

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

Université Abou Bekr Belkaid  
Tlemcen Algérie



جامعة أبي بكر بلقايد

تلمسان الجزائر



كلية الحقوق و العلوم السياسية



## الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة -دراسة مقارنة-

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

تحت إشرافه:

أ.د. تشوار الجليلي

من إعداد الطالب :

خليفة محمد

### لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. دايم بلقاسم
مشرفا و مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. تشوار الجليلي
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	أ.د. قاسم العيد عبد القادر
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	أ.د. مكلل بوزيان

السنة الجامعية: 2016/2015

الدراسات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# شكر وتقدير و عرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين  
سيدنا محمد عليه أزكى الصلاة والتسليم. أما بعد

أحمد الله الكريم على جميع نعمه التي لا تعد ولا تحصى.

أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي المشرف أ. د تشوار جيلالي على  
صبره وتوجيهه ونصحه طيلة هذه السنوات، ولن لا يفي هذا الشكر بما  
قدمه. فأسأل الله له خير الجزاء.

كما أتقدم بشكري وتقديري لجميع أعضاء اللجنة الموقرة على قبولهم مناقشة  
هذا العمل .

كما أتقدم بالشكر لجميع الأساتذة بجامعة تلمسان والمركز الجامعي بالنعامة  
وجامعة أدرار.

والشكر موصول إلى كل من علمني حرفا وإلى كل من ساهم في هذا العمل  
وإلى كل طالب علم.

## قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر : الجريدة الرسمية

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية

ص : الصفحة

ط : طبعة

ق.و : قانون الولاية

ق.ب : قانون البلدية

ق.أ.و.ع : قانون الأساسي للوظيفة العمومية

م.ت : مرسوم تنفيذي

م.ر : مرسوم رئاسي

ثانياً: باللغة الأجنبية

A.C : Armand Colin

C.E : Conseil d'État.

é : édition

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

L.U.A : Libraire de l'Université d'Aix-en-Provence

Op.cit : Ouvrage Précédemment cité.

O.U.P: Oxford University press.

P : Page.

P.U.F : Presses Universitaires de France.

U.K.G.B: United Kingdom of Great Britain

# مقدمة

### مقدمة

إن ممارسة الإدارة لصلاحياتها وسلطاتها لها علاقة بتسيير وتنظيم مختلف شؤون الأفراد تحقيقاً للمصلحة العامة. فهذه الغاية كانت منذ نشأة الدولة في العصور الماضية، بالرغم من عدم وجود نصوص قانونية وتنظيمية تحدد مهام واختصاص السلطة الإدارية آنذاك، لأن مفهومها كان متعلق بوجود الدولة ووحدة السلطة التي تتولى تسيير أهم المسائل والأمور المتعلقة خصوصاً بالأمن والقضاء والدفاع عن الدولة.

وهذا يعود لطبيعة الدور الذي كانت تقوم به الدولة. لأنها كانت في السابق دولة حارسة فلا تهتم إلا بممارسة الوظائف التقليدية. ثم تطور دورها بحسب طبيعة الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية إلى دولة متدخلة تسعى إلى تنظيم الأفراد في مختلف المجالات، الأمر الذي أدى إلى وجود نظام قانوني أوجدته الثورة الفرنسية، باعتباره الأساس الذي تقوم عليه الدولة بالمفهوم القانوني.

إن تطور وظائف الدولة في مختلف النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ترتب عنه في المقابل اتساع في مهام وصلاحيات الإدارة. مما أدى ذلك إلى تمتعها بالعديد من امتيازات السلطة العامة، نتيجة لتزايد متطلبات الأفراد وحاجياتهم من جهة؛ والسهر على تنفيذ القوانين والحفاظ على النظام العام من جهة أخرى. الأمر الذي يقتضي ضرورة وجود

ضمانات قوية وحماية فعالة للحقوق والحريات العامة، من تعسف الإدارة في استعمال امتيازات السلطة العامة<sup>1</sup>.

إن تجاوز السلطة الإدارية في استعمال سلطاتها وامتيازاتها، أدى إلى البحث عن آليات ووسائل تهدف للحد من الانتهاكات التي كانت تمس بحقوق وحريات الأفراد. الأمر الذي أدى إلى تضحية البشرية في وضع أسس عادلة لممارسة السلطة، وهو ما نجم عنه ظهور مبدأ سيادة القانون الذي كان نتيجة نضال طويل وكفاح مرير مرت عليه الإنسانية. من أجل إثبات وجود الإرادة العامة لممارسة السلطة<sup>2</sup>.

ولقد عرف هذا المبدأ اهتماما كبيرا من طرف الفلاسفة وغيرهم ممن تأثروا بالديانة المسيحية والإسلامية على مر العصور، مجتهدين في البحث على الأسس السليمة لهذا المبدأ وأولوية القانون على غيره. من خلال البحث في ماهية القواعد القانونية التي تضمن تحقيق هذا المبدأ، والرقى إلى ما توصل له الفكر الإنساني بتجسيد دولة القانون<sup>3</sup>.

يتطلب النظام القانوني للدولة خضوع جميع سلطات الدولة للقانون، أي السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية، وهذا تطبيقا لمبدأ سيادة القانون الصادر عن إرادة الشعب

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص.10.

<sup>2</sup> أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة على أعمالها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1989، ص.03.

<sup>3</sup> صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2009-2010، ص.25.

فهو مصدر السيادة. فالعملية التشريعية تختلف بحسب طبيعة الأنظمة السياسية في الدولة ولكن تبقى السلطة التشريعية هي المكلفة بهذه العملية سواء بشكل مستقل أو بالتعاون مع السلطة التنفيذية. وعلى هذه الأخيرة السهر على تنفيذ القوانين واحترامها في جميع المجالات سواء تعلق الأمر بالأفراد أو بتسيير المرافق العامة.

إن خضوع الجهاز التنفيذي للجهاز التشريعي لا يقتضي بالضرورة خضوع الجهاز الإداري للهيئة التشريعية، وإنما يكفي أن تكون الوظيفة الإدارية تابعة للوظيفة التشريعية فالخضوع هنا هو خضوع وظيفي وليس عضوي. وعلى أساس ذلك فإن خضوع الجهة الإدارية للسلطة التشريعية لا يعني أن تكون الإدارة ملزمة قانوناً بما تتلقاه من أوامر المشرع بتنفيذ القوانين على وجه معين، فعلاقة العمل الإداري بالقانون لا ينبغي أن تكون علاقة مطابقة بل يكفي أن تكون علاقة موافقة<sup>1</sup>.

لقد كان للثورة الفرنسية دور هام في إرساء مبدأ سيادة القانون، إلا أن مسألة تطبيقه كان تقوم على خضوع السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية، فكان الخضوع عضوياً وليس وظيفياً، باعتبار السلطة التشريعية هي المعبرة عن الإرادة العامة للشعب، ممثلة في الجمعية التشريعية آنذاك. فكانت كل من السلطة الإدارية والقضائية ملزمة بالخضوع للقانون الذي

<sup>1</sup> عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة،

تصدره بشكل محدد ومقيد، فالإدارة في مثل هذا النظام لم تكن بحاجة إلى قاض يناقشها في شرعية أعمالها، حيث كان المشرع نفسه قاضي لمشروعية أعمال وقرارات الإدارة<sup>1</sup>. إلا أن مقتضيات ضرورة الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية، أدت إلى نوع من الاستقلالية لكل من السلطات الثلاث، حيث قامت السلطة الإدارية بممارسة مختلف أعمالها الإدارية بعيدا عن رقابة السلطة التشريعية، الأمر الذي دفع بها إلى التفكير في إنشاء هيئة تعمل على رقابتها، مما أدى إلى إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي كان يتمتع برقابة محدودة في أول الأمر<sup>2</sup>.

ولقد تم تشكيل مجلس الدولة محل مجلس كان يضم ست وزراء، لضمان تنفيذ القوانين، والفصل في نفس الوقت في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها لأن الإدارة في السابق لم تكن تخضع لأي رقابة قضائية، أو بالأحرى فإن الأعضاء المتكون منهم المجلس التنفيذي السابق كان بمثابة قاضي لمسئلة السلطة بين الاختصاص الإداري واختصاص المحاكم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص05.

<sup>2</sup> Cf. Charles DEBBACH, contentieux administratif, 3eme édition, Dalloz, Paris, 1981.p04.

<sup>3</sup> « Le conseil d'état qui remplacé par un conseil de six ministères charger de veiller à l'exécution des lois et en même temps de juger le contentieux de l'administration (ou plutôt par les membres eux-mêmes du directoire, que s'érigèrent en juge de la question d'autorité entre la juridiction administrative et la juridiction des tribunaux. » Cf. Jaques CHEVALIER, L'État de droit, 2é, Montchrestien, Paris, 1994, p29.

وفي السنة الثامنة لقيام الجمهورية الفرنسية الأولى تم إنشاء مجلس الدولة. وكانت وظيفته تنحصر في تقديم الشورى وإعداد مشروعات القوانين والأوامر والمراسيم ليعرضها على رئيس الدولة ويصدرها بعد ذلك. كما كان مجلس الدولة ينظر ويفحص الطعون والتظلمات التي يرفعها الأشخاص ضد الأعمال الإدارية غير المشروعة. وقد كانت سلطة مجلس الدولة في هذه المرحلة فنية استشارية، أما سلطة القضاء البات فكانت لرئيس الدولة. لذلك سمي هذا النظام بنظام القضاء المحجوز. وبعد صدور قانون 24 ماي 1872 نص على مبدأ اختصاص مجلس الدولة المفوض أي سلطة القضاء النهائي البات<sup>1</sup>.

بالرغم من الفترة السابقة التي مرت بها الدولة الفرنسية، إلا أنها فيما بعد قامت على قواعد أساسية متمثلة في تكريس الرقابة الإدارية من طرف مجلس الدولة، والذي كان له دور كبير في تجسيد مبدأ الفصل بين السلطات وخصوصا السلطة القضائية تطبيقا لما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن<sup>2</sup>.

ومهما تكن الأسباب التي أدت إلى إنشاء مجلس الدولة الفرنسي، إلا أنه منذ تكوينه كان له دور كبير في مجال الرقابة التي كان يمارسها على أعمال الإدارة، حيث كان يتطور

---

<sup>1</sup> عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء 1، د.م.ج، الجزائر، 1998، ص58.

<sup>2</sup> « Pour autant c'est dans période antérieure que fut établie l'une des bases essentielles du contrôle administratif sur lesquelles devait s'appuyer le conseil d'État postérieurement la séparation des autorités et judiciaires énoncée par la loi de 22 décembre 1789 puis par celle des 16-24 out 1790 qui elle-même directement issue de principe de la séparation des pouvoirs de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et de citoyen de 1789 ». Cf. Bernard ASSO et Frédéric MONERA, Contentieux administratif, 1é, Studyrana, PARIS, 2006, p27.

تدرجيا كلما سمحت له الظروف السياسية والتشريعية، ولقد كان تاريخه الطويل يمثل صراعا بين الإدارة، وما تريده من توسع في استعمال سلطتها التقديرية دون تقييد أو رقابة من طرف مجلس الدولة الذي حاول إيجاد توازن بين توفير النظام العام والحقوق والحريات العامة.

فلم تكن جميع القرارات الإدارية تخضع لرقابة مجلس الدولة الفرنسي بل كان التمييز بينها، حيث كانت هناك قرارات بجثة لا تخضع للرقابة القضائية لكونها تتمتع بحصانة إدارية. إلا تطور الدور القضائي والرقابي للمجلس كان سببا في إرساء الطعن بتجاوز السلطة، مما أدى إلى رقابة هذه القرارات. ثم ظهرت القرارات التقديرية التي لا تقبل الطعن إلا في العناصر الخارجية، إلا أنها لم تدم طويلا بسبب الدور الفعال الذي يقوم به مجلس الدولة، ومنها ظهرت فكرة السلطة التقديرية في القرار الإداري.

إن مبدأ المشروعية يمثل الدولة القانونية المعاصرة، فهو من أهم الضمانات الحاسمة للأفراد في مواجهة المخاطر التي تهدد حقوقهم وحررياتهم. وفي معناه العام هو سيادة حكم القانون، بمعنى أن تكون جميع سلطات الدولة خاضعة للقانون بما فيهم السلطة الإدارية ومهما كانت طبيعة هذه القواعد القانونية مكتوبة أو غير مكتوبة. والواقع أن قيام هذا المبدأ يقتضي خصوصا تنظيم وسائل تكفل احترام الإدارة له. كما أن الرقابة القضائية على أعمال

الإدارة هي الضمان الحقيقي لإعلاء سيادة مبدأ المشروعية في الواقع العملي، وتعد في ذات الوقت الجزاء الفعال على مخالفة هذا المبدأ أو الخروج عليه<sup>1</sup>.

إن الهدف من رقابة القضاء على أعمال الإدارة، هو الحد من تعسف هذه الأخيرة في استعمال سلطاتها والامتيازات التي أقرها القانون لها. ومن أهم هذه الامتيازات نجد أن الإدارة تمارس مختلف أعمالها الإدارية والقانونية بقدر من الحرية في التصرف وهو ما نسميه بالسلطة التقديرية وبالأخص عند قيامها بإصدار قراراتها. لأن الإدارة تمارس أهم سلطاتها وصلاحياتها بموجب قرارات إدارية على عكس العقود الإدارية التي تكون بناء على احتياجات الإدارة لمستلزمات أو تجهيزات أو إنشاء مرافق عمومية وحتى تسييرها إن تطلب الأمر ذلك. إلا أن القرار الإداري تتضح فيه ملامح السلطة التقديرية من خلال الإعلان عن إرادة السلطة الإدارية في إحداث أثر قانوني، سواء من خلال إنشاء مراكز قانونية أو تعديلها أو إلغائها.

فالسطة التقديرية مقررة قانوناً للإدارة وذلك للعديد من الأسباب والمبررات، سواء القانونية منها أو التنظيمية، لأنه لا يمكن للمشرع أن يقيد السلطة الإدارية في جميع الحالات نتيجة لعدم توقعه وتنبؤه بالصعوبات والظروف والأحوال التي قد تواجهها الإدارة في ممارسة صلاحياتها هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فهي تساهم في تسهيل ممارسة الإدارة لأعمالها

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 10.

وصلاحياتها المتعلقة بتسيير المرافق العمومية، لتحقيق المصلحة العامة والسهر في الحفاظ على النظام العام.

لا يمكن إعمال السلطة التقديرية إلا بالنسبة لبعض العناصر المكونة للقرار الإداري. ولا يمكن بأي حال أن تتسع هذه السلطة لتشمل جميع عناصر القرار الإداري، وعلى ذلك فقد ظهرت فكرة التمييز بين الاختصاص المقيّد والسلطة التقديرية في القرار الإداري، وقد ظهر بأن هاتين الفكرتين غير متعارضتين بل مهمما متكاملتان. لأنه لا يمكن أن يكون اختصاص السلطة الإدارية في مسألة معينة سوا كان مقيدا أو تقديريا بشكل مطلق<sup>1</sup>. فالسلطة التقديرية هي حرية الإدارة في ممارسة صلاحيتها في إطار القانون. فالسلطة التي تمارسها الإدارة سواء كانت مقيدة أو تقديرية؛ فما هي إلا وسيلة لتنفيذ القانون، لأن حرية التقدير مصدرها إرادة المشرع، فالغاية مشتركة إذن سواء كان الاختصاص مقيدا أو تقديري.

إن فكرة التقدير الإداري مرت بالعديد من المراحل، حيث أن مدى هذا التقدير لم يكن مصدره تشريعا بقدر ما كان قضائيا. فالأعمال التي كانت تمارسها الإدارة بحرية التقدير دون خضوعها إلى رقابة قضائية، ودون مساءلتها عن التزامها بحدود شرعية أعمالها، لم يكن هذا الأمر نتيجة لنصوص تشريعية، بل هو مرتبط بدور السلطة القضائية في فرض

<sup>1</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة ، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص14.

رقابتها على السلطة التقديرية للإدارة، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي لحماية حقوق وحرية الأفراد<sup>1</sup>.

إن اعتراف القضاء بعدم اختصاصه في مناقشة مشروعية السلطة التقديرية للإدارة، لم يكن بسبب نصوص تشريعية محددة، بل كان نتيجة لنظريات فقهية واجتهادات قضائية، تأثرت بالمفاهيم السياسية السائدة آنذاك، تهدف إلى تكريس دولة القانون والعمل على تحقيق المصلحة العامة والتوفيق بين النظام العام والحقوق والحرية العامة<sup>2</sup>.

السلطة التقديرية هي فكرة شرعية، لأن النظم القانونية هي مصدر تنظيمها ونطاقها، فهي تتحدد 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 من أجل إلزام الإدارة باحترام أوامر القانون تطبيقاً لمبدأ سيادة القانون وتكريساً لمبدأ المشروعية في ممارسة الأعمال الإدارية<sup>3</sup>.

تعتبر السلطة التقديرية للإدارة ضرورة حتمية بالنسبة للسلطة الإدارية لأنها تسهل للإدارة ممارسة صلاحياتها، وهي من أهم الأفكار التي يقوم عليها القانون الإداري، وفي

<sup>1</sup> محمد مطفي حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، ب.ط، مطبعة عاطف، القاهرة، 1974، ص 88.

<sup>2</sup> عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص 13-14.

<sup>3</sup> محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة، 1980، السنة 22، العدد 01، ص 108.

مختلف الدول حتى الدول التي تأخذ بالقضاء الموحد. لقد أدركت مختلف النظم القانونية أن تقييد حرية الإدارة بمختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المتعددة، يؤدي إلى عواقب وخيمة، تتمثل في شل حركة الإدارة، وكبت نشاطها، وقتل روح الابتكار وحب التجديد لدى موظفيها، وصم نشاطها بالروتين، مما يلحق الضرر بالمصلحة العامة<sup>1</sup>.

إلا أن الرقابة القضائية على ممارسة السلطة التقديرية من طرف الإدارة هي وسيلة شرعية وإلزامية من أجل حماية الحقوق والحريات العامة في مواجهة امتيازات السلطة العامة، لأن ممارسة الإدارة لسلطاتها التقديرية تتطلب من القاضي التأكد خصوصا من مدى صحة العناصر الموضوعية للقرار الإداري، وذلك بالرجوع إلى الأسباب الدافعة لإصداره وصحة تكييفها القانوني، وتناسبها مع الأثر الذي يربته من الناحية القانونية، والغاية التي يسعى إلى تحقيقها.

من خلال توضيحنا لضرورة ممارسة الإدارة للسلطة التقديرية، ومدى تطور رقابة القضاء الإداري على ممارستها، يتبين لنا الأهمية التي يحتلها هذا الموضوع من الناحية النظرية والعملية، باعتباره من المواضيع الهامة والأساسية في القانون الإداري بشكل عام، وفي القضاء الإداري بشكل خاص. فالإدارة تقوم بممارسة أعمالها الإدارية القانونية وخصوصا القرارات الإدارية بصفة دائمة، لأنها في علاقة مستمرة مع الأفراد، ونتيجة لطبيعة هذه العلاقة ودور الإدارة وما تتمتع به من سلطات وامتيازات، لا يمكن للمشرع أن يقيد اختصاصاتها. إلا أن

<sup>1</sup> أحمد حافظ عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، ، 1982، العدد 02، ص50.

ذلك لا يمنع من رقابة القاضي الإداري عليها كما كان عليه في السابق، نتيجة للتطور القضائي الإداري المقارن في هذه المسائل، وإثبات فعاليته من خلال ممارسة سلطته القضائية في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، على أساس مختلف مصادر التشريع وبالخصوص المبادئ العامة للقانون والاجتهادات القضائية، أي المفهوم الواسع والعام للتشريع. بعدما كان يمتنع عن رقابتها مستندا على المفهوم الضيق والمحدود للتشريع، مستندا على النصوص القانونية والتنظيمية.

إن الهدف من هذه الدراسة يشمل جانبيين من الناحية القانونية فيتمثل في توضيح الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية للإدارة وعلاقتها بمبدأ المشروعية الإدارية، حيث أن ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية يعد من بين امتيازات السلطة العامة التي منحها لها القانون، ولكن ممارستها تندرج ضمن تحقيق مبدأ المشروعية ولا تعتبر استثناءً أو قيوداً كما يسميها البعض، وليست من حدود تطبيق هذا المبدأ بل هي تخضع له في معناه الواسع لأن الغاية من القانون سواء في السلطة المقيدة أو التقديرية واحدة وهي تحقيق المصلحة العامة.

أما من الناحية القضائية، فتهدف هذه الدراسة إلى تحديد النظريات والوسائل القضائية الحديثة التي كانت سبباً في تطور القضاء الإداري في مجال الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة، بعدما كان القاضي يمتنع عن رقابتها باعتبارها استثناءً عن مبدأ المشروعية. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي كان له الدور الكبير في تقرير رقابته على السلطة التقديرية للإدارة نتيجة لتجاوز الإدارة وتعسفها في استعمال سلطتها التقديرية، مما أدى إلى العديد من

انتهاكات حقوق وحرريات الأفراد في مختلف المجالات، وادعاء الإدارة بتحقيق المصلحة العامة في تسيير المرافق العمومية، والسهر على النظام العام في مسائل الضبط الإداري.

ولقد أثبت مجلس الدولة الفرنسي دوره الأساسي في تعزيز الرقابة القضائية وتكريس مبدأ المشروعية الإدارية منذ نشأته، وتحوله من هيئة استشارية إلى هيئة قضائية، حيث تميزت فيها الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بالتدرج والتطور المستمر ضمانا لحماية الحقوق والحرريات العامة، خصوصا في مجال السلطة التقديرية للإدارة عن طريق الوسائل والنظريات القضائية الحديثة والتي تتماشى مع تطور واتساع مجال السلطة التقديرية للإدارة.

وبالنظر للأهمية النظرية والعملية، والأهداف التي يحققها موضوع الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة سواء من الناحية القانونية أو القضائية، فقد كانت السبب في قيامي بدراسة هذا الموضوع، بالرغم من بعض الصعوبات والمتمثلة خصوصا في قلة المراجع والدراسات المتخصصة خصوصا من الناحية القضائية، نتيجة لعدم وجود قرارات قضائية تتعلق بالقضاء الجزائري، إلا أن هذا الأمر لم يمنعنا من البحث فيه محاولا إبراز أهم الجوانب المتعلقة بالموضوع.

ولقد حاولنا في هذه الدراسة إلا أن الموضوع يثير العديد من التساؤلات المتعلقة بكيفية رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة نتيجة لعدم وجود نص قانوني يقضي به القاضي للفصل في النزاع المطروح عليه.

إذن فالإشكالية الرئيسية التي يثيرها هذا الموضوع تتمحور فيما يلي:

- فيما تتمثل الوسائل القضائية الحديثة لرقابة القاضي الإداري على أعمال السلطة

التقديرية للإدارة؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من الإشكاليات الثانوية المتمثلة فيما يلي:

- ما هو المدلول القانوني للسلطة التقديرية للإدارة؟ أين تكمن مظاهر السلطة التقديرية في

القرار الإداري؟ ما هي طبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على السلطة

التقديرية للإدارة؟ فيما تتمثل النظريات القضائية لرقابة السلطة التقديرية في القضاء المقارن؟

وللإجابة على هذه التساؤلات اتبعت المنهج الوصفي لما يتضمنه الموضوع من تعريفات

وتوضيحات للمفاهيم القانونية، والمنهج التحليلي من خلال مناقشة بعض الآراء الفقهية

والتعليق على القرارات القضائية، أما المنهج المقارن لتوضيح التباين بين مختلف القرارات

القضائية الصادرة بشأن هذا الموضوع، في كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري

وبعض الدول العربية.

وبغرض الإلمام بجميع جوانب الموضوع، والإجابة على مختلف التساؤلات التي تطرحها

الإشكالية، اعتمدنا تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين أساسيين كما يلي:

الباب الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة

الباب الثاني: دور القاضي الإداري في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة.

# الباب الأول

ماهية السلطة التقديرية  
للإدارة

## الباب الأول

## ماهية السلطة التقديرية للإدارة

تقوم الإدارة بممارسة مختلف الأعمال والنشاطات الإدارية وفقا لما ينص عليه القانون وهذا تطبيقا لمبدأ المشروعية الإدارية، لأن هذا الأخير يعتبر مسألة أساسية وجوهرية لقيام دولة القانون. إن خضوع الإدارة للقانون يمنحها عدة صلاحيات واختصاصات بهدف تحقيق المصلحة العامة لجميع الأفراد، والسهر على حفظ النظام العام داخل الدولة لتوفير الأمن والاستقرار.

ولكن أحيانا يتعذر على المشرع ضبط وتحديد مهام الإدارة بشكل دقيق ومسبق، فهو لا يمكنه التنبؤ بما سوف يقع من ظروف وأحداث في المستقبل. كما أنه لا يستطيع تقييد صلاحيات الإدارة بشكل محدد لأن ذلك يعيقها في اتخاذ قراراتها مما يؤثر سلبا على المصلحة العامة.

إن تحديد مفهوم السلطة التقديرية للإدارة كغيره من المسائل القانونية لم يتطرق إليه المشرع، بل اقتصر مجال تعريفه على الفقه، حيث تعددت تعريفات الفقهاء كلا حسب وجهة نظره، ولكنها تتركز في حرية الإدارة لاتخاذ القرار المناسب في الوقت الملائم لغرض

تحقيق المصلحة العامة والنظام العام. كما اختلفت الآراء الفقهية حول الأساس القانوني لفكرة السلطة التقديرية للإدارة، والتميز بين الفقه التقليدي والحديث.

لم تأت فكرة السلطة التقديرية من العدم، بل كانت لها أسبابها ومبرراتها الواقعية والعملية بالإضافة إلى أسبابها القانونية والفنية، التي تهدف إلى تحقيق فعالية وكفاءة الجهاز الإداري، وتحقيق السرعة في إنجاز الأعمال الإدارية، وتكييف النشاط الإداري مع مقتضيات العصر ومتطلبات الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

كما أن للسلطة التقديرية طبيعتها القانونية، سواء من حيث الخصائص والميزات التي تميزها عن غيرها من الأعمال والتصرفات الإدارية الأخرى. فهي تعتبر من بين الامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية، إلا أن هذا لا يعني عدم خضوعها للرقابة القضائية كما هو الحال بالنسبة لأعمال السيادة.

وهو ما سوف نتناوله بنوع من الشرح والتفصيل، مفهوم للسلطة التقديرية للإدارة (الفصل الأول)، مظاهر السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

## مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

إن الحديث عن السلطة التقديرية للإدارة يتطلب منا توضيح مضمون هذه الفكرة ومدى حدود هذه السلطة، إلا أن الاختلاف بين الماضي والحاضر لا يشمل فقط طبيعة السلطة التقديرية للإدارة، بل يتضمن في حد ذاته اختلاف مفهوم وتركيبية الإدارة سواء من حيث الجانب القانوني أو التنظيمي أو البشري.

إن تحديد المعنى القانوني للسلطة التقديرية للإدارة بشكل شامل، يستلزم منا التطرق للمفهوم العام لها من حيث التعريف القانوني والفقهى للسلطة التقديرية للإدارة، والتركيز على أساسها القانوني الذي تستند إليه، بالرغم من تعدد النظريات الفقهية حول مصدر السلطة التقديرية.

كما أن السلطة التقديرية للإدارة هي ضرورة حتمية فلا يمكن للمشرع أن يقيد جميع صلاحيات الإدارة من خلال النصوص القانونية، لأن دورها يتميز بالمرونة والحركية المستمرة من أجل تسيير المرافق العامة، وممارسة سلطات الضبط الإداري. ولذلك فلها أسبابها ومبرراتها القانونية والتنظيمية، وهي كغيرها من سلطات الدولة التي تمتع بالاختصاص التقديرية.

وعليه سنقوم بتحديد مضمون السلطة التقديرية للإدارة (المبحث الأول)، بالإضافة إلى الأساس القانوني (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مضمون السلطة التقديرية للإدارة

إن مضمون السلطة التقديرية للإدارة يشمل تحديد طبيعة هذه الفكرة من حيث تعريفها القانوني والفقهية، والأساس القانوني الذي تقوم عليه. غير أن مسألة تعريف السلطة التقديرية كغيرها من المسائل القانونية التي لم يتعرض لها المشرع الجزائري كغيره من التشريعات، ولكن تركزت على الآراء الفقهية المتعددة والمتشابهة أحيانا، والمختلفة أحيانا أخرى حسب اختلاف وجهات النظر. وكذلك الشأن بالنسبة لأساسها القانوني الذي تستند إليه، فقد اختلف الفقه في هذه المسألة.

وهو ما سوف نتناوله بنوع من التفصيل من خلال التطرق إلى تعريف السلطة التقديرية للإدارة (المطلب الأول)؛ وتتناول الآراء الفقهية التي عرفت السلطة التقديرية للإدارة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## تعريف السلطة التقديرية للإدارة

لم يتطرق المشرع بشكل صريح ومحدد لتعريف السلطة التقديرية للإدارة كغيره من التشريعات، وهو ما نجده في أغلب الدراسات والمسائل القانونية، لأن هذا الأمر من شأن الفقهاء القانونيين، فالمشرع لا يهتم بتعريف أي موضوع أو مسألة قانونية بشكل صريح وإنما بشكل ضمني، وذلك من حيث تحديده لفحوى هذا الموضوع.

بخلاف الفقه الذي يقوم بشرح مختلف العناصر والجزئيات المتعلقة بأي فكرة قانونية. فالفقه له دور كبير إذا أجمع الفقهاء على اتجاه معين حتى يتسنى للمشرع تغيير نظريته بخصوص فكرة معينة، كما أنه يساعد القاضي في المسائل التي لم يتطرق إليها المشرع من أجل تقرير اجتهاداته القضائية في تلك المسائل .

