعروفة .

ولهذا فكثير ما يحكم مجلس الدولة الفرنسي بالمسؤولية عن امتناع الإدارة عن القيام بتصرفات معينة لم يكن ليحكم بعدم مشروعيتها لو أثرت أمامه عن طريق قضاء الإلغاء<sup>2</sup>، مثل امتناع الإدارة عن تنفيذ القوانين واللوائح، وكذا امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية.\*

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.153.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة، 1996، ص.124.

\* - إن القضاء الإداري يشترط لإعمال مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذها الأحكام القضائية الواجبة النفاذ شرطين هما :-  
أ - يجب أن يكون امتناعها عن تنفيذ الحكم، يرجع إلى اعتبارات تتعلق بالصالح العام، تفوق في أهميتها خطورة الامتناع عن تنفيذ حكم واجب النفاذ.

ب- ليس كل تأخير في تنفيذ الأحكام القضائية سبباً للمسؤولية سواء على أساس الخطأ أو المخاطر، وإنما يجب أن يكون التأخير غير عادي ويتجاوز المألوف.

أما في الجزائر، فإن نصوص الدساتير السابقة والدستور الحالي لسنة 1996 في مادته 145 نص على إلزامية تنفيذ أجهزة الدولة المختصة للأحكام في كل مكان وفي كل وقت وفي جميع الظروف، كما نصت المادة 324 من قانون الإجراءات المدنية على أن: "جميع الأحكام والقرارات القضائية قابلة للتنفيذ في كل أنحاء الأراضي الجزائرية.

و لأجل التنفيذ الجبري للأحكام والقرارات يطلب قضاة النيابة العامة مباشرة استعمال القوة العمومية ويشعر الوالي بذلك.  
- وعندما يكون التنفيذ من شأنه الإخلال بالنظام العام إلى درجة الخطورة، يمكن للوالي وبطلب مسبب تقديمه في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ اشعاره أن يلتمس التوقيف المؤقت لمدة أقصاها ثلاثة أشهر."

### 3- المرفق يبطل في أداء الخدمة أكثر من اللازم

هذه الصورة هي أحدث الصور التي قرر فيها القضاء الإداري مسؤولية الإدارة، فالإدارة إذا ما تباطأت في تنفيذ أمر كان يتحتم عليها تنفيذه، تباطأ أكثر من اللازم المعقول في أداء تلك الخدمات ترتب عن ذلك التباطؤ، ضرر للأفراد من جراء هذا التأخير.<sup>1</sup>

ولا يعتد بهذا التباطؤ تجاوز المواعيد المحددة بالقانون لإتمام أعمال معينة، لأن هذا يدخل في عدم أداء المرفق للخدمة، وإنما المقصود هو التأخير غير المألوف في الحالات التي لا يحدد فيها القانون مواعيد معينة لإنجاز العمل.

وإذا كان المسلم به أن اختيار الوقت هو أبرز أركان السلطة التقديرية للإدارة، وأنه لا يمكن أن يستمد منه سبب للإلغاء، فإن مجلس الدولة الفرنسي حرصاً منه على حماية الأفراد، قد أخضع هذا الجانب من نشاط الإدارة لرقابته في مجال قضاء التعويض.<sup>2</sup>

وهكذا نرى أن مجلس الدولة الفرنسي يستبيح لنفسه في قضاء التعويض ما لا يملكه في قضاء الإلغاء، بمعنى آخر، إذا كان في قضاء الإلغاء يحتفظ للإدارة بمجال السلطة التقديرية كاملاً، فيترك لها أن تقدر ما إذا كانت تتدخل لمواجهة حالة معينة أو تمتنع، وأن تختار وقت تدخلها، ووسيلة مواجهة الحالة إذا لم يفرض عليها القانون شيئاً في هذا الصدد، فإنه في قضاء التعويض قد أخضع كل هذه العناصر لرقابته، فحاسب الإدارة على امتناعها عن التدخل إذا كانت واجباتها العامة تقتضي هذا التدخل وتقتضيه كما لاحظنا هذا في العنصر السابق، وحكم بمسؤوليتها إذا تدخلت بعد فوات الوقت، أو في وقت غير مناسب، بل وأخضعها لرقابته إذا اختارت وسائل عنيفة كان من المتيسر أن تستبدلها بغيرها، مما حدا بالفقهاء الفرنسيين إلى أن يدرجوا هذه الحالات تحت تسمية جديدة هي نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية والتي خصصنا لها جانب في هذه الدراسة، لتقوم بجانب نظرية التعسف في استعمال السلطة وتكملها.<sup>3</sup>

والملاحظ هنا أن المجلس يمارس سلطات واسعة في إشرافه على الإدارة تجعله شبيهاً إلى حد ما بالرئيس الإداري، فقاضي التعويض على عكس قاضي الإلغاء له أن يتدخل في الجوانب التقديرية للإدارة بما فيها عنصر الملاءمة حتى يستطيع أن يقيم المسؤولية الإدارية، فهذه الأخيرة تقتضي التطرق لكل التفاصيل التي أحاطت بالعمل الإداري من حيث المشروعية والملاءمة.

#### ثانياً: الخطأ الناشئ عن القرارات الإدارية غير المشروعة

إن الخطأ في القرارات الإدارية يتمثل في أوجه عدم المشروعية التي تصيب هذه القرارات، بأن تصدر مخالفة لمجموعة القواعد القانونية الملزمة فتجعله عرضة للطعن فيها بالإلغاء وبالتعويض كذلك.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية. المرجع السابق، ص. 155.

<sup>2</sup> - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني. المرجع السابق، ص. 675.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 130.

وهذه العيوب هي عيب الشكل، وعدم الإختصاص، وعيب السبب، وعيب مخالفة القانون، وأخيراً الانحراف بالسلطة.

لذلك كان عدم مشروعية القرار الإداري أساس مسؤولية الإدارة عن قراراتها الإدارية، ولقد أكد هذا المبدأ الفقه والقضاء الفرنسي.

فقد ذكر الأستاذ Delbez " أن المسؤولية في مجال القرارات الإدارية لا تتولد إلا إذا تحققت أولاً عدم المشروعية، فتجاوز حد السلطة هو الشرط الأساسي لها ."

وإذا كانت عدم المشروعية هي أساس المسؤولية، فهل تعتبر مصدراً كافياً للحكم بالتعويض؟، بمعنى هل كل عيب من عيوب عدم المشروعية يولد حتماً مسؤولية الإدارة في حالة السلطة التقديرية؟

من المعلوم أن القرار الإداري غير المشروع الصادر عن سلطة تقديرية يكون قابلاً للإلغاء، إلا أنه بالنسبة لنطاق التعويض، فقد لا يعتبر عدم المشروعية التي كانت سبباً للإلغاء هذا القرار سبباً كافياً لتوليد المسؤولية.<sup>1</sup>

ولذا قيل بأن عدم المشروعية، ولو أنها أساس المسؤولية ومصدرها، إلا أنها لا تولد مسؤولية الإدارة في جميع الحالات، وبهذا تكون عدم المشروعية الشرط الأساسي للمسؤولية، إلا أن وجودها ليس بشرط كافٍ لتحقيق هذه المسؤولية.

فهناك بعض أوجه عدم المشروعية تولد مسؤولية الإدارة بشكل دائم، وهناك أوجه أخرى قد لا تحقق دائماً مسؤولية الإدارة، وقد اشترط القضاء الإداري لإمكان تحقيق هذه المسؤولية أن يكون الخطأ الذي تحتوي عليه فكرة عدم المشروعية له بعض صفات الجسامة.

وبهذا تبعاً لمعيار جسامة الخطأ، الذي يحتوي عليه كل وجه من أوجه عدم المشروعية، فرق مجلس الدولة الفرنسي بين وجه عدم مشروعية الغاية وعدم مشروعية المحل، وبين الأوجه الأخرى، وهي عدم مشروعية السبب وعدم مشروعية الإختصاص وعدم مشروعية الشكل، وقرر أن الوجهين الأولين يولدان دائماً مسؤولية الإدارة، لأن عدم المشروعية في هذين الوجهين - عيب المحل وعيب الغاية - تتصف بالجسامة التي تولد المسؤولية، بينما يكون الخطأ الذي تتصف به الأوجه الأخرى - السبب، الإختصاص، الشكل والإجراءات - لا يكون دائماً من الجسامة إلى حد تقرير المسؤولية دائماً.<sup>2</sup>

غير أننا سنقتصر في دراستنا هذه على العيوب التي ترد على السلطة التقديرية للإدارة فقط وهي عيب المحل والسبب والانحراف بالسلطة.

## 1- الانحراف بالسلطة

المبدأ المقرر في هذه الحالة هو تلازم هذا الوجه من أوجه عدم المشروعية مع مسؤولية الإدارة، فعدم

<sup>1</sup> - محسن خليل، القضاء الإداري. المرجع السابق، ص. 131.

<sup>2</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري. الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص. 270 وما بعدها.

مشروعية الغاية، يترتب عليه دائما المسؤولية .

فلقد ذهب العميد Duez إلى أن الانحراف بالسلطة يكون خطأ جسيما مما يوجب توليد مسؤولية الإدارة، حتى ذهب إلى تقرير بأنه " لا توجد على حد علمنا أي حكم كشف فيه مجلس الدولة عن انحراف بالسلطة واستبعد بعد ذلك مسؤولية الإدارة عنه فهما إذن متلازمان".<sup>1</sup>

ووجود عيب الانحراف بالسلطة يؤدي دائما إلى الحكم بالتعويض على الإدارة أيا كانت الصورة التي اتخذها عيب الانحراف بالسلطة، أي سواء كان القرار الإداري قد صدر بهدف شخصي لرجل الإدارة، بعيدا عن المصلحة العامة كالمحاباة أو الانتقام، أو في حالة استهداف المصلحة العامة بغرض تحقيق أغراض مالية، أو إساءة استعمال الإجراءات.<sup>2</sup>

## 2- عيب مخالفة القانون

أجمع الفقه على أن المخالفة الصريحة لقاعدة قانونية تولد المسؤولية الإدارية دائما وتتلازم معها، ولقد أكد هذا القول العميد Duez أنه " ليس هناك أي خلاف في قضاء مجلس الدولة الحالي على أن مخالفة القانون تولد مسؤولية السلطة العامة".

وعيب مخالفة القانون يوجب مسؤولية الإدارة سواء كانت مخالفة القانون مباشرة أو مجرد خطأ في التفسير القاعدة القانونية.

فمن ناحية تشكل المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية دائما خطأ يسوغ مسؤولية الإدارة، من ذلك على سبيل المثال، تخطي موظف في الترقية، أو إحالته للمعاش خلافا للنصوص القانونية، وإسقاط الجنسية في غير الحالات المحددة قانونا.

ويستوي لتوافر ركن الخطأ في المسؤولية، أن تخالف الإدارة القواعد القانونية المدونة أو غير المدونة، كالمبادئ القانونية العامة والعرف..<sup>3</sup>

ومن ناحية أخرى فالأصل أن الخطأ في تفسير القاعدة القانونية يشكل خطأ مسوغا للمسؤولية الإدارية، وهذا ما أكدته أحكام القضاء الإداري المقارن.

غير أن القضاء لم يعتبر دائما الخطأ في تفسير القاعدة القانونية خطأ مسوغا للمسؤولية، فقد اعتبر القضاء أولا: أن خطأ الإدارة في فهم القانون أو تفسيره في المسائل التي تدق على ذوي التخصص، خصوصا إذا كانت القاعدة القانونية غير واضحة وتحتمل التأويل، لا يترتب عنه المسؤولية.

ولا شك أنه مما يعيب هذا الاتجاه، أن معظم النصوص القانونية تحتمل أكثر من تفسير، وهو ما يعني أن القضاء يفسح للإدارة بابا واسعا للإعفاء من المسؤولية.

<sup>1</sup> -محسن خليل، القضاء الإداري. المرجع السابق، ص.133.

<sup>2</sup> - محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص.135.

<sup>3</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري. الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.189.

ثانياً: وقد اعتبر أن اتجاه الإدارة إلى الجهة التي ناط بها المشرع تفسير نصوص القانون يعفيها من المسؤولية إذا ما أصدر القضاء لاحقاً حكماً بإلغاء القرار الصادر عن الإدارة، بناء على أخذ رأي الهيئة المفسرة للقانون.<sup>1</sup>

ولا شك أن هذا الغرض يختلف عن الغرض الأول، لأنه في الحالة التي تقوم الإدارة بتفسير القاعدة القانونية، فإنها تتحمل تبعه هذا التفسير، أما إذا أصدرت قراراً إستاداً إلى تفسير خاطئ للقاعدة القانونية، وبناء على رأي الهيئة المختصة بالتفسير، فإنه يصعب القول بأن عدم مشروعية القرار تشكل ركن الخطأ في المسؤولية، فالإدارة هنا لم ترتكب خطأ في السلوك يمكن أن يرتب مسؤوليتها، وفي هذه الحالة يبدو واضحاً اختلاف كيفية تقدير الخطأ في كل من قضاء الإلغاء وقضاء التعويض.

### 3- عيب السبب والمسؤولية الإدارية

لا يحكم القضاء الإداري بالتعويض في كافة الحالات التي يكون فيها القرار الإداري معيباً بعيب السبب، وإنما يحكم بالتعويض في حالة ما إذا كان العيب على درجة كبيرة من الجسامه، و يقدر مجلس الدولة الفرنسي مدى جسامه الضرر عن طريق بحث كل حالة على حدة وتقدير مدى جسامه عيب السبب فيها، وما يترتب من الأضرار للأفراد.<sup>2</sup>

والملاحظ أن عدم توافر العناصر القانونية أو الواقعية التي استند إليها القرار يشكل ركن الخطأ في المسؤولية دائماً.

غير أن القضاء يعتبر نطاق هذه القاعدة في حالة تعدد الأسباب، وحالة الخطأ في التكييف القانوني للوقائع والخطأ في التقدير، فلا يترتب عنها بالضرورة المسؤولية الإدارية، فمثلاً إذا كان قرار إلغاء مصحة غير مشروع لأنه استند إلى سبب غير قائم، إلا أنه لا يؤدي إلى التعويض طالما كانت توجد أسباب أخرى تؤدي إلى إغلاق المصحة.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: المسؤولية الإدارية بدون خطأ

بجانب المسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ، أنشأ مجلس الدولة في فرنسا نوعاً آخر من المسؤولية لا علاقة له بفكرة الخطأ، بمعنى أنه قرر مبدأ التعويض على أضرار صادرة عن تصرف مشروع من جانب الإدارة، ولا يشوبه شائبة، أي أنه أقام المسؤولية على ركنين فقط من أركانها هما الضرر والعلاقة السببية بينه وبين تصرف الإدارة.

والمسؤولية الإدارية بدون خطأ إنما هي تصحيح أدخله القضاء على ما يتسم به القانون العام من طابع المساواة، وهي تستوي عند نقطة التوازن بين مبدأ تغليب المصلحة العامة التي تضطلع الإدارة بتطبيقه في جميع الحالات التي يصطدم فيها بالمصالح الخاصة، وبين مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

<sup>1</sup> - محسن خليل، القضاء الإداري. المرجع السابق، ص. 134.

<sup>2</sup> - محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص. 137.

<sup>3</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري. الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص. 192.

وهو يتطلب التعويض عن كل ضرر منسوب إلى نشاط عام عندما يتجاوز الحدود المعقولة اللازمة لظروف الحياة في المجتمع .

ويرى غالبية الفقه أن أساس هذه المسؤولية يتمثل في فكرة المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.<sup>1</sup> ومن بين تطبيقات المسؤولية الإدارية بدون خطأ نجد فصل الموظفين فجأة من خلال إصدار قرار فجائي، أو إصدار قرار إداري غير ملائم، أو تراخي الإدارة في إصدار قرار إداري سبب ضرر للأفراد. والملاحظ أن جميع الحالات السابقة هي عبارة عن تطبيقات لنظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، لذلك سنتناولها بالتفصيل فيما يلي:-

### أولاً: مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية

لقد تساءل الفقه كثيراً عن وجود نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية مثلما هو الحال في القانون الخاص، حيث توجد نظرية التعسف في استعمال الحق، كنوع من الخطأ الذي يترتب المسؤولية التقصيرية الخاصة، أم أن أمر هذه النظرية في القانون العام لا يعدو إلا أن يكون عبارة عن صورة من صور عدم المشروعية .

إن المجال الأصيل والطبيعي لنظرية التعسف في استعمال الحق هو القانون الخاص، إذ تقوم النظرية من حيث الأساس على فكرة وسط بين المذهب الفردي المطلق والمذهب الاجتماعي، الذي يلغي الحقوق أساساً ويجعل للملكية وظيفة اجتماعية.

فالنظرية في ظل القانون الخاص\*، تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله بما يحقق له مصلحة مشروعة ويعود عليه بالنفع، ولكنها تقيد حريته هذه بضرورة عدم التعسف في استعمال حقه لتحقيق غايات غير مشروعة.<sup>2</sup>

إلا أنه في تطور للقضاء الإداري، رأى أنه من الصواب تطبيق مبادئ هذه النظرية على الأعمال الإدارية، فأصبحت نظرية قائمة ومستقلة بذاتها في القانون الإداري.

ومجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بقضاء الإلغاء، لم يميز بين نظرية الانحراف بالسلطة وفكرة التعسف في استعمال الحق، فإما أن يكون العمل معيباً في أهدافه أو أسبابه فيلغيه لأنه غير مشروع، وإما أنه سليم

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.179.

\* - لقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في المادة 41 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي:  
" يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

<sup>2</sup> - انظر لمزيد من التفصيل غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون. دار وائل للنشر، الطبعة السادسة، عمان، 1999، ص.303 وما بعدها، وأنظر أيضاً، إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقهاً وقضاءً. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص.39 وما بعدها.

فيرفض الإلغاء، أما في مجال قضاء التعويض، فيبدو أن مجلس الدولة أقر نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية على نمط النظرية المدنية ومستقلة عن نظرية الانحراف بالسلطة.

وبهذا فالقضاء الإداري قد طبق نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، وكان ذلك لأول مرة في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1903 في قضية " أوليفيه زيمرمان "، وتوالت أحكامه بعد ذلك مقرررة وجود هذه النظرية مرددة عبارات " لقد لجأت الإدارة إلى إجراءات تعسفية " ، " ولقد استعملت سلطاتها استعمالاً تعسفياً " ، أو " لقد أساءت الإدارة استعمال حقوقها." وبفضل جهود كل من الفقيه هوريو و بونار أصبحت هذه النظرية القانونية مسلماً بها الآن وقائمة بذاتها، رغم أن جانب من الفقه وعلى رأسه العميد دوجي يرى أن هذه النظرية لا تعدو أن تكون وجهاً من وجوه نظرية التعسف في استعمال السلطة.

ولكن رغم هذه المعارضة إلا أن هذه النظرية أصبحت مسلماً بها، وتتخلص هذه النظرية في أن رجل الإدارة الذي يتسم عمله بالتعسف هو صاحب اختصاص وتصرفه في نطاق المشروعية، إلا أنه استخدم اختصاصه في ظروف تتم عن التعسف، رغم أنه عمل وتصرف في نطاق دائرة المشروعية.<sup>1</sup> ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو:

- هل يمكن امتداد تطبيق هذه النظرية من قضاء التعويض إلى قضاء الإلغاء؟، أم أنها قاصرة على قضاء التعويض فقط؟

يرى العميد بونار أنه يمكن سحب تطبيق هذه النظرية إلى قضاء الإلغاء، وهكذا يصبح التعسف في استعمال الحق عيب مستقل ومواز لعيب الانحراف بالسلطة.