وعليه سنتناول كل من المضمون القانوني للسلطة التقديرية (الفرع الأول)، والتعريف

الفقهي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## المضمون القانوني للسلطة التقديرية للإدارة

فمن خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة<sup>1</sup>، نجد أن المشرع يترك للإدارة حرية التصرف وفقا لما تقدره من حيث اتخاذ القرار الملائم والذي يتناسب مع الظروف والأوضاع الراهنة وفي الوقت الذي تختاره، كما تقوم بتكييف السبب القانوني والحالة المادية التي دفعتها لإصدار القرار.

ولكن في مقابل ذلك يستلزم على الإدارة احترام الغاية التي تهدف إلى تحقيقها من خلال ممارسة مختلف الأعمال والنشاطات الإدارية، بعيدة عن مختلف البواعث والدوافع الشخصية أو السياسية أو العرقية أو الدينية التي يمارسها المسؤول الإداري باسم الإدارة .

<sup>1</sup> نجد على سبيل المثال من مظاهر السلطة التقديرية في التشريع الجزائري في مجال الوظيفة العمومية كالتعيين في الوظائف العليا. حيث تضمن قانون الوظيفة العمومية الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/07/15، ج.ر العدد 46، سنة 2006.. نص المادة 16: "يعود التعيين في الوظائف العليا إلى السلطة التقديرية للسلطة المؤهلة". كما أنه من صلاحياتها تقدير ضرورة المصلحة قد تقوم السلطة التعيين باستدعاء الموظف من عطلته وفقا لنص المادة 199. وبخصوص التأديب فالسلطة التي لها صلاحية التعيين تقدير العقوبة التأديبية من الدرجتين الأولى والثانية حسب طبيعة الخطأ والظروف المحيطة به وفقا لنص المادة 165 من نفس الأمر.

بمعنى أن تكون هذه الأعمال إدارية تتماشى وفقا لما تقتضيه وتتطلبه المصلحة العامة. كما أنها تقوم في ممارسة مختلف نشاطاتها الإدارية السهر على توفير النظام العام، سواء بمفهوم التقليدي أو الحديث. إذن فالسلطة التقديرية للإدارة هي وسيلة قانونية تهدف لتحقيق نفس الغاية المشتركة بينها وبين السلطة المقيدة.

## الفرع الثاني

### التعريف الفقهي للسلطة التقديرية للإدارة

لقد تعددت تعاريف الفقهاء حول مضمون السلطة التقديرية للإدارة، ولكل فقيه وجهة نظره ولكنها تشترك في معنى واحد وهو حرية الإدارة في التدخل سواء من حيث الوقت أو طبيعة الإجراء الذي تتخذه حسب ظروف الواقعة.

#### أولا-الفقه الفرنسي:

عرفها العميد Bonnard " سلطة الإدارة تكون تقديرية حينما يترك لها القانون بصدد علاقاتها مع الأفراد الحرية في أن تتدخل أو تمتنع و وقت هذا التدخل وكيفيته وكذلك

فحوى القرار الذي تتخذه. فالسلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله وما يصح تركه<sup>1</sup>.

أما الأستاذ دي سميث فيرى أن " السلطة التقديرية تعني اختيار بديلين أو أكثر أو بين سلسلة متعددة من الإجراءات المنظمة وبطبيعة الحال يكون المرجع المختص بممارسة السلطة رأي في كيفية ممارستها وتقترن هذه الممارسة عادة بالقيام بتنفيذ الواجبات المقررة قانوناً<sup>2</sup>." ويرى الفقيه Maurice Hauriou<sup>3</sup> إن الإدارة تقوم بممارسة صلاحياتها لتقديم خدمات للأفراد، وفقاً لما ينص عليه القانون. ولكن أحياناً يترك لها مجالاً من الحرية في اختيار القرار والوقت الملائم لاتخاذها.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، عين شمس، بيروت، الطبعة السادسة، 1991، ص.46.

<sup>2</sup> عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص.76.

<sup>3</sup> "L'administration, dans l'exécution quotidienne des services et pour les mesures qu'elle prend vis-à-vis des particuliers, est soumise à la loi et d'une façon plus générale et des règles juridiques. Mais elle y est soumise avec une certaine marge de liberté qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire et correspond assez sensiblement à la zone de l'opportunité." Cf Maurice HAURIUO, Précis de droit administratif et de droit public, 12<sup>e</sup>, Dalloz, Paris, 2002, p221.

أما الأستاذ André de LAUBADERE<sup>1</sup> فيرى أن "الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية إذا كان لها حرية اتخاذ القرار الإداري حينما تكون بمواجهة ظروف واقعية معينة واختيار القرار المناسب من بين عدة قرارات إذا لم يفرض القانون المسلك الواجب إتباعه مسبقاً".

وقد عرفها الأستاذ Martine Lombard<sup>2</sup> "إن السلطة التقديرية للإدارة تتحقق عندما تكون للإدارة حرية اختيار قرار من بين عدة قرارات مشروعة على أن يتناسب هذا الأخير مع الظروف القائمة."

أما الفقيه Walline يعتبر أن مجال الاختصاص التقديرى للإدارة "انه 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

<sup>1</sup> « le pouvoir discrétionnaire lorsque, en présence de circonstances de fait données l'autorité administrative est libre de prendre telle au telle décision, à le chois entre des décisions. » Cf. André de LAUBADERE et Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, tome 1, L.G.D.J, Paris, 1999, p.690.

<sup>2</sup> « Une autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle à la faculté de choisir entre plusieurs décisions, qui sont toutes conformes à la légalité. Elle reste donc libre d'apprécier en opportunité, en fonction des circonstances, la solution qui lui parait la mieux adaptée à la situation. » Cf. Martine LOMBARD, Droit administratif, 5<sup>é</sup>, Dalloz, Paris, p.65.

في صورة بعينها، أو اتخاذه في وقت معين. فهي ملزمة بما هو شرعي ولكنها حرة فيما هو صالح<sup>1</sup>.

### ثانياً-الفقه المصري

إن الفقيه سليمان محمد الطماوي يؤيد رأي العميد Bonnard، والذي يتفق إلى حد كبير مع قرارات مجلس الدولة الفرنسي. إن القرار المبني على سلطة تقديرية يقوم على أساسين، حيث يتضمن الأساس الأول عدم وجود قرار تقديري بشكل كلي والتي كانت تسمى سابقاً بطائفة الأعمال التقديرية فلم يبقى هذا النوع من القرارات سوى أعمال السيادة. أما الأساس الثاني فإن التقدير أو التقييد في القرارات الإدارية، يرد على عنصر بعينه من العناصر التي يتكون منها القرار الإداري<sup>2</sup>.

ويرى الأستاذ عبد الغني بسيوني عبد الله: " أن السلطة التقديرية للإدارة تكون عندما يترك لها المشرع حرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها من عدمه، أو حينما تملك حق اختيار

<sup>1</sup> Cf. Marcel WALINE, précis de droit administratif, tome 2, Montchrestien, Paris, 1970, p.172.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.50.

التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف إذا قررت التدخل، وكذلك عندما يكون في مقدورها تحديد الوقت المناسب للتدخل<sup>1</sup>.

أما الأستاذ طعيمة الجرف فيعتبر أن السلطة التقديرية: "هي سلطة التصرف الحر الذي تتمتع به الهيئات العامة في شأن ما تصدره من قرارات، بحيث لها قدرة الاختيار بين أن تتدخل أو تمتنع عن التدخل. وإذا قدرت ملاءمة التدخل فإنه يكون لها قدرة الاختيار الحر في شأن تحديد وقت التدخل، والطريقة التي تتدخل بها من حيث اختيار القرار المناسب في إطار المصلحة العامة<sup>2</sup>

ويعرفها الأستاذ محمد كامل ليلة بأنها "ترك المشرع قسطاً من الحرية في مباشرة نشاطها فلا يفرض عليها سلوكاً معيناً تلتزمه في تصرفها ولا تحيد عنه، وعلى ذلك فإن الإدارة في هذا المجال المتروك لها تكون حرة اتخاذ قرار أو للتصرف في الامتناع عن اتخاذه أو في اختيار الوقت الذي تراه مناسباً<sup>3</sup>".

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص.38. يصطلح على السلطة التقديرية بالسلطة الاستثنائية .

<sup>2</sup> طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ط1، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963، ص.128.

<sup>3</sup> محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968، ص.70.

ويرى الأستاذ محمد رفعت عبد الوهاب، فيعرف السلطة التقديرية أو كما يسميها بالسلطة الاستثنائية " بأنها تلك السلطة التي تتمتع بها الإدارة بناء على ما يسمح لها القانون من حرية في تقدير الظروف الواقعية واتخاذ القرار الذي تراه ملائماً لهذه الظروف"<sup>1</sup>.

أما الأستاذ سامي جمال الدين فيرى أن السلطة التقديرية هي تلك السلطة المتصلة بالصياغة المرنة للقواعد القانونية التي يسنها المشرع، بحيث تسمح للإدارة بقسط من حرية التصرف عندما تمارس اختصاصاتها القانونية، ويكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عنه، أو اتخاذه على نحو معين. أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف، أو السبب الملائم له أو في تحديد محله<sup>2</sup>.

في حين يرى الأستاذ إبراهيم عبد العزيز شيخا، فيعرف السلطة التقديرية كما يلي: " هي حرية الإدارة في اتخاذ التصرف أو الامتناع عنه واختيار الوقت الذي تراه مناسباً للتصرف عندما لا يفرض عليها القانون إتباع سلوك معين إبان ظروف معينة، ومادام

<sup>1</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص.197.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.215.

القانون لم يلزمها بالتصرف على نحو معين فيكون للإدارة حال إصدارها للتصرف أن تزن وحدها ملائمة قراراتها للظروف والملايسات<sup>1</sup>.

كما أن الأستاذ نواف كنعان " أن السلطة التقديرية هي منح الإدارة حرية أكثر في الاختيار عند القيام بمهامها وممارسة اختصاصاتها، وتعني مرونة أكثر في الحركة وفسح المجال أمام الإدارة لتقدير متطلبات الظروف التي تعرض عليها، وبالتالي اختيار نوع التصرف الملائم لكل ظرف على حدة حتى يأتي هذا التصرف محققاً للأهداف والغايات المناسبة للحاجة الداعية إليها. فالمرشع لا يستطيع مهما حاول أن يحيط بظروف الوظيفة الإدارية ويضع لكل حالة حكمها، ويقدم حلاً لكل مشكلة ويحدد متطلبات مواجهة مواقف معينة، ولذلك تشمل الإدارة بثقته، وحوّلها من الصلاحيات الخاصة ما يساعدها على فهم وظائفها من جانب؛ وعلى تأديتها بصورة تحقق غاياتها من جانب آخر<sup>2</sup>.

وهناك من يرى أن للسلطة التقديرية للإدارة مفهومين، أولهما ضيق والآخر واسع، حيث يقوم المفهوم الضيق للسلطة التقديرية، على أن القانون حول للإدارة حرية التدخل أو تمتنع عنه، من حيث الوقت وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه، عندما تمارس اختصاصاتها.

<sup>1</sup> إبراهيم عبد العزيز شبحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص.145.

<sup>2</sup> نواف كنعان، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص.37-38.

فالسلطة التقديرية تنحصر في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة، لتحديد ما يصح عمله وتركه. أما المفهوم الواسع للسلطة التقديرية للإدارة يقتضي أن تتمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهي تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية<sup>1</sup>.

أما المستشار حمدي ياسين عكاشة، فيرى أن السلطة التقديرية للإدارة "تكون حينما يترك المشرع للإدارة قدرا من الحرية في التصرف، تستعمله وفقا للظروف دون معقب عليها. ويكون لها الترخيص في استعمال سلطتها، بحيث تكون لها الكلمة الأخيرة دون منازع<sup>2</sup>."

في رأينا أن السلطة التقديرية للإدارة، هي تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في اختيار موضوع القرار، والوقت الذي تقوم به بإصدار القرار، بناء على الأسباب والظروف التي تواجهها الإدارة. إذن فممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية تكون على أساس الحرية التي تتمتع بها الإدارة من خلال العناصر الموضوعية للقرار، ولكن يجب أن يتماشى مع متطلبات المصلحة العامة ومقتضيات النظام العام.

<sup>1</sup> محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص.57.

<sup>2</sup> حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2001، ص.1348.

## المطلب الثاني

## أساس فكرة السلطة التقديرية للإدارة

إن عملية البحث هنا عن أساس وجود السلطة التقديرية للإدارة يكون من خلال التنظيم القانوني الذي يحكم نشاطها، غير أنه مهما كانت طبيعة القواعد التي تنظمه فإنه لا يستحيل تقييد النشاط الإداري، لأنه لا يتصور أن يقوم المشرع بوضع مقاييس دقيقة ومعايير منطقية للتطرق لكل المسائل هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى إن الصالح العام كثيرا ما يتطلب ترك قدرا من الحرية للإدارة، حتى تتمكن من اتخاذ التصرف الملائم الذي يتماشى مع طبيعة الظروف والوقائع.

إن البحث عن إرادة المشرع من وراء التنظيم القانوني الذي يحكم نشاط الإدارة، ذهب البعض من الفقه إلى تفسير أساس وجود السلطة التقديرية للإدارة من خلال فكرة قانونية تتعلق بالحقوق الشخصية (الفرع الأول)، أما البعض الآخر فيرى أن أساس السلطة التقديرية يكمن في الطبيعة الذاتية للمشروع (الفرع الثاني)، كما ذهب البعض الآخر في تفسير أساس السلطة التقديرية للإدارة إلى نظرية التدرج (الفرع الثالث)، فكرة المرفق العام (الفرع الرابع).

## الفرع الأول

## فكرة الحقوق الشخصية

تعتبر فكرة الحقوق الشخصية من أهم الأفكار التي سايرت تطور مسألة قبول الدعوى العادية بالإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي، ثم تطورت فيما بعد وأصبحت مجرد شرط لقبول دعوى تجاوز السلطة، لأن هذا الأخير أصبح يقبل دعاوى تجاوز السلطة أيا كان نوع النزاع حتى ولو تعلق الأمر بالحقوق الشخصية التي لم تكن ترقى إلى مرتبة الحقوق.

وهناك من يرى أن الإدارة تتمتع باختصاص تقديري في الحالات التي لا تواجه فيها حقا شخصيا، 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>.

يرى جانب من الفقه القانوني<sup>2</sup> أن نظرية الحقوق الشخصية تعتبر الأساس القانوني التي تقوم عليه السلطة التقديرية للإدارة في ممارسة نشاطها، كما أن تطور شروط قبول دعوى الإلغاء، كان له أثر بالغ في تطور الآراء الفقهية حول فكرة الحقوق الشخصية. ومن أهم

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 46.

<sup>2</sup> محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص. 123.

هذه الآراء، رأي الفقيه بارتلمي، ورأي الفقيه بونار، الذين أسسوا سبب وجود السلطة التقديرية يقوم على فكرة الحقوق الشخصية.

### أولا- الفقيه بارتلمي: (Barthélmey)<sup>1</sup>

في إطار البحث عن أساس وجود السلطة التقديرية وأساس الاختصاص المقيد، ميز الفقيه بارتلمي بين المصالح البسيطة والحقوق الشخصية. ولقد عرف المصلحة هنا بأنها "تلك المنافع أو المزايا التي يتمتع بها الفرد وليس لها من حماية قضائية"؛ أما الحقوق الشخصية فهي تلك المنافع والمزايا التي يمكن ضمان احترامها بوسيلة قانونية". إذن تتمثل هذه الوسيلة القانونية في الدعوى القضائية التي تميز الحقوق الشخصية عن المصالح، لأنها ممثلة لسultan الإدارة للفرد على مصلحته، ويكمن الاختلاف الجوهرى هنا بين الحق الشخصى والمصلحة في وجود الدعوى القضائية باعتبار أن هذه المصالح لا تحوز على حماية قضائية، وهو ما يؤدي إلى الاعتراف للإدارة بتمتعها بكامل الحرية في المجالات التي لا يستطيع الأفراد أن يخاصموها فيه. وعلى العكس من ذلك تعتبر الحقوق الشخصية والدعوى التي تحميها الأساس الذي يفسر الاختصاص المقيد.

<sup>1</sup> مصطفى مخاشف، مذكرة ماجستير، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص. 22

رأي الفقيه بونار: (Bonnard)<sup>1</sup> أن نظرية الحقوق الشخصية لها علاقة بالاختصاص المقيد، وبمفهوم المخالفة فإن السلطة التقديرية تتحقق في حالة غياب هذه الحقوق، ويتم الدفاع عن هذه الحقوق بوسيلة الدعوى القضائية. وبمعنى آخر أن هذه الحماية هي التي تمكنه من رفع دعوى قضائية ضد الإدارة، باعتباره صاحب حق، وهذه الحقوق تسمى الحقوق الشخصية العامة.

وفي هذا الصدد فإن الحقوق الشخصية العامة ليست في حقيقتها سوى طائفة من الحقوق الشخصية. أما الطائفة الثانية فهي الحقوق الشخصية الخاصة، وهي تلك التي يواجهها الأفراد في علاقاتهم القانونية فيما بينهم. في حين أن الحقوق الشخصية العامة، هي طائفة من الحقوق الشخصية التي يواجهها الأفراد في علاقاتهم القانونية مع الدولة باعتبارها دائنة أو مدينة.

ويعيب على هذا الرأي صعوبة تحديد الحقوق الشخصية العامة، كما أن نشاط الإدارة لا بد وأن يمس تلك الحقوق بطريق مباشر أو غير مباشر. ومع ذلك فإن التوجيه العام المستمد

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. 37.

من الرأي السابق كان له أثر كبير على القضاء فيما يتعلق بتحديد نطاق السلطة التقديرية للإدارة كما سنرى فيما بعد<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### فكرة المشروع كأساس للسلطة التقديرية

إذا كانت نظرية الحقوق الشخصية لا تستطيع أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية، فإن هناك نظرية أخرى في هذا المجال نالت الكثير من الاهتمام، وهذه النظرية تقوم على فكرة أساسية حيث يتم من خلالها تشبيه النشاط الإداري بالنشاط الفردي، فالإدارة بمختلف أجهزتها هي عبارة عن مشروع، وأن طبيعة هذا الأخير هي التي تفسر ما تتمتع به الإدارة من سلطة التقدير الحر تماما، كما يتمتع بهذا القسط من حرية التصرف رئيس المشروع الفردي، بحيث أن لهذا الأخير كافة السلطات لتسيير مشروعه<sup>2</sup>.

حاول أصحاب هذه النظرية إيجاد أساسا للسلطة التقديرية، وذلك بعد أن وجدوا أن نظرية الحقوق الشخصية لا تستطيع أن تفسر بشكل كامل أساس السلطة التقديرية المعترف بها للإدارة.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 47.

<sup>2</sup> محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص. 124.

في إطار تقدير هذه النظرية يوجه جانب من الفقه<sup>1</sup> أهم انتقاد في الصميم، بقوله: إن أول ما يستدعي الانتباه، هو أن النظرية تشبه المشاريع الخاصة بالإدارة العامة. وهذا ما لم يمكن التسليم به، ذلك أن المشروع الفردي في مجال القانون الخاص، لا يستهدف أساسا إشباع المصلحة العامة، وإنما يستهدف بالدرجة الأولى إشباع مصلحة مدير المشروع الخاصة، في حين أن الإدارة ليس لها إلا إشباع المصلحة العامة.

### الفرع الثالث

#### نظرية تدرج القواعد القانونية

ترجع هذه الفكرة إلى الفقيه النمساوي<sup>2</sup> kelsen أن فكرة تدرج القواعد القانونية في مراتب مختلفة حيث تكون كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تنفيذا للقاعدة الأعلى منها مرتبة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تكون منشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة. فحينما يتولى رجل الإدارة تنفيذ القاعدة القانونية، فإن اختصاصه يكون مقيدا، إذا وقف بقراره عند حدود التنفيذ الحرفي للقاعدة القانونية. في حين يكون اختصاصه تقديرا إذا أضاف في قراره بعض العناصر غير الموجودة القانونية التي استمد منها هذا الاختصاص.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 36.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، نفس المرجع، ص. 39.

غير أن ما يعاب على هذه النظرية هو أنها ضيقت من نطاق السلطة التقديرية في إطار التخصيص ووضع العناصر الجديدة. في حين أنها قد تتحقق كذلك في حالة الاختبار بين قراراتين أو أكثر، أو الامتناع عن اتخاذ القرار. وفي هذه الحالات جميعها، لا توجد أية إضافات لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى. ومن ناحية أخرى، فإن نظرية التدرج تشير إلى وجود السلطة التقديرية وتؤكددها، لكن دون أن تبين أساس وجودها أو منحها أو تقريرها<sup>1</sup>.

## الفرع الرابع

### مبادئ المرفق العام

يرى بعض من الفقه المصري<sup>2</sup> أن أساس فكرة السلطة التقديرية للإدارة يقوم على أساس مبادئ المرفق العام، نتيجة لتطور واتساع دور الإدارة وتدخّلها في مختلف المجالات، فالغرض منه هو تسيير المرافق العامة لتحقيق المصلحة العامة. إلا أن سير المرفق يتطلب توسيع

<sup>1</sup> مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص. 31.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، ومصطفى أبو زيد فهمي، محمود عاطف البنا، اعتبروا كذلك أن الضبط الإداري هو من قبيل النشاط المرفقي وأن النظام العام صورة من صور المصلحة العامة، لأنه يهدف إلى إشباع حاجيات اجتماعية تتصل بالنظام العام. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص 39-40.

سلطات وصلاحيات الإدارة، وترك الحرية لها في تقدير المسائل المتعلقة بالتنظيم والتسيير من أجل الصالح العام .

ومن أهم المبادئ التي يقوم عليها المرفق العام هو مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير وهو ما يترتب عنه تحقيق الملاءمة بين نشاط المرفق العام وقواعد إدارته مع الظروف المتطورة والمتغيرة حتى يمكن أن يواكب هذا المرفق الحاجات المستجدة لتحقيق المصلحة العامة.

ولقد قضت محكمة القضاء الإداري<sup>1</sup> في مصر على أن مبدأ المشروعية الإدارية يقوم على قواعد تلتزم الإدارة باحترامها ومراعاتها في نشاطها وتصرفاتها فهذه القواعد قد تملي قيوداً على حريات الأفراد نتيجة لما تتمتع به الإدارة من حرية في تقدير الظروف المحيطة بحسن إدارة المرفق العام.

وفي رأينا نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ سامي جمال الدين من ناحية اعتباره أن مبادئ المرفق العام هي أساس السلطة التقديرية للإدارة، لأن هذه السلطة مُنحت للإدارة بغرض تنظيم وتسيير المرافق العامة لتحقيق المصلحة العامة؛ ومن ناحية أخرى نرى أن مصدر فكرة

<sup>1</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1969/02/25. مقتبس عن سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص.43.

السلطة التقديرية للإدارة مرتبطة بمراعاة الظروف والأوضاع التي تحيط بسير النشاط الإداري خصوصا الضبط الإداري لأنه لا يمكن تقييد سلطة الإدارة بشكل كلي في المسائل المتعلقة بحفظ النظام العام.

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية للإدارة

تتميز السلطة التقديرية للإدارة عن غيرها من الأعمال الإدارية، حيث أنها تعتبر من امتيازات السلطة الإدارية، كما أن لها مبرراتها وأسبابها الفنية والقانونية والتي تجعل منها ضرورة حتمية لا غنى عنها وبموجبها تتمكن الإدارة من القيام بمهامها وأعمالها ونشاطاتها الإدارية وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة والنظام العام داخل الدولة.

والسلطة الإدارية كغيرها من السلطات العامة في الدولة تتمتع بقدر من الحرية في ممارسة أعمالها الإدارية، لكنها تختلف من حيث المدى وطبيعة هذه الحرية، أي السلطة التقديرية كما أنها تختلف عن باقي الأعمال الإدارية التي تقوم بها الإدارة.

وعليه، سنحاول توضيح مبررات السلطة التقديرية للإدارة (المطلب الأول).

وخصائص السلطة التقديرية للإدارة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## مبررات السلطة التقديرية للإدارة

إن أسباب السلطة التقديرية للإدارة متعددة ومختلفة وذلك لعدة اعتبارات، فالمشرع عندما يترك حرية التصرف للإدارة وفقا للظروف التي يراها ملائمة لاتخاذ القرار المناسب فهو يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة لتحقيق المصلحة العامة.

يمكن تقسيم أسباب ومبررات السلطة التقديرية للإدارة إلى مبررات قانونية (الفرع الأول) وأخرى مبررات تنظيمية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## المبررات القانونية

إن الحديث عن المبررات القانونية، تفرضه إرادة المشرع حسب طبيعة النص القانوني، حيث أنه من الصعب أن يحيط بمختلف الظروف المحيطة بأي تصرف مستقبلي تريد الإدارة القيام به. فالسلطة التقديرية هي ضرورة لازمة لتكملة النقص والفراغ الذي يوجد في مجموع النظام القانوني، فمن المستحيل على كل من المشرع والقاضي التوقع المسبق لكل الحلول ولكل أمور الحياة المتغيرة. وعلى ذلك تساعد السلطة التقديرية للإدارة على تفسير

هذه القواعد وتكاملتها بما تقتضيه الحياة، آخذة بعين الاعتبار الظروف الخاصة بكل حالة فردية على حدة<sup>1</sup>.

إذن مسألة السلطة التقديرية من الناحية القانونية هي مسألة حتمية لأنها ترتبط بالوظيفة الإدارية، ويؤكد هذا عجز المشرع عن تنظيم جزئيات وتفصيلات الأعمال الإدارية. فالمشرع عند وضعه للقواعد العامة المجردة لا يستطيع أن يتنبأ ويحيط بجميع ملابسات وظروف الوظيفة الإدارية، ولذلك بأنه يستلزم أن يترك للإدارة سلطة الملائمة في انجاز مختلف أعمالها ونشاطاتها الإدارية<sup>2</sup>.

إن الإدارة لها القدرة على مواجهة الأمور اليومية، وحل المشكلات الإدارية التي تعترض طريق العمل الإداري، وتشكل خطراً على النظام العام. ولذلك فإنه لا يمكن للمشرع أن يضع مقاييس دقيقة ومعايير محددة تقيد عمل الإدارة، لأن الصالح العام كثيراً ما يتطلب ترك قدر من الحرية وفقاً لما تقتضيه طبيعة الظروف والوقائع المستقبلية التي لا يمكن تحديدها والتنبؤ بها.

<sup>1</sup> رأفت فود، مصادر المشروعية ومنحياها، دار النهضة العربية، بيروت، 1994، ص.233.

<sup>2</sup> محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص.76.

إن من أهم ما جاء به الفقه الفرنسي<sup>1</sup> ، أن السلطة التقديرية للإدارة لها مبرر عملي من حيث ضرورتها في جميع المؤسسات الإدارية وفي شتى المجالات والميادين، لأنه من غير الممكن على المشرع أن يتنبأ برؤية مستقبلية يتم من خلالها تحديد مختلف العناصر والظروف المحيطة باتخاذ القرار.

إن استقلال الإدارة بشيء من الحرية في التصرف ليس أمر محتكر على الإدارة فقط بل جميع السلطات العامة في الدولة تتمتع بقدر من الحرية في التصرف، ولكن يختلف مجال استعمالها بحسب الأحوال، وعليه فإن السلطة التقديرية للإدارة هي التزام بمبدأ المشروعية، غير أن هذا الالتزام يتصف بالمرونة طبقاً لاحتياجات العمل الإداري ومتطلباته وظروف الحال، وذلك كله في حدود القواعد القانونية العامة التي تسمح بالمرونة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> « La justification du pouvoir discrétionnaire dans toute organisation administrative il est nécessaire qu'une part-plus ou moins grande selon les domaines –de pouvoir discrétionnaire soit laissée aux autorités administratives.

Cette nécessité procède de ce qu'il est impossible tant au législateur qu'au juge d'avoir une vue exacte des éléments concrets qui , au moins en partie et en certains cas, conditionnent l'opportunité des décisions administratives . La justification du pouvoir discrétionnaire est donc essentiellement une justification pratique. » Cf. André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, op.cit, p.693.

<sup>2</sup> عمر محمد الشوبكي، المرجع السابق، ص.69.

ويمكن استخلاص هذه المبررات من أحكام القضاء الإداري المصري<sup>1</sup>، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في حكم مميز لها في هذا المجال بقولها:

" إن مبدأ المشروعية الإدارية يقوم على وجود قواعد تلتزم جهة الإدارة باحترامها ومراعاتها في نشاطها وتصرفاتها، وهذه القواعد تفرض على الإدارة قيود على الأفراد، ومع ذلك فإن حماية الحريات العامة ينبغي أن لا تتعارض مع حاجة الإدارة إلى قسط من الحرية تكفل لها حسن إدارة المرافق العامة. وإذا كان من الضروري الحيلولة دون استبداد الإدارة بشأن حريات الأفراد فلا بد من أن لا يكون دورها يتميز بطابع الآلية والجمود، وأن نجنبها ما استطعنا طريق الروتين الإداري العقيم، وعلينا خلق روح الإبداع والابتكار لدى الموظفين من أجل كفاءة وفعالية السلطة الإدارية.

وخلق نوع من التوازن بين ضرورة التقيد بمبدأ المشروعية ضمانا لحماية حقوق وحرريات الأفراد من جهة، وبين ضرورة تخليص الإدارة من طابعها الروتيني لحسن سير الإدارة من جهة أخرى. فجاءت الموازنة المنشودة بمنح جهات الإدارة قسطا متفاوتا من الحرية في صورة امتيازات متنوعة وفي مقدمتها السلطة التقديرية، وتحررها من مجرد تنفيذ القوانين واللوائح مراعاة لحسن مقتضيات العمل وما تتطلبه الحياة الإدارية من ضرورات.

<sup>1</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 25 / 02 / 1969. مقتبس عن نواف كنعان، المرجع السابق، ص.39.

فالسطة التقديرية إذن لازمة لحسن سير الإدارة مثل لزوم السطة المحدودة لحماية الأفراد وحررياتهم."

## الفرع الثاني

### المبررات التنظيمية

إن اعتراف المشرع بالسطة التقديرية للإدارة، له عدة أسباب من الناحية الواقعية والعملية والفنية. بالرغم من خطورة السطة التقديرية على حقوق وحرريات الأفراد عند تجاوز الإدارة حدود هذه السطة. إلا أنه يستلزم على المشرع عدم تقييد الإدارة وأن تتمتع بحرية تقدير الظروف الملائمة، والوقت المناسب لإصدار قراراتها، وذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة. لأن الإدارة هي الأقدر على مواجهة الأمور اليومية، وحل المشكلات الإدارية التي تعترض طريق عمل الإدارة، أو تمثل خطراً على النظام العام<sup>1</sup>.

كما أن من مبادئ علم الإدارة العامة أن حسن قيام الإدارة بوظيفتها، يتطلب عليها قدراً من الحرية في ممارسة اختصاصاتها وتطبيق القانون، بما يتفق والواقع الذي تحتك به، إذ أن القانون مهما بلغ شموله وزادت دقته لا يقوى على الإحاطة بكل شيء وكل الجزئيات،

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص. 554.

لأن التقييد يعني جمود الإدارة، وعدم أدائها لمهامها، مما يعيق سير العمل الإداري ويؤثر سلباً على تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>.

ومن غير الممكن أن تمارس الإدارة صلاحيتها بشكل آلي لأوامر المشرع، فالإدارة بحكم تنظيمها وتشعب هياكلها وتعدد اختصاصاتها لا يمكن تقييدها، لأن ذلك يؤدي إلى قتل روح الابتكار والمبادرة وخلق المشاكل والتعقيدات، التي تحول دون تحقيق المصلحة العامة للأفراد. لأن الإدارة هي ذراع الدولة في البناء والتعمير، وإنشاء المرافق العامة وحماية الأمن الداخلي والخارجي، فهي لا تستطيع القيام بتلك المسؤوليات، دون أن يترك لها المشرع حق اختيار الوسائل التي تراها ملائمة، لتحقيق المصالح والأهداف العامة<sup>2</sup>.

تعتبر السلطة التقديرية الوسيلة الناجحة والفعالة التي تساعد الإدارة في القيام بالتزاماتها، ومواجهة الاحتياجات العامة للأفراد، وتحقيق أهدافها على وجه سليم، بصورة تكفل المحافظة على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد<sup>3</sup>.

إن السلطة التقديرية للإدارة هي ضرورة عملية وقانونية بالنسبة للإدارة. فمن الناحية العلمية تسمح السلطة التقديرية للإدارة بملائمة تصرفاتها والحاجات العامة والتغيرات

<sup>1</sup> ماجد راغب الحلوة، القانون الإداري، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 611.

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 205.

<sup>3</sup> عمر محمد الشوبكي، المرجع السابق، ص. 71.

الاجتماعية وبتطبيق القواعد العامة المجردة على الواقع المتغير للحياة اليومية، وغياب هذه السلطة التقديرية قد يؤدي إلى تعويض النظام السياسي كله للخطر، لأن حصر دور الإدارة في مجرد المنفذ سيحدث كسرا في الرابطة التي تصل الحكام والمحكومين<sup>1</sup>.

إن التطورات الاجتماعية والاقتصادية أدت إلى حدوث تغييرات في دور الإدارة والسلطات المخولة لها، من حيث أساليب ممارسة الوظيفة الإدارية، لغرض التسيير والتنظيم الإداري وتحقيق الصالح العام. ومن هنا يأتي دور السلطة التقديرية وضرورتها، فهي لازمة لحسن سير العملية الإدارية بالموازاة أو بالمقابل نجد لأن السلطة المقيدة لازمة لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم. وعلى هذا الأساس فإن الإدارة العامة لا تستطيع أن تلزم نفسها بعدم ممارسة السلطة التقديرية، لأنها إن فعلت ذلك فسوف تجرد نفسها من القدرة على الوفاء بالأهداف التي وجدت من أجلها<sup>2</sup>.

تعتبر السلطة التقديرية مسألة حتمية لا بد من التسليم بها، لأنها ترتبط بطبيعة الوظيفة الإدارية وهي سلطة مقابلة لمسؤولية الإدارة في تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد لخدمة الأفراد وتحقيق النفع العام لهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نواف كنعان، المرجع السابق، ص.38.

<sup>2</sup> عمر محمد الشويكي، المرجع السابق، ص.70.

<sup>3</sup> محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص.77.

يعتبر الفقيه الفرنسي<sup>1</sup> Maurice Hauriou أن ممارسة السلطة التقديرية للإدارة لها مبررات قانونية تحددها القواعد والنصوص القانونية ، لأنه المشرع يختص بسن القواعد والأحكام العامة ويستحيل عليه ضبط جميع تصرفات وأعمال الإدارة بسبب التعقيدات والظروف الاستثنائية التي قد تواجه الإدارة بأي طريقة وفي أي زمن.

إن السلطة التقديرية تتميز عن غيرها من السلطات والامتيازات التي تمارسها الإدارة، وهو ما سوف نبينه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### خصائص السلطة التقديرية للإدارة:

إن الحديث عن ميزات السلطة التقديرية للإدارة يلزم علينا تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن غيرها من الأعمال والتصرفات القانونية والإدارية الأخرى المشابهة لها، سواء من حيث الأساس القانوني، أو من حيث أسلوب ممارستها.

<sup>1</sup> « L'existence du pouvoir discrétionnaire est généralement justifiée, tout au moins lorsqu'il s'agit de l'application de la loi, par l'impossibilité en face de laquelle se trouve le législateur, obligé qu'il est de procéder par règles générales, de prévoir la complexité des situations particulières et d'indiquer à l'administration, en chaque hypothèse, de quelle façon et à quel moment elle doit agir » Cf. Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 12<sup>e</sup>, Dalloz, 2002, op.cit, p.351-352.

إن جميع السلطات العامة في الدولة، تتمتع بقدر من حرية التقدير إلا أنها تختلف ضيقاً واتساعاً بحسب السلطة وطبيعة عملها. وبما أن السلطة الإدارية هي من ضمن هذه السلطات فإنها تتمتع بهذه الحرية في مباشرة أعمالها المتمثلة، في العقود والقرارات الإدارية، وكذلك الأعمال المادية. غير أنه، وبشيء من التعمق في تحليل أعمال السلطة الإدارية، لتحديد مواطن السلطة التقديرية فيها، ذاك قد يؤدي إلى القول بأن هذه السلطة ترتد دوماً إلى القرارات الإدارية.

إذن سنتناول تمييز السلطة التقديرية للإدارة عن غيرها من السلطات العامة في الدولة (الفرع الأول)، وتمييز السلطة التقديرية للإدارة عن غيرها من الأعمال الإدارية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تمييز السلطة التقديرية للإدارة على السلطات العامة في الدولة

إن الحديث عن السلطة التقديرية للإدارة لا يعني أن تكون بشكل كامل ومطلق، بل ما يحدده لها المشرع من خلال النصوص القانونية. كما أن الإدارة لا تنفرد لوحدها بالسلطة التقديرية، حيث أن مختلف السلطات العامة في الدولة لها مجال من حرية التقدير، غير أنها تختلف من حيث المدى بحسب طبيعة الأحوال والظروف.

## أولاً- السلطة التأسيسية:

فالسلطة التأسيسية أو المؤسسة هي التي تضع دستور الدولة، ولها الحرية في تحديد النظام السياسي للدولة والحقوق والحريات، وهي التي تعمل على ضبط الاختصاصات الأساسية للسلطات العامة في الدولة، وتحديد العلاقة فيما بين السلطات وفقاً للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

يشترط أن يكون عمل السلطة التأسيسية متناسباً ورغبة الشعب، وذلك تفادياً لسقوط الدستور بشكل سلمي أو ثوري. وإذا كانت مبادئ القانون الدولي العام قد تفرض قيوداً معينة على السلطات التأسيسية إما مراعاة لمصالح الدول الأخرى أو لحريات الأفراد، إلا أنه ليس هناك جزاء على مخالفة هيئة تأسيسية لمدة الالتزامات، وعليه فإن جميع السلطات العامة في الدولة تلتزم بما نص عليه الدستور<sup>1</sup>.

وخلاصة القول أن السلطة التأسيسية لا تخضع لأي تقييد محدد، فسلطتها التقديرية واسعة وغير محددة في نصوص قانونية وتخضع لتقديرها. فهي التي تعمل على تأسيس وإنشاء السلطات الأخرى في الدولة وتحدد اختصاصاتها. تتمتع السلطة التأسيسية بخصيتين؛ أولها أنها سلطة أصلية بمعنى أنها أسبق في الوجود مقارنة بالسلطات الأخرى، كما أنها لا تخضع

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 35.

لنصوص دستورية وقانونية؛ أما الخاصية الثانية أهما سلطة غير مقيدة، بمعنى لها الحرية في وضع الدستور الذي تراه ملائماً للبلاد، كما أنها تختار نظام الحكم وشكله دون قيد أو شرط مسبق<sup>1</sup>.

### ثانياً- السلطة التشريعية:

تتمتع السلطة التشريعية في ممارسة اختصاصاتها بحرية واسعة، لكنها ليست مطلقة كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية، فالمشرع يتقيد بما ورد في الدستور من قواعد عامة. ولكن مهما يكن فإن للمشرع حرية شبه مطلقة، وذلك بوضع القواعد والأحكام العامة ضمن المجالات المحصورة في الدستور<sup>2</sup>.

إن الأصل هو حرية السلطة التشريعية أما الاستثناء فيتمثل في القيود التي ينص عليها الدستور، أما بالنسبة للإدارة فإن الأصل أن تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما نصت عليه القوانين في حدود قواعد الشكل والاختصاص. ومن ثم كان التقييد هو الأصل والحرية هي الاستثناء؛ ومن ناحية أخرى فإن السلطة التشريعية تتمتع بقدر من الحرية التي تحددها لها السلطة التأسيسية، فتختار بمنطق إرادتها دون معقب عليها النص الذي يتفق والصالح العام.

<sup>1</sup> مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص. 17.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص. 86.

وإذا أخضع الدستور التشريع العادي لقيود معينة فيما يتعلق بالإجراءات، كالمراحل التي تمر بها العملية التشريعية، والاختصاص من حيث الهيئات التي تملك المساهمة في التشريع، والمحل أي القيود الموضوعية التي ليس للتشريع أن يتجاوزها. فإن المسلم به أن السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع، لأن ذلك يتعلق بنطاق السياسة أكثر عنه بالقانون<sup>1</sup>.

إن حرية السلطة التشريعية تختلف عن السلطة التقديرية للإدارة لأن المشرع هو الذي يحدد مجال التقييد والتقدير لسلطة الإدارة في اتخاذ قراراتها، كما أن سلطة الإدارة تخضع للرقابة القضائية.

### ثالثاً- السلطة القضائية:

تعمل السلطة القضائية على تطبيق القانون للفصل في النزاعات بين الأفراد فيما بينهم أو بين أشخاص القانون العام. يتشابه دور القاضي ورجل الإدارة في الالتزام بتنفيذ القانون لأن عمل السلطة القضائية يشبه إلى حد كبير عمل السلطة التنفيذية، بل إن عملهما يصبح واحداً في طبيعته من حيث ممارسة الاختصاصات المقيدة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 37.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 45.

إن السلطة التقديرية للقاضي يحددها النص القانوني مثلا في حالة توضيح العقوبة بنجد حدين لها، حد أدنى وحد أقصى فيما ينطبق بعقوبة الغرامة والحبس أو السجن، وأحيانا بنص القانون على منح القاضي الاختيار بين عقوبتين إلزامه الحبس.

كما أن السلطة التقديرية للإدارة حين توقيع العقوبة الملائمة حسب طبيعة لو درجة الخطأ المهني الذي يرتكبه الموظف وفقا لنص القانون. تختلف حرية القاضي عن حرية الإدارة، فالقاضي لا يعبر عن إرادته وإنما عن إرادة المشرع، ولكن إذا اختار القاضي تفسيراً لنص غامض، أو اختار حلاً من بين الحلول الكثيرة، فهذا يعني أن التفسير أو هذا الحل هو الأنسب والمشروع.

وعلى عكس ذلك فإن رجل الإدارة يعبر عن إرادته الخاصة وإذا اختار وسيلة معينة أو حلاً معيناً فإن ذلك لا يعني أن باقي الحلول أو الوسائل غير المشروعة، أو كما قال بعض الفقهاء أن القاضي حين يقضي بالحكم يقول " وفقاً للتفسير الذي أخذ به، إنما يريد المشرع كذا...". أما رجل الإدارة فإنه يقول " باسم القانون، ووفقاً للرخصة المخولة لي، أريد كذا..."، كما أن حكم القاضي يحوز حجية الشيء المقضي فيه. في حين قراراته لا تتمتع

بأي حال من الأحوال بهذه الحجية وإن كانت تتمتع بعض الاستقرار خضوعاً للضرورة العلمية<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### تمييز السلطة التقديرية عن الأعمال الإدارية

يعد خضوع الإدارة لمبدأ مشروعية مسألة أساسية وجوهرية لقيام دولة القانون، ولكن أحياناً يترك المشرع الحرية في تقدير التصرف الملائم حسب طبيعة الظروف والأحوال التي قد لا يتوقعها ولا يدركها مسبقاً، لأن تقييدها يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة للأفراد والنظام العام للبلاد.

### أولاً: تمييز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد

من الصعب وضع معيار قاطع لتحديد مجال السلطة التقديرية للإدارة، حيث اختلف الفقه<sup>2</sup> في تحديد هذه المعايير التي تحدد لنا التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد. يقصد بمجال الصلاحية التقديرية الحالات التي تظهر بها هذه السلطة، أي مجموع الحالات

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 46.

<sup>2</sup> اختلف الفقه الفرنسي كل من Waline, Bonnard, Laubadere بشأن تحديد مجال الصلاحية التقديرية ضمن عناصر القرار الإدارية والتفرقة بينها وبين الاختصاص المقيد. مقتبس عن علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 74.

التي تتمتع الإدارة فيها بسلطة تقديرية، وهي الحالات التي لا تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة.

فقد حاول جانب من الفقه التمييز داخل دائرة تصرفات الإدارة العامة بين أعمال السلطة وبين أعمال الإدارة العادية، وفي هذه الطائفة الأخيرة تظهر الصلاحية التقديرية فهي أعمال تشبه أعمال وتصرفات الأفراد، وتتمتع الإدارة في مباشرتها الحرية ذاتها التي يتمتع بها الأفراد. أما قرارات السلطة فلن تكون مشروعة دون تأهيل قانوني مسبق، مادام أنها تتعلق وتمس في كثير من الأحيان الحقوق الشخصية، فيتعين أن تمارس ضمن إطار القانون ونطاقه.

### I- الآراء الفقهية:

لقد ذهب رأي من الفقه<sup>1</sup> إلى أن سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا كان من المستحيل إخضاع الإدارة في ممارسة تلك السلطة للقضاء. ولكن هذا الرأي يصادر على المطلوب لأن عدم خضوع الإدارة لرقابة القضاء بممارسة اختصاص تقديري و ليس العكس. وعلى هذا الأساس يجب أن يحدد مقدما نوع الاختصاص لمعرفة ما إذا كان مقيدا فتخضع الإدارة في ممارسته للقضاء، أو تقديريا فتمارسه الإدارة دون معقب من القضاء في الحدود التي سنعرض لها فيما بعد.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 47.

وقيل أيضا أن السلطة التقديرية تظهر في حالة التصرفات السلبية التي تتمثل في امتناع الإدارة وسكوتهما؛ لأنها تقدر ملاءمة إقدامها على التصرف أو الامتناع عنه، ولكن ليس هناك مجال لإرغام الإدارة على التصرف. بينما يظهر الاختصاص المقيد في القرارات والتصرفات الإيجابية وينبني على ذلك أن نشاط الإدارة العامة يقسم إلى قسمين، منها طائفة الإدارة البحتة، والتي تضم الأعمال التي يتركها المشرع وبصفة كلية لحكمة الإدارة العامة وحدها، ولا تخضع للرقابة القضائية. وطائفة الإدارة القضائية التي تشمل الأعمال الخاضعة للرقابة القضائية<sup>1</sup>.

ويرى بعض الفقهاء<sup>2</sup> أن جوهر السلطة التقديرية، ينحصر في حق الإدارة في الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة، بينما يتعين على الإدارة في مجال الاختصاص المقيد أن تلتزم حلا بعينه، بحيث إذا تعدته إلى سواه أصبح عملها غير مشروع. وهذا تعريف دقيق للسلطة التقديرية والسلطة المقيدة، ولكنه لا يقدم كثيرا كمعيار، إذ يتعين على القاضي في كل حالة على حدة أن يبحث فيما إذا كانت الإدارة ملزمة بإتباع حل معين، أو أن لها أن تختار بين عدة حلول كلها مشروعة.

<sup>1</sup> علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 74.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 48.

ويعقب على هذا الرأي الأستاذ سليمان محمد الطماوي<sup>1</sup>، أنه من الخطورة بما كان، لأن المسلم به، أنه إذا لم يحدد المشرع " أفكارا " معينة في تشريع يصدره، فليس معنى ذلك استقلال الإدارة بتضمين تلك الفكرة ما تشاء من أحكام . و تفريعها على المبدأ السابق استقر الرأي في مصر وفي كثير من البلاد على أن السلطة التنفيذية ليس لها أن تضمن اللوائح التنفيذية حكما جديدا، بل يجب أن تقتصر على وضع الشروط الضرورية لتنفيذ القانون دون زيادة أو نقصان.

ويرى الفقه الحديث أن مفهومي السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، يرتبطان ارتباطا وثيقا بتقدير ملاءمة الإجراء المتخذ. ففي الحالة الأولى يتمتع رجل الإدارة بحرية اختيار الحل الذي يراه أكثر ملاءمة فهو قاضي ملاءمة. أما في الحالة الثانية فمهما كان تقدير رجل الإدارة الشخصي أو رؤسائه حول ملاءمة الإجراء المتخذ فيتعين عليه اتخاذه كما هو معين مسبقا<sup>2</sup>.

تتعلق السلطة التقديرية والاختصاص المقيد بعناصر القرار الإداري، وبالتحديد عنصر المحل، وبصورة أكثر تحديدا بعنصر الموافقة بين محل القرار وأسبابه. وبذا يخاطب

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص. 49.

<sup>2</sup> مقتبس عن علي حطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 74.

القانون في حالة السلطة المقيدة لرجل الإدارة، وكأنه يقول له: لا يمكنكم اتخاذ القرار إلا لهذا السبب أو ذلك. بمعنى إذا تحققت هذه الحالة الواقعية أو تلك. وفي حالة السلطة التقديرية فإن القانون يترك الحرية لرجل الإدارة في اختيار القرار المناسب في الوقت الذي يراه مناسباً فهو المختص بتقدير الحالة التي يتعين فيها اتخاذ القرار.

يقصد بالاختصاص المقيد هو ذلك العمل أو التصرف الذي لا تملك الإدارة بموجبه حرية الاختيار بين بدائل متعددة، حيث يحدد لها المشرع أسلوب أو طريقة التصرف بشكل معين، وفقاً لشروط محددة. ويكون دور السلطة الإدارية في التحقق والتثبت من توفر الشروط القانونية المحددة مسبقاً، فيتعين عليها اتخاذ القرار الإداري المحدد وليس لها القرار المناسب من بين عدة قرارات مثلما هو الحال بالنسبة للسلطة التقديرية<sup>1</sup>.

يرتبط الاختصاص المقيد بالصياغة الجامدة للقواعد القانونية التي تقوم على اصطلاحات محددة وواضحة ودقيقة، وتتميز القواعد المنظمة للاختصاص المقيد بسهولة التطبيق وتحقيق الاستقرار في المعاملات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Jean-claude RICCI, Droit administratif, 3<sup>e</sup>, Hachette, Paris, 1996, p.18-19.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 16.

والأمثلة على الاختصاص المقيّد كثيرة، من بينها استخدام الأرقام والحساب في نطاق القانون الضريبي، فالقواعد التي تلتزم الممولين بدفع ضريبة محددة ببنية معينة من صافي الدخل أو الربح، تجعل سلطة الإدارة في تطبيق هذه القواعد سلطة مقيّدة. ومن القواعد المتمثلة في الإجراءات، من حيث تحديد المواعيد والمراحل التي يجب إتباعها من طرف الهيئات المختصة. ويكون الاختصاص مقيداً كذلك بالنسبة لتحديد الشروط القانونية للترشح في منصب معين.

نكون أمام الاختصاص المقيّد عندما تتوفر شروط قانونية معينة أو تقوم عناصر واقعية محددة، مما يتحتم على الإدارة وبمقتضى حكم القانون إصدار قرار معين، دون أن يكون لها الاختيار في هذا المجال، فليست لها حرية الامتناع عن إصدار القرار المطلوب الذي توافرت أركان وشروط إصداره. فالقانون هو الذي يبين ويحدد للإدارة الخطة أو السلوك الذي يجب عليها إتباعه في مباشرة نشاطها، ويأمرها بالتصرف عندما تتحقق الشروط الواجب توافرها لإمكان القيام بالعمل المطلوب، ولا يجوز للإدارة أن تلجأ للقياس أو الاختيار<sup>1</sup>.  
تأسيساً على ما سبق، فإن الاختصاص المقيّد يقوم على عنصرين أساسيين وهما<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص. 69.

<sup>2</sup> علي خطار شنتاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 59.

-العنصر الأول يتمثل في اتخاذ قرارات إدارية وممارسة اختصاصات وصلاحيات معينة، فتعبر الإدارة فيهما عن إرادتها المنفردة والملزمة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين والأنظمة، قصد إحداث آثار قانونية معينة.

- العنصر الثاني يتمثل في وجوب ممارسة ذلك الاختصاص على النحو والصورة التي حددها القانون مسبقا، لهذا لا تملك الإدارة في هذه الحالة حرية تقدير مدى التدخل لإصدار قراراتها أو إبرام عقودها، كما أنها لا تملك أيضا تحديد مضمونها.

إن سلطات القاضي الإداري في مواجهة الاختصاص المقيد تكون بشكل عادي، فهو يقوم بالرقابة على مشروعية القرار الإداري، وعدم خروج الإدارة على القواعد القانونية المحددة لهذا القرار. إن ممارسة الإدارة للاختصاص المقيد يرتبط بفكرة الشرعية، ولهذا فإن الإدارة تخضع للرقابة القضائية، ولا شك أن مصلحة الأفراد وحماية حقوقهم وحريةهم تتحقق مع فكرة الاختصاص المقيد، حيث يحدد المشرع للإدارة نطاق ومجال حدود اختصاصها بطريقة دقيقة وواضحة، وهذا ما يمنعها من التعسف في استعمال سلطاتها .

ويشكل ضمانات أساسية لحماية حقوق وحرية الأفراد. ولكن لا يصح النظر إلى الموضوع من زاوية حماية الحقوق وحرية الأفراد، لأن له جانبا آخر تجب حمايته ونقصه بذلك الجانب المتعلق بالصالح العام الذي تعمل الإدارة على كفالة تحقيقه على أن تكون

أعمال وتصرفات الإدارة تهدف للوصول إلى هذه الغاية، ولا نزاع في أن الصالح العام يقتضي في بعض الحالات الاعتراف للإدارة بسلطة تقديرية تمكنها من الوصول إليه بصورة مرضية<sup>1</sup>.

## II- أهم معايير التفرقة بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد

إن التمييز بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية يخضع لعدة معايير من أهمها الخضوع للرقابة القضائية ومن حيث مدى إلزامية القواعد القانونية وعموميتها والتحديد القانوني والإعلان القانوني لأسباب القرار الإداري.

### أ- معيار الرقابة القضائية

الأصل أن جميع تصرفات الإدارة تخضع لرقابة القضاء الإداري، سواء كانت ضمن سلطاتها المقيدة أو التقديرية، ويستطيع القضاء إلغائها إذا ما صدرت هذه الأعمال الإدارية مخالفة لمبدأ المشروعية وخاصة تلك الصادرة عن الإدارة في حالة الاختصاص المقيد، فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ المشروعية، الذي ينص على خضوع أعمال الإدارة لنص القانون. فرقابة القاضي هنا هي رقابة مشروعة واضحة ومحددة بنص القانون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص. 74.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 44.

أما بالنسبة للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ترتبط بفكرة الملاءمة. ويقصد بهذه الأخيرة أن يترك القانون للإدارة حرية إصدار القرار الإداري مراعاة للظروف والملابسات المحيطة به دون معقب عليها من القضاء<sup>1</sup>.

ولكن قد تتدخل الإدارة لتقييد الحريات العامة، ففي مثل هذه الحالة يمكن للقاضي أن يفحص قرار الإدارة، فيما إذا كان هذه القرار أو التصرف يتناسب مع الظروف التي دفعت الإدارة إلى هذا التصرف. فإذا اتضح للقاضي عدم مناسبة قرار الإدارة مع الأسباب أو الظروف قضى بإلغاء القرار لعدم مشروعيته فهذا لا يعني أنه أصبح قاضي ملاءمة فهو لا يزال قاضي مشروعيته، إلا أن الملاءمة كانت شرطا ضروريا من شروط مشروعية القرار<sup>2</sup>.

### ب- معيار طبيعة القاعد القانونية

تتميز القواعد القانونية بالإلزام والعمومية والتجريد، حيث أن التمييز بين الأحكام الحاسمة أو القاطعة والأحكام الجوازية أساس للتمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، لأن القوانين والقرارات والأحكام تعبر عن مرادها بأحد الأسلوبين، فتتوجه بالخطاب

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص.122.

<sup>2</sup> إعاد علي محمود القيسي، المرجع السابق، ص.80.

أحيانا بصيغة الوجوب أو بصيغة الجواز، وعليه يتعين التفرقة بين القواعد الحاسمة أو القاطعة والقواعد الجوازية<sup>1</sup>.

والمقصود بالقواعد الحاسمة هي تلك القواعد التي لا تترك لمن يخضع لأحكامها أي حدية في تحديد المسلك الذي يتعين إتباعه وبذلك لا تنطوي الجوانب التي يتضمنها القانون على أهمية كبيرة وتبقى متروكة لمحض تقدير المخاطب بأحكامها- أما القواعد الجوازية فهي تلك القواعد التي تترك لمن يخضع لأحكام حرية الاختيار بين عدة أعمال ممكنة قانونا- أي أن الاختصاص المقيد يرتبط بالقواعد الإلزامية أما السلطة التقديرية تكون القواعد جوازية<sup>2</sup>.

### ج- معيار تحديد النظام القانوني.

تتضمن السلطة التقديرية اختيار القرار الملائم والمناسب بين عدة قرارات ممكنة، ولهذا فإن التقدير يتضمن معنى التقدير الذاتي، حتى يمكن القول أن صاحب الاختصاص المقيد يكون فيه رجل الإدارة مقيد بإدارة المشروع مسبقا، وليس له الاختيار في القرارات التي يراها ملائمة. إن مصدر السلطة التقديرية هو عدم التحديد الكامل للعمل الإداري، ويترك

<sup>1</sup> علي خطار الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.69.

<sup>2</sup> علي خطار الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، نفس المرجع، ص.70.

قسط من الحرية لصاحب القرار، وبهذا فإن عدم تحديد النظام القانوني هو مصدر السلطة التقديرية للإدارة.

فكلما اتسعت درجة إلزامية النظام القانوني ضاق حجم السلطة التقديرية، والعكس صحيح. إذا كان غياب التحديد القانوني الدقيق هو معيار التمييز بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد، فإن مصدر التحديد يتمثل في القواعد التشريعية والقضائية باعتبارهما مصدران كل منهما يكمل الآخر في القانون الإداري، فمن خاصيته أنه قانون قضائي فإن الاجتهاد القضائي يعد مصدر من مصادر تقييد صلاحية الإدارة<sup>1</sup>.

#### د- معايير الإعلان القانوني لأسباب القرار الإداري:

يتضمن هذا المعيار التفرقة بين السلطة التقديرية والاختصاص المقيد على أساس الأسباب القانونية والواقعية التي تحددها القوانين والأنظمة. فإذا نصت القوانين على أسباب القرار الإداري بشكل واضح ومحدد نكون أما اختصاص مقيد، أما إذا لم تتوفر الأسباب التي بينها النص القانوني نكون أمام السلطة التقديرية. وهذا إذا ما يستلزم نوع من حرية تقدير قيمة الأسباب وملائمة القرار<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> علي خطار الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 71.

<sup>2</sup> مصطفى محاشف، المرجع السابق، ص. 44.

يرى الأستاذ علي خطار الشنطاوي أنه إذا كانت إرادة المشرع غامضة وغير واضحة فيلجأ القضاء الإداري إلى جميع المعايير السابقة، للبحث عنها واكتشافها وذلك للاستناد عليها باعتبارها أدلة وقرائن تساعد على اكتشاف واستخلاص إرادة المشرع، ولكنها لا تعتبر معايير ملزمة<sup>1</sup>.