غير أن الفقه لا يقر ما ذهب إليه العميد بونار،<sup>2</sup> فالتعسف في استعمال الحق كما يسلم به مجلس الدولة الفرنسي ينحصر في كون القرار قد صدر في وقت غير مناسب، أو أن لا فائدة ترجى من ورائه، أو أنه كان على درجة كبيرة من القسوة، وكل هذه الأمور هي من صميم السلطة التقديرية للإدارة، بل أهم مظاهرها.

<sup>1</sup> - انظر عمار عوايدي، نظرية المسؤولية الإدارية. المرجع السابق، ص.163.

<sup>2</sup> - ونحن نرى أن نظرية سوء استعمال الحقوق الإدارية تختلف عن فكرة الانحراف بالسلطة، ليس من ناحية أن لكل منهما استقلالها فقط، بل وميدانها الذي تعمل فيه، التعويض دون الإلغاء.

وفي ذلك يبدو أن الفقيه دي لوبادير لا يتابع العميد بونار في اعتبار أن سوء استعمال الحقوق الإدارية عيب مواز للتجاوز في استعمال السلطة إذ يقول:

« Abus de droit, Il y aurait lieu de faire une place à côté de la notion d'illégalité à celle de l'abus de droit.

En droit administratif, la notion d'abus de droit, diffère de ce qu'elle est en droit privé où elle paraît se référer à la considération subjective du but poursuivi, consisterait, dans l'admission d'une mesure inutile ou excessive dans un domaine où l'administration bénéficiait d'un pouvoir discrétionnaire et où elle n'a pu, par conséquent, commettre d'illégalité proprement dite. »

انظر محمد عبد الجواد حسين، المرجع السابق، ص.244.

ومجلس الدولة الفرنسي والقواعد العامة للقانون تمنح الإدارة حرية تقدير ملاءمة تلك العناصر على الأقل فيما يتعلق بمادة الإلغاء.

ويظهر من العرض السابق، أن مجال استعمال الحقوق الإدارية هو السلطة التقديرية بلا خلاف، وأن هذه النظرية لا تؤدي إلى الحكم بإلغاء القرار المتعسف فيه، وإلا أتينا على السلطة التقديرية للإدارة، لأن العناصر التي تقوم عليها هذه النظرية هي ذات أركان السلطة التقديرية، ومجلس الدولة الفرنسي يتجنب دائماً أن يعرقل الإدارة على أداء رسالتها مادام أن أركان القرار الإداري سليمة.

فحقيقة يعتبر مجلس الدولة الفرنسي، عدم ملاءمة إصدار القرار الإداري الظاهرة قرينة من قرائن الانحراف بالسلطة، ولكن لا يعتبرها أكثر من ذلك، ولا يعتبرها مؤدية بذاتها إلى إيجاد نوع من أنواع عدم المشروعية يوازي عيب الانحراف بالسلطة، ويجيز الطعن فيه بالإلغاء، بل العكس فإنه يعتبرها قرينة على الانحراف في ذاته، وتقويه وتدعمه القرائن الأخرى.<sup>1</sup>

ويبدو أن وجهة النظر العكسية التي قال بها العميد بونار تأتي وتقضي على السلطة التقديرية للجهة الإدارية، الأمر الذي يخالف قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يؤكد دائماً وجود السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة، ويخرج من ذلك إلى أن مجال التعسف في استعمال الحقوق الإدارية هو قضاء التعويض لا قضاء الإلغاء.

#### ثانياً: حالات التعسف في استعمال الحقوق الإدارية المرتبة للمسؤولية

لقد أقر القضاء الإداري نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية، وحكم بالمسؤولية الإدارية في ظلها، وذلك في الحالات التالية:-

#### 1- الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ قرار إداري "إصدار قرار إداري فجأة"

ومثال هذه الحالة أن تصدر الإدارة قراراً إدارياً سليماً من الناحية القانونية، إلا أن هذه الإدارة قد أصدرت القرار الإداري فجأة، أي في وقت غير مناسب، كما هو الحال في قضية " أوليفيه زيمرمان" التي حكم فيها مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة، وتتنحصر وقائع هذه القضية في أن الإدارة قد تسرعت في تنفيذ حكم صادر لصالحها بصفة ابتدائية من مجلس المديرية، دون أن تنتظر حكم الاستئناف المنظور أمام مجلس الدولة، الذي انتهى بإلغاء الحكم الابتدائي، وذلك في 27 فيفري 1903.<sup>2</sup>

كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الموظفين الذين يفصلون فجأة، نتيجة لإلغاء الوظيفة إلغاء قانونياً، وقد طبق المجلس هذا بصدده حكمه الصادر في 11 ديسمبر 1903 في قضية " villenave ".

وتتدرج هذه الحالات في نطاق المسؤولية على أساس المخاطر، لأن التعويض مثلاً في المثال الأخير غير مرتبط بأي خطأ من جانب الإدارة، فقد منح مجلس الدولة التعويض رغم اعترافه بأن قرار إلغاء الوظيفة

<sup>1</sup> - محمد عبد الجواد حسين، المرجع السابق، ص. 245 وما بعدها.

<sup>2</sup> - عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية. المرجع السابق، ص. 164.

كان سليما ،لأنه قدر أن فصل الموظف فجأة مع عدم صدور خطأ منه يستحق هذا الفصل هو بمثابة ضرر استثنائي يجب تعويضه عدالة .

والحقيقة أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذا لم يتأتى إلا بعد جهد كبير منه فقد كانت القاعدة المسلم بها، أن قرار فصل الموظفين هو قرار تقديري ليس من طبيعته أن يؤدي إلى مسؤولية الإدارة.<sup>1</sup> وكذلك الحال في حكم مجلس الدولة الصادر في 22 نوفمبر 1929 في قضية "شركة مناجم سيجيري"، والتي تتمثل وقائعها فيما يلي، نظم القانون الفرنسي طريقة استغلال مناجم الذهب في إحدى المستعمرات ، وقضى بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا لأهالي تلك المستعمرات، على أن يكون للشركات حق استغلال الطبقات السفلى ،التي لا يصل إليها الأهالي بوسائلهم البدائية ،على أن يكون لحاكم المستعمرة حق منح وسحب رخص الاستغلال ،وحدث أن اعتدت شركة سيجيري على الطبقات المخصصة للأهالي ،وتم ذلك بعلم الإدارة ،ولكن تركتها تستغل ذلك المنجم ،ثم فاجأتها بدون سابق إنذار بأمر يتضمن وقف هذا الاستغلال غير المشروع ،ولذلك لم يبلغ مجلس الدولة القرار السابق ،ولكن حكم بالتعويض عنه بناء على أن الإدارة قد أساءت اختيار وقت تدخلها ،فتعجلت في اتخاذ قرار بالرغم من أحد من الأهالي لم يطلب وقف استغلال الشركة.<sup>2</sup>

أما فيما يتعلق بالقضاء الإداري الجزائري فنجده يقر بمبدأ مسؤولية الإدارة عن فصل الموظف أو العامل بصورة فجائية ،وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الصادر بمقتضى الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 02 جويلية 1966، حيث تنص على أنه : "إن الموظف الذي مارس خلال سنة على الأقل مهامها في إحدى الوظائف العليا المنصوص عليها في المادة 09 أعلاه ،ثم أنهيت هذه المهام دون أن يطلع مسبقا على ملفه ،ودون أن تخصص له وظيفة تعادل الأولى على الأقل ،يوضع في حالة تخول له الحق في مرتب لمدة ثلاثة أشهر..."

كما أن المشرع الجزائري قد أنشأ صورة جديدة لمسؤولية السلطة العامة في علاقتها بموظفيها وهي حالة تسريح الموظف العام لعدم الكفاءة المهنية، وهذا ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 68 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية مقررة: "يجوز للموظف المسرح لعدم كفاءته قبض تعويض ضمن شروط تحدد بمرسوم ." و صدر المرسوم رقم 148/66 المؤرخ في 02 جوان 1966 المتعلق بتسريح الموظفين لعدم الكفاءة المهنية ،فنصت المادة 05 منه على أنه : "يقبض الموظف المسرح تعويضا مساويا لنصف مرتبه الخاص بالشهر الأخير من نشاطه مضروبا في عدد سنوات الخدمة الصالحة للتقاعد وكل كسر يفوق ستة أشهر يحسب سنة كاملة ،ويجري حساب هذا التعويض على المرتب الحقيقي المقبوض عند التسريح، وتضاف إليه المنح العائلية والتعويضات الملحقة."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري. الكتاب الثاني ،المرجع السابق، ص.191.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية.المرجع السابق، ص.96.

<sup>3</sup> -عمار عوابدي ، نظرية المسؤولية الإدارية.المرجع السابق، ص.231.

كما أن القضاء الإداري الجزائري أعمل نظرية المخاطر وحكم بمسؤولية الإدارة إزاء موظفيها في كثير من الحالات .

## 2- الحكم على الإدارة بالتعويض لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة

ذكرنا سابقا ، أن ملاءمة العقوبة التأديبية للجريمة التأديبية هي مسألة تستقل الإدارة بتقديرها، ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد أخضع ملاءمة الجزاءات التأديبية لرقابته في مجال قضاء التعويض دون قضاء الإلغاء . وأشهر تطبيق لذلك حكمه الصادر في 20 جويلية 1913 في قضية السيد " مارك " .

فقد كان السيد مارك يشغل منصب مدير حديقة النباتات في مدينة " رن " بفرنسا ، وفصلته الإدارة من منصبه لأسباب رأى أنها تعسفية ، فرفع دعوى إلغاء قرار الفصل ، وطالب في نفس الوقت بالتعويض عن ذات القرار ، لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب الإلغاء لأن عيب التعسف لم يثبت، ولكن حكم بالتعويض لأن الأخطاء التي ارتكبها السيد مارك لا تبرر القرار الصادر بفصله .

كما حكم مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض أيضا عن إصدار القرارات قاسية لا تتناسب مع أسبابها، كما لو اتخذت إجراءات عنيفة في سبيل تحصيل بعض الضرائب من أحد المواطنين حسني النية، مما أدى إلى شهر إفلاسه.<sup>1</sup>

## 3- الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار إذا ترتب عن ذلك ضرر

لقد رأينا أن أبرز مظاهر السلطة التقديرية تتمثل في حرية الإدارة في تقدير الوقت المناسب لاتخاذ قرارها، وأن حرمتها في هذا الخصوص لا تخضع لرقابة القضاء، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يرى أن عدم تحديد المشرع لوقت زمني لاتخاذ قرار إداري معين لا يعني حرية الإدارة المطلقة في هذا المجال، بل يتعين عليها أن تحسن اختيار وقت تصرفها لأن ضرورة استقرار المعاملات تستلزم ألا تبقى المراكز القانونية مهددة مدة طويلة، و لذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة بالتعويض في حكمه الصادر في 26 جويلية 1918 لتراخيها في اتخاذ قرار بمنع أحد الأفراد من مزاولة مهنته الخطرة، وهي تمرين الناس في الأعياد على إطلاق النار وإصابة الهدف ، لأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر، وقد حدث بالفعل أن أصيبت إحدى المارات برصاصة طائشة في رأسها ، ففضى لها المجلس بالتعويض .

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص، فحكم في حالات متشابهة أخرى بمسؤولية الإدارة لتراخيها في إصدار قرار بإعفاء شاب من تطوعه للخدمة في الفرقة الأجنبية، مما أدى إلى وفاته في إحدى المعارك ، وتأخر الإدارة أكثر من سنة دون مبرر في تسليم أحد الأفراد ترخيصا بالبناء...<sup>2</sup>

وبناء على ذلك إذا كانت الإدارة ملزمة بإصدار الإجراءات اللائحية الضرورية لتطبيق القانون فإنها يجب أن تقوم بذلك خلال مدة معقولة و إذا استطال سكوت الإدارة عن إصدار القرار فإنه يجوز الطعن

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية. المرجع السابق، ص.97.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.95.

بالإلغاء في القرار السلبي للامتناع عن إصدار القرار.<sup>1</sup>

فالإدارة - كما قلنا سابقا - يجب أن تضع نفسها في أفضل الظروف وأنسب الحلول للقيام بهذا التقدير.

**أما القضاء الإداري الجزائري** فلا يخضع ملاءمة الإدارة في اختيار وقت اتخاذ قراراتها لرقابته كقاعدة عامة، إذ تملك السلطة الإدارية كما يقول الدكتور عمار عوابدي حرية ملاءمة وتقدير وقت التدخل لإصدار قرارات التعيين في الوظائف الإدارية، وحرية ملاءمة وتقدير واختيار مضمون وفحوى قرار التعيين في الوظائف العامة.

فهكذا تملك السلطات الإدارية المختصة أن تعين أو لا تعين وإذا أرادت أن تتدخل لإصدار قرار التعيين فلها حرية الملاءمة والتقدير في اختيار وقت التعيين وفحوى ومضمون التعيين، دون معقب عليها من طرف القضاء الإداري فيما يخص اختيار وقت التدخل.<sup>2</sup>

ونحن نرجو من قضائنا الإداري أن يلتفت إلى هذه النظرية - نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية-، وأن يأخذها بعين الاعتبار في تطبيقاته لأنها الوسيلة الوحيدة لمواجهة الاتساع غير المحدود و الخطير للسلطة التقديرية، خاصة وأن قضاء الإلغاء لم يستطع أن يكبل ولا أن يوقف هذه السلطة عند حدها لما تتميز به من تطور واتساع، إلى أن أصبحت رقابة المشروعية غير كافية وحدها للحد من هذه السلطة . أما القضاء المصري فقد ساير مجلس الدولة الفرنسي فيما ذهب إليه، فطبق هذه النظرية في قضائه، وإن كان قد تراجع عنها ابتداء من 1956.

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن بما يلي: " مما يتعارض مع المبدأ السابق الذي قرره الفقه الإداري رعاية لشؤون الدولة، وليمكنها من التعاون مع من ترى للصالح العام عدم التعاون معهم من الموظفين القابلين للعزل، أن يكون مع ذلك للموظف المفصول بغير طريق تآديبي حق اقتضاء التعويض المناسب من الدولة، إذا ما قام الدليل من أوراق الدعوى على أنه فصل في وقت غير لائق أو بطريقة تعسفية أو بغير مبرر شرعي، إذا ما تعذر عليه إقامة الدليل على إساءة استعمال السلطة توصلا لإلغاء قرار الفصل..."<sup>3</sup>

كما يجب الإشارة إلى الجدل الفقهي الذي أثير حول أساس المسؤولية الإدارية في ظل نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية .

فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن هذه النظرية لا تشكل خطأ إطلاقا، لأن نظرية التعسف لا تقوم على فكرة أو عنصر التعدي الذي هو عنصر جوهرى في الخطأ، فالتعسف يرتبط أساسا بنتائج استعمال الحق أو أغراضه، ولا يرتبط بأصل السلطات المخولة لصاحب الحق، ففي نظرية التعسف لا ينظر إلى عنصر التعدي والإهمال، وإنما ينظر فيها إلى المال الممنوع .

<sup>1</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري. الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص.322.

<sup>2</sup> - عمار عوابدي، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية. المرجع السابق، ص.307.

<sup>3</sup> - محمد عبد الجواد حسين، المرجع السابق، ص.246.

إلا أن بعض الفقه يرى بأن هذه النظرية تشكل خطأ مرفقيا ذا طبيعة خاصة، ورغم أنه لا يستوجب إلغاء القرار الإداري إلا أنه يقضي بمسؤولية الإدارة.<sup>1</sup>

وقد قرر القضاء الإداري ذلك في أحكامه: "يمكن القول أن التعويض الذي يقضي به مجلس الدولة في هذه الحالة أساسه نوع من الخطأ، إلا أنه خطأ يخرج عن دائرة الأخطاء التي توجب الإلغاء، لأننا بصدد قرار إداري سلمت جميع أركانه."

ويلاحظ أن كثير من الفقه الفرنسي يرى أن نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية لا تقوم على أساس الخطأ، فهي وإن كانت تقوم عليه في بعض الأحيان إلا أنها أوسع منه نطاقا، فالإدارة تسأل عن الضرر الذي ألحقته بالأفراد ولو لم تكن مخطئة.

من هنا فهذه النظرية أوسع نطاقا من المسؤولية الخطئية، بل تعتبر تطبيقا لقواعد العدالة ونظرية المخاطر.<sup>2</sup>

وفي الأخير نخلص إلى أن نظرية الانحراف بالسلطة مجالها قضاء الإلغاء، ويقنصر دور القضاء فيها على مراقبة الحدود الخارجية للسلطة التقديرية، وهي الأغراض والأهداف، استنادا لمبدأ المشروعية الإدارية. أما نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية فمجالها قضاء التعويض، وتتعدى رقابة القضاء الإداري إلى العناصر الداخلية للسلطة التقديرية بما فيها عنصر الملاءمة، حيث يضطر قاضي التعويض إلى أن يلج إلى المجال التقديري الخاص بالإدارة وذلك بأن يحاسب الإدارة على التأخر في إصدار قراراتها، أو إصدارها قرار فجأة، أو إصدار قرار غير ذي فائدة أصلا.

من هنا يظهر الفرق الشاسع والكبير بين النظريتين، غير أن هذا لا يعبر عن انفصالهما، إذا تعتبر في الحقيقة نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية مكملة لنظرية الانحراف بالسلطة، ذلك لأن نظرية الانحراف بالسلطة غير كافية وحدها للتصدي للسلطة التقديرية، ذلك أن هناك كثير من الأعمال الإدارية تخرج عن نطاقها و تتحصن ضد دعوى الانحراف بالسلطة.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية. المرجع السابق، ص. 165.

<sup>2</sup> - أنظر: غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص. 305 وما بعدها وأنظر أيضا، ابراهيم سيد أحمد، المرجع السابق، ص. 42 وما بعدها.

## المبحث الثاني

### أساليب الرقابة القضائية الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة

مع تزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة والناجمة عن تخلي المشرع أو عجزه عن تقييد الإدارة عند اتخاذها قراراتها الإدارية، التجأ القضاء الإداري إلى قلعة الدفاع عن الحقوق والحريات وسياس العدالة ضد كل تعسف أو استبداد لحريتها في التقدير، حتى لا تغدو سلطة الإدارة مطلقة من كل قيد.

فظهرت طرق وأساليب جديدة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ويعود الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في خلق وتطوير هذه الرقابة، والتي تحولت واستقرت فيما بعد على شكل مبادئ قانونية عامة في البناء القانوني.

وكل هذه الأساليب الجديدة تقوم وتوسع لتحقيق هدف واحد، وهو عدم الوقوف مكتوفي الأيدي اتجاه تقدير الإدارة المتزايد، وإلا جعل منها ذلك سلطة تحكمية واستبدادية.

ففي مواجهة تكيف الإدارة وتقديرها للوقائع المتزايدين، وللذين يخرجان و يتحصنان في كثير من الأحيان - كما رأينا ذلك سابقا في ظل الرقابة التقليدية- ضد الرقابة القضائية وذلك استنادا على حجج واهية، مثل مبدأ الفصل بين السلطات، وفكرة السلطة الرئاسية، إبتدع القضاء الإداري بعض الطرق والأساليب للحد من سلطات الإدارة التقديرية، وإعادتها إلى نطاقها الطبيعي.