وفي رأينا أن هذه المعايير الفقهية للتمييز بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية، فالأرجح فيها هو طبيعة القاعدة القانونية، بمعنى الرجوع للنص القانوني الذي يقرر سلطة الإدارة بتقييدها أو تقديرها من خلال الإلزام، كالقيام بتصرف محدد والإجراءات اللازمة وتحديد مدة معينة؛ أو الجواز بمعنى لها سلطة الاختيار والإمكان من حيث الظروف الزمن الإجراء المناسب.

### ثانياً: تمييز السلطة لتقديرية عن أعمال السيادة

لقد سبق وأن شرحنا مفهوم السلطة التقديرية أما بالنسبة لأعمال السيادة فهي من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي الأصل أنها نظرية قضائية والمقصود بها مجموعة من الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية غير أنها لا تخضع للرقابة القضائية سواء كانت رقابة القضاء

<sup>1</sup> علي خطار الشنطاوي، نفس المرجع، ص. 72.

الإداري أو العادي وسواء صدرت في ظل الظروف العادية أو الاستثنائية فهي إذا تتمتع بحصانة قضائية فهي تشكل استثناء على مبدأ المشروعية<sup>1</sup>.

يرى جانب من الفقه<sup>2</sup>، أن نظرية أعمال السيادة تمثل أحد مظاهر السياسة القضائية الحكيمة المرنة التي لجأ إليها مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الأزمات التي كانت تهدد كيانهم وتقوض أركانه فعلى إثر عودة النظام الملكي إلى فرنسا عام 1814 عملت الحكومة على عقد العزم بإلغاء مجلس الدولة بهدف التخلص من رقابته على أعمالها لهذا لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى إنشاء نظرية أعمال السيادة للتصالح مع الحكومة، ويضمن استمرار رقابته على بقية أعمال السلطة التنفيذية الأخرى. أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أن نظرية أعمال السيادة تستند إلى اعتبارات سياسية، تتمثل في رغبة مجلس الدولة الفرنسي بعدم التدخل في رقابة أعمال السلطة التنفيذية، ذات الطابع السياسي أو ذات البعد السياسي. فرقابة أعمال السيادة هي رقابة سياسية بالضرورة، حيث كان مجلس الدولة الفرنسي يطبق معيار الباعث السياسي للتمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة الأخرى، ولهذا فإن السلطة التنفيذية تتولى أعمال الإدارة عن جهة وأعمال السيادة من جهة أخرى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خالد السيد، المرجع السابق، ص.64.

<sup>2</sup> علي خطار الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 86.

<sup>3</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.209.

تصدر السلطة التنفيذية استنادا لمفهوم نظرية أعمال السيادة نوعين من القرارات الإدارية، أعمال يطلق عليها أعمال الحكومة، وهي أعمال لا يتم إخضاعها للرقابة القضائية لأنها تتمتع بالحصانة، بخلاف القرارات الإدارية. وللتمييز بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال الإدارية فقد اختلف الفقه والقضاء حول معايير التفرقة<sup>1</sup>.

لقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمعيار الباعث السياسي، حيث يعتبر العمل الصادر عن السلطة التنفيذية من أعمال السيادة إذا كانت الدوافع والأسباب عن إصداره بواعث سياسية، أما إذا كانت غير ذلك فتعتبر أعمالا إدارية. ولكنه هذا المعيار تم انتقاده نظرا لمرونته ونسبيته، فقد يوصف العمل الصادر عن السلطة التنفيذية بوصفين بمعنى أن يكون الباعث سياسي وإداري في نفس الوقت، كما أنه يشكل تهديدا على حقوق وحرريات الأفراد وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسي يعدل عنه منذ نهاية القرن التاسع عشر<sup>2</sup>.

نظرا للانتقادات الموجهة لمعيار الباعث السياسي اتجه الفقه والقضاء إلى البحث عن معيار موضوعي، يركز على مضمون العمل الصادر عن السلطة التنفيذية وذلك بالاعتماد على جوهره وليس على شكله الخارجي أو البواعث التي دفعت إلى إصداره.

<sup>1</sup> علي خطار الشنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص.87.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1875/02/19. مقتبس عن محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.210.

ولكن اختلف الفقه<sup>1</sup>، على طبيعة هذا المعيار. فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أن ماهية هذا المعيار الموضوعي تتمثل في السند القانوني الذي تستند إليه الحكومة، فيكون العمل من أعمال السيادة إذا كان تنفيذاً لنص دستوري؛ ويكون من قبيل الأعمال الإدارية العادية إذا كان تنفيذاً للنصوص القانونية والأنظمة .

أما الجانب الآخر من الفقه فيرى أن المعيار الموضوعي يعتمد على طبيعة الوظيفة التي تقوم بها الحكومة، لأن هذه الأخيرة تؤدي وظيفتين مختلفتين، وهما الوظيفة الحكومية والأخرى إدارية. حيث أن الأولى تكون فيها الحكومة سلطة حكم، وبالتالي يكون عملها عن أعمال السيادة؛ أما الثانية فتكون فيها الحكومة سلطة إدارة، فيكون العمل الصادر عنها عملاً إدارياً.

إلى أن انتهى الفقه في الأخير إلى ضرورة ترك تحديد أعمال السيادة إلى القضاء الإداري من حيث نطاقها ومداهها، وعليه اجمع الفقه إلى أن أعمال السيادة تشمل أربع فئات من الأعمال والمتمثلة في الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، والأعمال التي تنظم علاقة الدولة مع بقية أشخاص القانون الدولي العام والأعمال التي لها

<sup>1</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، نفس المرجع، ص.211.

علاقة ببعض الإجراءات المتعلقة بأمن الدولة وسلامتها , الأعمال المتعلقة بالعمليات الحربية<sup>1</sup> .

إن التمييز بين أعمال السيادة والسلطة التنفيذية للإدارة من حيث الرقابة القضائية، فإن الأولى تتمتع بحصانة قضائية ضد رقابة الإلغاء والتعويض، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي مؤخرًا عمل على تضيق من حدود هذه الحصانة القضائية حيث قرر التعويض عن الأضرار الناجمة عن بعض أعمال السيادة خصوصًا المعاهدات اتفاقيات الدولية، وهذا إعمالاً لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء والتكاليف العامة<sup>2</sup>.

إذا كانت أعمال السيادة تتمتع بحصانة قضائية فإن السلطة التقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري، على الرغم من الاختلاف الفقهي حول المسألة، ولكنه من المستقر عليه فقها أن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية، أي أنه يقوم برقابة العمل الإداري على النحو الذي ينص عليه القانون، دون التدخل في صلاحيات الإدارة، أي لا يمكنه أن يوجه عمل الإدارة أو يأمرها بتغيير قرارها ولكنه يقضي ببطالان وإلغاء القرار فقط. وهذا تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص88.

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.210.

<sup>3</sup> محمد مصطفى حسن، المرجع السابق، ص122.

## ثالثا : تمييز السلطة التقديرية عن الأعمال المادية

إن الأعمال المادية للإدارة، هي أيضا تتمحور حول تنفيذ القرارات الإدارية. مما يعني وبما أن القرار الإداري يقوم بمجرد التعبير، أو الإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية المنفردة في إحداث أثر قانوني معين، أما التدابير السابقة واللاحقة لتنفيذ القرار تندرج ضمن الأعمال المادية.

ومن هذا المنطلق، فإن أساس التفرقة بين القرار الإداري والعمل المادي يكمن في إحداث القرار الإداري لأثر قانوني، أما العمل المادي فيقوم على تنفيذ الوضع الذي أقرته القاعدة القانونية مباشرة. بمعنى آخر أن العمل المادي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية، ويطلق على هذه التسمية اسم الأعمال التنفيذية وهي ليست قرارات إدارية، بل هي أعمال مادية<sup>1</sup>.

ومن أهم الأعمال التي قد تختلط بالقرارات الإدارية، في حين أنها من الأعمال المادية التي ليس لها أثر قانوني وهي كالتالي:

<sup>1</sup> مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص. 37.

## I - الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقاً للقوانين والقرارات الإدارية

تعتبر الإجراءات التنفيذية التي تتم طبقاً للقوانين والقرارات الإدارية، من قبيل الأعمال المادية، لأن هذه الأخيرة لا يترتب عليها أي آثار قانونية على نفاذها، وهذا على عكس القرارات الإدارية، التي يشترط لقيامها وجوب إحداثها لآثار قانونية معينة، سواء تمثل هذه الآثار في إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديلها<sup>1</sup>.

واستناداً على ذلك تفلت هذه الإجراءات من الرقابة القضائية بواسطة دعوى الإلغاء، على أساس أنها مجرد أعمال تنفيذية للقوانين واللوائح، أو أنها قرارات كاشفة وليست منشئة، بحيث لا يتولد عنها آثار قانونية بذاتها، ومن ثم تنتفي عنها صفة القرارات الإدارية وطبيعتها. ويقصد بالقرار الكاشف، ذلك القرار الذي لا يحدث جديداً في عالم القانون، بل يقتصر عمله على إثبات أو تقرير حالة موجودة من قبل، ومحققاً بذاتها لآثار قانونية<sup>2</sup>.

## II - التدابير الداخلية والسلطة التقديرية للإدارة.

تشمل التدابير الداخلية، طائفة غير متناسقة ومجانسة للإجراءات الإدارية التي لا يمكن الاستغناء عنها، فهي صمام الأمان والمحرك الأساسي للعمل الإداري. ومن أهم الأمثلة على

<sup>1</sup> نواف كنعان، المرجع السابق، ص. 119.

<sup>2</sup> سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 448.

هذه التدابير، المنشورات، والتعليمات الداخلية التي يطلق عليها " تعليمات المرفق "، كما يضم أيضا موضوع التدابير، الأوامر الإدارية الداخلية، والبلاغات الرسمية، كما يندرج ضمن دائرة التدابير الداخلية أيضا، تدابير تنظيم الامتحانات الجامعية، وجداول المراقبة<sup>1</sup>.

ولتمييز الإجراءات الداخلية عن الأعمال القانونية للإدارة، فإنه يلزم الرجوع إلى محتوى ومضمون الإجراء أو العمل، فإذا كان من شأن هذا العمل إحداث أثر قانوني فإنه يعد من قبيل الأعمال القانونية أي القرارات الإدارية. أما إذا كان العكس أي لم يحدث أثر قانوني فإنه يعد من ضمن التدابير أو الإجراءات الإدارية والتي تعد من قبيل الأعمال المادية هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى أن موضوع التمييز بين الأعمال القانونية والتدابير الداخلية يرتبط أيضا بمسألة قبول دعوى الإلغاء بشأنها<sup>2</sup>.

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة بصدد تقرير هذه المنشورات والتوجيهات، لأن الإدارة في هذه الحالة لا تلتزم بشكل محدد، فقد تصدر هذه التدابير في صورة مواد مثل مواد القانون أو اللائحة، كما قد تصدرها في شكل خطاب أو رسالة للعاملين بالإدارة، كما قد تصدرها في شكل أوامر أو شكل اقتراحات وآراء استشارية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي خطار الشطناوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 408.

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 210.

<sup>3</sup> مصطفى مخاشف، المرجع السابق، ص. 39.

## الفرع الثالث

## التمييز بين السلطة التقديرية وغيرها من امتيازات الإدارة.

لقد خص القانون السلطة الإدارية بمجموعة من الامتيازات، على عكس الأشخاص العاديين، وذلك لعدة أسباب واعتبارات تقتضيها متطلبات المصلحة العامة، وضرورة التسيير الإداري داخل الدولة. وتتمثل هذه الامتيازات في السلطة التقديرية والتي هي موضوع دراساتنا بالإضافة إلى حق التنفيذ المباشر، ونزع الملكية للمنفعة العامة.

## أولاً: حق التنفيذ المباشر

**I-تعريف التنفيذ المباشر:** يعتبر حق التنفيذ المباشر امتيازاً للسلطة الإدارية، حيث أن الإدارة تقوم بتنفيذ قراراتها دون اللجوء إلى القضاء عكس الأفراد، كما أنها تستعمل القوة المادية إذا اقتضى الأمر وهو ما يسمى بالتنفيذ الجبري. إن طبيعة هذا الحق يشكل تهديداً لمصالح الأفراد، نتيجة لخطورة الاعتداء على حقوقهم، إلا أن توجد ضوابط استعمال هذا الحق والتي تتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

1- إذا نص المشرع على عدم استعمال الإدارة للتنفيذ المباشر، وحدد لها طريقاً معيناً

تسلكه، فلا يجوز لها أن تلجأ إليه إلا إذا توفرت الشروط الخاصة بحالة الضرورة.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص.565.

2- للإدارة الحق في عدم استعمال التنفيذ المباشر، ولجوؤها للطريق العادي أي القضاء.  
 3- يتعين على الإدارة أن تطالب الأفراد بالتنفيذ الاختياري لأحكام القانون، وأن تترك لهم وقتاً كافياً للقيام بتنفيذ مضمون القرار قبل أن تلجأ إلى استخدام أسلوب التنفيذ المباشر.

4- على الإدارة أن تتأكد من الحالات التي يجيزها القانون استعمال حق التنفيذ المباشر، لأن القضاء الإداري يراقب مدى مشروعية هذا التنفيذ وله أن يقرر وقف التنفيذ إلى حين الفصل في الدعوى .

إن استعمال السلطة الإدارية لحقها في التنفيذ المباشر يشترط فيه أن يكون مشروعاً وذلك وفقاً لنص قانوني يجيزه، لأنه يعد بمثابة استثناء على القاعدة العامة المتمثلة في اللجوء إلى القضاء، ولكن لاعتبارات ومقتضيات المصلحة العامة وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة تم تقريره في الحالات التالية<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص.563. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص.218. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.528.

1- وجود نص صريح أو بما يسمى بالإجازة الصريحة، وهي الحالات التي ينص عليها القانون باستعمال التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية. مثلا قرار يتضمن هدم لوحق المسكن لعدم وجود رخصة بناء .

2- وجود نص بلا جزاء، حيث يعترف للإدارة باللجوء إلى التنفيذ المباشر، وذلك من أجل التكفل باحترام النصوص القانونية في حالة عدم وجود وسيلة قانونية لتنفيذها. سواء تمثلت هذه الوسيلة في جزاء جنائي أو دعوى مدنية. لأن الإدارة مكلفة بحكم اختصاصها بتنفيذ القانون، ولكن عندما لا يحدد هذا الأخير أي جزاء أو وسيلة للتنفيذ، فهنا الإدارة ملزمة بالتنفيذ المباشر تفاديا لتعطيل تطبيق القوانين وإهدار قيمتها<sup>1</sup>.

3- حالة الضرورة، وهي التي تقوم على أساس وجود خطر وشيك يتطلب اتخاذ مجموعة من الإجراءات المستعجلة والمباشرة لمواجهته. حيث تقوم الإدارة باستخدام القوة المادية اللازمة لدفع هذا الخطر دون الاستناد إلى نص قانوني أو الالتجاء إلى القضاء، حتى لا تتعرض الدولة لأخطار جسيمة يصعب تدارك آثارها وأحيانا تستعمل الإدارة القوة الجبرية

<sup>1</sup> ماجد راغب الحلوى، المرجع السابق، ص.528.

في حالة تهديد الأمن العام. كحدوث فوضى أو اضطرابات وأعمال شغب. إلا أن القضاء الإداري يشترط لمشروعية استعمال القوة الجبرية مجموعة من الشروط وهي كالتالي<sup>1</sup>:

1- أن يوجد خطر جسيم يهدد النظام العام.

2- أن يتعذر دفع هذا الخطر الداهم بالوسائل القانونية العادية ، بحيث يستلزم على الإدارة اتخاذ الإجراءات الاستثنائية الكفيلة بحفظ النظام العام .

3- أن تكون غاية وهدف الإدارة من تدخلها هو تحقيق المصلحة العامة بالقدر اللازم لأن الضرورة تقدر بقدرها.

## II- العلاقة بين السلطة التقديرية والتنفيذ المباشر.

يعترف القانون للإدارة أثناء تأدية مهامها وممارسة اختصاصاتها بمجموعة من الامتيازات لتسهيل مهمة الإدارة في تحقيق المصلحة العامة، ولكن في حدود النصوص القانونية وذلك احتراماً لمبدأ المشروعية. يعد كلا من السلطة التقديرية للإدارة وحق التنفيذ المباشر امتيازاً من امتيازات السلطة الإدارية التي تتميز بها عن غيرها من الأفراد، إلا أن مجال السلطة التقديرية واسع فلا يقتصر على القرارات الإدارية بل يشمل كذلك الأعمال المادية للسلطة الإدارية والتي يندرج ضمنها التنفيذ المباشر.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص.564.

كما أن السلطة التقديرية للإدارة تعتبر عملية تقريرية وسابقة بناء على نص قانوني، وتكون في مضمون أو فحوى العمل الإداري القانوني خصوصا القرار الذي يكون سابقا على العمل المادي المتمثل في التنفيذ. أما التنفيذ المباشر يعتبر عملا ماديا، حيث أن هذا الأخير قد يتضمن معنى السلطة التقديرية، من حيث وقت التدخل، وكيفية التنفيذ، وإجراءاته. ولكن هذه السلطة لا تشكل طابعا قانونيا من حيث الطعن فيها إلا إذا كانت في شكل عمل قانوني .

### ثانيا: نزع الملكية للمنفعة العامة

#### I- مفهوم نزع الملكية العامة.

أحيانا تحتاج الإدارة إلى عقارات معينة مملوكة ملكية خاصة للأفراد، ونظرا لضرورتها وأهميتها بصفة دائمة أو مؤقتة لبعض المشروعات والمرافق العامة، أجاز القانون للإدارة الحق

في نزع الملكية الخاصة للعقارات مع منح تعويض عادل ومسبق<sup>1</sup>.

ومن الواضح أن منح الإدارة لهذا الامتياز تقرر للمصلحة العامة، وتغليبها على المصلحة الخاصة. ونظرا لما ينطوي عليه هذا الامتياز الممنوح للإدارة فإنه يستوجب مجموعة من الشروط والضوابط القانونية لممارسته والمتمثلة في :

1- نزع ملكية العقارات .

2- وأن يكون الهدف أو الغاية من نزع الملكية تحقيق المنفعة العامة.

3- تقديم تعويض مسبق وعادل.

<sup>1</sup> م.ر رقم 436/96 المؤرخ في 07/12/1996 المتضمن تعديل الدستور، ج.ر العدد 76 سنة 1996. نصت المادة 20 منه على "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف".  
قانون 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج.ر العدد 21 سنة 1990. تنص المادة 02 منه على أن: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم ذلك إلا إذا رأى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية".  
ولقد حرص المشرع الجزائري على تنظيم كيفية ممارسة السلطة الإدارية لهذا الامتياز وضمانا لحماية الملكية الخاصة من خلال النصوص التنظيمية المتعلقة بكيفية تطبيق هذا القانون.  
م.ت رقم 186/93 المؤرخ في 27/07/1993 المتضمن كيفية تطبيق القانون رقم 11/91 ج.ر العدد 51 سنة 1993، المتمم م.ت 248/05 المؤرخ في 10/07/2005 ج.ر العدد 48 سنة 2005. والمتمم م.ت رقم 202/08 المؤرخ في 07/07/2008، ج.ر العدد 39 سنة 2008.

إن المشرع الجزائري عند انتهاجه لعملية نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، أُلزم الإدارة أن تلجأ إلى الطرق الودية لنزع الملكية. كما أنه اهتم بوضع إجراءات وتدابير وقائية لإثبات المنفعة العمومية، من أجل حماية حقوق الأفراد من أي تعسف أو إخلال بالشرعية في القيام بهذه التصرفات<sup>1</sup>.

إن عملية نزع الملكية لا ترد في الأصل إلا على العقارات التي يملكها الأفراد أو الهيئات الخاصة بل يجب التفرقة بين الأموال العامة والأموال الخاصة المملوكة للأشخاص العامة. بالنسبة للأموال المملوكة ملكية خاصة لهذه الأشخاص فإنه يجوز نزع ملكيتها للمنفعة العامة، ولكن الأمر يختلف بالنسبة للأموال العامة المملوكة للأشخاص العامة، إذ أنه لا يجوز نزع ملكيتها للمنفعة العامة جبراً. وعليه فإذا كانت الدولة في حاجة إلى عقار مملوك ملكية عامة لشخص عام لا مركزي محلي أو مرفقي، فإنه يتعين عليها أن تتفق معه على التنازل عن هذا العقار مقابل تعويض معين<sup>2</sup>.

2- أن يكون الهدف من نزع الملكية هو تحقيق المنفعة العامة، حيث تعتبر هذه الأخيرة من الشروط الضرورية، فهي السبب الدافع والمبرر الأساسي لاستعمال الإدارة لهذا القيد؛

<sup>1</sup> براهيم ساهام، رقابة القاضي الإداري على الإجراءات القبلية والبعديّة لإثبات المنفعة العمومية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 570.

ونظرا لتغاضي كل من التشريع والقضاء عن إيجاد تعريف جامع مانع لها، وكذا لعدم قابليتها للتحديد ومرونتها، إلا أن تتكون من مجموعة من العناصر المتمثلة في ضمان سير المرفق العام وأدائه لوظائفه، حماية المجتمع وحفظ كيانه، وتحقيق الرقي وتقديم خدمات عامة للأفراد<sup>1</sup>.

إن فكرة المنفعة العامة مرادفة لمصطلح المصلحة العامة فهي تقتضي بذلك كل الأعمال التي ترقى لخدمة المجتمع، ومتى تعلق الأمر بترع ملكية عقار معين فإن الأساس الذي تعتمد عليه هذه الأخيرة هو ارتباطها بمنفعة عامة يستند عليها المشروع المراد إنجازها. فالمنفعة العامة هي الغاية أو الغرض النهائي الذي يهدف إلى تحقيقه إجراء نزع الملكية، وغياها يعني عدم مشروعية الإجراء، وهذا الارتباط الكبير بين نزع الملكية والمنفعة العامة هو الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية<sup>2</sup>.

ولا يمكن التذرع من جانب مالك هذا العقار بأن الإدارة لم تحتقر عقارا آخر أكثر صلاحية من العقار الذي وقع عليه اختيارها، لكي يطعن في قرارها هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فإن للإدارة كامل الحرية في تقدير المساحة التي تلزم لإنشاء المشروع المحقق للمنفعة

<sup>1</sup> أحمد أحمد الموفي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992، ص.22.

<sup>2</sup> فاطمة الزهراء زموش، الضمانات القانونية في إطار نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.09.

العامة، لأنها هي التي تحدد العقار المناسب الذي يتلاءم مع المنفعة العامة، والتي من أجلها أجاز القانون التضحية بمصالح الأفراد، ولكن عليها إثبات المنفعة العمومية<sup>1</sup>.

3- نزع الملكية مقابل تعويض عادل ومسبق، وهو ما حرصت عليه مختلف النصوص الدستورية والتشريعية والتنظيمية بهدف ضمان حق المالك وتغطية الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق به من جراء هذه العملية<sup>2</sup>. إن مسألة التعويض تخضع على الدولة أو الأشخاص المعنوية الأخرى أن تقوم بتقدير هذا التعويض بشكل يتناسب مع قيمة العقار المتروك ملكيته. إذن فالتعويض يكون مقابل مالي، ومن حق مالك العقار أن يعترض على قرار الإدارة بشأن نزع ملكية العقار أو مبلغ التعويض برفع دعوى قضائية.

## II- العلاقة بين السلطة التقديرية ونزع الملكية للمنفعة العامة

إن نزع الملكية للمنفعة العامة يكون مبنيًا على قرار إداري الذي يتوفر على العناصر اللازم لمشروعية وفقا لما يقتضيه القانون حيث أن قرار نزع الملكية يتضمن السلطة التقديرية للإدارة في عنصر السبب لأن الإدارة في حاجة أو واقعية أدت بالإدارة إلى إصدار تتمتع في

<sup>1</sup> ماجد راغب الحلوي، المرجع السابق، ص. 536.

<sup>2</sup> عبد القادر غيتاوي، الضمانات التشريعية والقضائية لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص. 12.

هذا الشأن بالسلطة التقديرية في تحديد العقار الواجب نزع ملكيته والذي يتوافق ويتلاءم مع تحقيق المصلحة العامة ، كما تملك الإدارة سلطة تقديرية مبلغ التعويض العادل والمناسب لقيمة العقار حيث يكون هذا التعويض مسبقا.

تعتبر السلطة التقديرية الوسيلة المقررة قانونا لتزع الملكية للمنفعة العامة، لأن الإدارة تتمتع بحرية في اختيار العقار الذي تراه ملائما كما تقوم بتحديد المساحة الأزمة لإقامة المشروع ذي النفع العام حيث أن المشرع لم يقيد الإدارة في تحديد نوع أو صورة المنفعة العامة التي تترع الملكية من أجلها ، ومن ثم تأخذ المنفعة العامة مفهوما واسعا وتخضع لتقدير الإدارة شرط أن لا تتعسف في استعمال سلطتها لتحقيق أغراض ومصالح أخرى<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد رفعت عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 175.

## الفصل الثاني

## مظاهر السلطة التقديرية في القرار الإداري

إن اعتراف المشرع للإدارة بالسلطة التقديرية له عدة مبررات عملية وقانونية تهدف إلى تأمين استمرارية العمل الإداري في مختلف المرافق العامة والعمل على توفير النظام العام. ولكن هذا لا يعني تجاهلاً لمبدأ المشروعية، فالسلطة التقديرية لها حدود وضوابط تفادياً لتعسف الإدارة في استعمالها، والحرص على ضمان حماية الحقوق والحريات العامة.

ومن هذا المنطلق فإن السلطة التقديرية للإدارة لا تكون إلا في حدود مبدأ المشروعية، وعليه فإن السلطة الإدارية تتمتع بهذه الحرية في مباشرة كافة أعمالها القانونية من عقود وقرارات إدارية، وكذلك الشأن بالنسبة لأعمالها المادية. تتجلى لنا مواطن وحدود السلطة التقديرية للإدارة من خلال القرارات الإدارية، لأنها تعتبر التصرفات القانونية التي تمارسها الإدارة في التعبير عن إرادتها المنفردة بشكل دائم تماشياً مع مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتلبية لمتطلبات المصلحة العامة.

يعد القرار الإداري عملاً قانونياً صادراً عن السلطات أو الهيئات الإدارية المختصة في الدولة، وإيرادتها المنفردة قصد إحداث آثار قانونية، إما بإنشاء مراكز قانونية عامة أو

خاصة، أو تعديلها أو إلغاؤها بهدف تحقيق المصلحة العامة في نطاق الوظيفة الإدارية في الدولة<sup>1</sup>.

إذن فمجال السلطة التقديرية للإدارة يتحقق من خلال دراسة وتحليل عناصر القرار الإداري، وذلك بتحديد جوانب التقدير في كل عنصر من عناصر مشروعية القرار رغم الاختلاف الفقهي. إلا أننا حاولنا تحديد مختلف جوانب التقدير في جميع عناصر القرار الإداري، لأن جوانب التقدير والاختيار لا تتركز فقط على العناصر الموضوعية للقرار الإداري. إلا أن التقدير في العناصر الخارجية لا يؤثر بشكل كبير لأنه واضح ومقيد بنص القانون إلا في بعض الحالات عكس العناصر الموضوعية<sup>2</sup>.

إذن فسوف نتطرق إلى جوانب التقدير في عناصر القرار الإداري (المبحث الأول)، أهم مجالات ممارسة السلطة التقديرية للإدارة (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر، ص. 357.

<sup>2</sup> قمنا بدراسة جوانب التقدير في العناصر الخارجية أو الشكلية للقرار الإداري لما لها من دور وأهمية في توضيح سلطة تقدير الإدارة عند اتخاذها للقرار الإداري. وقد تناولها كل من الأستاذ سامي جمال الدين، عصام عبد الوهاب البرزنجي، خالد سيد محمد، يعقوب يوسف الحمادي. وهناك من اعتبر أن السلطة التقديرية لا تتركز إلا في العناصر الموضوعية للقرار الإداري أمثال عبد الغني بسيوني، طعيمة الجرف، حمدي ياسين عكاشة.

## المبحث الأول

## جوانب التقدير في عناصر القرار الإداري

إن القرار الإداري لا يقوم إلا على ركن واحد لا غنى عنه، والمتمثل في ركن الإرادة لأنها أساس وجود وانعقاد القرار الإداري، ويشترط أن تكون ملزمة، وأن يكون القصد منها إحداث أثر قانوني معين، أما بقية العناصر الأخرى تختلف من قرار لآخر وذلك بحسب ما قد يفرضه القانون، بشأنها من شروط الصحة أو المشروعية وليست من شروط الوجود أو الانعقاد .

إن الحديث عن مظاهر السلطة التقديرية في القرار الإداري تكون من خلال عناصر المشروعية أو شروط الصحة فقط، فهي لا تتصل بأي حال من الأحوال بركن من أركان، لأن المشرع يتدخل أو يضع قيوداً و ضوابط، تتعلق بالعناصر المرتبطة بمشروعية القرار ولا

ترتبط بأسس وأركان القرار. وعليه إذا تدخل المشرع بشأن هذه العناصر تكون أمام السلطة التقديرية<sup>1</sup>.

الأصل أن طبيعة ومضمون عناصر مشروعية القرار الإداري ليست مفيدة بشكل مطلق فيها نوع من التقدير لعدة اعتبارات ومبررات سبق ذكرها، ولتحديد مجال السلطة التقديرية في القرار الإداري ارتأينا دراسة كل عنصر من عناصر المشروعية وتبيان صلاحية تقدير الإدارة.