فظهرت الرقابة على الغلط البين في التقدير، وذلك لمواجهة الحالات التي أخرجها القضاء من نطاق رقابته على التكيف القانوني للوقائع.

كما ظهرت الرقابة على التناسب بين سبب القرار ومحلله، وبذلك اخترقت هذه الرقابة الجانب التقديري، الذي كان متروكا للإدارة، وبهذا أصبحت الملاءمة إحدى جوانب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية بالإضافة للمشروعية.<sup>1</sup>

كما إبتدع القضاء الإداري نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، هذه الأخيرة وإن كانت تتفق مع النظريات السابقة في أنها رقابة ملاءمة، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركن إليها القضاء الإداري في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين، أو رقابة التناسب.

## المطلب الأول

### رقابة الغلط البين في التقدير

تقتضي دراسة هذا الجزء من الدراسة، أن نتناول، ماهية نظرية الغلط البين (الفرع الأول)، ومعيار الغلط البين وإثباته (الفرع الثاني)، وأخيرا موقف القضاء الإداري المقارن من نظرية الغلط البين (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> -Marie-christine Rouault, Op.Cit., P.271.

## الفرع الأول: ماهية الغلط البين في التقدير

تقتضي دراسة هذا الفرع أن نتناول ما يلي:

### أولاً: تطور نظرية الغلط البين

تعتبر نظرية الغلط البين في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء،\* من أحدث النظريات القضائية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وهي نظرية ظهرت في الستينيات من القرن الماضي ولم تتأثر هذه النظرية إلا بعد الكفاح المستمر لمجلس الدولة الفرنسي ضد خطر اتساع السلطة التقديرية للإدارة.

فقد أدت التطورات التي أصابت أنشطة الدولة ووظائفها في النصف الأخير من القرن العشرين إلى اتساع السلطة التقديرية للإدارة عجزت معه وسائل الرقابة القضائية العادية عن استيعابه وملاحقته، ولقد سعى مجلس الدولة جاهداً لإعادة التوازن بين سلطة الإدارة التقديرية وحقوق الأفراد وحررياتهم، فقام بتوسيع مفهوم الواقعة غير صحيحة مادياً وقانونياً، وما يقتضيه ذلك من مراجعة التكييف والتفسير اللذين أعطتهما الإدارة لهذا العنصر مما يسمح بوضع تحديد جديد للسلطة التقديرية للإدارة.<sup>1</sup>

ومع ذلك فقد عجزت هذه الجهود عن وضع الحدود لممارسة السلطة التقديرية ومنع تجاوزاتها، ولم يتحقق ذلك إلا من خلال رقابته للغلط البين في التقدير اعتباراً من حكم La Grange الصادر في 15 فيفري 1961.<sup>2</sup>

ولقد تم التمهيد لهذا الاجتهاد الجديد بتساؤلات كانت تطرح علامة الاستفهام حول ما إذا كان يحق للإدارة في معرض ممارستها لسلطانها التقديرية أن ترتكب الأخطاء في التقدير.

ولقد اعتبر الأستاذ وايد wade " أنه من خصائص السلطة التقديرية أنها تعني سلطة ارتكاب الأخطاء"، إلا أنه إذا كان يحق للإدارة أن تخطئ التقدير ولكن لا يحق لها إطلاقاً الوقوع في خطأ بارز في هذا المجال.<sup>3</sup> وقد بدا الدور التقليدي لفكرة الغلط البين متمثلاً في مواجهة الحالات التي كانت تخرج عن رقابة قاضي الإلغاء في ظل وسائل الرقابة العادية، وهي الحالات التي كان يمتنع فيها القاضي عن رقابة التكييف القانوني للوقائع غير أن التدعيم القضائي المستمر لفكرة الغلط البين، أدى بها إلى تجاوز هذا الدور التقليدي وإلى اقتحام مواقع جديدة في العمل الإداري، ومكنها في النهاية من أن تنفذ إلى صميم التقدير ذاته .

على أن الوقوف على نشأة الفكرة وتطورها مرتبط بتطور الرقابة على الوقائع في دعوى الإلغاء، فإذا كانت الرقابة على الوقائع لم تقف عند حد رقابة وجودها المادي، وإنما اتسعت أيضاً لرقابة وجودها القانوني

\* - يرى الدكتور سلامة جبر أن نظرية الغلط البين للإدارة لا تقتصر على رقابة تقدير الإدارة للوقائع فقط ولكنها تشمل الرقابة على الغلط البين في التكييف الوقائع وهذا ما أثبتته في رسالته للدكتوراة المقدمة أمام جامعة عين شمس.

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37، العدد 01، القاهرة، مارس 1993، ص.209.

<sup>2</sup> - Jacqueline Morand-Devili, OP.Cit. , P.280 Et Voir aussi : George Vlachos, OP.Cit., P.90.

<sup>3</sup> - يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام. الجزء الثاني، بدون دار النشر، الطبعة الثانية، 1998، ص.166.

، غير أن مجلس الدولة الفرنسي استثنى من رقابته على التكيف القانوني بعض الحالات وجعلها بمنئى عن رقابته وترك لتقدير الإدارة بشأنها سلطة واسعة .

وقد تعددت المحاولات التي قال بها الفقه في تصنيف هذه الحالات كما تعددت التبريرات التي قال بها الفقه للامتناع عن الرقابة، وترددت هذه التبريرات بين الاعتبارات الفنية للعمل الإداري واعتبارات السلطة التقديرية والملاءمة.

غير أن اقتصار هذه التبريرات لأسباب قانونية جعلها غير قادرة على الصمود أمام التطورات المتلاحقة التي أصابت الإدارة ووظائف الدولة وأصبح من غير المعقول الإبقاء على خروج حالات الامتناع المذكورة من رقابة القضاء وبأنه من الضروري أن تمتد رقابة قاضي الإلغاء إلى تلك المجالات.

وقد واجه مجلس الدولة الفرنسي هذا التطور بابتداعه فكرة الغلط البين في التقدير ليوافقه بها حالات امتناعه عن التكيف القانوني للوقائع، ولينفذ إلى تقدير الإدارة ذاته، بل واختيارها لقراراتها.<sup>1</sup> و يمكن أن نقول اليوم "أنه أيا كانت السلطة التقديرية التي تكون للجهة المختصة، فإن تقديرها يخضع لرقابة الغلط البين."

وبهذا أصبحت فكرة الغلط البين في التقدير، عنصر أساسيا من عناصر القدر الأدنى للرقابة، ذلك القدر الذي يراقبه القاضي الإداري في كل دعوى ترفع أمامه، أيا كان موضوعها.\*

### ثانيا: مفهوم الغلط البين في التقدير

يعرف الفقه عيب الغلط البين بأنة: "العيب الذي يشوب تكيف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري ويبدو بينا وجسيما على نحو يتعارض مع الفطرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع ويكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب."

و قلنا سابقا أنه بمقتضى الأخذ بهذه النظرية، اتسع مفهوم الحد الأدنى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ليضيف إلى عناصر رقابة الحد الأدنى -Contrôle Minimum- عنصرا جديدا، هو وجود غلط بين في التقدير، بما يعني أن الرقابة على تقدير الوقائع لا تمثل أقصى صور التطور في الرقابة على الوقائع، كما ذهب دراجو، بل تدخل في الرقابة الأدنى من جانب قاضي الإلغاء.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكيف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». المرجع السابق، ص.210.

\* - يجب الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكن أول من قال بهذه الفكرة، لقد سبق للمحكمة الإدارية لمنظمة العمل بسويسرا أن أخذت بهذه الفكرة، كما أخذ بها القضاء الإنجليزي إستادا إلى فكرة "عدم المعقولية"، كما أخذ بها مجلس الدولة البلجيكي، وكان مجلس الدولة المصري أسبق من نظيره الفرنسي في الأخذ بها، وإن قصرها على مجال التأديب، وأسماها "نظرية الغلو"، ولكن لمجلس الدولة الفرنسي دوره في تكريس هذه النظرية لتشمل كافة المجالات التي تمارسها الإدارة.

<sup>2</sup> - Alain Moyrand, OP.Cit., P.P.166.167. , Et Voir Gustave Peiser, OP.Cit., P.P.189.190.

ورقابة تقدير الوقائع تدخل في الغالب، إعتبرات عملية وواقعية بالنظر إلى طبيعة هذه الرقابة، فبينما رقابة التكييف القانوني، تقف عند حد مدى اتفاق الواقعة الموجودة ( ماديا) مع القانون، ومن ثم يجب تطبيقه عليها، نجد أن رقابة تقدير الواقعة (وبيان أهميتها ) تعني بمدى تناسب الإجراء المتخذ حيال الواقعة الموجودة ماديا وقانونا، بهدف إقامة الموازنة بينهما .

والقاضي في رقابته على الغلط البين لا يحكم على التقدير ذاته، ولكن على الغلط الذي شاب هذا التقدير، عندما يكون الغلط ظاهرا و بينا ( Manifeste )، يمكن كشفه بحسن الإدراك، أي عندما يكون الغلط ظاهرا يكشف حقيقة التفسير الذي تجريه الإدارة لنطاق السلطات التي تتمتع بها.<sup>1</sup>

ولا يتضمن قضاء الغلط البين، أن على القاضي أن يحل تقديره محل تقدير الإدارة عندما تتمتع بسلطة تقديرية واسعة، ولكن في هذه الحالة تمثل رقابة الغلط البين في التقدير ضمان ضد تجاوز السلطة، التي تخري الإدارة، وقد أبرز Braibant في قوله "تتضمن السلطة التقديرية الحق في الوقوع في الغلط، ولكن ليس حق ارتكاب غلط بين، أي واضح وجسيم في نفس الوقت، ولتلافي هذه المضار الجديدة الناشئة عن هذا الغلط عمم مجلس الدولة الفرنسي رقابة الغلط البين".<sup>2</sup>

وعلى ذلك فإن الغلط البين هو أكثر من مجرد طريق للطعن بالإلغاء لأنه تحول جذري لمسار الرقابة القضائية التقليدية بمد هذه الرقابة الى كل التقديرات الواقعية، والتي لا تختلف من واحدة إلى أخرى، إلا بواسطة طرق تقنية يضعها القاضي بدلا من ذلك المجال المحجوز للإدارة، والذي يمتد حتى السلطة التقديرية.

وقد ذهب الأستاذ شانتي Chanta : "إلى أن قضاء الغلط الظاهر يعدل مجال الملاءمة، حيث تنصب الرقابة على ملاءمة هذا التقدير، ومن ثم يمكن أن يسند الخطأ البين إلى مبدأ التناسب".  
و بناء على ما تقدم، فإنه من المؤكد أن الغلط البين لا يتعلق بالوجود المادي للوقائع أو عدم وجودها، فالغلط البين ينصرف أساسا إلى تقدير الإدارة وتكييفها للوقائع وحده دون غيره.  
ولكن متى يكون الغلط بينا، أو بمعنى آخر ما هو معيار الغلط البين؟ وكيف يتم اثباته؟

#### الفرع الثاني: معيار الغلط البين في التقدير وإثباته

هل يعني الغلط البين، الغلط الجسيم الذي يشوب تقدير الإدارة لملاءمة نشاطها؟ أم أنه لا يشترط في الغلط البين أن يكون جسيما؟ وهل إثباته يخضع للقواعد العامة في الإثبات الإداري أم لا؟  
هذا ما سنحاول معالجته فيما يلي:

#### أولا: معيار الغلط البين

يجب الإشارة بداية، أن وضع معيار للغلط البين، لا يقصد به أن للغلط البين معيارا محددًا أو ثابتًا،

<sup>1</sup>– Martine Lombard, OP.Cit., P.280, Et Voir aussi George Vlachos, OP.Cit., P.92 et suivantes, René Chapue, OP.Cit. , P.935 Et suivantes.

<sup>2</sup> – زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص.37، وأنظر كذلك جورج فوديل، بياردلقولقيه، المرجع السابق، ص.246.

يمكن بمقتضاه الوقوف على تحقق أو تخلف الغلط البين في جميع الحالات، وإنما يقصد به الاستدلال على قيام الغلط البين، والتحقق منه يخضع لتقدير موضوعي، والموضوعية لا تتنافى والثبات أو التحديد المسبق، وإنما تعني موضوعية التقدير والكيفية التي يراد بها الاستدلال على الغلط البين، وبيان أن هذا الاستدلال والبحث لا يخضع لتقدير ذاتي للقاضي، وإنما عماده تقدير موضوعي يستخلص من ملف الدعوى وأوراقها.<sup>1</sup>

## 1- المعيار الذي اعتمده القضاء الإداري

بالرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي يتبين لنا أنه قد اعتنق معيارا موضوعيا في تقدير الغلط البين، لا يعتمد على حسن نية الإدارة، أو سوء نيتها من ناحية، ولا يكون أمرا متروكا لمحض تقدير القاضي من ناحية أخرى، وإنما هو معيار يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير .

بحيث يحكم بالإلغاء في كل حالة يشوب تقدير الإدارة فيها، غلط يفسد هذا التقدير أو يجاوز حدود المعقول، والعكس صحيح، ففي مجال إبعاد الأجانب مثلا، رأى المجلس غلطا بينا في قرار إبعاد لاجئ بلغاري في فرنسا، ذلك لأنه لم يكن له نشاط و لا موارد معتادة، في حين لم يرى غلطا بينا في قرار إبعاد أجنبي حكم عليه بأكثر من عقوبة جنائية.<sup>2</sup>

وهو ذات المعيار الذي أخذ به مجلس الدولة المصري في أحدث أحكامه في 1994/12/03 في مجال الرقابة على المسائل الفنية والعلمية.\*

وقد اعتنقت المحكمة الإدارية العليا في مصر معيار الخطأ الجسيم - Grossier - كمعيار مميز للغلط البين في التقدير، وهو الغلط الذي يكون مرثيا لغير المتخصصين، أو الذي يمكن معرفه حقيقته للرجل العادي، أو هو الغلط الذي يجري على عكس ما تقتضيه طبيعة الأشياء، أو الذي لا تخطئه العين.<sup>3</sup>

أما القضاء الإداري الجزائري فقد تبنى معيار الجسامة أيضا مثل نظيره القضاء المصري، وهذا ما سنوضحه في الجزء اللاحق من الدراسة.

## 2- موقف الفقه من معيار الغلط البين

اختلف الفقه في موضوع تحديد معيار مميز للغلط البين، فمنهم من أخذ بمعيار الجسامة، مثل الأستاذان أوبي ودرا جو، إذ الغلط عندهما هو الغلط الواضح - Flagrante - والجسيم - Grossier - الذي يكون مرثيا حتى بالنسبة لغير المتخصص من رجال القانون .

وهو ما ذهب اليه الأستاذ فيدل، إذ يرى أن الغلط البين البارز هو الذي لا يحتاج إلى خبرة كبيرة .

أما الأستاذ Rivero فيرى أن الغلط البين هو الذي ينكر أو يتعارض والمنطق السليم .

<sup>1</sup> - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص.49.

<sup>2</sup> - Agathe Van lang , Juge judiciaire et droit administratif. L.G.D.J, Paris, 1996, P.P.160.161.

\* - أنظر قرار المحكمة الإدارية العليا- في مصر- رقم 1640/243، المؤرخ في 1994/12/03، وهو حكم متعلق بقضية "سفر الآثار لليابان".

<sup>3</sup> - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص.45.

والواقع أن أنصار هذا الاتجاه قد تأثروا بالتطبيقات الأولى لفكرة الغلط البين في القضاء الإداري، حيث كان الغلط جسيما وجليا.<sup>1</sup>

واتجه البعض الآخر من الفقه، إلى الأخذ بمعيار عدم المعقولية -Dérisonnable-، بمعنى آخر أن الغلط البين يتحقق عندما تسيء الإدارة عمدا أو إهمالا استخدام سلطتها التقديرية، وتذهب إلى أبعد من الحدود المعقولة في الحكم الذي تحمله على عناصر الملاءمة.

والواقع أن هذه المعايير - جميعها - صحيحة، إذ يكشف كل منها عن إحدى خصائص الغلط البين، فالغلط البين فكرة غنية بمضمونها، ومن ثم فلا يجوز تحديد معناها بجانب واحد من جوانبها الكثيرة .

فالغلط البين لا يكون كذلك إلا إذا كان جسيما، ولن يكون جسيما إلا إذا اتصف بعدم المعقولية، وهكذا ..

والمسلم به أنه لا يشترط في الغلط البين أن يكون ظاهرا أو واضحا، فالغلط البين قد لا يكون ظاهرا و لا واضحا، مما يقتضي بحثا متعمقا في الدعوى الإدارية، ولكن لا يعني ذلك أن الغلط البين يتعين - بالضرورة - ألا يكون واضحا ولا ظاهرا، فنحن نقصد أنه لا تلازم بين الغلط البين وعدم الظهور، أو عدم الوضوح.<sup>2</sup>

وفي الأخير فإننا نقول أن رقابة الغلط البين في التقدير لا يمكن أن تقسح مكانا لتحكم القاضي، إذ أنه لا يتعلق الأمر سوى بتأكيد الإثبات (بوضوح الإثبات أو بجلائه)، وكما لوحظ، أنه إذا كان من المستحسن إدخال التأكيد في القانون الإداري، فإنه من الصعب تحديد الدرجة التي ينبغي الوصول إليها ليصبح الغلط بينا .

#### ثانيا :إثبات الغلط البين في التقدير

باستقراء القضاء الإداري المقارن - خاصة القضاء الفرنسي والمصري- نجد أن الغلط البين ليس عيبا متعلقا بالنظام العام، ومن ثم فإن القاضي لا يلتزم بإثارته من تلقاء نفسه، بل يتعين على المدعي أن يقوم بإثباته، وهو ما يعني أن إثبات الغلط البين يخضع للقواعد العامة للإثبات الإداري.

والمعلوم أن المشرع لم يحدد طرقا معينة للإثبات أمام القاضي الإداري لها قوة معينة، ولم تنظم عبء الإثبات أمامه، فيما عدا بعض النصوص التي أشارت إجمالا إلى بعض وسائل الإثبات.

وعليه فإن القاضي الإداري قد تحرر من أية نصوص، حيث يترك لتقديره تنظيم طرق وعبء الإثبات، بما يتفق وطبيعة الدعوى الإدارية، وتكوين عقيدته.

وعلى ذلك يمكن القول، بأن مذهب الإثبات في القانون الإداري هو مذهب الإثبات الحر المطلق، وهذا ما أضفى على الإجراءات الإدارية الطابع الإيجابي التحقيقي.<sup>3</sup>

غير أن هذا لا يعني أن الدليل الإداري غير مقيد، بل العكس إذ الدليل الإداري مقيد من ناحيتين، أولهما أنه مقيد بما ورد في المستندات الرسمية احتراماً لحجيتها، وثانيهما بالامتناع عن الاستناد إلى بعض طرق

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». المرجع السابق، ص.212.

<sup>2</sup> - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص.49.

<sup>3</sup> - وزارة العدل، المرجع السابق، ص.ص.178.179.

الإثبات، في الوقت الذي تتطلب فيه النصوص لإثبات واقعة معينة توافر دليل معين في شكل محدد بالذات دون غيره.

ويلاحظ أنه إذا كان الدليل الإداري مقيدا، فإن حرية القاضي في تقديره واسعة، ما لم ينص صراحة على غير ذلك، فالقيود الواردة على حرية القاضي في الإثبات تنحصر في الواقع في اعتماد الدليل وقبوله، لا في التزام بنتيجة وبما ورد فيه، وأغلب الأدلة المقبولة أمام القاضي الإداري قابلة لإثبات العكس، ويجوز للقاضي الإداري مناقشتها وتقنيدها.