تتطلب مشروعية القرار الإداري مجموعة من العناصر الشكلية (المطلب الأول)، العناصر الموضوعية (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> بالرغم من اختلاف الفقهاء حول أركان وعناصر القرار الإداري إلا أنه اتفق الكثير منهم على ضرورة الفصل بين أركان القرار وعناصر المشروعية أو شروط الصحة. لأن تخلف الركن يؤدي إلى انعدام القرار ما ذهب إليه كل من طعيمة الجرف ومصطفى كمال وصفي. محمود حلمي، عيوب القرار الإداري، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، العدد 2، 1970، ص. 104. سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 49-50.

## المطلب الأول

## العناصر الشكلية للقرار الإداري

تعد العناصر الشكلية للقرار الإداري بمثابة الجوانب الظاهرة في شكل القرار ولا حاجة إلى تحليلها ومعرفة مضمونها، كما أنها تتميز بالوضوح من خلال تحديدها وفقا للنصوص القانونية والتنظيمية وسهولة الرقابة عليها.

وللتوضيح أكثر سنتطرق إلى عنصر الشكل والإجراءات (الفرع الأول)، والاختصاص (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## الشكل والإجراءات .

لا يكفي لمشروعية القرارات الإدارية أن تصدر من الجهات المؤهلة قانونا لإصدارها، بل يتعين أن تصدر بالشكل المحدد لها قانونا، كما يجب أن تتضمن معلومات تعمل على تسيير عملية إثباتها إداريا وقضائيا، ويسهل الرجوع إليها عند الحاجة. يستوجب على الإدارة احترام القواعد الإجرائية قبل اتخاذ القرارات الإدارية، حسب ما ينص عليه القانون حماية للمصلحة العامة.

## أولاً: شروط شرعية الشكل والإجراءات

من المتفق عليه أنه لا يشترط شكل معين تصاغ به القرارات الإدارية، إلا أنه هناك شكليات جوهرية وأخرى ثانوية؛ حيث يترتب على الأولى عدم مشروعية القرارات الإدارية وتكون قابلة للإلغاء أمام القضاء الإداري عن طريق دعوى تجاوز السلطة. إن الشكليات جوهرية تؤثر في مدى صحة وشرعية القرارات الإدارية، ومخالفتها تشكل عيباً ووسيلة من وسائل الطعن بإلغاء القرار الإداري، وتكون مقررة لحماية مصالح وحقوق وحرريات الأفراد، لذلك يلزم القانون إتباعها واحترامها عند عملية اتخاذ وإصدار القرارات الإدارية<sup>1</sup>.

أما الشكليات الثانوية فهي لا تؤثر في سلامة وشرعية القرارات الإدارية عند مخالفتها فهي تتضمن مجموعة من المواصفات<sup>2</sup>:

1- الشكليات الجوهرية في شكل وتكوين مضمون القرارات الإدارية.

2- الشكليات المقررة فقط لحماية الروتين الإداري الداخلي ومصالح الإدارة، وليست

لها علاقة بحماية حقوق وحرريات ومصالح الأفراد بصورة مباشرة وغير مباشرة .

<sup>1</sup> عمار بوضياف، القرار الإداري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.138.

<sup>2</sup> عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.514.

3- الشكليات التي يمكن للإدارة تداركها وإصلاحها بسهولة وبسرعة.

4- الشكليات المستحيلة الاتخاذ والتطبيق في ظل حالات القوة القاهرة والظروف

الاستثنائية وحالات الاستعجال.

تتمثل الحالات التي يكون فيها عيب مخالفة الشكل، أي حالات تخلف أحد الشكليات

الجوهرية وهي كالتالي<sup>1</sup>:

1- حالة عدم تسبيب القرارات الإدارية.

2- حالة عدم تحديد تاريخ صدور القرارات الإدارية.

3- حالة عدم احترام شكلية تبليغ ونشر القرارات الإدارية.

4- حالة مخالفة شكلية وضع التأشير على القرارات الإدارية والمصادقة عليها من قبل

السلطات الإدارية المختصة

إن عملية تسبيب القرار تكون من خلال قيام الإدارة بالإعلان عن الأسباب القانونية

والواقعية التي حملتها على إصدار القرار الإداري، والتي تشكل الأساس القانوني الذي بني

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة، المرجع السابق، ص135، خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، 238.

عليه ، كما يعد التسبب ضمانة أساسية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم فهو يخلق نوعاً من الثقة المتبادلة بين الإدارة والأفراد وهو ما يقتضيه مبدأ المشروعية وما تتطلبه اعتبارات الديمقراطية السياسية والإدارية وصلاحتها<sup>1</sup>.

يختلف التسبب عن عنصر السبب، حيث أن الأول إجراء شكلي يتطلب القانون فهو يتضمن الإفصاح عن السبب، فإذا لم يوجد نص لا يستلزم ذكره<sup>2</sup>؛ بخلاف الثاني الذي يعتبر عنصر أساسي لمشروعية القرار، فهو يمثل الدافع والباعث إلى إصدار القرار. أحياناً يشترط المشرع قبل إصدار القرار الإداري، خضوعه لمجموعة من الإجراءات كأخذ رأي جهة إدارية معينة ممثلاً في الاستشارة، حيث يحدد القانون طبيعتها، أحياناً تكون إجبارية وأحياناً اختيارية<sup>3</sup>.

ومن بين القواعد الإجرائية حينما يصدر القرار الإداري عن لجنة أو مجلس إداري يتطلب فيه إجماع أعضاء على إصدار القرار عن طريق التصويت.

<sup>1</sup> عمار عوابدي، المرجع السابق، ص. 515.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 140.

<sup>3</sup> علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 761.

## ثانيا: مظاهر السلطة التقديرية بالنسبة للشكل والإجراءات:

تقوم الإدارة بالتعبير والإفصاح عن إرادتها في شكل قرار مكتوب غير أنها تتمتع بحرية واسعة في اختيار المصطلحات والتعبيرات والأساليب والصياغة التي تراها مناسبة وملائمة مع الغاية التي تسعى إلى تحقيقها. كما أن للإدارة سلطة التكييف القانوني على الوقائع التي صدر بشأنها القرار الإداري، وذلك بالاعتماد على الأسانيد والمتمثلة في القواعد القانونية المكتوبة الواردة في الدستور أو القانون أو اللوائح، أو في قاعدة قانونية غير مكتوبة سواء كانت عرفية أو مبدأ من مبادئ العامة للقانون، لهذا تتضمن القرارات الإدارية إشارة واضحة للسند القانوني الذي استند إليه مصدر القرار<sup>1</sup>.

ولكنه يحدث في بعض الأحيان تستند الإدارة إلى نص قانوني لا يتكيف مع طبيعة القرار بل كان يتعين عليها الاستناد لنص قانوني آخر، في مثل هذه الحالة يقوم القضاء الإداري بإحلال السند القانوني الصحيح بدلا من السند الخاطئ الذي استندت عليه الإدارة. وعليه يصحح القاضي القرار الإداري بدلا من أن يحكم بإلغائه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمود حلمي، المرجع السابق، ص.118.

<sup>2</sup> علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص.759.

إن المشرع لم يقيد الإدارة في وضع القرار بشكل معين، إلا أن ذلك لا يعني انتفاء وجود الشكليات الجوهرية، لأن غيابها يؤدي إلى عدم مشروعية القرار الإداري قضائياً، بخلاف الشكليات الثانوية. لأن عدم احترامها لا يؤدي إلى بطلان القرار الإداري مثل الإشارة إلى تاريخ القرار الإداري والأشكال الخاصة بديباجة القرارات والمقررات والمراسيم في ذكر النصوص القانونية المستند إليها في إصدار القرار مرتبة حسب تاريخ صدورها وأهميتها<sup>1</sup>.

إلا إذا ارتبطت هذه الأخيرة بعيب آخر كعدم الاختصاص نظراً للأهمية التي يجوزها من حيث التظلم الإداري، أو الطعن القضائي. مثلاً تاريخ القرار له أهمية من حيث نفاذ القرار، لأن هناك البعض من القرارات يتم تنفيذها من يوم إمضاءها مثلاً القرارات الخاصة بالتعيين والترسيم. على سبيل المثال، قرار يتضمن عزل موظف ولا يتضمن التاريخ فهنا يكون هذا القرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص وليس عيباً في الشكل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص.137.

<sup>2</sup> علي خطار شطناوي، نفس المرجع، ص.759.

كما تتمتع الإدارة بحرية تامة في أخذ رأي الهيئات الاستشارية، ولها كامل السلطة التقديرية في ذلك قبل اتخاذ القرار الإداري<sup>1</sup>. ولذلك يتعين التمييز بين نوعين من الاستشارة فهناك الاستشارة الإلزامية والاستشارة الاختيارية. أما الأولى فتتمثل في أن القانون يلزم مصدر القرار بأخذ رأي جهة أو هيئة أخرى قبل إصداره، غير أنه يستلزم أن يكون النص القانوني واضح في هذه المسألة من أجل التمييز بين إجراء الاستشارة، وبين الالتزام بالعمل برأي هذه الجهة<sup>2</sup>.

إلا أن الأصل في الاستشارة الإجبارية أو الإلزامية تفرض على الإدارة تقديم طلب إلى الهيئة الاستشارية لإبداء رأيها في مسألة معينة، كما يلزم مصدر القرار احترام الأحكام القانونية الخاصة بالآراء الاستشارية لأنها تؤدي إلى سلامة القرارات الإدارية من الناحية الموضوعية بالنظر لطبيعة عملها وكفاءة الأشخاص القائمين عليها. إذن الإدارة التي تقوم بإصدار القرار تكون سلطتها مقيدة في العمل بالإجراء الاستشاري، ولكن تكون سلطتها تقديرية من حيث الأخذ بالرأي الاستشاري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمود حلمي، المرجع السابق، ص.123.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.137.

أما بالنسبة للاستشارة الاختيارية، فإن القانون لا يلزم مصدر القرار بطلب إجراء الاستشارة من جهة أو هيئة معينة، بل له السلطة التقديرية بشأن القيام بالاستشارة والأخذ برأيها. إن الآراء التي تصدرها الهيئات الاستشارية تنقسم إلى ثلاث أصناف وهي الآراء البسيطة، والمطابقة، والاقتراحات أو التوصيات<sup>1</sup>.

يتبين لنا أن سلطة الإدارة تقديرية ومقيدة في إتباع هذه الآراء والتوجيهات من خلال نص القانون على الاستشارة<sup>2</sup>. فالإدارة لها حرية الأخذ بهذه الآراء كقاعدة عامة، ولكن في حالات استثنائية يكون النص القانوني واضح وصريح في تقييد سلطة الإدارة بشأن الإجراء أو الرأي ذو الطابع الإلزامي، ومخالفته تؤدي إلى عدم مشروعية القرار الإداري. إلا أنه في غالب الأحيان تكون تقديرية من حيث صياغة القرار ومظهره الخارجي باستثناء التسبب إذا اشترطه القانون أو التنظيم لأن مرتبط بتعليل الواقعة مع السند القانوني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> علي خطار الشطناوي، المرجع السابق، ص 773.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، نفس المرجع، ص 137-138.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 142.

## الفرع الثاني

## الاختصاص في القرار الإداري

الاختصاص هو القدرة أو المكنة على مباشرة الأعمال الإدارية وفقا لما تتضمنه النصوص القانونية. فالمشرع هو الذي يحدد قواعد الاختصاص وذلك من خلال توزيع المهام والوظائف على مختلف السلطات العامة في الدولة، ولهذا تعتبر هذه القواعد من النظام العام. بمعنى أنه لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، ويمكن لكل ذي مصلحة أن يثير الدفع بعدم الاختصاص في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى، كما يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه<sup>1</sup>.

أما الأستاذ محمود حلمي يفرق بين الاختصاص والولاية، يعتبر أن "الاختصاص شرط من شروط صحة القرار الإداري فهو يندرج ضمن الولاية. بمعنى أن الاختصاص هو صلاحية العضو الإداري داخل الجهة الإدارية صاحبة الولاية بممارسة صلاحياته ومهامه المحددة قانونا وفي حدود اختصاصه الزماني والمكاني. أما الولاية فهي ركن تتضمن سلطة إصدار القرار

<sup>1</sup> سعاد الشرقاوي، المنازعات الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص.193.

بمعنى أنها هي الجهة الإدارية التي لها الأهلية في إصدار القرار فإذا تخلف هذا الركن أصبح القرار معدوماً لأنه مشوب بعيب اغتصاب السلطة<sup>1</sup>.

القانون الذي يقوم به الموظف ببعض التصرفات القانونية باسم الشخص المعنوي العام، ويكون ذلك وفقاً للحدود والضوابط التي ينص عليها القانون. وبمعنى آخر هو القدرة القانونية لممارسة الأعمال والتصرفات لحساب شخص معنوي عام طبقاً للقواعد القانونية. إن النصوص القانونية التي تحدد اختصاصات السلطة الإدارية تكون قواعد أمرية وملزمة لا يجوز مخالفتها، ولكن أحياناً تجيز هذه النصوص أن يقوم صاحب الاختصاص بتفويض بعض من صلاحيته إلى الموظفين التابعين له، فأحياناً نجد أن هذه القواعد تجيز لصاحب سلطة تفويض بعض من صلاحيته.

### أولاً: جوانب التقدير في الاختصاص

#### I- التفويض

يقصد بالتفويض الإداري هو نقل بعض من الاختصاصات وصلاحيات الرئيس إلى أحد مرؤوسيه ضماناً لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد. فإذا كان الأصل أن

<sup>1</sup> محمود حلمي، المرجع السابق، ص. 118.

الاختصاص في القانون العام ليس حقا شخصيا أو قرارا لصاحب الاختصاص يمارسه كما يشاء، بل هو واجب مهني ووظيفة إدارية الهدف منه تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>.

إذا أنيط بسلطة من السلطات الإدارية اختصاص معين بمقتضى المبادئ الدستورية أو القوانين أو اللوائح فلا يجوز لها أن تتنازل عنه أو تفوض إلى سلطة أو جهة أخرى، لأن مباشرة الاختصاص عندئذ يكون واجبا قانونيا عليها وليست حقا لها يجوز لها أن تعهد به لسواها، إلا أنه يستثنى من ذلك ما إذا كان القانون يتضمن تفويضا في الاختصاص، حيث يكون مباشرة الاختصاص في هذه الحالة من الجهة المفوض إليها ومستمد مباشرة من القانون<sup>2</sup>.

إن ممارسة الاختصاص تقوم على أساس قانوني، حيث أن القانون هو الذي يحدد ضوابط الاختصاص من حيث الهيئة والموضوع، فالتفويض لا يكون إلا بنص قانوني يستند إليه قرار التفويض الصادر عن صاحب الاختصاص. وينقسم التفويض بالنظر إليه من زاوية

<sup>1</sup> خليفني محمد، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص.09.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.162.

الموضوع أو الطبيعة إلى نوعين رئيسيين هما تفويض الاختصاص أو السلطة، وتفويض التوقيع أو الإمضاء وهما على التوالي<sup>1</sup>:

#### أ- تفويض الاختصاص أو السلطة.

يقصد بتفويض الاختصاص أو السلطة، أن يعهد الرئيس بنقل بعض من اختصاصاته والتي يستمدّها من النصوص القانونية إلى أحد مرؤوسيه. وهو ما يترتب عليه قيام المفوض إليه بهذه الاختصاصات دون الرجوع إلى الرئيس المفوض<sup>2</sup>.

ويتميز تفويض الاختصاص بعدم إمكانية المفوض ممارسة الاختصاص الذي تم تفويضه إلى المفوض إليه إلا إذا تم إلغائه بقرار صريح. لأن قرار التفويض يترتب آثاراً قانونية من خلال عملية نشره، كما ترتبط قيمة أو قوة القرارات الصادرة في تفويض الاختصاص بدرجة ومرتبة المفوض إليه وفقاً للسلّم الإداري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خليفني محمد، المرجع السابق، ص24.

<sup>2</sup> إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الجامعية، بيروت 1994، ص.164.

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، التنظيم الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.205.

## ب- تفويض التوقيع

ونعني به قيام المفوض إليه بعمل مادي، والمتمثل في الإمضاء على قرارات أو مقررات أو أية وثائق معينة تدرج ضمن اختصاص المفوض وتكون باسمه ولحسابه، لأنه لا يعد سوى تمثيل مظهري للسلطة فهو لا ينقل سلطة حقيقية للمفوض إليه، وإنما يعهد إليه مهمة مادية والمتمثلة في تجسيد إرادة الأصل ويعهد به في معظم الأحيان للمساعدين المقربين من الرئيس الإداري<sup>1</sup>.

يتميز تفويض التوقيع ببعض الميزات والخصائص التي تميزه عن تفويض الاختصاص من حيث طبيعته وأحكامه. فتفويض التوقيع لا يتضمن نقلاً للاختصاص لأن المفوض يقوم بممارسة العمل المفوض إلى جانب المفوض إليه. كما يتميز بالطابع الشخصي لأنه ينطوي على ثقة خاصة ولا ينقضي إلا بتغير أحد طرفيه، ويتم ذلك بشكل تلقائي دون أن يستلزم ذلك إصدار قرار صريح من المفوض<sup>2</sup>.

يشترط في التفويض مجموعة من الشروط المتمثلة في:

<sup>1</sup> عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.91.  
<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، 2002، ص.122.

أ- وجود النص الآذن بالتفويض: أن يكون بناء على نص قانوني لممارسة الاختصاص، ويكون من طرف الشخص المحدد قانوناً، ولكن بموجب نص قانوني يميز هذا التفويض. ولقد أجمع كلاً من الفقه والقضاء على وجوب استناد التفويض إلى نص قانوني يأذن به، وهذا لضمان مشروعيته. وأن يكون النص الآذن بالتفويض من نفس مرتبة النص المقرر للاختصاص<sup>1</sup>.

ب- شروط شخصية: كما أن التفويض يتطلب شروطاً شخصية تتعلق بطرفي التفويض، أي المفوض والمفوض إليه. بالنسبة للمفوض يجب أن يصدر قرار التفويض عن صاحب الاختصاص المحدد في النص الآذن، باستثناء حالة التفويض المباشر، لأن هذا الأخير لا يتم من طرف صاحب الاختصاص، بل يصدر عن سلطة أعلى منه، حيث تقوم بتفويض جزء من اختصاصاته إلى موظف آخر<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمفوض إليه، حتى يكون قرار التفويض صحيحاً وسليماً من الناحية القانونية، يجب أن يكون المفوض إليه معينا في وظيفته تعييناً قانونياً، لأنه لا يعتد بتصرفاته إذا

<sup>1</sup> خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص. 107.

<sup>2</sup> منور كربوعي، التفويض الإداري وتطبيقاته في الإدارة المركزية الجزائرية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1985-1986، ص. 88.

كان خارجا عن نطاق وظيفته، أو تمّ انقضاؤها لأحد الأسباب. كما يجب على المفوض إليه الالتزام بحدود الاختصاصات المفوضة في قرار التفويض ولا يجوز له تفويض التفويض، و إلا كانت تصرفاته غير مشروعة وقابلة للإلغاء أو السحب من طرف المفوض، أو الإلغاء عن طريق القضاء الإداري<sup>1</sup>.

### ج- الشروط الموضوعية: تتعلق بتحديد مضمون الاختصاص المفوض أي موضوع

التفويض، حيث يشترط فيه أن يكون جزئي بشكل واضح ومحدد ومطابق للنص الآذن. إلا أن هذا الأخير قد يتضمن تحديد الاختصاص المفوض تارة على سبيل الحصر أو الاستثناء، وتارة أخرى يترك للمفوض الحرية في اختيار الاختصاص الذي يقوم بتفويضه. حتى لا يتعارض مع القواعد العامة و الأسس القانونية للتفويض<sup>2</sup>.

### د- الشروط الشكلية: إن قرار التفويض كغيره من القرارات الإدارية يخضع لنفس

أحكام وأركان القرار الإداري مع مراعاة أحكام النص الآذن، لأن أهمية الشكل تكمن في الوضوح والتحديد لمضمون القرار وذلك بهدف إحداث آثار قانونية، بالإضافة إلى ذلك فإنه

<sup>1</sup> منور كربوعي، المرجع السابق، ص.89.

<sup>2</sup> خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص.123.

يعدّ ضمانه قانونية سواء بالنسبة لأطراف التفويض أو الغير<sup>1</sup>. ومن بين هذه الشكليات الجوهرية النشر، فهو يعد وسيلة من وسائل العلم بالقرارات الإدارية التنظيمية الخاصة بقرار التفويض. وتتمثل أهمية النشر في تحديد الوقت الذي يتم فيه تنفيذ أو إنهاء قرار التفويض، بالإضافة إلى معرفة المدة القانونية للطعن الإداري والقضائي وتختلف وسائل النشر بالنسبة لقرار التفويض، باختلاف الهيئة أو السلطة الصادر عنها<sup>2</sup>.

## II- السلطة التقديرية في التفويض .

بعدها أن تطرقنا إلى مفهوم التفويض وتحديد شروطه القانونية يستوجب علينا توضيح مظاهر السلطة التقديرية في قرار التفويض، وذلك بالرجوع إلى الأساس القانوني الذي يقوم عليه التفويض. حيث نجد أن النص القانوني الذي يجيز لصاحب الاختصاص تفويض بعض صلاحياته، يمنح لهذا الأخير أي المفوض حرية اختيار المفوض إليه، خاصة في تفويض التوقيع، لأنه يقوم على الثقة الشخصية. وعليه فإننا بصدد السلطة التقديرية التي يتمتع بها الرئيس الإداري.

<sup>1</sup> منور كربوعي، نفس المرجع، ص.127.

<sup>2</sup> خليفني محمد، المرجع السابق، ص.51.

كما أن موضوع أو محل قرار التفويض يعد من بين مظاهر السلطة التقديرية للإدارة التي يحددها النص القانوني الآذن بالتفويض، فهو يمنح لصاحب الاختصاص سلطة تقدير الصلاحيات التي يفوضها إلى المفوض إليه، فإذا كان النص القانوني يجيز للمفوض السلطة التقديرية إلا أن قرار التفويض يمنح للمفوض إليه السلطة المقيدة في ممارسة الاختصاصات والصلاحيات المفوضة .

إن النص الآذن بالتفويض يمنح للمفوض حرية تقدير ملاءمة التفويض أو عدم التفويض بحسب ظروف العمل، ومواجهة تزايد الأعباء الإدارية بصورة غير عادية. كما يتمتع صاحب الاختصاص بحرية تقدير الشروط المناسبة لممارسة الاختصاص موضوع التفويض، ومدته إذا لم يرد في القانون حدود هذا التفويض<sup>1</sup>. يمكن للمفوض إنهاء التفويض في أي وقت فله السلطة التقديرية الكاملة، وذلك بموجب قرار بالنسبة لتفويض الاختصاص طبقاً لقاعدة توازي الأشكال.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 163.

## ثانيا- الإنابة في القرار الإداري

I- مفهوم الإنابة: تعد الإنابة وسيلة أو إجراء إداري يتم القيام بها في حالة وجود مانع مؤقت لصاحب الاختصاص، وتقوم بها السلطة الإدارية العليا بتعيين أحد الموظفين للنيابة عن صاحب الاختصاص وذلك تجنباً لشغور الوظيفة، والعمل على استمرارية المرفق العام .

تكون الإنابة في حال وجود مانع يحول دون ممارسة صاحب الاختصاص فتقوم السلطة الإدارية المختصة بتعيين نائب للتصرف بدلا من صاحب الاختصاص الأصيل، لحين صدور قرار مضاد أو انتهاء المانع الذي أدى لغيابه<sup>1</sup> .

حيث تتقرر الإنابة بموجب قرار صادر عن الهيئة العليا بتعيين النائب، من أجل ممارسة الوظيفة بشكل مؤقت<sup>2</sup> . وهناك من يرى أنّ الإنابة تكون بموجب قرار إداري بخلاف الحلول الذي يستند إلى نصوص تشريعية وتنظيمية، لأنّ النيابة تكون بشكل مفاجئ ولا تتطلب إجراءات معقدة في تعيين النائب<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> علي خطار شطناوي ، المرجع السابق ، ص.702.

<sup>2</sup> L'intérim est décidé en fonction des nécessités par l'autorité supérieure à celle qu'il s'agit de remplacer provisoirement. Cf. Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON , Patrice CHRETIEN Guidon, op.cit, P.438.

<sup>3</sup> L'intérim au contraire, n'est pas prévu par un texte législatif ou réglementaire, il est institué de façon improvisée par décision de l'autorité supérieure à celle qu'il s'agit de remplacer temporairement, et cela par le simple fait désignation de l'intérimaire. CF .René CHAPUS, op.cit, p.971.

تقتضي مشروعية الإنابة توفر مجموعة من الشروط<sup>1</sup>:

- 1- شغور الوظيفة مؤقتا ويقصد بها وجود مانع قانوني يؤدي إلى فراغ قانوني في وظيفة معينة تحول دون ممارسة الاختصاص الوظيفي بشكل مؤقت .
- أ- تكون الإنابة عن طريق قرار إداري يتم فيه تحديد النائب والصلاحيات.
- ب- لكي يكون قرار الإنابة مشروعاً، يستوجب أن لا يكون هناك نص قانوني يمنع ذلك، أو ينص على أنه يتم اللجوء إلى الحلول كوسيلة قانونية لتفادي شغور الوظيفة .
- ج- أن يصدر قرار الإنابة من سلطة إدارية أعلى من صاحب الاختصاص في السلم الإداري.
- د- يتم اختيار الموظف النائب وفقاً لتناسب وظيفة صاحب الاختصاص. ويتمتع الموظف النائب بذات الصلاحيات التي يمارسها صاحب الاختصاص، إلا ما يستثنى منها في قرار الإنابة. تكتسب القرارات الصادرة عن النائب نفس القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن صاحب الاختصاص .

<sup>1</sup> خالد خليل الظاهر، المرجع السابق ، ص.128.

## II- مظاهر السلطة التقديرية في الإنابة

من بين شروط مشروعية الإنابة وجود قرار إداري صادر عن سلطة إدارية تعلق صاحب الاختصاص، فهذه السلطة لها حرية اختيار الموظف النائب. كما لا تشترط في هذا الأخير توافر ذات الشروط القانونية التي يتطلبها القانون في صاحب الاختصاص، ولكن يتعين على السلطة المختصة إعطاء الأولوية للموظفين الذين تتوفر فيهم ذات الشروط القانونية التي يتطلبها القانون في صاحب الاختصاص<sup>1</sup>.

إن السلطة الإدارية المختصة بإصدار قرار الإنابة لها السلطة التقديرية في إنهاء الإنابة لسبب من الأسباب وتعيين نائب جديد، كما أنها تملك حرية تحديد الصلاحيات التي يمارسها النائب وقد تستثني الصلاحيات ذات الطابع الشخصي والمالي. كما أن الأساس القانوني الذي تتم بموجبه ممارسة السلطة التقديرية في حالة الإنابة تكون عند عدم وجود النص، حيث يتم العمل بمبدأ أدوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، شرط أن لا يكون هناك نص ينظم كيفية ممارسة الاختصاص عن طريق الحلول. لأن هذا الأخير يكون بقوة القانون

<sup>1</sup> علي خطار الشطناوي، المرجع السابق، ص.706.

وبشكل مسبق يتم فيه تحديد الموظف الذي يحل محل صاحب الاختصاص، وبالتالي تكون سلطة الإدارة مقيدة في هذه الحالة، على خلاف التفويض و الإنابة .

بعدها تطرقنا للعناصر الشكلية سوف نبين جوانب التقدير في العناصر الموضوعية.

## المطلب الثاني

### جوانب التقدير في العناصر الموضوعية للقرار الإداري

تعد العناصر الموضوعية للقرار الإداري أو كما يسميها البعض بالعناصر الداخلية من أهم شروط صحته ومشروعيته، لكونها مرتبطة بأساس وموضوع القرار. فهي تتطلب نوعاً من الفحص والرقابة على مضمون القرار من خلال السبب والمحل والغاية التي يحققها القرار. إذن فمن واجب رجل الإدارة أو مصدر القرار الالتزام بشرعيتها من خلال تطبيقه للقانون، كما أن مظاهر السلطة التقديرية تتضح بشكل جلي من خلال هذه العناصر، مما يستوجب الرقابة القضائية عليها بشكل متعمق عكس العناصر الشكلية.

وعليه سوف نبين هذه العناصر المتمثلة في المحل ( الفرع الأول)، السبب (الفرع

الثاني)، الغاية (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

## محل القرار الإداري

يقصد بعنصر المحل هو الأثر القانوني الذي يرتبه القرار الإداري، فهو يهدف إلى إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني. حيث يشترط أن يكون محل القرار الإداري مشروعاً، أي أن هذا الأثر القانوني جائز ومطابق لنص القانون.

## أولاً: مشروعية المحل

ويتحدد موقف القانون بصدد محل القرار الإداري وفقاً لما يختاره المشرع من بين

الأساليب التالية<sup>1</sup>:

- أن يحظر المشرع تماماً ترتيب أثر قانوني معين.

- أن يفرض المشرع ترتيب أثر قانوني محدد بصدد قرار إداري معين، بحيث لا يترك

للإدارة إمكانية الاختيار بين عدة حلول، فتلتزم السلطة الإدارية بتطبيق النص القانوني الذي

يحدد محل القرار الإداري.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 254.

- أن يتيح المشرع للإدارة قدرا من حرية التقدير ويترك لها حرية الاختيار بين أكثر من أثر قانوني لإصدار قرار إداري معين ، فالإدارة لها السلطة الملائمة في اختيار الأثر القانوني الذي يتناسب مع إصدار القرار .

- قد يتخلى المشرع عن تقييد الإدارة بشكل تام ومطلق على أساس أن كافة الحلول التي يمكن أن تختارها السلطة الإدارية تعد مشروعة قانونا، فمثلا إذا قرر القانون أن للإدارة سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة .

إن محل القرار الإداري يتعلق بموضوعه، كما أن عملية تقدير مشروعية تتحدد بمدى ضرورة اتخاذ القرار. ومن ثم تحديد مضمونه بالمقارنة مع الأسباب التي تم التحقيق من وجودها المادي ومن صحة تكييفها القانوني أولا<sup>1</sup>.

يشترط في محل القرار أن لا يكون مخالفا للقواعد القانونية والمبادئ العامة للقانون، وبناءا عليه يتعين على الجهات الإدارية ممارسة صلاحياتها القانونية وفقا للقواعد والنصوص القانونية التي تحدد لها اختصاصاتها. ولكننا نأخذ بالمفهوم الواسع لاصطلاح قواعد القانون،

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص104.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص256.

بحيث تشمل جميع مصادر مبدأ المشروعية، وعليه يكون محل القرار الإداري غير مشروعاً إذا كان فيه مخالفة لهرم تدرج القواعد القانونية للدولة أو لمبادئ العامة للقانون<sup>1</sup>.

### ثانياً- مظاهر السلطة التقديرية للإدارة في عنصر المحل

إن الحديث عن جوانب التقدير في القرار الإداري بالنسبة لعنصر المحل نجد أن الإدارة مقيدة باحترام القواعد القانونية لمشروعية القرار ولكن في حالة غياب النص تتمتع سلطة تقديرية ولكنها تستلزم التناسب بين موضوع القرار والمبادئ العامة للقانون.

إن محل القرار الإداري يرتبط بعنصر السبب لأن هذا الأخير يكون سابقاً على الأثر القانوني الذي يترتب عليه القرار وذلك من حيث الترتيب الزمني لاتخاذها. ويتمثل هذا الارتباط في التقييد والتقدير فإذا قام المشرع بتقييد سلطة الإدارة بشأن السبب فعلى مصدر القرار أن يعمل على اتخاذ إجراء معين في واقعة معينة بإحداث أثر قانوني محدد في نص القانون. فمثلاً إذا قرر القانون أن للإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية النظام العام وحفظه في حالة تعرضه لأي خطر أو تهديد على الأمن العمومي، فنجد أن القانون ترك للإدارة سلطة

<sup>1</sup> علي خطار الشطناوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 806.

تقديرية كاملة في تحديد محل القرار وفي تقدير أهمية الوقائع أو قيمة السبب الذي يبرر اتخاذ هذا القرار ، وذلك نتيجة لعدم وجود تحديد قانوني بالنسبة لسبب والمحل في وقت واحد<sup>1</sup> .

على الرغم من عدم وجود النص القانوني الذي يقيد محل أو موضوع القرار الإداري، إلا أنه يستوجب على الإدارة احترام المبادئ العامة للقانون التي يستند إليها القاضي الإداري في رقابته على ملاءمة القرار الإداري<sup>2</sup> .

## الفرع الثاني

### سبب القرار الإداري

يعتبر عنصر السبب من أهم عناصر مشروعية القرار الإداري، ويقصد به تلك العناصر الواقعية والقانونية التي تشكل الدافع والباعث الذي أدى إلى اتخاذ القرار الإداري. إن المعنى العام للسبب هو الفكرة، أو الأمر، أو الواقعة الخارجية التي تقوم بعيدا، و مستقلة عن ذهنية

<sup>1</sup> سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص، 255.

<sup>2</sup> سنتطرق إلى هذا الأمر لاحقا وذلك عند الحديث عن مجال الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بنوع من التفصيل في الباب الثاني.

وعقلية وإرادة رجل الإدارة وتدفعه إلى اتخاذ قرار إداري معين، لمجابهة هذا الأمر، أو هذه الواقعة<sup>1</sup>

### أولاً- عناصر السبب

يقوم القرار الإداري على أسباب قانونية أو واقعية وإما معا، حيث يقصد بالأسباب القانونية تلك الأسس التي يقوم عليها القرار الإداري باعتبارها الشرط الأساسي لمباشرة الاختصاصات و الصلاحيات الإدارية، فإذا كانت الأسباب القانونية كافية لإصدار القرارات الإدارية العامة ، فإن إصدار القرارات الفردية يقتضي قيام الأسباب القانونية والواقعية معا. وعليه يتعين على الإدارة واختصاصاتها إصدار القرارات الإدارية أن تتوفر مجموعة من الوقائع التي تفرض عليها القيام بممارسة مهامها المحددة قانونا.

وتتخذ الأسباب الواقعية التي تشكل الشق الثاني من عنصر السبب في القرار الإداري. حيث تتخذ هذه الأسباب ثلاثة مظاهر أساسية<sup>2</sup>. متمثلة إما في صورة عمل معين مثلا طلب الاستقالة الذي يتقدم به الموظف لإنهاء العلاقة الوظيفية التي تربطه بالإدارة العامة. وقد

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص586. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص.425. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص.102. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.144.

<sup>2</sup> علي خطار الشطناوي ، المرجع السابق، ص.869.

تتخذ الأسباب الواقعية صورة حالة معينة تتمثل في مجموعة من الأعمال أو الأفعال كانت إيجابية أو سلبية مثلا ارتكاب الموظف أثناء أداء مهامه تجاوز حدود صلاحيته أو قيام بالتغيب دون عذر مشروع.

قد تتخذ هذا الأسباب الواقعية في شكل صفة معينة، في شخص أو في شيء بمثابة شرط موضوعي وضروري لإصدار القرار الإداري وإضفاء صفة المشروعية. مثلا صفة سكن آيل للسقوط كشرط لتهديم المسكن. استيفاء شروط التوظيف في المرشح لشغل الوظيفة العامة.

يشترط في عنصر السبب ثلاثة شروط تم اكتشافها وتقديرها من طرف القضاء الإداري والمتمثلة في الوجود المادي للوقائع وأخيرا التقدير الملائم بين التكييف والوقائع. بالنسبة لشرط الوجود المادي للوقائع القانونية أو المادية يقصد به الوجود الفعلي والواقعي والحقيقي لهاته الوقائع كانت مادية أو قانونية حيث تتمثل لأولى مثلا في الحالة المادية لمسكن معين، هدد بالسقوط فمن شأن السلطة الإدارية المختصة إخلاء هذا المسكن من أجل ترميمه أو هدمه، أما بالنسبة للوقائع القانونية مثلا تعيين مستخلف في وظيفة بسبب شغورها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>عمار عوابدي، المرجع السابق ص.114.

أما شرط التكييف القانوني السليم للوقائع فهو عملية إسناد هذه الوقائع كانت مادية أو قانونية للنصوص القانونية والتنظيمية التي تنص وتحدد كيفية التعامل مع هذه الوقائع من أجل اتخاذ القرار المناسب الذي يتماشى مع مقتضيات وطبيعة الظروف المحيطة بهذه الوقائع بهدف تحقيق المصلحة العامة والنظام العام داخل الدولة.

### ثانياً: جوانب التقدير في عنصر السبب

تظهر السلطة التقديرية للإدارة في عنصر السبب بشكل كبير بخلاف عناصر القرار الإداري الأخرى ، وتمثل مظاهر التقدير في سلطة الإدارة بالتكييف القانوني الذي يتلاءم مع الوقائع المسببة لاتخاذ القرار الإداري.

كما تكون السلطة التقديرية حينما لا يحدد القانون السبب أو الأسباب التي يبنى عليها اتخاذ القرار الإداري. أو أن يحدد هذه الأسباب دون تعيين نوعية القرار الذي يستند إليها، كما هو الشأن فيما يتعلق بواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام<sup>1</sup>. إن مصدر أو أساس السلطة التقديرية هو التشريع، لكونه يمنح الإدارة قدراً من حرية التصرف واتخاذ القرار المناسب مع الظروف والأوضاع التي تواجهها الإدارة في حماية النظام العام.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ص.42.

إن مدى وحدود السلطة التقديرية للإدارة بشأن أسباب القرار الإداري يحدده المشرع، حيث نجد أن السلطة التقديرية للإدارة أحيانا تكون بشكل ضيق وأحيانا تكون بشكل واسع. هناك حالات يتجه المشرع فيها إلى منح الإدارة قدرا من السلطة التقديرية، فيحدد فقط ما ينبغي على الإدارة اتخاذه من قرارات إذا حدثت وقائع معينة، ويترك لما بعد ذلك حرية التدخل أو الامتناع. ومثال ذلك عند وقوع خطأ مهني من جانب الموظف، يكون للإدارة حرية تقدير العقوبة التأديبية الواردة في القانون. وهناك حالات أخرى يتجه المشرع فيها إلى منح الإدارة سلطة تقديرية بشكل واسع في اختيار السبب، دون أن يضبطها بأية قيود ولا يلزمها بمراعاة حالة واقعية معينة. وفي مثل هذه الحالة تملك الإدارة سلطة تقديرية في اختيار السبب<sup>1</sup>.

إذن تكون سلطة الإدارة في تحديد أسباب القرار الإداري مقيدة بالنص القانوني الذي يحدد مجاها ويبيّن موضوع أو محل القرار، ولكن أحيانا نجد أن النص يحدد غاية وهدف القرار بتحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام دون تحديد أسباب معينة لاتخاذ القرار.

<sup>1</sup> نواف كنعان، المرجع السابق، ص.47.

وعليه يشترط على الإدارة لممارسة سلطتها التقديرية أن تراعي صحة هذه الأسباب كانت قانونية أو واقعية لكي يكون القرار الإداري مشروعاً، لأن هذا الأخير يخضع لرقابة القضاء الإداري<sup>1</sup>. ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة استناد الإدارة في قراراتها على أسباب صحيحة، سواء صدرت عن سلطة مقيدة أم سلطة تقديرية، لأنه حتى في هذه الحالة الأخيرة فإنه يلزم على الإدارة أن يكون التكييف متناسباً مع الوقائع المادية دفعتها إلى اتخاذ القرار، لأنه لا يتصور أن يقوم القرار الإداري مجرداً عن سببه<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث

#### غاية القرار الإداري

##### أولاً: مفهوم عنصر الغاية في القرار الإداري

يقصد بالغاية في القرار الإداري الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من وراء إصدارها للقرار، فالمصلحة العامة هي الهدف الذي يجب أن يضعه متخذ القرار عند إصداره للقرار الإداري، فإذا استهدفت الإدارة من إصدار قرارها غاية بعيدة عن تحقيق المصلحة

<sup>1</sup> لقد بدأت رقابة القضاء الإداري تتطور تدريجياً على أسباب القرار الإداري بداية من الأسباب القانونية إلى الحالات المادية أو الواقعية وكانت هذه الأخيرة خطوة أساسية في ظهور رقابة الملاءمة.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 180.

العامة، أو استهدفت غاية عامة أخرى تختلف عن الغاية التي حددها القانون لإصدار القرار كان القرار مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ويكون بالتالي قابلاً للإبطال.

فالغاية من إصدار قرار بتعيين موظف ما أو ترقيته هو ضمان استمرار سير المرافق

العامة، والغاية من إصدار قرارات الضبط الإداري هي حماية النظام العام بالدولة

وإذ كانت القاعدة العامة أن القرارات الإدارية جميعها ودون استثناء تستهدف تحقيق

المصلحة العامة فإن هناك أيضاً قاعدة أخرى تضاف إلى هذه القاعدة وتكملها وتقضي

بوجوب استهداف القرارات الإدارية تحقيق الأهداف التي عينها المشرع في المجالات المحددة

لها وهو ما يسمى بقاعدة "تخصيص الأهداف" ويقصد بها أن المشرع وفي حالات معينة يحدد

للإدارة غاية وهدفاً خاصاً معيناً يوجب عليها أن تستهدفه عند إصدار قراراتها.

### ثانياً: جوانب التقدير في عنصر الغاية.

يعتبر عنصر الغاية من أهم العناصر الموضوعية للقرار الإداري فهي تمثل الأهمية والنتيجة

التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها وهي خدمة الصالح العام. إلا أن هناك من يعتبر أن غاية القرار

هي مسألة منطقية وطبيعية لا نقاش فيها بحيث لا يمكن أن تخضع لتقدير الإدارة، بل هي

فكرة ثابتة سواء كان الاختصاص مقيد أو تقديري. ولكن هذا الأمر غير صحيح بل

المصلحة العامة هي فكرة واسعة وفضفاضة، فهي تتضمن في حد ذاتها العديد من الأهداف إن لم يتم تخصيصها.

إذا كانت الإدارة لا تستفيد من حرية التقدير فيما يتعلق بعنصر الغاية لكونه محدد بشكل واضح ودقيق، ولأن النشاط الإداري غايته محددة مسبقا ودائما بتحقيق المصلحة العامة، وهذا ما يسمى بفكرة الغاية المخصصة. ومن هنا لا يجوز للإدارة أن تنحرف عن الغاية المرسومة لها أو أن تسعى لتحقيق أغراض أخرى. ولكنه من الناحية العملية وأمام تنوع القرارات وتجدها وتشعب نشاط الإدارة واتساعه في مختلف الميادين، أصبح من المستحيل على المشرع أن يحدد هدف معين من بين الأهداف التي تدرج ضمن إطار المصلحة العامة<sup>1</sup>.

وهناك البعض من ينكر وجود السلطة التقديرية في عنصر الغاية أو الهدف مستندين بذلك إلى أن المصلحة العامة غاية مقيدة ومحددة لا يمكن لرجل الإدارة تقديرها، بحكم أنه من القواعد العامة التي تضع حدود اختصاص الإدارة وسلطاتها، وأن الغاية من القرار تفرضها المصلحة العامة وأن العمل الإداري مقيد دائما. ولكن يجب التفريق بين تخصيص الهدف والذي يكون فيه اختصاص رجل الإدارة مقيد، وإذا لم يكن هناك تحديد صريح

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.116.

لهدف معين فإن رجل الإدارة له أن يقدر ويختار من بين الأهداف التي تندرج ضمن تحقيق المصلحة العامة، لأنها فكرة عامة ومجردة فهي تتضمن العديد من الأفكار فعلي سبيل المثال كالمنفعة العامة وحماية الأمن القومي<sup>1</sup>.

لهذا السبب يتجه كثير من الفقه من المصري<sup>2</sup> إلى القول بأن عيب إساءة استعمال السلطة كوجه من أوجه إلغاء القرارات الإدارية لا يظهر في حالة ممارسة الإدارة للاختصاص المقيد. لأن السلطة الإدارية إذا احترمت جميع الشروط المتعلقة بصحة الشكل والإجراءات والمحل والسبب فمن المنطقي أن يكون الغرض منها مشروع، ففي هذه الحالة توجد قرينة غير قابلة لإثبات العكس بأن أهداف القرار الإداري سليمة مادامت الإدارة قد التزمت حدود القانون وتنفيذه.

<sup>1</sup> عصام عبد الوهاب لبرزنجي، ص.498. يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.116-117.

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، مصطفى أبو زيد، عبد الغني بسيوني، محمد كامل ليلة، مقتبس عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.315. خالد السيد، المرجع السابق، ص.280، عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص.499. يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.116.

ويرى الأستاذ سامي جمال الدين أنه من خلال ما تقدم يوجد تلازم بين عيب الغاية والسلطة التقديرية للإدارة التي تعتبر المجال الطبيعي أو الحقيقي والوحيد لظهور عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها<sup>1</sup>.

بعدها بينا صور أو مظاهر السلطة التقدير في القرار الإداري، سنحاول تحديد أهم المجالات التي تظهر فيها السلطة التقديرية للإدارة.

## المبحث الثاني

### أهم المجالات التي تمارس فيها الإدارة السلطة التقديرية

إن اعتراف المشرع بالسلطة التقديرية للإدارة له عدة مبررات عملية وقانونية، تهدف لتحقيق استمرارية العمل الإداري، ولكن هذا لا يعني تجاهلاً لمبدأ المشروعية، فالسلطة التقديرية لها حدود وضوابط حتى لا تتعسف الإدارة في استعمالها، وكذا لحماية حقوق وحرريات الأفراد نتيجة لما تتمتع به الإدارة من امتيازات.

تتجلى لنا مواطن وحدود السلطة التقديرية للإدارة من خلال القرارات الإدارية، لأنها تعتبر التصرفات القانونية التي تمارسها الإدارة في أغلب الأحوال، وفقاً للنصوص القانونية

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.315.

والتنظيمية، إلا أن مظاهر استعمالها نجدتها في جميع الحالات التي تمارس فيها الإدارة أعمالها بشكل دائم تحقيقا لاستمرارية المرفق العام والحفاظ على النظام العام. ولذلك ركزنا في دراستنا على مجالين أساسيين وهما الوظيفة العامة (المطلب الأول)، الضبط الإداري (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### صور السلطة التقديرية في الوظيفة العامة

تعدّ الوظيفة العمومية نظام قانوني خاص يقوم على أساس موضوعي وهيكلية من حيث الأحكام والمبادئ العامة في القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية والقوانين الأساسية الخاصة كذلك في تنظيم العلاقة بين فئة يصطلح عليهم بالموظفين. والذين يشترط أن تتوفر فيهم شروطا تتعلق بشغل مناصب دائمة، وأن يكونوا مرسمين في رتب السلم الإداري لدى المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري.

لقد مرت الجزائر بالعديد من التشريعات المتعلقة بالوظيفة العمومية إلا أن التشريع الأخير والمتمثل في الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 كان نتيجة لتكيف مع متطلبات التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ومن أجل تقرير وتدعيم مكانة الموظفين باعتبارهم الأداة الأساسية للدولة في تطبيق سياستها الوظيفية مستهدفة بذلك تحقيق

خدمة عمومية ذات نوعية للمجتمع الجزائري، لأنها أخذت على عاتقها تحقيق المصلحة العامة في إطار أنظمة الإصلاح الإداري التي قامت بها في الفترة الأخيرة<sup>1</sup>.

بات وحقوق الموظف، وينظم المسار المهني والمسؤولية التأديبية للموظف الذي يشتغل بصفة دائمة ومرسّم في السلم الإداري بمختلف المؤسسات و الإدارات العمومية التي تهدف لتقديم خدمات عمومية.

وللسلطة التي لها صلاحية التعيين مسؤولية تسيير هذه المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري، والسهر على تقديم وتحسين الخدمات العمومية للمواطنين، وذلك لن يكون إلا من خلال الاهتمام بالوضعية الإدارية والمهنية للموظف. لقد أقر المشرع في مجال الوظيفة العمومية العديد من الصلاحيات والسلطات التي يتمتع بها الرئيس الإداري لتسيير الحياة المهنية للموظفين، وذلك في إطار تنظيم الإدارة من خلال توزيع الموظفين على المصالح والمكاتب، كذلك تقييم أدائهم وسلطة التأديب.

<sup>1</sup> بوزيان مكلكل، الموظفون والإصلاحات الإدارية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 05، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2009، ص.81.

## الفرع الأول

## سلطة تعيين وتقييم الموظفين:

يمارس الرئيس الإداري سلطة إدارة الموارد البشرية بمختلف صورها من حيث تعيين الموظفين في الأقسام والمكاتب والمصالح والفروع التابعة للإدارة المعنية وذلك وفقا لاحتياجاتها، حيث يمارس الرئيس الإداري السلطة التقديرية أو ما يسمى في علم الإدارة العامة بالتسيير التقديري للوظائف والكفاءات الذي يتطلب التكيف والملاءمة مع الطلبات الداخلية والخارجية تماشيا مع مرونة النوعية والكمية<sup>1</sup>.

كما أن التوقع والاستشراف أصبح ضروريا لتحضير الإدارة لجميع التغيرات المستقبلية ومواكبة الظروف الراهنة مع وضع حصيلة تتضمن جميع العناصر الأساسية لنشاط الإدارة من وضعية الموظفين والأعمال المنجزة فالرئيس الإداري له السلطة التقدير من خلال معرفة احتياجات الإدارة والتنبؤ بالظروف المستقبلية التي تعترض عملية التسيير الإداري وله سلطة توزيع الموظفين لتحقيق التطابق النوعي والكمي للوظائف والكفاءات.

<sup>1</sup> إن التطورات الحديثة في عالمنا المعاصر تستوجب من المؤسسات والإدارات التكيف السريع مع البيئة ومختلف الطلبات الداخلية والخارجية فالتكيف والملاءمة يشل كافة الميادين ذات الصلة بتسيير الموارد البشرية، كما أن التوقع والاستشراف ضروري لتحضير المؤسسة للتغيرات المستقبلية وتحفيز التطابق النوعي والكمي للوظائف والكفاءات القائم على التسيير التقديري. سعيد مقدم، المرجع السابق، ص. 222.

وله أن يقترح على السلطة المكلفة بتعيين المناصب النوعية والوظائف العليا وفقا لتقديره ولمن يراه مناسبا لذلك المنصب. إذن للرئيس الإداري السلمي لسلطة الاقتراح للمناصب النوعية والوظائف العليا الشاغرة كما أن له سلطة تقييم أداء الموظفين التابعين له.

### أولا: تقييم أداء الموظفين

إن مسألة تقييم الموظفين تخضع لسلطة الرئيس السلمي، وفقا لمعايير تتناسب مع مدى إلتزام الموظف بأداء واجباته المهنية على أحسن وجه وبإخلاص وإتقان. إذن الموظف ملزم للقيام بمجموعة من الواجبات والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين: واجبات وظيفية بحتة وواجبات مرتبطة بأخلاقيات المهنة. حيث تتمثل هذه الواجبات الوظيفية البحتة بأداء الخدمة، الطاعة، عدم القيام بنشاط موازي أي مريح؛ أما الواجبات المرتبطة بأخلاقيات المهنة، تتمثل في تحلي الموظف بالأخلاق الحسنة سواء داخل الوظيفة أو خارجها، وواجب الاحترام، والالتزام بالحفاظ على السر المهني<sup>1</sup>.

إن تقييم الموظف يتعلق بمدى احترامه والتزامه لمختلف الواجبات المهنية وكيفية أدائها، من حيث الأداء والإتقان والإخلاص. ويجب أن يكون التقييم بشكل دوري ومستمر، حتى

<sup>1</sup> أكثر تفاصيل الخاصة بهذه الواجبات راجع الهاشمي خرفي، المرجع السابق، ص.142. سعيد مقدم، المرجع السابق، ص.224..

يمكن الموظف من الاستفادة من المنح والعلاوات الخاصة بالمردودية، والكفاءة المهنية، والترقية في الدرجات، والرتب. فإدارة الموارد البشرية تفرض على الرؤساء الإداريين التقييم الدوري للموظفين، من أجل تحفيزهم على تطوير قدراتهم، بالإضافة إلى ترقيةهم والاهتمام بتحسين مستواهم عن طريق التكوين.

إذن الرئيس الإداري له سلطة تقديرية واسعة تخضع لمعايير ذاتية لم يحددها القانون أو النص التنظيمي بشكل واضح وصريح في عملية تقييم الموظفين من أجل ترقيةهم أو اقتراحه لتولي مناصب نوعية أو وظائف عليا في الدولة. ولا يمكن لأي موظف الاعتراض في هذا الشأن، لأن المشرع لم يقيد بمعايير دقيقة وواضحة في هذا المجال.

إن مجال تقييم الموظفين في قطاع الوظيفة العمومية يعتبر طفرة نوعية أملتتها التطورات التي تعرضها علاقات العمل الحديثة وذلك بالانتقال من التنقيط إلى التقييم الشامل المرهون بمدى تحقيق الأهداف المسطرة<sup>1</sup>. لأن التقييم يدخل ضمن العوامل التحفيزية التي تتجسد في جملة من المؤشرات منها الراتب والتعويضات والمكافآت لاسيما بالنسبة لبعض الأسلاك

<sup>1</sup> سعيد مقدم، المرجع السابق، ص. 227.

النشيطه كالحماية المدنية والأمن الوطني والجمارك، إلى جانب مراعاة المسؤولية المرتبطة بالوظيفة المشغولة<sup>1</sup>.

### ثانيا: السلطة التأديبية

يعدّ النظام التأديبي في الجزائري نظام شبه قضائي، تستند فيه سلطة التأديب والعقاب على السلطة الرئاسية أو السلطة التي تملك صلاحية التعيين. فالعقوبة التأديبية هي عمل إداري تنفيذي تصدر في مواجهة الموظف العام، ويمكن أن تكون محل طعن أمام الجهة القضائية المختصة<sup>2</sup>.

يقصد بالسلطة التأديبية تلك الهيئة التي حولها القانون معاينة وتحديد الجريمة التأديبية التي ارتكبها الموظف وتقرير العقوبة المناسبة لها وفقا للنص القانوني، نجد النظام التأديبي يعتمد في الجزائر بمنح سلطة التعيين تحديد الخطأ التأديبي أما بالنسبة للعقوبة ترجع لجسامة الخطأ فالعقوبة أحيانا تكون من اختصاص سلطة التعيين أو ما إذا كان الخطأ جسيما يكون اختصاص اللجنة المتساوية الأعضاء.

<sup>1</sup> المادتين 97 و98 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية الأمر رقم 03/06، ج.ر العدد 46.

<sup>2</sup> بوزيان مكلكل، النظام القانوني للوظيفة العامة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجيلالي الياصب سيدي بلعباس، 2001-2002، ص.272.

## I- دور السلطة التأديبية في تقدير الخطأ المهني

إن معظم التشريعات لم تحدد الأخطاء المهنية بشكل محدد كما هو الشأن بالنسبة للجرائم الواردة في قانون العقوبات التأديبية الواردة في القانون وتبقى مسألة الأخطاء المهنية من اختصاص سلطة التعيين في تقدير جسامتها وتحديد العقوبة التي تتناسب مع الخطأ المهني<sup>1</sup>.

ويشكل الخطأ المهني مخالفة الموظف للالتزامات والواجبات المهنية الواردة في النصوص القانونية، فالمرجع حرص على ذكر الواجبات دون تحديده للأخطاء المهنية بشكل محدد وحصري<sup>2</sup>. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 160 و161 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

للسلطة التأديبية دور هام في تحديد جسامته الخطأ المهني من حيث وجوده وطبيعته ومدى تأثيره على سير الوظيفة، وتكييفه بالأخطاء المهنية الواردة في النصوص القانونية أي القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية والقوانين الأساسية الخاصة. لأن الأخطاء المهنية

<sup>1</sup> تتعدد المصطلحات المستعملة بالنسبة للخطأ المهني باختلاف التشريعات العربية، فهناك من يستعمل الجريمة التأديبية المخالفة التأديبية، الذنب الإداري.

<sup>2</sup> سليم جديدي، سلطة تأديب الموظف العام في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص72.

الواردة في القانون لم يتم ذكرها على سبيل الحصر فهي ليست كالعقوبات التأديبية. وعليه تقوم السلطة التأديبية بتكييف هذا الخطأ الذي ارتكبه الموظف ومقارنته بالأخطاء الواردة من حيث التشابه والتقارب في الطبيعة والآثار.

إن مبدأ المشروعية في مجال الجريمة التأديبية لا يطبق بشكل كامل كما هو الحال في القانون الجنائي، وذلك لعدم وجود حصر كامل للمخالفات التأديبية، بل إن الموظف يخضع للمساءلة التأديبية وتوقيع الجزاء إذا ما ثبت أنه ارتكب فعل إيجابي أو سلبى يشكل إخلالا بواجباته الوظيفية<sup>1</sup>.

للجريمة التأديبية أركان إلا أن هناك من يعتبر أن للجريمة ثلاثة أركان كالجريمة الجنائية وهناك من اعتبر أن لها ركنان بسبب غياب الركن الشرعي، أما الركن المادي فيتمثل في السلوك الذي يرتكبه الموظف كان إيجابيا أو سلبيا وينجم عنه الإخلال بالواجبات الوظيفية، أما الركن المعنوي يتمثل في القصد أي العلم والإرادة في ارتكاب السلوك الإيجابي أو السلبى الذي قام به الموظف حتى تقوم مسؤوليته التأديبية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سليم جديدي، المرجع السابق، ص.73.

<sup>2</sup> سليم جديدي، نفس المرجع، ص.74.

إن مبدأ التناسب من أهم المبادئ الحديثة المستعملة في المجال التأديبي، فعلى السلطة التأديبية تقدير العقوبة مع جسامه الوقائع التي أدت إلى اتخاذ القرار التأديبي. فإن مناط مشروعية السلطة التأديبية يكون من خلال تقدير التناسب بين الجزاء والمخالفة، كما يجب أن لا يشوبها غلو ومن صوره عدم التناسب بين الخطأ المهني والعقوبة التأديبية<sup>1</sup>.

إذن فالسلطة الإدارية أو سلطة التعيين تتمتع باختصاص تقديري في تكييف الأخطاء المهنية وتحديدتها حسب درجة جسامتها، لأن المشرع ترك لها المجال لعدة أسباب تنظيمية من حيث صعوبة حصر جميع الأخطاء المهنية بشكل دقيق، ولأسباب موضوعية ترجع للدور الذي تتميز به سلطة التعيين من صلاحيات واسعة في ضمان سير المرفق العام وفقاً لما تقتضيه طبيعة الظروف وما تتطلبه المصلحة العامة.

## II- دور سلطة التعيين في تقرير وتطبيق العقوبة التأديبي.

إذا كان للسلطة التعيين دور في مجال تحديد الأخطاء المهنية، فإن لها في المقابل سلطة تحديد العقوبات التأديبية وتنفيذها، إلا أن هذا الأمر ليس بشكل مطلق، في حالة وجود خطأ مهني جسيم فإنه يتم إحالة الموظف على لجنة إدارية متساوية الأعضاء، تتكون من ممثلين عن

<sup>1</sup> خديجة مرابط، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية الصادرة ضد الموظف العام، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص.57.

الإدارة وممثلين عن الموظفين بالتساوي وتختلف تشكيلة هذه اللجنة حسب الرتب. وتجتمع هذه اللجنة المتساوية الأعضاء بناءً على طلب سلطة التعيين، وذلك بعد تكييفها للخطأ المهني المرتكب من طرف الموظف، لتقرر هذه اللجنة العقوبة المناسبة بناءً على عملية تصويت أعضائها، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس.

وللعقوبة التأديبية مصطلح آخر يسمى كذلك بالجزاء التأديبي أو الجزاء الإداري، فهي تتمثل في الإجراء القانوني الذي ينص عليه القانون، نتيجة لقيام المسؤولية التأديبية للموظف بسبب ارتكابه للجريمة التأديبية.

ويرى الفقيه سليمان محمد الطماوي أن العقوبة التأديبية جزاء ذو نوعية خاصة يصيب الموظف في مركزه الوظيفي، دون المساس بحريته أو ملكيته الخاصة بسبب مخالفات ذات طبيعة خاصة تتصل اتصالاً وثيقاً بالعمل الوظيفي، بحيث يترتب عنها الحرمان أو الإنقاص من امتيازات الوظيفة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي، القضاء التأديبي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص.62.

إذا كانت الجريمة التأديبية تخضع للسلطة التقديرية للإدارة في تحديدها وتكييفها فإن العقوبة التأديبية يجب أن تخضع لمبدأ الشرعية، لأن المشرع يحدد العقوبات التأديبية على وجه الحصر وليس على سبيل المثال، كما هو الحال بالنسبة للمخالفات التأديبية<sup>1</sup>.

وشرعية العقوبة يعد ضماناً أساسية للموظف من تعسف السلطة التأديبية في استعمال سلطتها التقديرية، إلا أن المشرع حدد قائمة للجزاءات التأديبية وترك المجال للسلطة التأديبية في اختيار العقوبة التأديبية المناسبة مع الذنب الإداري، ولا يجوز لها تطبيق عقوبات أو جزاءات غير واردة في النصوص القانونية، وإلا كان هذا القرار التأديبي مشوباً بالبطلان<sup>2</sup>.

بالنسبة للقانون الجزائري، فلقد نص القانون الأساسي للوظيفة العمومية على أن تحديد العقوبة التأديبية يرجع لمدى جسامة الخطأ المهني. حيث صنف القانون الأساسي الأخطاء المهنية إلى أربعة درجات وكذلك الشأن بالنسبة للعقوبات التأديبية، بحيث لا يمكن للسلطة التأديبية أن تطبق عقوبات أخرى لا تتناسب مع الخطأ أو يتم تطبيق عقوبتين على نفس الخطأ.

<sup>1</sup> سعيد الشتيوري، المساءلة التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.174.

<sup>2</sup> فؤاد محمود معوض، تأديب الموظف العام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.258.

تختص سلطة التعيين بتوقيع عقوبات من الدرجة الأولى والمتمثلة في التنبيه، الإنذار الكتابي، التوبيخ، أما العقوبات من الدرجة الثانية تتمثل في التوقيف عن العمل من يوم إلى ثلاثة أيام، الشطب من قائمة التأهيل. وتكون هذه العقوبات بناء على قرار مبرر وبعد الحصول على توضيحات كتابية من طرف الموظف.

إذن فالسلطة التي لها صلاحية التعيين تتمتع بسلطة تقدير العقوبة المناسبة من بين العقوبات التي يقرها القانون، فالمشرع منح لها سلطة اختيار العقوبة الملائمة التي تتناسب مع الخطأ المهني التي ذكرها على سبيل المثال والتي نذكر منها الأخطاء المصنفة في الدرجة الأولى المتمثلة في الإخلال بالنظام العام الذي يمس بحسن سير المصالح<sup>1</sup>.

أما الأخطاء من الدرجة الثانية فتتمثل في المساس سهواً أو إهمالاً بأمن المستخدمين وأعمال الإدارة وكل إخلال بالواجبات غير المنصوص عليها في الأخطاء الواردة في الدرجة الثالثة والرابعة من القانون<sup>2</sup>.

تظهر ملامح السلطة التقديرية في مجال التأديب حينما تقوم سلطة التعيين بتكييف الخطأ المهني من الدرجة الأولى والثانية فهي تملك لوحدها سلطة اختيار العقوبة التأديبية

<sup>1</sup> المادة 178 من ق.أ.و.ع الأمر 03/06، ج.ر العدد 46.

<sup>2</sup> المادة 179 من ق.أ.و.ع الأمر 03/06، ج.ر العدد 46.

المناسبة وفقاً للاختيارات التي منحها لها المشرع وهو ما يسمى بمبدأ التناسب بين العقوبة والخطأ إلا أنه يشترط أن يكون القرار التأديبي مبرراً بعد تقديم الموظف إفصاحاً كتابياً عن الخطأ الذي ارتكبه وهذا يعتبر بمثابة ضمان للموظف.

إذن مسألة اختيار العقوبة تبقى من اختصاص السلطة التقديرية للإدارة أي السلطة التي لها صلاحية التعيين. إن الهدف من مبدأ التناسب هو تحقيق التوازن بين طبيعة الخطأ المهني وضمان سير الموظف العام بانتظام، فهو يقوم على عنصرين أساسيين وهذا بسبب القرار ومحله فإذا كان الأول هو الخطأ فالثاني هو الجزاء فهو يشكل عملية حسابية بسطها الذنب المقترف ومقامها الجزاء وحاصل القسمة هو تناسب القرار أو عدم تناسبه<sup>1</sup>.

إذا كان مصدر العقوبة التأديبية هو مبدأ الشرعية لأنها محددة سلفاً على سبيل الحصر، ولا يجوز تجاوزها وتوقيع عقوبة غير منصوص عليها، أما بالنسبة لاختيار العقوبة من بين العقوبات التأديبية المقررة فهو مظهر من مظاهر السلطة التقديرية لسلطة التأديب، وينبغي على ذلك أنه لا محل للقياس أو التفسير في نطاق العقوبات التأديبية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سليم جديدي، المرجع السابق، ص. 97.

<sup>2</sup> فؤاد محمود معوض، المرجع السابق، ص. 72.

إذن القانون أو بالأحرى مختلف النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالوظيفة العامة، قد أقرت لسلطة التعيين بصفتها سلطة تأديب اختيار العقوبة المناسبة للخطأ المهني أو الجريمة التأديبية التي يرتكبها الموظف وذلك في مختلف التشريعات المقارنة.

في هذا الإطار فإن السلطة التقديرية في مجال توقيع العقوبات التأديبية لا تقتصر فقط على سلطة التعيين، بل الشأن نفسه بالنسبة للجنة المتساوية الأعضاء في اختيار العقوبة الملائمة من بين العقوبات التي حددها القانون، وذلك بالنسبة للنظام الجزائري والفرنسي؛ على خلاف النظام المصري الذي يعتمد على المحكمة التأديبية في تقرير العقوبات وذلك حسب جسامه الجريمة التأديبية.

تجتمع اللجنة المتساوية الأعضاء بصفتها مجلساً تأديبياً بعد إخطارها من طرف السلطة التي لها صلاحية التعيين لتقرير العقوبة التأديبية المناسبة، في حالة ارتكاب الموظف لخطأ مهني من الدرجة الثالثة أو الرابعة، فالسلطة التي لها صلاحية التعيين هي التي تقوم بتحريك الدعوى التأديبية وهي التي تقوم بتوقيع العقوبة التأديبية بعد أخذ الرأي الملزم للمجلس التأديبي خلال 45 يوماً من إخطاره<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المادة 165 من ق.أ.و.ع. الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/07/15، ج.ر العدد 46.

## المطلب الثاني

## مجال الضبط الإداري

لقد أقرت الدساتير والمواثيق الدولية والتشريعات مجموعة من الحقوق والحريات العامة للأفراد، باعتبارها ضمانات قانونية ضد تعسف السلطات العامة في الدولة وهذا نتيجة للظروف والصعوبات التي كان يواجهها الأفراد قبل ظهور النظام الديمقراطي. إلا أن ممارسة هذه الحقوق والحريات لا تكون بشكل مطلق بل وفقاً لإجراءات يحددها ويضبطها القانون.

إن الضبط الإداري هو وظيفة قائمة في كل الدول على اختلاف طبيعة نظامها السياسي وتركيبية أفرادها، فكل دولة تسعى بصورة أو بأخرى إلى المحافظة على نظامها العام الاستقرار، ولقد تعددت تعريفات الفقهاء بشأن موضوع الضبط الإداري إلا أنها تتضمن في محتواها أن الضبط الإداري هو مجموعة الإجراءات والتدابير والقيود التي تفرضها السلطة العامة على نشاط الأفراد بهدف الحفاظ على النظام العام.

فعلى سبيل المثال مسألة تنظيم النسيج العمراني تتطلب رخصة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد إجراء تحقيق من طرف لجنة تقنية، وفي حالة قيام أي مواطن بعملية

أشغال البناء دون استلام رخصة فتعرض تلك الأشغال للهدم بسبب مخالفته للقوانين والتنظيمات المعمول بها<sup>1</sup>.

لقد تطور مفهوم النظام العام ولم يعد يشتمل على العناصر الكلاسيكية الثلاثة والمتمثلة في الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، بل أصبح يطلق عليه اليوم بالنظام العام الحديث أو المتخصص. تسهر السلطة الإدارية على حمايته من خلال الصلاحيات التي يمنحها لها القانون فأحيانا تكون سلطة الإدارة واسعة بحيث تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال. وهو ما سوف نبينه من خلال التطرق إلى أهداف الضبط الإداري (الفرع الأول)، مظاهر السلطة التقديرية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### أهداف الضبط الإداري

لقد امتدت غايات الضبط الإداري لتشمل بجانب النظام العام الشامل ما يحقق مصالح الأفراد، فظهرت فكرة النظام العام المتخصص الذي يمنح لهيئات الضبط مهام حفظ النظام

<sup>1</sup> قانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، ج.ر العدد 52. م.ت رقم 19/15 المؤرخ في 25 يناير 2015 المتعلق بكيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج.ر العدد 07.

العام بموجب تشريعات خاصة. إن الحفاظ على النظام الاقتصادي نتيجة للتغيرات والظروف الاقتصادية والسياسية التي تفرضها العولمة، حيث أن فكرة النظام العام توسعت وتطور مفهوم العناصر الثلاثة التي يتضمنها النظام العام فأصبح الأمن العام يشتمل على الأمن التجاري والصناعي والغذائي من خلال ضبط وتنظيم النشاط الاقتصادي في الدولة .

### أولاً- النظام العام

إذا كانت القيود التي تفرضها السلطة العامة تقيّد من حريات الأفراد إلا أنها تكون طبقاً للنصوص القانونية وهذا تكريساً لمبدأ المشروعية مع مراعاة النظام العام بمختلف عناصره المتمثلة في الأمن العام و الصحة العامة والسكينة العامة<sup>1</sup>.

I-الأمن العام: ويقصد به توفير السلامة والاستقرار السياسي والاجتماعي للمواطنين وكذلك الشعور والإحساس بالطمأنينة سواء في الحالات العادية أو الاستثنائية. فعلى السلطات العمومية القيام بجميع التدابير اللازمة لضمان حماية الأفراد وممتلكاتهم من جميع المخاطر التي تهددهم.

<sup>1</sup> المادة 114 من ق.و رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، ج.ر العدد 12. "الوالي مسؤول عن المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية." كما نصت المادة 88 من ق.ب رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011 ج.ر العدد 37. "يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت إشراف الوالي بما يأتي: السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية. والسهر على حسن تنفيذ التدابير الاحتياطية والوقاية والتدخل في مجال الإسعاف".

II-الصحة العامة: وتتمثل في الإجراءات والتدابير التي تتخذها السلطات العامة لتجنب الأمراض والأوبئة الخطيرة لحماية صحة الأفراد. إذن فمن واجب السلطات المختصة التدخل من أجل منع انتشار المرض عن طريق توفير العلاج والتلقيحات التي تعمل على الوقاية من مختلف الأمراض والأوبئة<sup>1</sup>.

III-السكينة العامة: تقوم السلطات العامة على توفير الهدوء والراحة والاطمئنان، وذلك من خلال القضاء على ومواجهة مصادر الفوضى والإزعاج من أجل تحقيق السكينة العامة والعمل على منع وحظر التصرفات التي من شأنها الإخلال براحة المواطنين .

يمكن تعريف الضبط الإداري من ناحيتين ، الناحية الأولى من حيث الهدف المرجو من عملية الضبط الإداري ، ومن جهة الثانية من حيث طبيعة النشاط. ولذلك فإن الضبط الإداري ينقسم إلى قسمين وهما الضبط العام والأخر الضبط الخاص.

<sup>1</sup> نص المادة 29 و 52 من قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. العدد 08. المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008، ج.ر. العدد 44. نصت المادة رقم 29 على ما يلي: "تلتزم جميع أجهزة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات والسكان بتطبيق التدابير النقاوة والنظافة ومحاربة الأمراض الوبائية، ومكافحة تلوث المحيط ، وتطهير ظروف العمل والوقاية العامة." أما المادة 52 من نفس القانون: " يتعين على الولاية ومسؤولي الهيئات العمومية والمصالح الصحية ورؤساء المجالس الشعبية البلدية أن يطبقوا في الوقت المناسب التدابير الملائمة للوقاية من ظهور الوباء والقضاء على أسباب الأمراض في أصلها.

الضبط الإداري العام يتضمن ثلاث مفاهيم السكنينة والأمن والصحة العامة. أما الضبط

الإداري الخاص له اتجاهين وهما :

I-الاتجاه الأول له نفس أهداف الضبط العام، إلا أنه يختلف عنه من حيث النظام

القانوني المطبق على بعض المجالات. مثلاً عملية إنشاء وترتيب المنشآت المصنفة والمزرعة

وغير الصحية، والبنائات المهشة، والسكك الحديدية.

II- أما الاتجاه الثاني فيتضمن الأهداف الخاصة للضبط الخاص، والتي تتماشى مع

النشاطات المختلفة غير الموجودة في الضبط العام، كضبط المشاهد كالأفلام، الطرقات

الريفية، الصيد البحري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> « La police administrative se définit par un double critère- celui du but de l'opération propre à la police administrative, et celui de la nature de l'activité et se subdivise entre la police générale et la police spéciale.

La police administrative générale son domaine se définit par les trois termes de tranquillité, et de sécurité et de la salubrité publique.

La police administrative spéciale elles sont de deux sortes :

-les premières poursuivent les même buts que la police générale mais différent de cette dernière par leur champ d'application d'où un régime juridique différent comme polices des installations classées et des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, ou des édifices menaçant ruine, ou des chemins de fer.

-les secondes sont spéciales par le but qu'elles poursuivent, et s'appliquent à des activités variées dont l'objet n'entre pas dans la définition de la police générale : polices des spectacles, des films, des chemins ruraux, de la chasse, de la pêche » CF. André de LAUBADERE, Traité de droit administratif, 15<sup>ème</sup> édition, tome1, L.G.D.J, paris, 1999, P102.

## ثانياً: النظام العام المتخصص

ويتمثل النظام العام المتخصص في النظام العام الاقتصادي الذي يحقق مصالح الأفراد، والنظام العام الجمالي الذي يحقق السكينة النفسية للأفراد، وهذا هو التطور الحديث لفكرة النظام العام.

لقد ازداد تدخل الدولة في مختلف الأنشطة، وعلى وجه الخصوص مجال النشاط الاقتصادي، الذي يعكس مدى استقرار الأوضاع السياسية والاجتماعية داخل الدولة، ولقد كان لهذا التدخل أثره في ظهور نظام عام اقتصادي أو على الأقل وجه اقتصادي للقانون الإداري.

وإذا كان المشرع يضع التشريعات التي تمنح سلطات الضبط الإداري حماية للنظام العام الاقتصادي، حيث لا يجوز لسلطات الضبط الإداري أن تقيد النشاط الخاص الذي يعتبر ممارسة لحرية من الحريات الشخصية لأهداف تتجاوز النظام العام في مدلوله التقليدي. إلا إذا منحها المشرع هذا الحق وفي الحدود المرسومة لها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 196.

تعتبر سلطات الضبط في نتائج الإصلاح الإداري في المجال الاقتصادي وذلك بغرض خدمة وتطوير الاقتصاد الوطني، بحيث تهتم كل سلطة بضبط قطاع معين وتمتع هذه السلطات بسلطة التقرير ولا تنحصر في تقديم الآراء الاستشارية والاقتراحات وتمتع بالاستقلالية من الناحية الوظيفية بمعنى أنها لا تخضع لسلطة رئاسية أو وصائية<sup>1</sup>. كما تتميز بعضها بالطابع الإداري مثل مجلس المنافسة فتعد قراراته إدارية قابلة للطعن أمام القاضي الإداري.

إلا أن الفقه والقضاء<sup>2</sup> يتجهان إلى الاعتراف لبعض الأهداف الاقتصادية بوصف النظام العام الذي يبرر وجود سلطة ضبط إداري مستقلة، ومن ثم تتسع فكرة النظام العام في حدود معينة لتشمل عنصرا جديدا هو النظام العام الاقتصادي، الذي يستهدف إشباع حاجات ضرورية أو ملحة ينتج عن عدم إشباعها حدوث اضطرابات الخارجية، ويتصل هذا التوسع في مدلول النظام العام بمجموعة من الأهداف الاقتصادية التي تتعلق بمتطلبات المجتمع في المجال الاقتصادي التسعيرة الجبرية وتوفير المواد الغذائية الضرورية وتنظيم عملية التصدير والاستيراد

<sup>1</sup> مجلس المنافسة له طابع إداري وقراراته قابلة للطعن أمام القاضي الإداري. الاستقلالية مثلا لجنة تنظيم عمليات البورصة مجدوب قوراري، سلطات الضبط في المجال الاقتصادي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص.24.

<sup>2</sup> عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1995، ص.208.

والتعامل بالعملات الحرة و الاتجار فيها وإسكان من لا مأوى لهم وخاصة في أوقات الأزمات.

مما سبق يتضح وجود نظام اقتصادي يتحدد وفقا للتشريعات الخاصة والتي تحدد سلطات الضبط الإدارية الخاصة بذلك النظام، ولكن هذا لا يعني انفصال النظام العام الاقتصادي عن النظام العام التقليدي، حيث تقوم السياسة الاقتصادية سواء كانت الرأسمالية أو الاشتراكية على العنصرين التاليين وهما النظام والأمن<sup>1</sup>.

والنظام العام الاقتصادي يتصف بمجموعة من الخصائص والسمات كونه نظام إيجابي لا سلبي، بمعنى أنه يعتمد على تدخل الدولة لإقراره، كما أنه نظام مادي أي واقعي ملموس من خلال الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تسود الدولة، ومن ثم فهو يتغير من زمن لآخر<sup>2</sup>.

يمكن تعريف النظام العام الجمالي للبيئة بأنه "النظام الذي يهدف إلى حماية جمال الرونق والرواء في المدينة حفاظا على السكينة النفسية للأفراد المقيمين في هذه البيئة. فهو

<sup>1</sup> عادل أبو الخير، المرجع السابق، ص.210.

<sup>2</sup> عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.123.

يعتبر من مكونات النظام العام، مما يستوجب على سلطات الضبط الإداري الاهتمام به والحرص على حمايته<sup>1</sup>.

وفي هذا المجال أصدر المشرع الجزائري العديد من النصوص القانونية والتنظيمية التي تعتنى بالأهداف الحديثة للنظام العام<sup>2</sup>.

ويقول الأستاذ محمود عاطف البنا: "إن جمال المدن ورونقها يدخل ضمن أغراض الضبط التقليدية بتوسع في مدلول السكنية العامة لتشمل المحافظة على السكنية النفسية التي يوفرها الارتياح الطبيعي لتذوق الجمال الفني في مجال الحياة اليومية"<sup>3</sup>.

للضبط الإداري مجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من النشاطات الإدارية، ومن أهمها الصفة التقديرية. فهو يتضمن سلطة تدخل الإدارة في وضع واتخاذ مجموعة من التدابير والقيود للحد من حريات الأفراد حفاظا على النظام العام. ويعتبر هذا الأخير فكرة متغيرة ما

<sup>1</sup> حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2011، ص.169.  
<sup>2</sup> نذكر من أهم هذه التشريعات القانون رقم 20/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة، ج.ر العدد 77 سنة 2001. والقانون رقم 08/02 المؤرخ في 08 ماي 2002، والمتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتهيئتها، ج.ر العدد 34 سنة 2002. والقانون رقم 06/06 المؤرخ في 06/02/20 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة، ج.ر العدد 15 سنة 2006. والقانون رقم 06/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، والمتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج.ر العدد 31 سنة 2007.  
<sup>3</sup> حسام مرسي، المرجع السابق، ص.169.

بين الدول وحتى في الدولة الواحدة وذلك تماشياً مع الاعتقاد الاجتماعي. إن محتوى النظام العام نص عليه قانون الجماعات المحلية الفرنسي على أنه يتضمن النظام الجيد للسكينة والأمن والصفة العمومية<sup>1</sup>.

2- الصفة الوقائية: يتميز الضبط الإداري عن غيره من أنواع الضبط الأخرى بالطابع الوقائي لأنه يهدف إلى منع وتفادي وقوع المخالفات وذلك تجنباً للمخاطر التي تهدد النظام العام؛ فنجد الإدارة دوماً تلجأ إلى استعمال وسيلة الترخيص لتنظيم نشاط معين كما له الحق في سحب هذه الرخصة إذا ما تبين لها أن هناك خطر يترتب على استمرارية صاحب الرخصة في نشاطه .

3- الصفة الانفرادية: إن التدابير والأعمال الضبطية التي تقوم بها الهيئات الإدارية المختصة بشكل انفرادي من أجل المحافظة على النظام العام ، فلا يتصور أن تكون إرادة الأفراد حرة في القيام بجميع التصرفات والنشاطات بل عليهم الخضوع والامتثال لجملة من

<sup>1</sup> « La police administrative est un certain mode d'intervention administrative ayant pour objet ou pour effet de limiter les libertés des citoyens pour protéger l'ordre public. La notion d'ordre public est une notion très variable selon les pays et dans un même pays, Suivent l'état crayons sociales, le contenu de l'ordre public est fixé dans le code général des collectivités territoriales « assurez le bon ordre la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques » Cf. Jean-claude RICCI, Droit administratif, 3<sup>e</sup>, Hachette, Paris, 1996. p.99-100 .

الإجراءات والتدابير التي تتخذها وتفرضها الإدارة على مختلف النشاطات وفقاً لما يحدده القانون وتحت رقابة القضاء.

بينما يختلف الأمر إذا كنا بصدد النشاطات الإدارية الأخرى كتسيير المرافق العمومية حيث تبرز إرادة الفرد بشكل جلي ، كما لو تم الاتفاق على إدارة المرفق العام عن طريق الامتياز فيتولى الملتزم ضمان النشاط وتوفير الخدمة للجمهور بأمواله وعماله وتحت مسؤوليته المباشرة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### السلطة التقديرية وأعمال الضبط الإداري

إن عملية اتخاذ التدابير والإجراءات الضبطية تخضع للسلطة التقديرية للهيئات الإدارية المختصة بهدف منع أي عمل من شأنه المساس أو الإخلال بالنظام العام. تقوم سلطات الضبط بممارسة صلاحياتها من خلال النصوص القانونية والتنظيمية. لقد أقر القانون ممارسة أعمال الضبط الإداري لهيئات محددة سواء على المستوى المركزي أو المحلي وذلك بموجب

<sup>1</sup> أعمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص.200.

نصوص دستورية تشريعية وتنظيمية<sup>1</sup>؛ غير أنه يتطلب استعمال الوسائل المادية والبشرية لتنفيذ هذه القرارات المتعلقة بضبط ممارسة الحريات العامة وتتخذ هذه الأخيرة عدة صور نذكر من أهمها الحظر والترخيص.

### أولاً: الحظر أو المنع.

تقوم الهيئات الإدارية المختصة بالضبط بتقييد ممارسة إحدى الحريات العامة وذلك بالحفاظ على النظام العام<sup>2</sup>، نذكر على سبيل المثال حظر التجوال ليلاً وذلك نتيجة الظروف الاستثنائية فالهدف من هذا الإجراء هو حماية المواطنين، أو القيام بمنع المرور في طريق مسدود بسبب أشغال الترميم. تلجأ سلطات الضبط إلى الحظر بصفة استثنائية لأنه لا يجوز الحظر المطلق فهذا الأخير يشكل مخرقاً للحرية أو إلغائها، وليس لسلطة الضبط الإداري أن تلغي الحرية بل حتى المشرع نفسه لا يملك هذا الأمر فالحظر الذي يمكن أن يفرضه على ممارسة الحرية هو حظر نسبي يتحدد بمكان معين أو بوقت معين<sup>3</sup>. فالسلطات الإدارية المختصة هي

<sup>1</sup> عزاوي عبد الرحمان، الرخص الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر بن عكنون، السنة الجامعية 2005-2006، ص.147.

<sup>2</sup> تتعدد سلطات الإدارة في مجال الضبط الإداري خصوصاً في تنظيم ممارسة الحريات العامة وفقاً للنصوص القانونية والتنظيمية ونذكر من القانون رقم 19/91 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، ج.ر. العدد 62 سنة 1991. المعدل والمتمم للقانون رقم 28/89 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989.

<sup>3</sup> حسام مرسي، المرجع السابق، ص.392.

التي تملك سلطة تقدير هذا الحظر أو المنع بالرغم من أنه أعلى درجات المساس بالحريات العامة، وتلجأ الإدارة إلى استعمال القوة العمومية.

### ثانياً: الترخيص الإداري.

يتخذ هذا المصطلح صوراً أو مسميات مختلفة كالاكتفاء والرخصة والتأشيرة والإذن، كما أن له استعمالات مختلفة في الحياة العملية والإدارية، تتخذ منه السلطة الإدارية وسيلة قانونية لتنظيم ومراقبة الأشخاص في ممارسة نشاطاتهم وحررياتهم. والمقصود بالترخيص الإداري هو العمل أو التصرف القانوني الصادر عن السلطة الإدارية، فهو وسيلة قانونية تمارس بمقتضاها هذه الأخيرة رقابتها على الحريات والنشاطات الفردية<sup>1</sup>.

إذن فالترخيص هو وسيلة قانونية تقوم بها الإدارة وفقاً للنصوص القانونية والتنظيمية للعمل على تنظيم ممارسة حرية معينة أو عمل معين، كأن تفرض الإدارة على الأفراد

<sup>1</sup> الأمثلة عديدة في مجال الرخص الإدارية لأنها تنظم الحياة اليومية لممارسة الأفراد لمختلف نشاطاتهم للحفاظ على النظام العام، لأن استعمال الحريات بشكل مطلق يؤدي إلى التعسف في استعمالها، وهو ما يستوجب على السلطات الإدارية المختصة أن تنظم ممارسة هذه الحريات ولا يمكن لها أن تمنع من ممارستها، لأن الأصل هو الحرية أما الاستثناء هو الترخيص غير أن البعض من الفقهاء يرون أن التصريح يعني عن الترخيص.

الحصول على رخصة قبل القيام بممارسة حق التجمع أو إقامة مسيرة وإلا كان عملهم مشوب بعيب المشروعية<sup>1</sup>.

ف نجد كذلك الترخيص في مجال البناء باعتباره من مظاهر حق الملكية والذي اتفقت بشأنه مختلف الدساتير والمواثيق الدولية أنه حق مصون ومقدس. إلا أن هذا الحق يجب أن يمارس في ظل احترام القوانين وهو ما يقابله التزام بضرورة احترام النظام العام، فلا يمكن ممارسة حق البناء بشكل مطلق، لأن ذلك قد يؤدي إلى الفوضى والاضطراب. وتحقيقاً لتوازن بين الحق في البناء والضرر الذي قد ينتج عن ترك الأفراد في ممارسة هذا الحق، تلجأ التشريعات إلى وضع بعض الشروط أو القيود بهدف الحفاظ على النظام العام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> تضمنت المادة 15 الفقرة الثانية من القانون رقم 19/91 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، ج.ر العدد 62 سنة 1991. على أن ممارسة هذه الحرية تكون بموجب طلب ترخيص للوالي قبل 08 أيام من التاريخ المحدد للمظاهرة. كما تضمنت المادة 17 من نفس القانون أنه يجب على الوالي الرد بالقبول أو الرفض خلال 05 أيام على الأقل قبل تاريخ إجرائها. ولكن المشرع الجزائري لم يحدد حالة السكوت أو القرار الضمني. غير أنه في هذه الحالة يعتبر رفضاً مثل ما حدث في أحداث أكتوبر 1997 عند قيام رؤساء 06 أحزاب سياسية بطلب للوالي من أجل الترخيص لهم بتنظيم مسيرة احتجاجية سلمية بشأن مشروعية ومصداقية الانتخابات المحلية إلا أنه تُمنع هذه المسيرة لكونها غير مشروعة وأن الحجة في عدم الترخيص هي دواعي النظام العام. نوال داهم، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص.43.

<sup>2</sup> نوال داهم، المرجع السابق، ص.37.

الترخيص الإداري هو عمل إداري قانوني أي أنه عمل مقصود وإرادي يهدف إلى إحداث أو تغيير قانوني في الوضع أو النظام القانوني القائم. فهو ينطوي على ممارسة مظهر السلطة العامة وامتيازاتها، كما يمنح أهلية التصرف لحائزه لأنه يعد ضماناً قانونية في مواجهة الغير، وحتى في مواجهة السلطات الإدارية المكلفة بالمراقبة<sup>1</sup>.