كما يجب الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي في تطوره قد انتهى إلى التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي، ففي حكم Barel الصادر سنة 1954، أضحى القاضي الإداري لا يلقي عبء الإثبات على عاتق الطاعن، وإنما يطلب منه فقط أن يكون محددًا، وأن يستند إلى بعض القرائن، ويملك القاضي أن يكمل الملف بإجراءات التحقيق، ما دام الطاعن قد أورد قرائن جديدة على انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية، ففي هذا الحكم طلب المجلس من الوزير مجموعة الوثائق التي أتخذ على أساسها القرار، وإزاء رفض الإدارة الرد على هذا الأمر، تم إلغاء القرار المطعون فيه.<sup>1</sup>

وقد طور مجلس الدولة الفرنسي هذه المبادئ المتعلقة بإثبات الغلط البين، ففي حكم صدر عن المجلس في سنة 1968، أكد المجلس - ليس فقط - على تطوير رقابته القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، بل وتقويتها، فبينما اقتصر المجلس في حكم باريل السابق على طلب تقديم المستندات، ذهب المجلس إلى أبعد من ذلك ففي حكم Maison Genestal الصادر في 26 جانفي 1968، إذ أقر المجلس لنفسه بسلطة أن يطلب من الوزير أسباب الواقع والقانون التي سببت القرار المطعون فيه، فالإدارة ليست مدعوة لتقديم وإرسال الملف للقاضي فقط، بل عليها أن تحدد أسبابها.<sup>2</sup>

ونشير إلى أنه على الرغم من الطبيعة الخاصة للغلط البين، قد انعكست في صعوبة إثباته في بعض الحالات، وهو ما يدعو القاضي إلى اللجوء إلى أعمال الخبرة، وأحيانا الانتقال للمعاينة في حضور الأطراف، فإن خصائص الغلط البين وصفاته قد تيسر إثباته في نفس الوقت، ومن ثم تخفف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي إذا كان الخطأ جسيما وظاهرا يبدو جليا.<sup>3</sup>

وفي الأخير فإننا نقول أن القضاء الإداري المقارن قد استلهم وسائل إثبات الغلط البين من المبادئ العامة في الإثبات وساهم في بلورتها وإظهارها وما يتناسب مع طبيعة الغلط البين وخصائصه.

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». المرجع السابق، ص.212.

<sup>2</sup> - George Vlachos, OP.Cit., P.91.

<sup>3</sup> - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص.55.

### الفرع الثالث: موقف القضاء الإداري المقارن من نظرية الغلط البين في التقدير

إن القضاء الفرنسي كان له دور كبير في تكريس هذه النظرية وتطويرها، كما أخذ بها القضاء الإداري المصري، وإن كان لم يعممها في كل المجالات، أما موقف القضاء الإداري الجزائري فيبقى غامضاً، هذا ما سنحاول دراسته فيما يلي:

#### أولاً: تطبيقات نظرية الغلط البين في القضاء الإداري الفرنسي والمصري

لقد طبق القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية في مجالات متعددة غير أن أهم تطبيق لها هو في مجال الوظيفة العامة.

حيث استقر مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه التقليدي على رفض رقابة خطورة الجزاء التأديبي ونسبته للخطأ المرتكب في مجال الوظيفة العامة، ووقف في رقابته التقليدية عند حد فحص ما إذا كانت الوقائع المقدمة ضد الموظف من طبيعتها تبرير الجزاء التأديبي.

إلا أن رقابة القضاء الإداري الفرنسي قد وجدت سبيلها حديثاً إلى الملاءمة حيث يخرج القاضي عن تحفظه المعهود ويخضع التناسب بين الجزاء الموقع والخطأ المرتكب لرقابته في حالة قيامه على غلط بين.<sup>1</sup> ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية ليون Lebon الشهيرة الصادر في 09 جويلية 1978 باكورة أحكام المجلس الصادرة في هذا المجال، كما يعد هذا الحكم فتحاً لمجال جديد لرقابة الغلط البين، فلم تعد رقابة الغلط البين بديلاً عن رقابة التكييف القانوني، وإنما جاوزت ذلك إلى مجال جديد وهو تقدير ملاءمة القرارات أي اختيار القرار.<sup>2</sup>

والقاضي في هذا الصدد لا يتعرض لوصف الأفعال وما إذا كانت تتطوي على مخالفة من عدمه، لكن الجسامة التي أسبغت عليها تسمح له باستنتاج خطأ واضح في التقدير، يصيب التجريم وما يستتبعه من جزاء. وهكذا يمكن القول أن فكرة الغلط البين استطاعت أن تمتد إلى جميع أنشطة الإدارة، الأمر الذي جعل منها بحق نظرية قضائية حقيقية.

كما أصبحت فكرة الغلط البين صالحة لاستيعاب التطورات التي أصابت مختلف جوانب النشاط الإداري في الربع الأخير من القرن العشرين، والذي أدى إلى اتساع مجال السلطة التقديرية، فكلما كان قضاء الغلط البين يزحف نحو مجال السلطة التقديرية ويسقط حداً من حدودها، ويفتح ثغرة في حائطها الصلب، كان الفقه يسارع إلى تأييده ونصرته.

وبهذا يمكن القول أن فكرة الغلط البين، استطاعت أن تشق طريقها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بدعم قضائي، ولتصبح نظرية قضائية هامة وليستقر الغلط البين كمبدأ من مبادئ العامة للقانون، يترتب على تخلفه أن يشوب القرار الإداري عيب مخالفة القانون.

<sup>1</sup> - Agathe Van lang, OP.Cit., P.P.161.162.

<sup>2</sup> - أنظر لمزيد من التفصيل حول حكم ليون: محمود سلامة جبر، « التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء ». مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 35، العدد 01، القاهرة، مارس 1991، ص.82 وما بعدها.

وفي مصر لم يكن مجلس الدولة المصري بمعزل عن هذه التطورات القضائية، فقد باشر منذ إنشائه رقابته على الغلط البين في التكييف القانوني وتقدير الوقائع، وإن كان لم يستعمل تعبير الغلط البين ولكنه أعمل مضمون ونتائج النظرية في بعض المجالات.

ويذهب الدكتور سلامة جبر إلى اعتبار قضاء الغلو تطبيقاً خاصاً لنظرية الغلط البين التي ظهرت في فرنسا في المجال التأديبي.<sup>1</sup>

وفي الحقيقة أن النظريتين - الغلط البين والغلو في التقدير - تتفقان في مقاومة التقديرات غير المعقولة والمجازة للسلطة التقديرية للإدارة ولسلطات التأديب، كما أنهما يمثلان تجديداً قضائياً حققه كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري لسد الفراغ في الرقابة القضائية العادية وزيادة مجال المشروعية.

### ثانياً: تطبيقات نظرية الغلط البين في التقدير في القضاء الجزائري

لقد طبق القضاء الإداري الجزائري أحكام هذه النظرية في مجالات متعددة وخاصة في المجال التأديبي، إذ أصبح يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة في المجال التأديبي، تنصب على تقدير الوقائع من طرف الإدارة، وذلك من خلال الرقابة على الغلط الواضح في التقدير، المعروفة كذلك باسم الرقابة الضيقة.

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

و يمكن الوصول حسب قول المستشارة فريدة أركان إلى الغلط الواضح في التقدير بالإجابة على التساؤل الآتي: - ألا يعد الجزاء المسلط عليه - الموظف - مبالغا فيه ؟

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 وعن تجاوزها "حدود المعقول في الحكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملاءمة".

وهذا ما تم في قضية يحيوي ضد وزير العدل، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى أن المشرع تطبيقاً للمادة 531ق.إ.م. الخاصة بطلبات المراجعة ترك لوزير العدل، تقدير الأسس التي يؤسس عليها طلبه بالمراجعة. وبالنتيجة فإن وزير العدل حر في إخطار أو عدم إخطار النائب العام بطلب المراجعة مادام ذلك يدخل في نطاق الاختصاص التقديري.

غير أن قراره ومادام يضيق من ممارسة حق محمي قانوناً، أي حق الدفاع فإنه يشكل في نفس الوقت مساساً خطيراً بحرية أحد الأفراد، وإن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسبباً، وأن وزير العدل وبقراره قد

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». المرجع السابق، ص.216.

ارتكب غلط واضح في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن.<sup>1</sup>  
و في الأخير فإن مجلس الدولة الجزائري وإن كانت لم تستقر في ظل هذه النظرية بعد إلا أنه قد استجاب لهذا التطور وذلك بتطبيقه بعض نتائج الغلط البين في بعض المجالات.  
غير أن هذا التطبيقات مازالت قاصرة على مجارة التطورات العصرية وما صاحبها من اتساع مجال السلطة التقديرية، وتنوع طرق ممارستها لهذا النشاط، هذه التطورات جعلت وسائل الرقابة القضائية التقليدية عاجزة بلا ريب عن مواجهة هذه التطورات وغير قادرة عن استيعابها وفرضت على القاضي التزاما ضروريا وحتما بتطوير رقابته لمواجهة هذه التطورات دون عجز أو تخلف.

## المطلب الثاني

### الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلته

إتجه مجلس الدولة الفرنسي منذ ممارسته للرقابة على الوقائع إلى رفض الرقابة على خطورة الجزاء التأديبي ونسبته إلى الخطأ المرتكب، وذلك في الوظيفة العامة واستقرت أحكامه على إقرار هذا المبدأ زمنا طويلا.

غير أن التطور دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى إعادة النظر في هذا المبدأ واتجهت أحكامه تدريجيا نحو إقرار الرقابة على التناسب وتقرر هذا المبدأ نهائيا بصدور حكم لبيون Lebon في 09 جويلية 1978. وتعددت تطبيقات هذا الحكم في قضاء غزير لمجلس الدولة على نحو يمكن معه، القول باستقرار مجلس الدولة الفرنسي على إقرار حقه في رقابة تقدير التناسب بين الخطأ والجزاء التأديبي.<sup>2</sup>  
ومن المفيد في هذا الخصوص الوقوف على مسلك مجلس الدولة المصري وكيفية تطبيقه لمبدأ التناسب، لمعرفة ما إذا كان قد سائر مجلس الدولة الفرنسي في تطوره واتجاهاته أم اختص لنفسه طريقا آخر.<sup>3</sup>  
أما القضاء الإداري الجزائري فلم يستقر فيه هذا المبدأ بعد، إلا أن ذلك لا يمنع من التطرق لبعض التطبيقات الاستثنائية لأحكام هذا المبدأ.

### الفرع الأول: ماهية مبدأ التناسب وتطوره

سنتناول في هذا العنصر، مفهوم الرقابة على التناسب أولا، و مدى تطورها ثانيا

#### أولا: ماهية مبدأ التناسب

التناسب فكرة أساسية من أفكار القانون الإداري، ويمكن تحليلها الى عناصر ثلاث: وهي القرار الصادر والحالة الواقعية، والغاية المستهدفة .

<sup>1</sup> - فريدة أبركان، « رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة »، المرجع السابق، ص.40.

<sup>2</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري. الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.332.

<sup>3</sup> - محمود سلامة جبر، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». المرجع السابق، ص.70.

والتناسب يمكن أن ينشأ من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين ،والتناسب بهذا المفهوم يمكن أن يتغير تبعاً للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمضار المتحصلة.

هذه المفاهيم عن التناسب يجمعها ،أنها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت ،فهي ليست أكثر من مجرد عنصر أو دليل قضاء ،وهي تختلط كثيراً مع فكرة الموازنة بين المنافع والأضرار،<sup>1</sup> الشيء الذي سنوضحه في حينه.

و الأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية، عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساساً لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه، أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه، لأن القاضي الإداري بهذا التصدي، يكون قد خرج على مقتضى وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري، ومن ثم يغدو الرئيس الأعلى لجهة الإدارة.

ولذلك استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملاءمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها.

ومع ذلك فإن القضاء لم يلتزم هذه القاعدة في كثير من الحالات، رأى فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار، تأسيساً على أن مبدأ التناسب في هذه الحالات من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الإلتزام بها في تصرفاتها دون حاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب، دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاض مشروعية، حيث يقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار الإداري وأحد المبادئ القانونية العامة وهو مبدأ التناسب.<sup>2</sup>

والميدان الرئيسي لمبدأ التناسب في القضاء الإداري، يتمثل في ميدان توقيع الجزاءات في القرارات التأديبية لمواجهة إسراف بعض الجهات الإدارية في ممارسة سلطتها التأديبية والتفاوت الصارخ بينها في تقدير الجزاءات المناسبة، إذ فرض القضاء الإداري رقابته على مدى الملاءمة في هذه القرارات، بحيث أن ثبوت المفارقة الصارخة بين درجة المخالفة الإدارية وبين نوع الجزاء ومقداره وعدم تناسبهما، يؤدي إلى عدم مشروعية القرار التأديبي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء ». المرجع السابق، ص.72.

<sup>2</sup> - ولقد أخذت المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية بمبدأ التناسب وذلك في حكم لها ،بمناسبة طعن أحد موظفيها في قرار فصله ،ورأت المحكمة أن الاستبعاد شديد للغاية يكون خرج عن أي تناسب وفقاً للظروف الموضوعية والشخصية التي ارتكبت فيها الفعل المنسوب ،أنظر محمود سلامة جبر، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». المرجع السابق، ص.71.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، الدعوى الإدارية. المرجع السابق، ص.294.

أما فيما يخص كيفية تطبيق الرقابة على التناسب، ففي مجال التأديب مثلا، فإن القرار الصادر بتوقيع الجزاء يكون متناسبا عندما ينحصر في تطبيق جزاء لم يكن قاسيا، أي جزاء يكون مرتبطا أو متطابقا مع الخطأ، وللوصول إلى ذلك فإن السلطة التأديبية تقوم بعمليتين منفصلتين ومتتابعتين، فعليها أولا أن تقوم بتشخيص الخطأ وكشفه في سلوك الموظف، وعليها ثانيا أن تقوم باختيار الجزاء من بين الجزاءات المقررة، حيث لا يتحقق التناسب إلا وقت اختيار الجزاء .

ومع ذلك يحصل أن لا يوجد أخطاء معرفة من قبل، وعندئذ يكون التجريم ذاتيا وشخصيا، وفي هذه الحالة فإن البحث عن التناسب يبدأ عند أول عملية وينتهي باختيار للجزاء.<sup>1</sup>

ويمكن أن يحدث أن لا يكون هناك تحديد للجزاءات، وعندئذ فإن الأمر يقتضي استحداث جزاء جديد. وبديهي أن القرار التأديبي لا يكون متناسبا إلا إذا توافرت ثلاثة شروط، وهي التعريف السابق للأخطاء التأديبية، والتعريف السابق للجزاءات التأديبية، والتطابق بين الأخطاء والجزاءات، وفي غياب أي من هذه الشروط، فإن التناسب لا يكون في أحسن الأحوال إلا ذاتيا مهما كان الشرط المتخلف.

#### ثانيا: تطور مبدأ التناسب \*

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضائه التقليدي رقابة خطورة الجزاء التأديبي ومدى تناسبه مع الخطأ المرتكب في مجال الوظيفة العامة، وذلك في قضاء غزير له في هذا الشأن.

وحتى عام 1978 كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض مد نطاق رقابته على القرارات التأديبية إلى بحث التناسب، أو بالأحرى الملاءمة في هذه القرارات، على أساس أن اختيار العقوبة التأديبية هو من إطلاقات السلطة التأديبية التي لا يجوز التعقيب عليها، إلا أن الفقه الفرنسي لم يقتنع بأن تصل حرية تقدير الإدارة إلى حد التفاوت الواضح أو الصارخ في توقيع العقوبات التأديبية، مما يقلل إلى حد كبير من قيمة الضمانات التأديبية وغاياتها التي كفلها المشرع والقضاء في هذا الصدد.

وفي عام 1978 قام مجلس الدولة الفرنسي ورأى في 09 جويلية من نفس العام أنه قد آن أوان التقدم في طريق تقييد السلطة التقديرية للإدارة في أهم معاقبتها، وهو مجال التأديب ليبسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية ودرجة جسامة أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء ». مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 35، العدد 01، القاهرة، مارس 1991، ص.77.

\* - ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير إلى أن لمبدأ التناسب جذوره الأصلية في الشريعة الإسلامية وأصولها التي ترى أن الجزاء يجب أن يكون على درجة الذنب، أي متناسبا مع الذنب، وهذا ما يؤكد قول الحق سبحانه وتعالى: " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به." سورة النحل (الآية 126)

وقوله سبحانه وتعالى أيضا: " من عمل سيئة فلا يجزى إلا مثلها... " سورة غافر (الآية 40)

وقوله عز وجل: "وقالوا ربنا عجل لنا قطنا قبل يوم الحساب." سورة ص (الآية 16)، معنى كلمة قطنا: الجزاء المساوي للذنب.

<sup>2</sup> - André De laubadère, Yves gaudemet, OP.Cit., P.P.584.585.

وذلك في حكمه الشهير في قضية ليون Lebon ولقد راقب المجلس تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع المسببة لها من خلال الالتجاء إلى فكرة الخطأ الظاهر.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد ليون رفع دعواه أمام محكمة تولوز الإدارية، طالبا إلغاء القرار الصادر في 10 جويلية 1974 من رئيس أكاديمية تولوز بإحالتها إلى المعاش بدون طلب، وإلغاء هذا القرار، ومنازعا ليس في ماديات الوقائع وإنما في جسامه الجزاء، وقد استندت الأكاديمية في إصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعي- وهو معلم- لأفعال مخلة بالحياة مع تلميذاته في الفصل والتي ثبتت من وقائع التحقيق معه، ورفضت المحكمة الإدارية طلب إلغاء القرار، وذلك لكفاية السبب الذي قام عليه، وطعن المدعي في هذا الحكم أمام مجلس الدولة، هذا الأخير الذي وضح في حكمه أن الوقائع التي ارتكبها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية لتبريره، وأن تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوبا بغلط بين وقد كانت هذه الوقائع أيضا سببا كافيا لرفض محكمة تولوز الإدارية إلغاء قرار الفصل.<sup>1</sup>

وهذا النصر الذي حققه مجلس الدولة في الحكم السابق تأيد بحكم لاحق أصدره المجلس في قضية فينولاي Vinolay في حكمه الصادر في 26 جويلية 1978، وهذا الحكم يعتبر أول تطبيق إيجابي لحكم ليون، وألغى به مجلس الدولة لأول مرة الجزاء التأديبي الموقع على مدير للخدمات بغرفة الزراعة وذلك لعدم تناسبه والمخالفة المرتكبة.<sup>2</sup>

وهكذا تعددت تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، لتؤكد المبدأ الذي أرساه حكم ليون في إقرار حق المجلس في رقابته التناسب بين الخطأ والجزاء في مجال التأديبي.

**الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري المصري والجزائري**

سنقتصر على بيان تطبيقات القضاء الإداري المصري والجزائري فقط دون القضاء الفرنسي، لأننا قد تعرضنا له في بداية هذا الجزء- تطور مبدأ التناسب- من الدراسة.

### **أولاً: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري المصري**

لقد باشر مجلس الدولة المصري منذ نشأته الرقابة في مجال التأديب على الوجود المادي للوقائع المتخذة سببا للقرار الإداري، وذلك في جميع الحالات، كما أكد حقه في فرض رقابته على التكييف القانوني للوقائع وهذا هو الحد الذي يجب أن تتوقف عنده رقابة القضاء، دون أن تتعداه إلى تقدير أهمية وخطورة الجزاء ومدى تناسبه مع الذنب الإداري المرتكب، لأن تقدير ذلك يخرج بوصفه أحد عناصر ملائمة القرار عن نطاق سلطة القاضي باعتباره من إطلاقات الإدارة المتروكة لتقديرها.

ولقد جرت محكمة القضاء الإداري منذ نشأتها، على أن اختيار العقوبة الملائمة للجريمة التأديبية مما تترخص فيه جهة الإدارة بغير معقب عليها، فليس لمحكمة القضاء الإداري أن تتعرض لملائمة وتقدير الجزاء، إذ أن ذلك متروك لتقدير الإدارة.

<sup>1</sup> - محمود سلامة جبر، « التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء ». المرجع السابق، ص.83.

<sup>2</sup> - Voir : Jacqueline Morand-Devili, OP.Cit., P.P.283.284.

غير أنه أمام عدم التناسب الظاهر بين الجزاءات والمخالفات لم تجد المحكمة الإدارية العليا، مفرا من رقابة الملاءمة بين الجزاء والمخالفة، وذلك من خلال قضائها في الغلو في حالة عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره، إذ يكون استعمال سلطة تقدير الجزاء مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة القضاء.

وقضاء المحكمة الإدارية العليا في الغلو لا يقتصر على حالات الإسراف في الشدة في اختيار الجزاء، وإنما يمتد إلى حالات الإفراط في اللين.<sup>1</sup>

وبهذا فقد أوردت المحكمة الإدارية العليا في مصر على حرية الإدارة في تقدير ملاءمة الجزاء للذنب قيدها، هاما، هو عدم غلو هذه السلطات في تقدير الجزاء.

وقد كانت بداية هذا القضاء في حكمها الصادر في 11 نوفمبر 1961 والذي صاغت فيه لأول مرة نظريتها الشهيرة بشأن الغلو في الجزاء التأديبي، وجاء في الحكم: "لئن كانت السلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب في ذلك إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة - شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى - ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور الغلو، عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القانون ... فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة الممعة في الشدة، والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعا في هذه الشفقة المغرقة في اللين، فكل من طرفي نقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون من التأديب، وعلى هذا الأساس يعتبر استعمال سلطة تقدير الجزاء في هذه الصور مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة هذه المحكمة ومعيار عدم المشروعية في هذه الصورة ليس معيارا شخصيا وإنما هو معيار موضوعي قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره."<sup>2</sup>

ومع أن المحكمة الإدارية ظلت تطبق قضائها في الغلو، إلا أنها خرجت عليه في بعض أحكامها، فذهبت إلى استقلال جهة الإدارة بتقدير التناسب بين الجزاء والمخالفة دون معقب عليها، وقد يبدو في هذا تعارض، ولكن يرى الدكتور عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار أنه لا يوجد تعارض بين حرية تقدير الجزاء المناسب وبين رقابة المحكمة لهذا التناسب، فرقابة الغلو لا تلغي حرية التقدير وإنما تمنع الشطط، والشطط خارج عن نطاق التقدير ومناقض له، ولذلك فإن منع الشطط لا يمثل إفتتات على حرية التقدير، ومن المسلم به أن حرية الإدارة في اختيار الجزاء الملائم للذنب الإداري ليس مطلقة أو تحكيمية، وإنما تدور في نطاق جزاءات

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ». الجزء الثاني، مجلة العلوم الإدارية، السنة 38، العدد 01، القاهرة، جوان 1996، ص.30.

<sup>2</sup> - محمود سلامة جبر، « التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء ». المرجع السابق، ص.97.

متعددة، ويكون لذلك أمام سلطات التأديب أكثر من جزاء يجوز توقيعه ويكون ما يوقع منها معقولا ومناسبا للذنب، فإذا اختارت سلطة التأديب من بين هذه الجزاءات ما تعاقب به المخالف عن الذنب، كانت في حدود ما هو جائز لها، أما إذا تجاوزت سلطة التأديب التقدير السليم والمعقول وركبت متن الشطط في اختيار الجزاء فإنها لا تكون في إطار ما هي حرة فيه وما هو مسموح لها به.<sup>1</sup>

والتقدير السليم للجزاء المناسب للذنب هو ما تضع فيه سلطة التأديب نفسها في أفضل الأحوال والظروف للقيام بهذا التقدير، وأن تجريه بروح موضوعية وبعيدا عن البواعث الشخصية، وبشرط أن يكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه وهذا التزام قانوني لا مجرد ضابط من ضوابط الأخلاق أو الفن الإداري.

### ثانيا: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري الجزائري

إن مبدأ التناسب وإن كان لم يستقر بعد في القضاء الإداري إلا أن هذا الأخير، أخذ ببعض أحكام ومبادئ نظرية التناسب في مجال القرارات التأديبية أسوة بالقضاء الفرنسي والمصري، فراقب مجلس الدولة الجزائري تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع، ومن أحكام القضاء الإداري في هذا الصدد، ما تم الحكم به في القضية المعروضة بالمحكمة العليا (قضية س.) ضد (وزير العدل والمجلس الأعلى للقضاء).

فقد تم في هذه القضية عزل (س) بسبب ارتكابه حسب الوزير أفعالا ماسة بمهنة القاضي، وكان على القاضي الجواب على مسألة أولى تضمنتها إحدى مقتضيات القانون الأساسي للقضاء وتمنع الطعن بأي طعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء.

وقررت المحكمة العليا تبعا لاجتهاد قضائي سابق: " بأن الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود حتى بدون نص ويستهدف طبقا للمبادئ العامة للقانون إحترام القانونية (المشروعية).

وأنه لا يمكن للمقتضيات المقررة في المادة 99 من القانون الأساسي حرمان الطاعن من الطعن من أجل تجاوز السلطة المفتوح له في هذا المجال على غرار المجالات الأخرى عملا بالمبادئ العامة للقانون.

كما كان مطلوبا بالتالي هو أولا مراقبة مدى توفر الخطأ أي القيام برقابة عادية، وهل تكون الإدارة باتخاذها قرار يقضي بعزل (س) قد قدرت الأفعال تقديرا معقولا يبرر هذا القرار؟

إن جواب المحكمة العليا تمثل في إبراز عدم التناسب الجزاء النهائي مع الأخطاء المرتكبة.<sup>2</sup>

كما نجد قرار مجلس الدولة الصادر في 1999/06/26 قد أقر وطبق مبدأ التناسب في مجال القرارات التأديبية، حيث مما جاء في تسبيب هذا القرار ما يلي: " حيث يثبت من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق، وأدين بعقوبة سالبة للحرية، تتمثل في تسليط عليه شهرين حبسا نافذة وغرامة قدرها 2000 دج .

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة » الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 35.

<sup>2</sup> - فريدة أبركان، « رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة »، المرجع السابق، ص. 40.

حيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية والتعليم، وإن كان يشغل منصب مقتصد، مما يفترض معه أن يكون هذا القضاء سليماً من كل السلوكات الأخلاقية غير السوية التي تلوث عالم البراءة .  
حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة...، ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائياً، وهو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة قطعاً، فضلاً عن كونها تدل على إخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي.  
وحيث ترتيباً على ذلك، فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنياً ثابتاً مما يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافاً لادعاءاته .

وحيث من جهة أخرى، فإن من الثابت فقهاً وقضاً أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف .

وحيث بات في ضوء ما تقدم أن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون." ويستنتج من هذا القرار أن القاضي الإداري لا يمكن له التدخل لتقدير درجة العقوبة المطبقة والداخلية في عقوبات الدرجة الثالثة، وأن للإدارة سلطة التقدير والملاءمة في اختيار العقوبة المناسبة من ضمن عقوبات الدرجة الثالثة، وأن تدخل القاضي آنذاك يشكل تدخلاً في أعمال الإدارة، ويشكل خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وعلى ذلك فرقابة القاضي تقتصر على التحقق من صحة الوصف المعطى للخطأ التأديبي وكذا الدرجة التي يدخل فيها، وكذا من حيث مدى تناسب درجة العقوبة مع درجة الخطأ المرتكب.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: طبيعة عيب عدم التناسب

يجب الإشارة هنا إلى الجدل الفقهي الذي ثار بمناسبة تحديد الطبيعة القانونية لعيب عدم التناسب في تقدير الجزاء التأديبي، فقد اختلفت وجهات النظر في الفقه حول طبيعة عيب عدم التناسب ووجه الطعن الذي يلحق به، فهناك من يرى أن عدم التناسب انحراف بالسلطة، و آخرون يرون أنه يدخل في نطاق الرقابة على السبب وهناك من يربط بين عدم التناسب والتعسف في استعمال الحقوق الإدارية.

### أولاً: عدم التناسب في تقدير الجزاء التأديبي انحراف بالسلطة

المسلم به أن السلطة الإدارية تمارس اختصاصاً تقديرياً عند اختيار العقوبة المناسبة، والعيب الملازم لاستعمال السلطة التقديرية هو إساءة استعمال السلطة، فلا رقابة على ممارسة الاختصاص التقديري إلا إذا ثبت هذا العيب.

ويعترض أصحاب هذا الاتجاه على الاستناد إلى عيب مخالفة روح القانون في حالة عدم التناسب، لأن عيب مخالفة روح القانون ليس إلا إحدى تسميات عيب إساءة استعمال السلطة، ويعرض لأمرين هما:  
- هل من المناسب أن يعقب القضاء على ملاءمة عقوبة رأت الإدارة توقيعها على أحد الموظفين لخطأ ارتكبه، وإذا كان هذا متناسباً فهل تسمح به النصوص ؟

<sup>1</sup> - لحسن بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة. الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 183 و ما بعدها.

أما الأمر الأول فيرى أن يترك تقدير العقوبة للإدارة لاعتبارات تحسن هي وزنها، وبالنسبة للأمر الثاني فإنه يشير إلى أن عدم التناسب يندرج في معنى التعسف والانحراف، ومن ثم لا يدخل تحت مخالفة القانون.<sup>1</sup> أما الدكتور عبد الفتاح حسن فإنه يذهب إلى أن عدم التناسب ليس غريبا على الأنظمة القانونية بصفة عامة، فهو مطبق في هولندا، حيث يجوز الطعن في قرار الجزاء إذا كانت العقوبة الموقعة لا تتناسب مع المخالفة التي ارتكبها الموظف، ولهذا يرى أنه لا يتصور أبدا أن يفلت اختيار الجزاء كلية من رقابة القضاء، وذلك أيا كانت صعوبة السند القانوني لهذه الرقابة، وفي بيان أوجه إلغاء قرار الجزاء في حالة عدم التناسب، يقرر أنه لا يخرج عن أحد أمرين، فلما أن يكون الإلغاء على أساس مخالفة القرار للقانون أو على أساس إساءة استعمال السلطة، ويتعذر الأخذ بالأساس الثاني لصعوبة إثبات عيب إساءة استعمال السلطة، ولذلك يرجح القول بأن إلغاء القرار في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون وروحه ومعناه، باعتبار أن المشرع وقد نص على عدد من الجزاءات وليس جزاء واحد إنما قصد أن تختار السلطة التأديبية من بينها ما يناسب صدقا المخالفة المرتكبة.<sup>2</sup>

### ثانيا: عدم التناسب يدخل في نطاق الرقابة على السبب

يرفض أصحاب هذا الاتجاه أن تكون رقابة القضاء الإداري على عدم التناسب في تقدير الجزاء التأديبي وجها للطعن بالإلغاء للانحراف بالسلطة، وذلك لما بين عدم التناسب والانحراف من اختلاف ويمكن للقضاء ممارسة رقابة على التناسب استنادا إلى رقابة السبب، فلا تتوقف عند الاكتفاء بتقدير الوقائع وصحة الأسباب، وإنما تمتد هذه الرقابة إلى التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية، أي إلى مدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ.

ويختلف عيب الانحراف عن عيب عدم التناسب في الطبيعة والمضمون، فالانحراف هو عيب يستقر في بواعث الإدارة الخفية ودوافعها الباطنية، أي ذو طبيعة ذاتية شخصية، أما عدم التناسب فهو من طبيعة موضوعية، قوامه أن درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره وهو تقدير يتم بمعزل عن نيات الإدارة ودوافعها الكامنة.

أما من حيث المضمون فإن الانحراف غاية غير مشروعة تسعى الإدارة إلى تحقيقها بالقرار الذي تتخذه، أما عيب عدم التناسب فهو عدم التناسب بين سبب القرار ومحلّه.

وفي معرض رفضه لإعتبار عدم التناسب صورة من صور الانحراف بالسلطة، يذهب الدكتور محمد حسنين عبد العال إلى أن عدم التناسب، أو الغلو في تقدير الجزاء التأديبي، هو رقابة على السبب في صورته القسوى التي تتضمن التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ، وأنه إذا كانت رقابة المحكمة على عدم التناسب في تقدير الجزاء لا تستند إلى التشريع على هذا النحو، فإن مفاد ذلك أننا بصدد قاعدة قانونية من صنع القضاء الإداري نفسه، فنحن بصدد إحدى الحالات التي مارست

<sup>1</sup> - عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. المرجع السابق، ص.322.

<sup>2</sup> - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.779.

المحكمة الإدارية العليا دورها في بناء قواعد القانون الإداري، وهي قد صاغت قضائها بخصوص قاعدة عامة مفادها أنه يشترط لشرعية الجزاء التأديبي ألا يشوب تقديره غلو، فنحن في مواجهة قاعدة قانونية من صنع القضاء الإداري ذاته.<sup>1</sup>

ورغم ما تذهب إليه وجهة النظر هذه من أهمية الرقابة على السبب واتساع نطاقها، وإن كان ذلك على حساب وجه الطعن بالإلغاء للانحراف بالسلطة، حيث ابتلعت الرقابة على السبب معظم الحالات السابقة لعيب الانحراف فإنها تقر لعيب الانحراف بأهميته وفائدته لسببين:

السبب الأول: أنها الوسيلة للرقابة على الجزاء التأديبي المشوب بالغلو أو عدم التناسب، والتي توقع فيه السلطة التأديبية جزاء بالغ القسوة لا يتناسب وجسامته المخالفة، ذلك لأن الرقابة التي يمارسها مجلس الدولة تقتصر على التحقق من وجود السبب، ولا تمتد إلى خطورته إلا في حالات استثنائية.

وبناء على ذلك فإنه إذا اعتمد رجل الإدارة على سبب صحيح، ولكنه لأغراض غير مشروعة، كما إذا عمدا إلى المبالغة في تقدير أهمية وخطورة السبب، فإنه لن يكون أمام الطاعن في هذه الحالة، سوى اللجوء إلى عيب الانحراف لأنه ما دام السبب موجودا، فإن المجلس يمتنع طبقا للقاعدة العامة السابقة عن مراجعة الإدارة في تقديرها.<sup>2</sup>

أما السبب الثاني، فمرده إلى إعتبرات عملية تتعلق بالدور الذي يجب أن يقوم به مجلس الدولة في حماية حقوق المواطنين وحررياتهم، وردع الإدارة عن استخدام سلطتها لتحقيق أغراض غير مشروعة بجانب الصالح العام، ففي مثل هذه الحالات رغم أنه يمكن التوصل إلى إلغاء القرار استنادا إلى عدم قيام السبب، إلا أن الأفضل في مثل هذه الحالات إلغاء القرار لعيب الانحراف بالسلطة، لأن ذلك يعد بمثابة إدانة أدبية لسلوك الإدارة.

### ثالثا: عدم التناسب والتعسف في استعمال الحقوق الإدارية

التعسف في استعمال الحق كما يسلم به مجلس الدولة الفرنسي ينحصر في كون القرار قد صدر في وقت غير مناسب، أي مفاجئا، أو غير ذي فائدة، أو كان بالغ القسوة، وتلك حالات التعسف في استعمال الحقوق الإدارية وقد أقر المجلس هذه النظرية في مجال قضاء التعويض.

ويتحقق التعسف في استعمال الحقوق الإدارية إذا استعملت الإدارة سلطتها التي تستمدتها من حق مخول لها قانونا، مستهدفة الغايات التي شرع الحق من أجلها، وأن يتبين بصدد واقعة معينة بذاتها أن استعمال الحق في اتجاهه التقليدي المشروع يحقق أضرارا، لا تتناسب البتة و الفوائد المتحققة منه، فالتعسف أو الغلو يعكس دائما وباستمرار نوعا من عدم التناسب بين المصالح والأضرار.

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة »، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.57.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.58.

ومثال ذلك أنه إذا ارتكب العامل خطأ معيناً ولم تكن للإدارة لائحة جزاءات معتمدة للأخطاء التأديبية والجزاءات المقابلة، فإن المعمول به فقها وقضاء أن من حق الرئيس الإداري أن يختار العقوبة التي يراها مناسبة، ولكن من المنطق أن يكون بين الخطأ المرتكب والجزاء الذي يوقع تناسبا معقولا، فإذا اختار الرئيس الإداري توقيع أقصى العقوبات، وهو الفصل مثلا، مقابل ارتكاب العامل لجريمة تافهة لا تتم عن سوء نية كان هناك غلو في استعمال السلطة والحق.<sup>1</sup>

و بهذا يعرف التعسف على أنه: "انعدام التناسب بين المصلحة التي تعود على المتصرف والضرر الذي يلحق بالغير."

والقاضي الإداري استلهم فكرة عدم التناسب في تقدير الجزاء التأديبي من نظرية الغلو في استعمال الحق وطبق نفس معيارها الموضوعي، عندما لا تتناسب الفائدة التي تعود من استعمال الحق مع ما يصيب الغير من ضرر، وهنا لا يكون استعمال الحق مشروعاً، وعندما واجهت المحكمة الإدارية العليا- في مصر- حالة عدم ملاءمة ظاهرة التي لا يتناسب فيها نوع الجزاء ومقداره مع خطورة الذنب الإداري، اعتبرت ذلك غلو في استعمال سلطة التأديب يخرج بالتأديب عن هدفه، ويخرج سلطة تقدير الجزاء عن نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية، مؤكداً على المعيار الموضوعي في استعمال السلطة في صورة التناسب الواضح.

من هنا يمكن القول أن الجدل الفقهي السابق حول طبيعة عيب عدم التناسب لم يعد له أي فائدة، وذلك بعد أن أصبح كل من فكرة التناسب والغلو من المبادئ العامة للقانون، وبالتالي فإن العيب الذي يشوب عدم التناسب أو عدم الغلو هو عيب مخالفة القانون.

فالالتجاء إلى عيب مخالفة القانون بالاعتراف بمبدأ التناسب أيسر وأسهل في الإثبات، مقارنة مع باقي العيوب السابقة، ومقتضى أعمال مبدأ التناسب أن يفحص القاضي الإداري محل القرار، أي الجزاء الموقع في القرارات التأديبية، ويبحث عن مدى تناسب هذا المحل، أو بالأحرى الجزاء مع سبب القرار المبرر له، فإن كان هناك قدراً من عدم التناسب، ألغى القاضي هذا القرار لعدم مشروعيته لمخالفته القانون.

و بذلك يقضي القاضي في دائرة وحدود وظيفته كقاضي للمشروعية، تاركا للإدارة حرية تقدير مدى ملائمة الجزاء في إطار هذا التناسب، إذ لا يفترض مبدأ التناسب أن هناك جزاء واحد لا بديل عنه، هو الذي يتناسب مع المخالفة التأديبية، فالحقيقة غير ذلك، حيث أن المحتمل أن تتوافر صفة التناسب لجزاءين أو أكثر، فإذا اختارت أحد الجزاءات الأكثر أو الأقل شدة كان الجزاء غير متناسب، نتيجة مغالاة الإدارة وتساهلها الكبير، وبذلك لا يكون من شأن حكم القاضي في هذه الأحوال المساس بسلطة الإدارة التقديرية أو حريتها في تقدير ملاءمة قرارها التأديبي، حيث سقوط الأمر في حالة إلغاء هذا القرار لعدم التناسب، لتقييد تقدير الجزاء الأكثر ملاءمة في إطار مبدأ التناسب .

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عبد الحليم عبد البار، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة »، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.61.

## المطلب الثالث

### مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار

تقتضي دراسة هذا العنصر أن نتناول، ماهية هذه المبدأ (الفرع الأول)، وتطبيقاته في القضاء الإداري (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: ماهية مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار

إن هذا المبدأ يعتبر، بكل تأكيد خطوة متقدمة وهامة في اتساع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ويعود الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في إرساء أسس هذا المبدأ، إذ قرر هذا الأخير، أنه لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما، إلا إذا كان ما تتضمنه من اعتداء على الملكية الفردية والتكلفة المالية والمساوي الاجتماعية المحتملة التي تتضمنها، ليست باهظة بالنسبة إلى المنفعة التي تمثلها،<sup>1</sup> وهو ما يستوجب دراسة العملية وظروفها وجوانبها المختلفة عند تقدير مشروعية القرار.

من هنا فإنه لا يمكن الاكتفاء بمعرفة ما إذا كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة، بل يجب أيضا أن توضع في الميزان مضارها مع مزاياها وتكاليفها مع عائدها .

و وفقا لهذا المبدأ فإنه يجب أن تتم مقارنة بين المزايا التي يحققها القرار والعيوب التي يمكن أن تنشأ عنه، ولا يكون القرار مشروعاً إلا إذا رجحت كفة المزايا على كفة العيوب.<sup>2</sup> ومن هذا التعريف يتضح أن مبدأ الموازنة يتعلق بالآثار الناجمة عن القرار، أو بمعنى أدق فإن القضاء يأخذ في الاعتبار آثار القرار لتحديد ما إذا كان يحقق المصلحة العامة أم لا.

وقد طبق القضاء الإداري في فرنسا مبدأ الموازنة اعتباراً من 1971 في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث صدر قرار في 28 ماي 1971 في قضية "المدينة الجديدة الشرقية"<sup>3</sup> وتتمثل وقائع هذه القضية فيما يلي: عندما حاولت الحكومة الفرنسية - في عام 1966 - في جامعة ليل إخراج التعليم العالي من وسط المدينة حيث الاكتظاظ، فرأت أن يكون هناك مجمع عمراني جامعي جديد يستطيع أن يستقبل أكثر من ثلاثين ألف طالب ومعهما مدينة أخرى تستطيع أن تستوعب من عشرين إلى خمسة وعشرين ألف مواطن، ومثل هذا المشروع قدر له في البداية أنه يحتاج إلى مساحة كبيرة من الأرض تبلغ خمس مائة هكتار ونفقات تقدر بمليار فرنك ونزع ملكية 250 منزلاً، منها حوالي 100 منزل تم إنشاؤها حديثاً طبقاً لتراخيص بناء سلمت في السنة السابقة فقط، وشكلت جمعية للدفاع عن أصحاب هذه المنازل لإنقاذها من الهدم، وبفضل الضغوط عدلت الإدارة من مشروعها واقتصر الهدم على 88 منزلاً، وأصررت جمعية الدفاع على الطعن بالإلغاء في القرار الإداري الصادر بنزع ملكية هذه العقارات للمنفعة العامة، وبعد أن لجؤا إلى المحكمة الإدارية و استأنفوا أمام مجلس الدولة.

<sup>1</sup> - Martine Lombard, OP.Cit. ,P.424, Et Voir René Chapue, OP.Cit. , P.947.

<sup>2</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.328.

<sup>3</sup> - Martine Lombard , OP.Cit. , P.281, Et Voir : Jacqueline Morand-Devili, OP.Cit., P.286.

وجاء تقرير مفوض الدولة كما يلي: "لم يعد يوجد فقط السلطة العامة والمصالح العامة في ناحية وفي الأخرى الملكية الخاصة، ذلك لأنه توجد في حالات عدة وبصورة متزايدة خلف نازعي الملكية والمنزوعة ملكيتهم مصالح عامة مختلفة - فتصور الإدارة لقرارها أنها تخدم المنفعة العامة ويكون الأفراد أكثر خدمة للمصلحة العامة منها- بل وقد يحدث أن يكون وزن المصالح الخاصة المستبعدة من العملية أكثر ثقلا في إجراءات القرار وتكوينه من المصالح العامة، التي قد تثار من أجل ذلك... لا يمكن إذن الاكتفاء بمعرفة ما إذا كانت العملية تمثل بنفسها منفعة عامة، بل يجب أن يوضع في الميزان مضارها مع مزاياها وتكاليفها مع عائدها وكما يقول الاقتصاديون عدم نفعها مع نفعها."

وهذا هو التناسب بين تكلفة القرار الإداري والمزايا الني حققها لخدمة المنفعة العامة التي تدعيها الإدارة. وقد أدرك مجلس الدولة حكمه الذي وضع فيه أساس هذه النظرية: "لا يمكن قانونا اعتبار عملية ما ذات منفعة عامة إلا إذا كان ما تضمنته من مساس بالملكية الفردية والتكاليف المالية والمضار المالية على المستوى الاجتماعي غير باهظة بالنسبة للمصلحة التي تمثلها."<sup>1</sup>

و كان القضاء قبل هذا التاريخ يراقب هذا القرار رقابة مجردة، بمعنى أنه كان يكفي بأن يتأكد أن عملية نزع الملكية تهدف إلى تحقيق منفعة عامة مثل إنشاء الطرق أو المستشفيات أو المدارس. أما وفقا لمبدأ الموازنة فقد أصبح من المقرر أنه "لا يجوز قانونا تقرير المنفعة العامة على عملية إلا إذا كان الاعتداء على الملكية الخاصة والتكاليف المالية وبصفة إجمالية أيضا العيوب الاجتماعية غير المبالغ فيها بالمقارنة بالمزايا التي تحققت هذه العملية".

وتؤكد هذه النظرية مدى اتساع رقابة القاضي الإداري لأعمال الإدارة، فهي وإن اتفقت مع نظرية الغلط البين في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية، إلا أنها تعد درجة أشد في مجال هذه الرقابة، إذ يركن إليها القاضي في الحالات التي يصعب فيها رقابة الغلط البين، وهو ما يعني أن الاختلاف بين النظريتين هو اختلاف في مدى الرقابة (درجتها)، وليس اختلافا في الطبيعة، ولأن القاضي لا يلغي تصرف الإدارة، إلا إذا كانت الأضرار المترتبة عليه لا تتناسب - وبشكل واضح - مع المزايا أو المنافع الناجمة عنه، وهذا هو جوهر نظرية الغلط البين.<sup>2</sup>

و لا يعني هذا التطور أنه لم يعد هناك أي هامش تقديري للإدارة، ولكنه يعني تمتع القاضي الإداري بالقيام بتقديرات فنية صعبة - هو الآخر - بمراعاة وسائل التحقيق التي تحت تصرفه للفصل بين المصالح المتعددة العامة والخاصة محل البحث.

<sup>1</sup> - M.Long, et Autres, OP.Cit., P.639 et suivantes, et Voir aussi :

فريدة أبركان، « مدى رقابة القضاء على الأعمال الإدارية ». مجلة ملنقى قضاة الغرف الإدارية، السديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص. 118.

<sup>2</sup> - زكي محمود النجار، المرجع السابق، ص. 57 وأنظر كذلك لمزيد من التفصيل : Jacqueline Morand-Devili, OP.Cit., P.290 et Suivantes, René Chapue, OP.Cit. , P.951 et suivantes.

وقد امتدت هذه النظرية إلى مجالات أخرى غير نزع الملكية، مثل مخالفة خطط العمران، والارتفاقات اللازمة لإنشاء خط كهربائي، وإنشاء منطقة حماية حول موقع يتمتع بالحماية، وفصل ممثلي العمال، كما طبقت في مجال العقود الإدارية.

### الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء الإداري المصري و الجزائري

سنقتصر هنا على تناول القضائين المصري والجزائري فقط، أما القضاء الفرنسي فقد تعرضنا له أثناء شرح ماهية المبدأ، ولتفادي التكرار فإننا نحيل ذلك إلى ما سبق ذكره.

#### أولاً: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء الإداري المصري

لقد سائر مجلس الدولة المصري نظيره الفرنسي، في الأخذ بهذه النظرية، ففي حكم حديث جدا صدر عن محكمة القضاء الإداري لسنة 1992، أقامت المحكمة قضائها في وقف تنفيذ القرار المطعون فيه (وهو القرار رقم 64 لسنة 1992 بشأن إنهاء نشاط تجار الجملة للخضر والفاكهة والدواجن والأسماك بسوقي روض الفرج وغمرة، وإلغاء تراخيص مزاولة النشاط بهما، اعتباراً من 1992/04/05، مع استبدالها بتراخيص جديدة لمزاوله هذه الأنشطة بسوق العبور، بناء على طلبات تقدم للمحافظة مع حظر ممارسة تجارة الجملة والفاكهة بالشلايش الواقعة في محافظة القاهرة... واعتبار مواقع سوقي روض الفرج وغمرة مناطق تخطيطية جديدة...)، على نظرية الموازنة، فقررت: "أنه ولئن كانت المصلحة العامة تقضي بحق الإدارة بإنشاء أسواق جديدة خارج الكتلة السكنية، وتحديد التاريخ الذي تراه مناسباً لتشغيله، فإن من مقتضى تحقيق التوازن بين تلك المصلحة العامة، وما قد ينجم عن تلازم ذلك بالإلغاء الفوري للنشاط بالأسواق القائمة بالفعل بمناسبة الافتتاح من أضرار بالغة قد تلحق العديد من المواطنين، لما يوصم القرار المطعون فيه بعدم الملاءمة التي تعد شرطاً من شروط المشروعية، وعنصرها لازماً يكشف عن مدى مشروعية عمل الإدارة". وخلص الحكم من هذه الموازنة إلى القول بأن ما يعد أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة هو افتتاح سوق العبور في موعده، والإسراع في إنشاء الأسواق الأخرى المقترحة، مع استكمال الطريق الدائري الذي يربط بينهما، وأيضاً الإبقاء على نشاط سوق روض الفرج، ولحين استكمال باقي الأسواق.<sup>1</sup>

#### ثانياً: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء الإداري الجزائري

أخذ القضاء الإداري الجزائري ببعض أحكام هذه النظرية وطبقها في مجال قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إلا أن هذا التطبيق يختلف عن التطبيقات القضائية السابقة، ذلك لأنه أعمل في هذا المجال بعض أحكام نظرية الغلط البين في التقدير.

وهذا ما تؤكد فريدة أبركان بقولها "يمكننا التفرقة بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير وبين نظرية الحصيلة - نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار - المطبقة في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة.

<sup>1</sup> - حسني درويش عبد الحميد، «نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في رقابة القرارات الإدارية»، مجلة العلوم الإدارية، السنة 35، العدد 01، القاهرة، جويلية 1993، ص. 191 وما بعدها.

فقاضى تجاوز السلطة يتثبت هنا من مدى تحقق الشرط المتعلق بالمنفعة العامة، ومن جهة أخرى يستخلص ويأخذ نتائج هذا القرار بعين الاعتبار، وفي الواقع العملي فإن المسعى الملموس للقاضي عندما يقرر هذا القرار، قريب جدا من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير بمعنى أن القاضي يراقب العمليات غير المعقولة المبالغ فيها بصورة كبيرة.<sup>1</sup>

من هنا تستند هذه النظرية إلى وجوب مراقبة مدى مشروعية إعلان المنفعة العمومية وضرورة خضوع ذلك إلى إعتبارات قانونية، منها أن تكون منافع العملية أكثر من مساؤها.

إن مدى أعمال القاضي لهذه النظرية فيما يتعلق بنزع الملكية يتحقق، إذا شاب القرار الإداري غلط فادح وبارز في التقدير، وبالتالي يربط القاضي الإداري الجزائي بين نظرية الغلط البين ونظرية الموازنة، فلا يطبق نظرية الموازنة إلا إذا شاب القرار خطأ بارز في التقدير.

ومن تطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري الجزائي ما قرره الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/01/13، حيث أنه يستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجيه من حاجيات المنفعة العمومية، وإنما هي في صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل على الطريق. حيث أن الهدف المتوخى من العملية أي اشباع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن. من هنا قضت المحكمة العليا بإلغاء قرار نزع الملكية لأنه مشوب بغلط فادح.<sup>2</sup>

كما يجب الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى المبادئ السابقة يقرر الفقه والقضاء في ذلك بعض المبادئ والنظريات التي أخذ بها كل من القضاء الإداري المصري والفرنسي نذكر منها ما يلي:

### 1- مبدأ ضرورة الإجراء

قلنا سابقا أن الأصل أن القاضي لا يراقب ملاءمة القرارات الإدارية المقيدة للحرية، ولكن استثناءا تمتد هذه الرقابة لتشمل الرقابة على ملاءمة الإجراء الضبطي مع الوقائع المستند إليها، بمعنى أن الرقابة القضائية تمتد كذلك للتحقق، عما إذا كانت هذه الوقائع تمثل فعلا خطرا كافيا أو تهديدا، بحيث تدفع هذه الوقائع الإدارة إلى اتخاذ الإجراء الضبطي باعتباره إجراء لا غنى عنه ولا مفر منه لمواجهة هذه المخاطر التي تهدد فعلا النظام العام، فبعد أن يتحقق القاضي من أن الإجراء محل النزاع قد تم اتخاذه بهدف الحفاظ على النظام العام، يتعين عليه أن يبحث بصورة مجردة، كافة الظروف والملابسات المحيطة بهذا الإجراء للتأكد من أن اتخاذ هذا الجراء كان لازما أو ضروريا لتحقيق هذا الهدف، فإذا تبين له أن درجة خطورة هذه الظروف وتلك الملابسات لم تكن تستلزم هذا التدخل، فإن إجراء الإدارة يكون غير مشروع، أما إذا ثبت للقاضي أن الحفاظ على النظام العام لم يكن من الممكن تحقيقه دون اتخاذ هذا الإجراء، فإنه يعترف بمشروعية هذا الإجراء باعتباره الإجراء الضروري الذي يستلزمه الحفاظ على النظام العام.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - فريدة أبركان، « رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ». المرجع السابق، ص.40.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.41.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص.299.

وعادة ما يفسر الفقه رقابة القضاء على ضرورة الإجراء الضبطي أو تناسبه بأنها رقابة على ملاءمة القرارات الضبطية، وليس من جدل في أن رقابة محل القرار الضبطي بمطابقته لمبدأ ضرورة الإجراء الضبطي تتضمن حتما فحص ملاءمة هذا الإجراء ومدى تناسبه مع خطورة ودرجة الإخلال بالنظام العام الذي يستوجب التدخل بهذا الإجراء.

غير أن الإقرار للقاضي بسلطة فحص هذه الملاءمة لا يعني أن بمقدوره الحكم بإلغاء القرار لعدم ملاءمته إنما يكون له فحصها فقط للتوصل إلى لزوم وضرورة الإجراء أو عدم لزومه، إذ مقتضى هذا المبدأ أن الإجراء لا يكون لازما أو ضروريا إلا إذا كان ملائما وفعالا ومتناسبا مع خطورة الإخلال بالنظام العام. ومن ثم فليس من الجائز فهم أن الضرورة والملاءمة اصطلاحان مترادفان فهما ليس كذلك وتقدير ضرورة الإجراء أو لزومه وإن تضمن في معظم الحالات تقدير الملاءمة إلا أنهما لا يختلطان ولا يتساويان. وقد أخذ بهذا المبدأ القضاء الإداري المصري والفرنسي و القضاء الإداري الجزائري في تطبيقاتهم الخاصة بقرارات الضبط الإداري.

## 2- مبدأ الحيطة

وفقا لمبدأ الحيطة فإنه يجب على الإدارة أن تتخذ كافة الإجراءات المناسبة، التي يكون من شأنها الوقاية من المخاطر الجسيمة الناشئة عن التطورات العلمية والفنية والتي يستحيل تداركها بتكاليف اقتصادية معقولة. وقد دفعت المخاطر العلمية، القضاء الإداري إلى ابتداء هذا المبدأ، فإذا كانت التطورات العلمية قد أفادت البشرية إلا أنها أحدثت أيضا الكوارث والمآسي للشعوب، وذلك بسبب عدم اليقين حول مخاطر التقدم العلمي.<sup>1</sup>

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي صراحة هذا المبدأ عنصر من عناصر مشروعية القرار، وقضى بوقف تنفيذ قرار وزير الزراعة الذي يتضمن التصريح بالانتاج في ثلاثة أنواع من الذرة المهندسة وراثيا، نظرا لأن رأي اللجنة المختصة الذي استند إليه القرار قد صدر على الرغم من عدم اكتمال الملف، الأمر الذي لا يسمح بتقويم أثر هذه المنتجات على الصحة العامة، وقرر المجلس أن هذا السبب يبدو جاد بما فيه الكفاية ويسوغ وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، نظرا للنتائج التي يمكن أن يؤدي إليها التنفيذ.

ويفترض تطبيق مبدأ الحيطة أن يقوم القاضي بإجراء تقويم لمدى تناسب الإجراء مع الخطورة الناشئة عن عدم اليقين العلمي.<sup>2</sup>

## 3- مبدأ عدم تخطي الأقدم في الترقية بالاختيار

إن هذا المبدأ من خلق القضاء الإداري المصري ويتعلق بالترقية بالاختيار على أساس الكفاءة، فقد تصدى القضاء الإداري في مصر منذ نشأته لحرية الإدارة في الترقية بالاختيار بهدف ضمان العدالة وتحقيق المصلحة العامة.

<sup>1</sup> - محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري. الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.333.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص.334.

ومن هذا المنطلق استقر القضاء الإداري على أنه " ولئن كان الأصل أن الترقية بالاختيار إلى الوظائف الرئيسية من الدرجة الأعلى من الملاءمات التي تترخص فيها الإدارة إلا أن مناط ذلك أن يكون هذا الاختيار قد استمد من عناصر صحيحة مؤدية إلى صحة النتيجة التي انتهى إليها، وأن تجري مفاضلة حقيقية وجادة بين الموظفين على أساس ما تحتويه ملفات خدمتهم وما يبديه الرؤساء عنهم ... بحيث لا يتخطى الأقدم إلا إذا كان الأحدث أكثر كفاية وهو أمر تمليه دواعي المشروعية، فإذا لم يقع الأمر على هذا الوجه فسد الاختيار وفسد القرار الذي اتخذ على أساسه".<sup>1</sup>

وكخلاصة فإن الرقابة على المشروعية لم تعد كافية وحدها لمواجهة الاتساع الخطير لسلطات الإدارة وامتيازاتها الواسعة، وبهذا غدت رقابة الملاءمة على أعمال الإدارة ضرورة حتمية، لإعادة التوازن بين حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة والإدارة من جهة ثانية، فقد أضحي من الضروري تصدي القضاء الإداري لأعمال وسلطات الإدارة التقديرية، وذلك بتطبيق النظريات السابقة . وبهذا أصبحت الرقابة الحديثة على أعمال الإدارة لا تقتصر على المشروعية فقط وإنما تمتد لتشمل الملاءمة وهكذا أصبحت الملاءمة من أخص وظائف القاضي الإداري الحديث.

## خاتمة

لقد رأينا خلال العرض الذي قدمناه ،والذي تناولاه في فصلين أساسيين ،مسبوقين بفصل تمهيدي ،أن السلطة التقديرية هي القدر من الحرية الذي يتركه المشرع للإدارة كي تباشر وظيفتها الإدارية، على أكمل وجه، وعلى ذلك فهي لا تتمتع بهذه الحرية إلا لأن القانون قد حولها السلطة في تقدير مناسبة التصرف، فإذا تجاوزت هذا الحد تكون قد خرجت من نطاق القانون، وبالتالي عن نطاق المشروعية .

---

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية. المرجع السابق، ص.303.

والسلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة، إذ أن المشروعية تنقل كاهل الإدارة، ولا يجب الإفراط فيها ، كما يجب علينا أن نتجنب الآلية الإدارية التي تتبع من تزلزلت رجل الإدارة بتطبيق قواعد موضوعية دون أن يترك له حرية في تصرفه، والمشرع لا يمكنه بصفة عامة أن يقدر مقدما مناسبة كثير من التصرفات الإدارية، وإن لم يأخذ هذا الأصل محل اعتبار قتل روح الابتكار لدى الإدارة، وانتهى بها شيئا فشيئا إلى الركود والشلل .

كما رأينا أن الاعتراف للإدارة بهذه السلطة يؤكد أن الدولة التي اعترفت بها هي دولة قانونية، ويثبت اعتناقها لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، إذ من البديهي أنه في الدولة غير القانونية أو بالأحرى الاستبدادية، يكون للإدارة فيها سلطة تقديرية واسعة غير مقيدة، ولكنها ليست سلطة تقديرية وإنما هي سلطة حكمية. ولذلك فإن السلطة التقديرية هي في حقيقة الأمر وسيلة لتطبيق القانون والالتزام بمبدأ المشروعية، مثلها في ذلك مثل السلطة المقيدة، غاية الأمر أن المشرع قدر أن منح قدر من حرية التصرف للإدارة في موضوعا ما، هو أجدى وأنفع لتحقيق الهدف من هذا الموضوع مما لو قيدها بتوقيت وأسلوب معين للتصرف بشأنه، ومن ثم فإنه يتخلى عن تحديد نشاط الإدارة بشأن هذا الموضوع كله أو في بعض جوانبه، تاركا للإدارة حرية التصرف والتقدير بموجب خبراتها الخاصة، سيما وإن إعتبارات تغير الظروف وتطورها، تجعل تنظيم كل دقائق نشاط الإدارة بقواعد محددة سلفا أمرا متعذرا .

وتأسيسا على ذلك يمكن القول بأنه كلما تخلى القانون عن تحديد وتنظيم جانب أو عنصر من عناصر القرار الإداري، كان للإدارة سلطة تقديرية في هذا الصدد، أما حيث يتولى القانون تنظيم هذا الجانب أو هذه العناصر بقواعد ملزمة وأمرة، فإن الإدارة تكون في هذه الحالة مقيدة بالالتزام بأحكام هذه القواعد، بحيث يكون قرارها مشروعاً أو غير مشروع بقدر ما يكون هذا الجانب أو هذه العناصر مطابقة لما فرضه القانون أو مخالفة لها.

وبعبارة أخرى فإن السلطة التقديرية تثبت للإدارة عندما لا يكون مسلكها محددًا أو منصوصاً عليه مقدما بالقانون، ويكون اختصاص الإدارة مقيدا عندما يكون مسلكها قد تحدد سلفا بقواعد القانون. وبالتالي فإن المرجع في تمتع الإدارة بسلطة التقدير هو القانون بمعناه الواسع، أي مجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك المبادئ القانونية العامة التي استنبطها القضاء بصدد ممارسة الإدارة لاختصاصاتها.

ولقد رأينا أن طبيعة الرقابة القضائية التقليدية - العادية - على السلطة التقديرية للإدارة، هي رقابة مشروعية أصلا وليست رقابة ملائمة، فالقاضي الإداري في بداية تصديه لفكرة السلطة التقديرية، كان يتجنب كل رقابة تخص أو تتعلق بالجانب التقديري للإدارة، لأنه كان يرى أن ذلك يتناقض ومبدأ الفصل بين السلطات وفكرة السلطة الرئاسية، كما أن القاضي الإداري يتعذر عليه إن لم يكن مستحيلا أن يمارس رقابة الملاءمة دوما على تصرفات الإدارة، لبعده عنها ولعدم إمكانه الإحاطة بالظروف والملابسات التي تحيط بالإدارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية .

وبهذا كانت رقابته شبيهة بالرقابة على السلطة المقيدة فلم تنفذ رقابته إلى صميم الاختصاص التقديرى، فاقترت رقابته بداية على المشروعية الخارجية للقرار الإدارى، فالاختصاص المبنى على سلطة تقديرية مثله مثل الاختصاص المقيد، يجب أن يكون القرار الصادر فى ظله مطابقاً لقواعد الاختصاص والشكل والإجراءات، وإلا كان غير مشروع، مما يترتب عليه البطلان.

وبهذا فالقاضي الإدارى فى رقابته على عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل والإجراءات لا يفرق بين الاختصاص التقديرى والاختصاص المقيد، فكلاهما يخضع لنفس الدرجة من الرقابة .

من هنا فتمتع الإدارة بسلطة تقديرية لا يشفع لها فى التحرر من هذه الرقابة، فالقرارات الإدارية مهما كانت درجة التقدير فيها، فإنها تخضع لقيود والتزام هام وهو ضرورة صدورها من سلطة مختصة ووفقاً للشكليات والإجراءات القانونية، وإلا كانت باطلة.

كما امتدت الرقابة التقليدية على السلطة التقديرية إلى أوجه عدم المشروعية الداخلية، ولكن بصفة محتشمة، وفى نطاق ضيق جداً، لم يتعدى مجرد الرقابة على الوجود المادى والتكييف القانونى للوقائع، بل أحياناً يتوقف عند حد العنصر الأول فقط من الرقابة، هذا بالإضافة إلى الرقابة على ركن المحل، وإن لم نقل أنها كانت منعدمة، ذلك لأن هذا الأخير هو محل السلطة التقديرية وأبرز عناصرها، مما أدى إلى تحصنه فى كثير من الحالات ضد دعوى الإلغاء.

ففيما يتعلق بركن السبب، نجد أن خطأ الإدارة فى التحقق من صحة الوقائع التى بنت على أساسها قرارها الإدارى، أو فى التكييف القانونى لتلك الوقائع إذا ثبتت صحتها يؤدي إلى عيب السبب، والذي يؤدي إلى إلغاء القرار الإدارى الصادر فى ظل السلطة التقديرية، فضلاً عن التعويض، إذا بلغ هذا الخطأ حداً معيناً من الجسامه.

أما فيما يتعلق بركن المحل أو موضوع القرار، فإن الإدارة العامة تعتبر مخالفة للقانون إذا خالفت القاعدة القانونية مخالفة مباشرة، سواء كانت هذه المخالفة ايجابية أو سلبية من خلال الترك الإردى لمباشرة السلطة التقديرية أو غير الإردى، كما تعتبر الإدارة مخالفة للقانون إذا أخطأت فى تفسير القاعدة القانونية سواء كان هذا الخطأ مقصوداً أو غير مقصود.

غير أنه إذا كانت الإدارة حرة فى تقدير مناسبة قرارها الإدارى وملاءمته حين تصدر هذه القرارات عن سلطتها التقديرية، فلا يكون تبعاً لذلك محلاً لرقابة أو تعقيب من جانب القضاء، فإنه يجب أن يلاحظ أن استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية فى هذا الشأن يجب أن يكون بعيداً عن إساءة استعمال السلطة وإلا شاب عملها البطلان.

فالانحراف بالسلطة هو الحد الفاصل أو الخيط الرفيع الذى يفصل بين ما يعتبر سلطة تقديرية مشروعة وبين ما يعتبر تعسفاً فى استخدام السلطة، وهو المقياس الحقيقى والدقيق لوجود أو عدم وجود ذلك العيب فى القرار الإدارى.

فيعتبر القرار الإداري معيبا بعيب الانحراف بالسلطة إذا كان يستهدف غرضا غير الغرض الذي من أجله منحت الإدارة سلطة إصداره، ويعتبر عيب الانحراف بالسلطة متوفرا ولو قصدت الإدارة غرضا عاما وليس شخصا، طالما أنه مخالفا للغرض الذي نص عليه القانون صراحة .

ولا شك أن مهمة القضاء الإداري في هذا المجال في منتهى الصعوبة، حيث يكون مطلوبا منه التوفيق بين عدم حرمان الإدارة العامة من سلطتها التقديرية اللازمة لتحمل مسؤولياتها الكبيرة، وبين عدم حرمان الأفراد من حقهم الطبيعي في حماية القضاء الإداري لهم من تعسف الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية. كما خلصنا إلى أن التطورات التي أصابت أنشطة الدولة ووظائفها في النصف الثاني من القرن العشرين أدت إلى اتساع مجال السلطة التقديرية للإدارة، اتساعا عجزت معه وسائل الرقابة القضائية التقليدية أو العادية عن استيعابه و ملاحقته.

وقد ظهر جليا أثر هذه التطورات في موقف القضاء، فلقد أدرك القضاء الإداري وهو مباشر وظيفته في الرقابة على المشروعية، كيف مالت هذه التطورات بالتوازن لصالح الإدارة على حساب حقوق الأفراد وحررياتهم فسعى جاهدا لإعادة التوازن إلى نصابه وتعددت جهوده في هذا الشأن كما رأينا .

إذ استهل القضاء الإداري هذه الجهود بإيداعه نظرية الغلط البين ليواجه بها ما يخرج عن نطاق رقابته على التكييف القانوني للوقائع، ثم ظهرت بعد ذلك نظرية أو مبدأ التناسب، وفي الأخير ظهرت نظرية الموازنة كأقصى تطور في الرقابة القضائية على أعمال الإدارة .

وبهذا اتسعت رقابة القاضي الإداري تدريجيا لتشمل الرقابة على أهمية وخطورة الوقائع، أو ما يعرف بالرقابة على الملاءمة، والتي بدأت في مجال الرقابة على القرارات الضبط الإداري، والقرارات التأديبية لتتوسع بعد ذلك لتشمل معظم القرارات الإدارية.

وهكذا فرقابة المشروعية قد أقل نجمها بزوال صورة الدولة الحارسة، وغدت رقابة الملاءمة على أعمال الإدارة ضرورة حتمية، في ظل دولة الإنماء والخدمات، حيث تضطلع الإدارة بامتيازات واسعة، مما يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم، فقد أضحت من الضروري تصدي القضاء الإداري لأعمال وسلطات الإدارة التقديرية، وذلك بتطبيق النظريات السابقة، والمسلم به أن حماية حقوق الأفراد وحررياتهم لن يتأتى إلا من خلال اتساع نطاق الرقابة القضائية، ويشمل فضلا عن الرقابة التقليدية (رقابة المشروعية)، رقابة الملاءمة (الرقابة الحديثة)، خاصة رقابة تقدير الإدارة وهي بصدد مباشرة السلطة التقديرية.

وبهذا فإن التقدير الإداري لم يعد حرا إلا بشرط ضمني، وهو ألا يكون مشوبا بغلط بين، وكذلك تقدير تناسب العقوبة مع المخالفة الإدارية، لم يعد حرا إلا بشرط ضمني وهو ألا يكون مشوبا بعدم تناسب ظاهر، كذلك تقرير المنفعة العامة لعملية ما، لم يعد حرا إلا إذا كان ما تتضمنه من اعتداء على الملكية الفردية والتكلفة المالية والمساوئ الاجتماعية المحتملة التي تتضمنها، ليست باهظة بالنسبة إلى المنفعة التي تمثلها، ولم يعد الأمر يقتصر على هذا فقط، بل أصبحت مخالفة هذه الأحكام والنظريات، تشكل وتعتبر مخالفة مباشرة للقواعد القانونية، لكون هذه النظريات أصبحت من المبادئ العامة للقانون، مما يترتب عليه، مسبقا

التزام الإدارة عند مباشرتها لسلطتها التقديرية، ألا تخالف أي مبدأ من المبادئ السابقة، وإلا أعتبر قرارها مخالفا للقانون .

كما أن هذا الارتقاء بهذه النظريات إلى مبادئ فائدتين، الأولى من حيث أنه، يشكل ضمانة أكبر لحقوق وحرريات الأفراد من تعسف وتعنت الإدارة أثناء ممارستها سلطتها التقديرية، حيث أن هذه المبادئ تلقى على عاتق الإدارة التزاما، بأن لا يكون تصرفها مشوب بخطأ واضح في التقدير، كما يجب أن يكون متناسبا مع الوقائع، كما يجب أن يكون هناك توازن بين التكلفة والفوائد.

أما الفائدة الثانية فتظهر في الإثبات، حيث يقتصر عمل القاضي هنا على إثبات عيب مخالفة القانون فقط والذي يتميز بالسهولة في الإثبات، مقارنة مع العيوب الأخرى، كما لو أعتبر عيب عدم التناسب داخل في إطار عيب السبب، مما يجعل من الصعب إثباته وكذلك بالنسبة للخلط البين في التكييف والتقدير .

كما توصلنا إلى أن المشروعية والملاءمة ليستا على طرفي نقيض، فالمشروعية تصرف معين يقاس بمدى التزامه بقواعد القانون، وبالتالي فإن المشروعية فكرة مستمدة من النظام القانوني، أما ملاءمة تصرف معين فهي فكرة مادية، أو عملية ينظر إلى مدى موافقة هذا التصرف لمركز معين، أو حالة معينة بالنظر لما يحيط هذا المركز أو هذه الحالة من إعتبارات الزمان والمكان والظروف المحيطة، ولذا فمن الواضح أن فكرتي المشروعية والملاءمة ليستا على خط واحد، ومنه فلا يمكن أن يكونا على طرفي نقيض، فالمشروعية نقيضها عدم المشروعية، كما أن الملاءمة نقيضها هو عدم الملاءمة، كما أن هناك قرارات مشروعة ولكنها غير ملاءمة فإن هناك قرارات غير مشروعة ولكنها قد تكون ملاءمة، ومقتضى هذا أنه ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين إعتبارات المشروعية والملاءمة في قرار واحد بحيث تصبح الملاءمة شرط لمشروعية القرار .

فالفقه في مجموعه يرى أن السلطة التقديرية ليست بالسلطة المطلقة ولا مرادفا لها، فهي لا تعدوا سلطة أو حرية تمارسها الإدارة في إطار القانون ودخل حدوده، باعتبار أن الإدارة تنظيم يهدف الى المصلحة العامة، بالبحث عن الحلول الأكثر ملاءمة، وهو وضع قانوني يدخل في إطار المشروعية ولا يناقياها، فالعلاقة بينهما متداخلة وليست منفصلة.

ونشير إلى أن القاضي لا يبحث في عنصر الملاءمة، إذا كان التصرف غير مشروع، ولكنه يمد رقابته إلى الملاءمة إذا كان التصرف مشروعا، ليتحقق من مدى اتساقه مع الظروف والأوضاع التي صدر فيها، والقاضي لا ينظر إلى الملاءمة من تلقاء نفسه، بل لا بد من الدفع بانتفاء الملاءمة، حتى يملك التصدي لرقابته، ولا يعد القاضي هنا متجاوزا إذا مد رقابته للملاءمة في التصرفات القانونية .

ورغم ما ذكرناه بالنسبة لقضاء الإلغاء فإنه لا تزال القاعدة العامة، تقضي بعدم تعرض قاضي الإلغاء للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية، ولكن القضاء الإداري مد نطاق رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال قضاء التعويض، ليكمل ما عجز قضاء الإلغاء عن تداركه برقابته.

وبهذا فإن قاضي التعويض قد مد وبسط رقابته إلى أبعد من ذلك، فحكم على الإدارة بالتعويض لإساءة اختيار وقت تدخلها، كما لو تراخت في اتخاذ قرار إداري وترتب عن ذلك ضرر للأفراد، كما حكم على

الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار الإداري، هذا بالإضافة إلى الحكم على الإدارة بالتعويض لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة، وتعتبر الحالات السابقة تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية والتي يعتبر قضاء التعويض هو المجال الأصيل لتطبيقها.

هذا بالإضافة إلى بعض الحالات التي تخرج عن نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية والتي حكم القضاء الإداري بمسؤولية الإدارة استناداً إليها .

من هنا فإن قضاء التعويض قد اقتحم صميم السلطة التقديرية للإدارة وأبرز مظاهرها، وهي حرية الإدارة في اختيار الوقت المناسب لاتخاذ قرارها، وفي الحقيقة فإن قضاء التعويض وقضاء الإلغاء يتكاملان في تحقيق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

وبعد هذه الحوصلة والنتائج التي توصلنا إليها لما تم طرحه من تساؤلات، فإننا نورد بعض الملاحظات والتوصيات:-

1- إن القضاء الإداري الجزائري لا زال بعيد كل البعد عن التطور الذي حققه القضاء الإداري المقارن، وخاصة القضاء المصري والفرنسي، وذلك في كيفية دراسة القضايا والحكم فيها وتسبب الأحكام، وكذا الاجتهاد القضائي، وأخير من حيث الاستقلالية وعدم التأثر بالأهواء السياسية.

من هنا كانت فكرة إصلاح القضاء الإداري الجزائري ضرورة لا بد منها للنهوض بهذه الهيئة الدستورية لتلعب الدور المفترض بها أن تؤديه.

2- أن وسائل الرقابة القضائية على السلطة التقديرية والتي كانت نتاج جهد كبير بذله الفقه والقضاء سواء الخاصة بقضاء الإلغاء، أو قضاء التعويض لم تستطع في حقيقة الأمر أن تتدارك ولا أن توقف اتساع السلطة التقديرية، ولا أن تضبط كل جوانبها، فما زالت الإدارة تتمتع بحرية كبيرة، وبعيدة عن أي رقابة قضائية فعالة، مما يجعل حقوق الأفراد وحياتهم في تهديد مستمر ودائم.

3- إن مجلس الدولة الجزائري وإن كانت لم تستقر في ظلها المبادئ القانونية العامة أو ما يعرف بأساليب الرقابة على الملاءمة بعد، إلا أنه قد استجاب لهذا التطور وذلك بتطبيقه بعض نتائج الغلط البين ومبدأ التناسب في بعض المجالات.

غير أن هذا التطبيقات مازالت قاصرة على مجارة التطورات العصرية، وما صاحبها من اتساع مجال السلطة التقديرية وتنوع طرق ممارستها لهذا النشاط، هذه التطورات جعلت وسائل الرقابة القضائية التقليدية عاجزة بلا ريب عن مواجهة هذه التطورات وغير قادرة عن استيعابها، وفرضت على القاضي التزاماً ضرورياً وحتمياً بتطوير رقابته لمواجهة هذه التطورات دون عجز أو تخلف.

4- أننا نلح ونهيب بمجلس الدولة الجزائري أن يسارع إلى تعميم تطبيق مبدأ التناسب ونظرية الغلط البين ونظرية الموازنة وباقي النظريات الأخرى في هذا المجال، والتي أخذ بها قرينه الفرنسي في جميع المجالات تقريباً ولا ريب أن هذه التطبيقات القضائية التي سبقنا إليها مجلس الدولة الفرنسي سوف تضيء الطريق أمام مجلس الدولة الجزائري، وتهيئ السبيل له في الإسراع بتطبيق نظرية الغلط البين صراحة وباقي النظريات

الأخرى والسمو بها، واعتبارها مبادئ قانونية العامة، ونحن على يقين بأن التطور لا محالة آت غير أننا نرجو أن يكون وقت تعميم مجلس الدولة لهذا التطور القضائي غير بعيد.

5- كما نهيب بالمشروع الجزائري أن يسارع إلى تقنين هذا التطور القضائي، والذي حققه الفقه والقضاء المقارن، ولن يتأتى ذلك إلا بتعديل قانون الإجراءات المدنية والقانون العضوي رقم 01/98 المنظم لاختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، والقانون رقم 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية، والقانون العضوي رقم 03/98 المتعلق بمحكمة التنازع، والنص على المبادئ القانونية السابقة كأوجه عدم مشروعية ترد على السلطة التقديرية، بالإضافة إلى الأوجه التقليدية التي لم تستطع لوحدها أن تحد من السلطة التقديرية وتعيدها إلى مجال المشروعية.

وفي الختام، نقول بالرغم من الصعوبات التي واجهتنا لدراسة هذا الموضوع، فإننا تصدينا للبحث فيه، ونحن نعتبر العمل الذي قدمناه خطوة جديدة متواضعة، نرجو أن تساهم في إثراء الفقه القانوني الجزائري، ويبقى الموضوع مطروحا للدراسة لاستدراك الأمور التي لم نتطرق إليها، أو للتوسع فيه أكثر.

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب

#### 1- الكتب باللغة العربية

- 1- أحمد، إبراهيم سيد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- 2- إسماعيل عمر، نبيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 3- القيسي، اعاد علي حمود، القضاء الإداري وقضاء المظالم. دار وائل للنشر، عمان، 1999.
- 4- الجرف، طعيمة، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1963.
- 5- الخوري، يوسف سعد الله، القانون الإداري العام. الجزء الأول، بدون دار النشر، الطبعة الثانية، 1998.
- 6- \_\_\_\_\_، القانون الإداري العام. الجزء الثاني، بدون دار النشر، الطبعة الثانية، 1998.

- 7- البنا، محمود عاطف، الوسيط في القضاء الإداري. دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- 8- الجبوري، محمود، القضاء الإداري. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 9- الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري. منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 10- الحكيم، سعيد، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية. دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، 1987.
- 11- السناري، محمد عبد العال، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء. مطبعة الإسراء، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 12- الزعبي، خالد سمارة، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 1999.
- 13- الداودي، غالب علي، المدخل إلى علم القانون. دار وائل للنشر، الطبعة السادسة، عمان، 1999.
- 14- الطماوي، سليمان محمد، النظرية العامة للقرارات الإدارية. دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1966.
- 15- \_\_\_\_\_، نظرية التعسف في استعمال السلطة. مطبعة عين شمس، مصر، الطبعة الثالثة، 1978.
- 16- \_\_\_\_\_، القضاء الإداري. الكتاب الأول، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة، 1996.
- 17- \_\_\_\_\_، القضاء الإداري. الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، الطبعة السابعة، القاهرة، 1996.
- 18- \_\_\_\_\_، دروس في القضاء الإداري. دار الفكر العربي، القاهرة، 1976.
- 19- بسيوني عبد الله، عبد الغني، القضاء الإداري. منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 20- \_\_\_\_\_، القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني. الدار الجامعية، بيروت، 1999.
- 21- \_\_\_\_\_، القانون الإداري. الدار الجامعية، الإسكندرية، 1990.
- 22- بن الشيخ أث ملويا، لحسن، المنتقى في قضاء مجلس الدولة. الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 23- \_\_\_\_\_، المنتقى في قضاء مجلس الدولة. الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 24- \_\_\_\_\_، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية. دار هومة، الجزائر، 2002.
- 25- بسيوني، حسن السيد، دور القضاء في المنازعة الإدارية. عالم الكتب، القاهرة، 1971.
- 26- بعلي، محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية. دارا لعلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002.
- 27- جمال الدين، سامي، الدعوى الإدارية. منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2003.

- 28- \_\_\_\_\_ ، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
- 29- \_\_\_\_\_ ، أصول القانون الإداري. الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 30- \_\_\_\_\_ ، الرقابة على أعمال الإدارة. بدون دار ومكان نشر، 1995.
- 31- **جعفر، محمد أنس قاسم**، الوسيط في القانون العام. دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 32- **كنعان، نواف** ، القضاء الإداري. دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 33- **محيو، أحمد**، المنازعات الإدارية. ترجمة فائز أنجق، خالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 34- **محمد عبد اللطيف، محمد**، قانون القضاء الإداري. الكتاب الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 35- \_\_\_\_\_ ، قانون القضاء الإداري. الكتاب الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 36- **محمد علي، عبد الجليل**، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي و الأنظمة القانونية المعاصرة. عالم الكتب، القاهرة، 1984.
- 37- **محمد النجار، زكي**، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري. دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 38- **عبد العال، محمد حسين** ، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء. دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 39- **عبد الباسط، محمد فؤاد**، القانون الإداري. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.
- 40- **عبد الوهاب، محمد رفعت**، مبادئ وأحكام القانون الإداري. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 41- \_\_\_\_\_ ، القضاء الإداري. الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 42- \_\_\_\_\_ ، القضاء الإداري. الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 43- **عوابدي، عمار**، نظرية المسؤولية الإدارية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 44- \_\_\_\_\_ ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري. دار هومة، الجزائر، 1999.
- 45- \_\_\_\_\_ ، القانون الإداري. الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 46- \_\_\_\_\_ ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

- 47- \_\_\_\_\_ ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 48- \_\_\_\_\_ ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري. الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 49- \_\_\_\_\_ ، مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية. المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.
- 50- **فهمي، مصطفى أبو زيد**، القضاء الإداري ومجلس الدولة. الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 51- **فوديل، جورج، دلقولقيه، بيار**، القانون الإداري. الجزء الثاني، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001.
- 52- **شيحا، إبراهيم عبد العزيز**، القانون الإداري. دار الجامعية، بيروت، 1994.
- 53- \_\_\_\_\_ ، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 54- **خليفة، عبد العزيز عبد المنعم** ، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
- 55- \_\_\_\_\_ ، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 56- **خليل، محسن**، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري. مطبعة التوني، الإسكندرية، 1993.
- 57- \_\_\_\_\_ ، قضاء الإلغاء. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
- 58- \_\_\_\_\_ ، القضاء الإداري. دار الجامعية، بيروت، بدون تاريخ نشر.

## 2- الكتب باللغة الفرنسية:

- 1- **Bouchahda, H., Khelloufi, R.**, Recueil d'arrêts jurisprudence administrative. Office publications universitaire .Alger, 1979.
- 2- **Chapus, René**, Droit administratif général. Tome 01, Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, Paris ,1995.
- 3- **Cathala, Thierry**, Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaire .L.G.D.J, Paris, 1966.
- 4- **De laubadère, André, gaudemet, Yves**, Traité droit administratif. Tome 01, Libraire général de droit de jurisprudence, 16<sup>e</sup> édition, Paris, 1999.
- 5 - **Moyrand, Alain**, Le droit administratif. L'hermès, Lyon ,1992.
- 6- **Lombard, Martine**, Droit administratif. Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1998.
- 7- **long, M., et Autres**, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, Paris, 1999.

- 8- **Morand-devili, Jacqueline**, Cours de droit administratif. Montchrestien, 6<sup>e</sup> édition, Paris, 1999.
- 9- **Moreau, Jacques**, Droit administratif. Presses universitaires de France, Paris, 1989.
- 10- **Moyrand, Alain**, Le droit administratif. L'hermès, Lyon ,1992.
- 11- **Peiser, Gustave**, Contentieux administratif. Dalloz, 11<sup>e</sup> édition, Paris ,1999.
- 12- **Rouault, Marie-christine**, Droit administratif .Gualino éditeur, Paris, 2001.
- 13- **Vlachos, George**, Principes générales du droit administratif. Édition marketing, Paris, 1993.
- 14- **Van lang, Agathe**, Juge judiciaire et droit administratif. L.G.D.J, Paris, 1996.

#### ثانياً: المقالات

#### 1- قائمة المقالات باللغة العربية:

- 1- **أبركان، فريدة**، « رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ». مجلة مجلس الدولة، العدد 01، الجزائر، 2002.
- 2- \_\_\_\_\_ ، « مدى رقابة القضاء على الأعمال الإدارية ». مجلة ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
- 3- **جبر، محمود سلامة**، « رقابة مجلس الدولة على الغلط البين للإدارة في تكييف الوقائع وتقديرها في دعوى الإلغاء ». مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 37، العدد 01، القاهرة، مارس 1993.
- 4- \_\_\_\_\_ ، « التطورات القضائية في الرقابة على التناسب بين الخطأ والجزاء ». مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة 35، العدد 01، القاهرة، مارس 1991.
- 5- **حسين، محمد عبد الجواد**، « بين سلطة الإدارة التقديرية واختصاصها المقيد ». مجلة مجلس الدولة، السنة 04، القاهرة، يناير 1953.
- 6- **حسين، محمد مصطفى**، « الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة ». مجلة العلوم الإدارية، السنة 22، العدد 01، القاهرة، جويلية 1980.
- 7- **عطية نجم، أحمد حافظ**، « السلطة التقديرية للإدارة ودعوى الانحراف بالسلطة في الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي ». مجلة العلوم الإدارية، السنة 23، العدد 01، القاهرة، جوان 1982.
- 8- **عبد الحميد، حسني درويش**، « نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في رقابة القرارات الإدارية ». مجلة العلوم الإدارية، السنة 35، العدد 01، القاهرة، جويلية 1993.
- 9- **عبد البار، عبد الفتاح عبد الحليم**، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ». الجزء الأول، مجلة العلوم الإدارية، السنة 37، العدد 02، القاهرة، ديسمبر 1995.
- 10- \_\_\_\_\_ ، « بعض أوجه الطعن في القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ». الجزء الثاني، مجلة العلوم الإدارية، السنة 38، العدد 01، القاهرة، جوان 1996.

- 11- \_\_\_\_\_ ، « الانحراف في استعمال الإجراء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي » ،  
مجلة العلوم الإدارية، السنة 22، العدد 01، القاهرة، جويلية 1980.
- 12- عيسى، رياض، « دعوى الإلغاء في الجزائر ». مجلة الحقوق، السنة 13، العدد 04، الكويت، ديسمبر 1989.
- 13- تقيّة ، محمد، « مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية ». مجلة ملتقى قضاة الغرف  
الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.

## 2- المقالات باللغة الفرنسية:

- 1- Vedel, Georges, « La soumission de l'administration à la loi ». Partie 01, Revue du droit et économie, N° 01, Année 22, Caire, MARS, 1952.
- 2- Vedel, Georges, « La soumission de l'administration à la loi ». Partie 02, Revue du droit et économie, N° 02, Année 22, Caire, Juin, 1952

## ثالثا- المجالات والدوريات:

- 1- وزارة العدل، « صلاحيات القاضي على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا ». نشرة القضاة، العدد 54، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.
- 2- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1985.
- 3- نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 1987.
- 4- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1987.
- 5- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1989.
- 6- المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1989.
- 7- المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1989.
- 8- المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1989.
- 9- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1990.
- 10- المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1990.
- 11- المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1990.
- 12- المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1991.
- 13- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1992.
- 14- المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1992.
- 15- المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1992.
- 16- المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1997.

## رابعا: القوانين:

- 1- الدستور الجزائري لسنة 1996، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الثانية، وزارة العدل، الجزائر، 1998.
- 2- القانون المدني الصادر بمقتضى بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1999.
- 3- قانون الإجراءات المدنية الصادر بمقتضى الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 جويلية 1966، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1999.
- 4- القانون العضوي رقم 01 /98 المؤرخ في 03 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.
- 5- القانون رقم 02 /98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية.
- 6- القانون العضوي رقم 03/98 المتعلق بمحكمة التنازع.

## الفهرس

أ-.....	مقدمة.....
6.....	الفصل التمهيدي: ماهية السلطة التقديرية للإدارة.....
7.....	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة وأساسها.....
7.....	المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية.....
7.....	الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية.....
10.....	الفرع الثاني: التطور التاريخي للسلطة لتقديرية.....
13.....	المطلب الثاني: أساس السلطة التقديرية للإدارة.....
17.....	المبحث الثاني: حدود السلطة التقديرية ومعايير تمييزها عن السلطة المقيدة.....
17.....	المطلب الأول: حدود السلطة التقديرية.....
18.....	الفرع الأول: الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة.....
22.....	الفرع الثاني: الحدود الداخلية للسلطة التقديرية للإدارة.....

المطلب الثاني:معايير التفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد.....	24
الفصل الأول:حدود الرقابة القضائية التقليدية على السلطة التقديرية للإدارة.....	33
المبحث الأول:الرقابة القضائية على الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة.....	34
المطلب الأول:أوجه عدم المشروعية الخارجية للقرار الإداري.....	34
الفرع الأول:عيب عدم الاختصاص.....	34
الفرع الثاني:عيب الشكل والإجراءات.....	39
المطلب الثاني:الرقابة القضائية على انحراف الإدارة بسلطتها التقديرية.....	45
الفرع الأول:تعريف عيب الانحراف بالسلطة وطبيعته القانونية.....	46
الفرع الثاني:صور عيب الانحراف بالسلطة.....	51
الفرع الثالث:إثبات عيب الانحراف بالسلطة.....	54
المبحث الثاني:الرقابة القضائية على العناصر الداخلية للسلطة التقديرية.....	61
المطلب الأول:الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....	62
الفرع الأول:ماهية الرقابة القضائية على الوجود المادي للوقائع.....	62
الفرع الثاني:سلطات القاضي الإداري في الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....	67
المطلب الثاني:الرقابة على التكيف القانوني للوقائع.....	71
الفرع الأول:مفهوم التكيف القانوني للوقائع وطبيعة الرقابة القضائية عليه.....	72
الفرع الثاني:استثناءات الرقابة على التكيف القانوني للوقائع.....	77
المطلب الثالث:عيب مخالفة القانون كوجه من أوجه الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.....	80
الفرع الأول:المخالفة المباشرة لقواعد القانون.....	81
الفرع الثاني:الخطأ في تفسير وتأويل القاعدة القانونية.....	85
الفصل الثاني:تطور واتساع نطاق الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....	87
المبحث الأول:تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.....	88
المطلب الأول:مضمون الرقابة القضائية الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة.....	88
الفرع الأول:الرقابة على ملاءمة القرار الإداري للوقائع.....	88
الفرع الثاني:الرقابة على كيفية ممارسة الاختصاص التقديري.....	96
المطلب الثاني:امتداد مجال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة إلى قضاء التعويض.....	98
الفرع الأول:المسؤولية الإدارية المؤسسة على الخطأ.....	99
الفرع الثاني:المسؤولية الإدارية بدون خطأ.....	104
المبحث الثاني:أساليب الرقابة القضائية الحديثة على السلطة التقديرية للإدارة.....	112
المطلب الأول:رقابة الغلط البين في التقدير.....	112

113.....	الفرع الأول: ماهية الغلط البين في التقدير
115.....	الفرع الثاني: معيار الغلط البين في التقدير وإثباته
119.....	الفرع الثالث: موقف القضاء الإداري المقارن من نظرية الغلط البين في التقدير
121.....	المطلب الثاني: الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه
121.....	الفرع الأول: ماهية مبدأ التناسب وتطوره
124.....	الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الإداري المصري والجزائري
127.....	الفرع الثالث: طبيعة عيب عدم التناسب
131.....	المطلب الثالث: مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار
131.....	الفرع الأول: ماهية مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار
133.....	الفرع الثاني: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء الإداري المصري و الجزائر
137.....	خاتمة
143.....	قائمة المراجع
149.....	الفهرس

## ملخص

إن موضوع السلطة التقديرية للإدارة من أكثر المواضيع إثارة للجدل والنقاش بين الفقهاء، وقد حاولنا في بحثنا هذا أن نعالج إشكالية مدى الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة. وسبب هذه الإشكالية هو الارتباط الوثيق بين السلطة التقديرية للإدارة وفكرة الملاءمة. وقد قسمنا هذا الموضوع إلى فصلين مسبقين بفصل تمهيدي، تناولنا في هذا الأخير ماهية السلطة التقديرية للإدارة، أما الفصل الأول، فتناولنا فيه حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، والذي خلصنا فيه إلى أن الرقابة القضائية التقليدية على السلطة التقديرية للإدارة، كانت شبيهة بالرقابة على السلطة المقيدة، فلم تنفذ إلى صميم الاختصاص التقديرية. أما الفصل الثاني فتطرقتنا فيه لتطور واتساع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، هذا التطور الذي شمل الرقابة على الملاءمة، بالإضافة إلى المشروعية التي لم تعد قادرة لوحدها على إيقاف والحد من السلطة التقديرية للإدارة، وقد كانت بداية هذا التطور بابتداع نظرية الغلط البين ونظرية التناسب ونظرية الموازنة.

كما خالصنا في خاتمة هذا البحث إلى أن وسائل الرقابة القضائية الحديثة لم تستطع في حقيقة الأمر أن تتدارك ولا أن تحد من اتساع السلطة التقديرية، كما أن القضاء الإداري الجزائري لازال بعيد كل البعد عن التطور الذي حققه القضاء الإداري المقارن، هذا بالإضافة إلى نتائج أخرى.

## Résumé

Le contrôle juridictionnel exercé sur l'action administrative, consiste en contrôle de la légalité et celui de l'opportunité, selon que l'administration disposait dans l'exercice de ces fonctions d'un pouvoir discrétionnaire, ou d'une compétence liée.

La compétence liée consiste en la prise des actes par l'administration, sans avoir la possibilité du choix, il s'agit de décider, conformément à ce qui a été prévu par les lois et règlements, au contraire, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, lorsque la réglementation lui accordé une marge de liberté d'action, et d'apprécier en fonction des circonstances.

Ce contrôle dit d'opportunité est apparu récemment concomitamment avec l'ampleur prise par les prérogatives de l'administration de l'état moderne, où le contrôle de légalité est devenu insuffisant, pour assurer la protection des droits individuels et des libertés publique.

En effectuant le contrôle d'opportunité, la jurisprudence administrative a inventé la théorie de l'erreur manifeste, et celle du contrôle de proportionnalité, et ainsi que la théorie du bilan coûts-avantages.

Le contrôle d'opportunité a été exercé au début, uniquement pour les actes administratives, d'une importance particulière à savoir : les mesures de police administrative, et régime disciplinaire, puis, ce contrôle a été élargi à l'ensemble des actes administratives.

En conclusions, il est à noter que la juridiction administrative algérienne est appelée à effectuer des réformes, notamment l'adoption d'un contrôle d'opportunité, similaire à celui de la juridiction administrative comparé, déjà vue précédemment