فالترخيص باعتباره أحد أنواع وسائل الضبط الإداري، فهو يجمع بين معطيات أو صفات لا تتوفر في القرارات الإدارية وإجراءات الضبط الأخرى. كونه يشترط لصدور القرار المتضمن رخصة الممارسة بمبادرة المعني بالأمر، أي تقديم طلب يتضمن موافقة السلطة الإدارية المختصة على ممارسة هذا النشاط. مما يعني التقاء إرادتين وهما إرادة طالب الرخصة وإرادة الإدارة المانحة وهذا ما لا يشترط في أعمال الضبط الأخرى و القرارات الإدارية عموماً<sup>2</sup>.

للترخيص الإداري أثر مزدوج أحدهما كاشفاً والآخر منشئاً، حيث يتمثل الأول في التأكيد على استيفاء الشروط القانونية من طرف طالب الرخصة لممارسة نشاط معين،

<sup>1</sup>عزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.159-160

<sup>2</sup>عزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.161.

كرخصة القيادة ورخصة البناء. أما الثاني فيتضمن منح المرخص له عددا من الحقوق والمزايا أو الامتيازات دون سواه من غير المرخص لهم<sup>1</sup>.

### ثالثا: مظاهر السلطة التقديرية في أعمال الضبط الإداري.

لقد سبق وأن بينا الوسائل القانونية التي تقوم بها السلطات الإدارية أثناء قيامها بأعمال الضبط الإداري وذلك حفاظا على النظام العام، إذن فمسألة تقدير هذه الغاية الأخيرة من سلطة الإدارة فهي التي تفرض قيودا على ممارسة نشاط معين. الأصل أن سلطة الإدارة مقيدة ولكن في مجال الرخص تكون سلطتها مزيجا بين التقييد والتقدير، ذلك أن السلطة المقيدة تحكم الإطار العام لاختصاص الإدارة وذلك بغرض التوفيق بين الحرية والسلطة أي بين الصالح الخاص والعام<sup>2</sup>.

وللإدارة سلطة تقديرية حسب كل حالة على حده واختيار الوقت الملائم لإصدار قرار الترخيص وتحديد نطاقه ومدته وبيان مدى التزامات المرخص له، وتقييده ببعض

<sup>1</sup>عزاوي عبد الرحمان، نفس المرجع، ص.167-168.

<sup>2</sup>حسام مرسي، المرجع السابق، ص.395.

الاحتياطات والاشتراطات قبل الموافقة أو بعدها، وبذلك يمكن القول أن سلطة الإدارة مقيدة وتقديرية<sup>1</sup>.

تمتع السلطات الإدارية المختصة بالضبط الإداري بسلطة تقديرية في استعمال الوسائل القانونية للحفاظ على النظام العام، فالقانون يقيد الإدارة بهذا الغرض أو الهدف دون أن يحدد لها الإجراءات والآليات فيترك لها سلطة الاختيار من حيث الوسائل ووقت التدخل .

<sup>1</sup>عادل أبو الخير، المرجع السابق، ص.225.

# الباب الثاني

دور القاضي الإداري في  
الرقابة على السلطة  
التقديرية للإدارة

## الباب الثاني

## رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

إن اتساع مجال الوظيفة الإدارية أدى إلى تزايد صلاحيات الإدارة بسبب تطور دور الدولة وتدخلها في شتى المجالات، وتماشياً كذلك مع رغبات المواطنين واحتياجاتهم ازداد حجم السلطة التقديرية للإدارة وفقاً للمبررات القانونية والعملية. إلا أن هذا التوسع أدى إلى تعسف الإدارة أحياناً في استعمال سلطتها التقديرية؛ مما جعل القضاء الفرنسي يتدخل للحد من التجاوزات التي ترتكبها الإدارة نتيجة الخطأ في تكييف الوقائع المادية مع النصوص القانونية، أو إساءة استعمال سلطتها التي تتنافى مع المصلحة العامة.

إن ضمان حريات الأفراد جعل القاضي يتحول من المشروعية إلى الملاءمة، بسبب سوء التقدير في استعمال السلطة التقديرية. مما يترتب عنه عدم التناسب بين الإجراء والواقعة. فعلى سبيل المثال القرارات الصادرة من السلطات الضبطية المتعلقة بالحريات العامة، كقرارات الاعتقال وتحديد الإقامة لبعض الأفراد كانت نتيجة لأسباب أمنية تقتضيها ضرورة الحفاظ على النظام العام، وعلى أساسها اتخذت الإدارة قراراتها لمواجهة هذه الظروف القائمة. ولكن ما مدى ضرورة وملاءمة العناصر الموضوعية للقرار المتمثلة في صحة تقدير الموضوع والسبب والغاية .

لقد تطورت رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة بشكل عام، وعلى أعمال سلطتها التقديرية بشكل خاص. حيث تتركز رقابة القضاء الإداري على المشروعية. إلا أن توسع نطاقها إلى الملاءمة لا يعد خروجاً عن إطار القانون، لأن الملاءمة هي الرقابة الناجمة عن ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، فهي جزء من رقابة المشروعية لأن القاضي يمارسها وفقاً لروح القانون إلا أنه يستند فيها على وسائل ونظريات قضائية حديثة.

وللتفصيل أكثر سنتناول مظاهر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية (الفصل الأول)، الوسائل القضائية لرقابة السلطة التقديرية للإدارة (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### مظاهر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

إن رقابة القضاء الإداري بشأن القرارات لا تقف عند حد التحقق من حدوث الاضطرابات المهددة لأمن الدولة، بل تمتد هذه الرقابة لتشمل درجة التناسب بين مضمون القرارات المتخذة مع خطورة الحالة الأمنية، أي مدى ملاءمة هذه القرارات مع الظروف الواقعية المسببة في إصدار القرار.

يقوم جوهر السلطة التقديرية للإدارة على حرية التصرف في حدود النص القانوني، فعلى الإدارة أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأحوال لتقدير ملاءمة العناصر الداخلية للقرار الإداري مع ما يستوجبه القانون.

إذن فصفة القاضي الإداري عند رقابته للسلطة التقديرية للإدارة هو قاضي مشروعية، لأنه يراقب مدى ملاءمة القرار الإداري من حيث مشروعية عناصره للمبادئ العامة للقانون، أي المفهوم الواسع للقانون، سواء بالنسبة للأثر القانوني، أو الأسباب التي بني عليها القرار، أو الغاية التي يهدف إليها.

تتبين لنا الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في العناصر الداخلية للقرار الإداري وذلك من حيث الأسباب التي استدعى عليها القرار، سواء تعلق بالوقائع المادية أو التكييف القانوني لها، وكذلك الشأن بالنسبة للرقابة على الأثر القانوني الذي يحدثه القرار، أي مدى مشروعية محل القرار مع المبادئ العامة للقانون، وكذلك على الغاية التي يهدف إليها القرار، لأنه يستوجب تحقيق المصلحة العامة.

إن دراسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تتركز على العناصر الداخلية للقرار الإداري، ومدى ملاءمتها مع مبدأ المشروعية. فالقاضي الإداري لا يملى على الإدارة اتخاذ قرار معين لكونه يتناسب مع الظروف المحيطة، وإنما يقوم بإلغاء القرار إذا تبين له عدم مشروعية القرار بسبب عدم ملاءمته.

وعليه سوف نبين الرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري (المبحث الأول)،

الرقابة القضائية على محل القرار الإداري (المبحث الثاني)، الرقابة القضائية على غاية القرار الإداري (المبحث الثالث).

## المبحث الأول

## الرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري

يقصد بالسبب الحالة الواقعية التي تتم بعيدا عن رجل الإدارة، وتبرر تدخله باتخاذ القرار وفقا لنص قانوني يتناسب مع وقائع الحالة المادية. فالإدارة ليست ملزمة بذكر سبب تدخلها إلا إذا نص القانون على ذلك، مع العلم أن كل القرارات مبنية على أسباب إصدارها من الناحية المادية والقانونية.

إن وجوب توافر السبب الصحيح في القرار الإداري يختلف عن تسبب القرار الإداري كإجراء شكلي قد يتطلبه القانون وهو ما يدخل في عيب الشكل. والسبب في القرار الإداري هو حالة واقعية أو قانونية تحمل الإدارة على التدخل بقصد إحداث أثر قانوني هو محل القرار، ابتغاء وجه الصالح العام الذي هو غاية القرار.

وعلى ذلك يمكن القول أنه يشترط في القرار الإداري أن يقوم على أسباب واقعية حقيقية وأن تكون هذه الأسباب صحيحة قانونا، ورقابة القضاء على الشرط الأول تتمثل في الرقابة على الوجود المادي لعنصر السبب؛ في حين أن الرقابة على الشرط الثاني هي رقابة على الوجود القانوني للوقائع، وهو ما يعني التحقق من صحة الوصف القانوني أو بالأحرى التكييف القانوني على الوقائع المادية.

وللتوضيح أكثر في مجال رقابة القاضي لعنصر السبب، تكون من خلال الرقابة على الوقائع المادية (المطلب الأول)، الرقابة على التكييف القانوني للوقائع (المطلب الثاني). دور القاضي في حالة تعدد الأسباب (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

#### الرقابة على الوقائع المادية

الأسباب القانونية تبين الإطار الذي تنصب عليه الرقابة القضائية بصفة شاملة، وأنه بسبب ذلك تنعدم أية حرية إدارية بشأنها، فهي مقيدة على الدوام. أما بالنسبة للأسباب الواقعية فهي تختلف عن الأولى، من حيث أنها لا تخضع للرقابة بصفة مطلقة، ذلك أن طبيعة الأسباب الواقعية وطريقة مراقبتها تسمحان بنوع من الحرية في العمل الإداري، وبالتالي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية تتفاوت حسب صحة الوجود المادي للوقائع، والتكييف القانوني للوقائع وتقدير أهميتها، وتبعاً لذلك تختلف رقابة القضاء الإداري عليها.

فهناك بعض الصعوبات التي يثيرها عنصر السبب في القرار الإداري، كالحالة التي يقوم فيها القرار على أكثر من سبب، ويتبين أن بعضاً من هذه الأسباب غير صحيح، وأن البعض الآخر صحيح ومشروع، ويكون ذلك في حالة تعدد الأسباب التي استند إليها القرار الإداري، وهو ما يتحقق غالباً في ظل السلطة التقديرية. كما أنه أحياناً يتدخل القاضي الإداري في تقدير الوقائع بشكل سليم، من خلال تصحيح السبب في القرار الإداري، أي

إحلال السبب الصحيح محل السبب الخاطئ وكذلك سلطة القاضي الإداري في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب.

نتطرق في هذا المطلب إلى أهمية الرقابة على الوقائع المادية في للقرار الإداري (الفرع الأول)، سلطة القاضي في التأكد من صحة الوقائع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### أهمية الرقابة على الوقائع المادية للقرار الإداري

إن معاينة الوقائع المادية هي أول مرحلة يمكن الحديث عنها في عملية إنشاء القرار الإداري، فعندما تكون الأسباب واقعية فإن الإدارة لا تحرك مسطرة إصدار عمل قانوني ما، إلا على أساس وجود الواقعة المفترض قيامها في هذا العمل، أو ما يمكن أن يثيره، إلا أن تحقق هذه الواقعة لا تجبر الإدارة في كل الحالات على بدء عملية إنشاء القرار، لأن هناك حالات كثيرة تتصرف فيها الإدارة بحرية، وبالتالي تكون لها السلطة التقديرية في التدخل أو عدم التدخل<sup>1</sup>.

للقضاء دور هام وأساسي في مجال الحد من تصرفات الإدارة في تقدير الوقائع من الناحية المادية. ولهذا فإن القرار يصبح معرضاً للإلغاء كلما ثبت أن الإدارة استندت في

<sup>1</sup> محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، ص.06.

تبريرها على وقائع غير صحيحة من الناحية المادية، ويستوي في ذلك أن تكون الإدارة حسنة النية أو سيئة النية وهذا يعد أول قيد يحد به القاضي الإداري من سلطة تقدير الإدارة<sup>1</sup>.

وتمثل الرقابة على الوجود المادي للوقائع أهمية كبيرة للحكم على مشروعية القرار، فرقابة القاضي في هذه الحالة، تكون في مستوى الحد الأدنى من الرقابة القضائية، والتي تمكنه من إلغاء القرار الإداري نتيجة الخطأ في تحديد الوقائع المادية؛ في حين تمثل الرقابة على التكييف القانوني المرحلة الثانية من عملية الرقابة، لأنها تفترض حتماً أن يسبقها رقابة الوجود المادي للوقائع، فهي تمثل درجة المستوى العادي أو الطبيعي من مستويات الرقابة التي تخضع له كافة القرارات الإدارية، حيث يتسنى للقضاء الإداري في حال مخالفة الإدارة الوصف القانوني الصحيح للوقائع، الحكم بإلغاء القرار الإداري<sup>2</sup>.

إن تقدير أهمية الرقابة على الوقائع تتأثر بحسب طبيعة الظروف والملاسات المحيطة بالواقعة، سواء من حيث أهميتها أو خطورتها، لأن الواقعة الواحدة تحتل درجات متفاوتة من خلال تقديرها. ولذلك فإن تقدير أهمية الواقعة لا يكون بالنظر إليها في وصفها العام، وإنما يكون بالتصدي لها بحسب الحالة التي تكون فيها، إذن فهو تقدير خاص لكل واقعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى محاشف، رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديرية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثامن، جامعة سيدي بلعباس، 2011، ص.126.

<sup>2</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.151.

<sup>3</sup> السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، مجلة العلوم الإدارية، العدد 1، السنة الخامسة، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، القاهرة، 1963، ص.106.

إذن فالقاضي له دور أساسي في رقابة مدى صحة هذه الوقائع، وهذا عن طريق القرائن القانونية لإثبات هذه الوقائع وهو ما سوف نحاول توضيحه .

### الفرع الثاني

#### سلطة القاضي في التأكد من صحة الوقائع

تقتضي الرقابة القضائية أن تأخذ الإدارة بعين الاعتبار كل عناصر المعاينة الموضوعية، ولقد تم العمل بهذه الرقابة منذ بداية القرن العشرين، حيث كان القاضي الإداري يراقب الوقائع ليتأكد من صحتها ووجودها الفعلي والواقعي، لأن القرارات التي تستند إلى وقائع لا أساس لها في القانون، تعتبر بمثابة وقائع مادية تذرعت بها الإدارة لإصدار قراراتها في إطار ما تتمتع به من سلطة تقديرية<sup>1</sup>.

#### أولاً- كيفية تأكد القاضي من صحة الوقائع المادية

يقوم القاضي الإداري برقابة القرار الإداري في كافة الأحوال والظروف، سواء كانت سلطة الإدارة مقيدة أو تقديرية، في الظروف العادية أو الاستثنائية. ويكون القرار مشوباً بعيب السبب وقابلاً للإلغاء، إذا ثبت أن الإدارة قد استندت في تبريرها لوقائع غير صحيحة

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 152.

من الناحية المادية، وسواء كانت الإدارة حسنة النية، أي أنها اعتقدت بقيام الوقائع التي كانت تدعيها أم بعدم توافرها<sup>1</sup>.

و الواقع أن ما أثير في هذا الخصوص، هي أمور تدخل بالمطلق في سلطة القاضي عموماً. بمسائل الإثبات و القرائن القائمة في نطاق القرارات الإدارية، فقرينة صحة القرار تفترض قيام القرار على أركانه وعناصره صحيحاً وسليماً، وعلى من يدعى العكس أن يثبت ذلك، وهذا أمر متفق عليه.

فيكفي لصاحب الشأن أن يدعي عدم قيام القرار على أسبابه الصحيحة، حتى يقوم القاضي بإلزام الجهة الإدارية بالإفصاح عن السبب الصحيح لقرارها، وهذا أمر ثابت في سائر أوجه الطعن بإلغاء القرارات الإدارية، فمن يدعى بطلان الشكل أو الاختصاص أو المحل عليه أن يقدم للقاضي الدليل على عدم صحة هذه العناصر. وكذلك التزام القاضي بمبدأ

<sup>1</sup> قرار المحكمة الإدارية العليا 1966/12/17 يتضمن ما يلي: " إذا تذرعت الإدارة بادئ الأمر في إنهاء خدمة المدعى بأنه ذلك بناء على طلبه على نحو ما هو ثابت بمحضر جلسة مجلس الإدارة ، و ما أن علم المدعى بهذا القرار حتى بادر قبل أن يبلغ إليه بالتظلم منه، و إذ أيقنت الإدارة أنه لن يسكت عن حقه و أنه لابد لائذ بالقضاء لمخاصمتها لعدم تقديمه أية استقالة ، عمدت في كتاب التبليغ الموجه إليه إغفال الإشارة إلى أن ثمة طلباً منه باعتزال الخدمة، و ضمنت هذا الكتاب أن مجلس الإدارة قرر الاستغناء عن خدماته ولم تفصح في هذا الكتاب عن الأسباب التي استندت إليها في إصدار القرار، فمسلك الإدارة على الوجه المتقدم إن دل على شيء فإنما يدل على أن قرارها المطعون فيه قد صدر مفتقداً ركن السبب، و أن يأخذ مجلس الدولة الفرنسي بذات القاعدة في بعض أحكامه القديمة نسبياً، إذ لم يتعرض فيها لبحث الوقائع الأخرى غير الصحيحة، ولو مجرد استظهار مدى تأثيرها على القرار المطعون فيه، حيث رأى أن البحث في الوقائع الأخرى إنما ينطوي على اعتداء من جانبه على حرية الإدارة في التقدير. " مقتبس عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.190.

المشروعية بالبحث في الأسباب المتعددة للقرار، واستنباط السبب الحقيقي من الأوراق المقدمة إليه فالأمر كله يدور حول دور القاضي في الإثبات<sup>1</sup>.

يقوم القاضي الإداري بالتحقق والتثبت من وجود الوقائع المادية التي تستند إليها جهة الإدارة في إصدار قرارها، فيجب أن تكون الوقائع محققة الوجود، بمعنى أن تصدر تلك القرارات على أسس صادقة ولها وجود في الواقع، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن تاريخ صدور القرار، هو الوقت الذي يجب الرجوع إليه لتقدير مشروعية القرار الإداري أو عدم مشروعيته. كما يجب أن تكون الوقائع محددة وغير غامضة، وقائمة على أسباب جدية وأساسية.

### ثانياً- تطور رقابة القاضي الإداري على الوقائع المادية للقرار

إن رقابة القاضي الإداري في فرنسا على الوقائع المادية للقرار كانت تتعلق في بداية الأمر بالوقائع التي استندت عليها الإدارة في قرارها، حيث تعرض مجلس الدولة الفرنسي بداية من قرار Monod رقابته على الوقائع المادية، والذي تأكد من خلاله القاضي من وقائع القرار المتعلق بإحالة هذا الأخير على التقاعد دون طلب منه، حيث أن المجلس قام برقابة

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 619.

الوقائع في ظل ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، من خلال توفر الشروط القانونية لإحالة المدعي على التقاعد وأن القرار لم يكن يتضمن عقوبة تأديبية<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر له في قضية Dessay قام مجلس الدولة الفرنسي برقابة تكييف الإدارة للضرر الذي لحق بأحد الجنود في العمليات الحربية، حيث أقر المجلس بإلغاء قرار الإدارة بتغيير درجة التعويض للجندي بسبب عدم تقدير الوقائع بشكل قانوني<sup>2</sup>.

إن رقابة القاضي على التحقق من الوجود المادي لوقائع القرار، والتحقق من ضرورة استناده إلى وقائع صحيحة مادياً قد أصبحت قاعدة مطلقة التطبيق. وبذلك يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع قاعدة عامة في هذا الصدد، هي أن الإدارة لا يمكنها الاستناد في قرارها إلى وقائع غير صحيحة، و أن على المجلس في دعوى تجاوز السلطة، أن يتحقق دائماً من صحة الوقائع التي تدعيها الإدارة سنداً لقرارها.

من خلال هذه القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي نلاحظ أن دور القاضي في رقابته للوقائع المادية بدأ يتطور تدريجياً، حيث كان القاضي في بداية الأمر يتأكد من صحة الوقائع من خلال قرار الإدارة، وبعدها كان يبحث في وجود الوقائع بشكل مادي، دون اعتماده على الوقائع التي استندت إليها الإدارة في قرارها.

<sup>1</sup> Cf. C.E 18/06/1907, Monod, par Nadine POULET-Gibot LECLERC, droit administratif, 3é, Bréal, PARIS, 2007, p.248

<sup>2</sup> Cf. C.E 13/05/1910. Arrêt Dessay, par Nadine POULET-Gibot LECLERC, op.cit, p.248-249.

و إذا كان المجلس يستلزم أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة صحيحة، فإنه يستلزم أن تكون هذه الوقائع محددة على نحو إيجابي، ولا يكفي بمجرد قيام الإدارة بذكر وقائع غامضة أو مرسلة دون تحديد، إلا أنه يتشدد في تطبيقها على وجه الخصوص بالنسبة للقرارات الإدارية التي تتضمن تقييدا للحريات العامة، فإذا كانت القوانين الاستثنائية تجيز للإدارة اعتقال أو تحديد إقامة المواطنين، فإن المجلس يستلزم أن تحدد الإدارة في قرارها على نحو إيجابي دقيق الوقائع التي استندت إليها<sup>1</sup>.

بعدها تناولنا الرقابة على الوقائع المادية، سوف نتطرق إلى مسألة أخرى لها أهميتها وتأثيرها على صحة السبب في القرار الإداري وهي الرقابة على التكييف القانوني.

### المطلب الثاني

#### الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

إن المقصود بعملية التكييف القانوني هو عملية إدراج حالة واقعية في إطار فكرة قانونية، وبما أن القاعدة القانونية من أبرز خصائصها أنها عامة ومجردة، فإنها تعطي للإدارة سلطة إصدار القرارات على أساس وقائع عامة وغير محددة. ومن هنا يظهر لنا أن عملية التكييف عند رجل الإدارة تتطلب عملا ذهنيا يقوم على التوفيق بين الواقعة المادية والقاعدة القانونية.

<sup>1</sup> رضا عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2001، ص41.

وعليه سوف نبين مفهوم عملية التكييف القانوني (الفرع الأول)، دور القاضي في الرقابة على التكييف القانوني (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم التكييف القانوني

فالواقعة تحيط بها ملاسبات وظروف مبهمة، والقاعدة كذلك توجد في حالة من التجريد و العمومية، يستعصى معها التطبيق إلا بإجراء تخصيص لها، وهكذا تتطلب العملية في أساسها بعض الجهد من رجل الإدارة لعزل الواقعة من الملاسبات، وإعطائها بعض الصفات لإجراء التخصيص في نفس الوقت للقاعدة العامة المجردة، ليصل بعد ذلك إلى وضع كل من الواقعة والقاعدة في إطار قانوني<sup>1</sup>.

يحدث كثيرا في مجال القانون الإداري أن تخول النصوص التشريعية أو اللائحية للإدارة مكنة القيام بعمل ما، وذلك دون أن تتضمن هذه النصوص سوى إعطاء تحديد جزئي أو مبهم لهذه الوقائع، والتي من خلالها تتقرر سلطة الإدارة بتحديد الوقائع التي عرفتها النصوص، وبعبارة أخرى، تكييف هذه الوقائع تكييفا قانونيا. فالمقصود من التكييف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 164

<sup>2</sup> محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص. 52.

عملية التكييف القانوني للوقائع، هي إعطاء الواقعة الثابتة لدى الإدارة اسماً أو عنواناً يحدد موضعها، داخل نطاق قاعدة القانون التي يراد تطبيقها، أو إدخالها ضمن الطائفة القانونية من المراكز أو الحالات المشار إليها في قاعدة القانون<sup>1</sup>.

إن الجهد الإنشائي لرجل الإدارة يشكل مصدر عملية التكييف القانوني، ويتجاوز في عمقه وتعقيده عملية إجراء مطابقة مادية وبمجردة بين عنصري القانون والواقع، فإذا كانت قواعد القانون تتصف بالعمومية والتجريد، فإنه يكون لزاماً على الذي يجري عملية التكييف استخلاص العنصر القانوني من القاعدة العامة والمجردة، حتى يتسنى له مقابله بالحالة الواقعة. فعلى رجل الإدارة أولاً أن يحاول استخلاص نص القاعدة التي يمكن تطبيقها على الحالة

<sup>1</sup> إن عملية التكييف تقتضي من القائم بها جهداً من خلال تحقيق الانسجام والتطابق بخصوص عنصري 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 أو تجسيد النص، أي إعطائه معنى أكثر تحديداً وأقل عمومية، وأما بالنسبة لعنصر الوقائع فإنه على العكس يجب العمل على تجريد الحالة الواقعية والعمل على رفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية نص القانون، وذلك عن طريق إغفال كل العناصر العديمة الجدوى، والعمل على إبراز الصفات التي تميز الواقعة من وجهة النظر القانونية، وهكذا فإنه عن طريق تخصيص القاعدة القانونية وتجريد الواقعة المادية يمكن التوصل إلى قيام التطابق بينهما. محمد حسنين عبد العال، نفس المرجع، ص. 53.

وقد اختلف الفقهاء حول تعريف مفهوم التكييف و لكن هذا الاختلاف لا يعدو أن يكون اختلاف لفظي باستخدام عبارات مختلفة إلى معنى واحد. فذهب جانباً من الفقهاء إلى تعريف التكييف القانوني بأنه " إدراج حالة واقعية بمبدأ قانوني، وذلك بتصنيف هذه الواقعة وردها إلى الفئة القانونية التي تنطبق عليها . وهناك من يعرف عملية التكييف القانوني بأنها تعني " إعطاء الواقعة الثابتة لدى رجل الإدارة اسماً أو عنواناً يحدد موضعها داخل نطاق قاعدة القانون التي يراد تطبيقها أو تدخلها ضمن الطائفة القانونية من المراكز أو الحالات المشار إليها في قاعدة القانون ". خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 632.

الواقعية، ثم يستطيع أن يصل إلى ذلك من خلال تخصيص النص، أي إعطاؤه معنى محدد وأقل عمومية مما هو عليه<sup>1</sup>.

ويتضح لنا مما سبق أن مسألة التكييف القانوني للوقائع لا تخرج عن عملية إرجاع أو إدخال الواقعة بعد عزلها من محيطها، ضمن الإطار الذي تشمله القاعدة القانونية، وبالمقابل فهي تخصيص للقاعدة القانونية وإعطائها معنى محددًا يسمح لها بتأطير تلك الواقعة.

وتظهر أهمية تحديد مدلول التكييف القانوني للوقائع في التمييز بين الخطأ المادي في الوقائع، وبين الخطأ القانوني فيها. ففي الحالة الأولى، تقع الإدارة في خطأ فهم الواقعة أو استخلاصها، فنذكر الواقعة على أنها صحيحة في حين أنها معدومة، أو غير صحيحة في حكم القانون، أو تفعل العكس. أما في الحالة الثانية، فإن الواقعة تكون صحيحة وقائمة بحسب الواقع، ولكن تقع الإدارة في خطأ قانوني، كأن تعطيها وصفاً غير صحيح وتطبق عليها القانون تطبيقاً غير سليم<sup>2</sup>.

إن قيام السلطة الإدارية بعملية تقدير الوقائع مع الوصف القانوني المحدد مسبقاً لا يثير أي إشكال، لأن عملية التكييف تكون سهلة وواضحة؛ ولكن إذا كانت الواقعة تختلف عن النص القانوني من حيث الظروف والملابسات التي تحيط بها ولم يحدد القانون ظروف هذه

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، نفس المرجع، ص. 166.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 631.

الواقعة، فهنا على القاضي أن يقدر هذه الوقائع تقديرا سليما ويحل محل تقدير السلطة الإدارية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني

#### دور القاضي في رقابة التكييف القانوني للواقعة

إن عملية التكييف التي تقوم بها السلطة الإدارية تخضع لرقابة القاضي الإداري، من أجل أن يتأكد من صحة ومشروعية عنصر السبب في القرار الإداري، باعتباره من أهم العناصر الموضوعية. حيث يقوم القاضي بإعادة العملية التي قام بها رجل الإدارة، وهو في ذلك ينطلق من القاعدة القانونية ليتوصل في النهاية إلى طبيعة الواقعة، ويتساءل عن العلاقة بين الواقعة والتدبير المتخذ، بعد أن يكون قد بحث في الصحة المادية للواقعة.

إذا ما توافرت أمام القاضي الوقائع المادية التي بني عليها القرار، انتقل بعد ذلك إلى التحقق من أن هذه الوقائع هي التي جعلها القانون سببا في إصدار هذا القرار، وذلك بقصد تحقيق أكبر قدر ممكن من الضمان والفاعلية للأفراد لحماية حقوقهم وحررياتهم، ويكون بهذه الرقابة قد وضع قيودا آخر بجانب قيد رقابة الوجود المادي للوقائع للحد من السلطة التقديرية للإدارة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد فريد سيد سليمان الزهري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 1989، ص 159-160.

<sup>2</sup> محمد فريد سيد سليمان الزهري، المرجع السابق، ص 159.

و يمكن القول أن القاضي يبحث في هذه العملية عما إذا كانت الإدارة قد استنفذت في طبيعة الواقعة أساسا جديا وحجة كاملة لصالح الموقف الذي اتخذته، وعما إذا كانت الحلول التي أعطيت غير متعارضة مع القواعد القانونية<sup>1</sup>.

فالقاضي الإداري يراقب الوصف القانوني للوقائع التي استندت عليها الإدارة في إصدار قرارها. فإن اتضح له أن الإدارة أخطأت في تكييفها القانوني لهذه الوقائع، يقضي بإلغاء القرار الإداري مباشرة لوجود عيب السبب. وبذلك يكون القضاء الإداري قد أضاف قيودا آخر للحد من السلطة التقديرية للإدارة في عملية تكييفها القانوني<sup>2</sup>.

إن دور القاضي في الرقابة على التكييف القانوني لا يقتصر على ظاهر النصوص القانونية بل يتوسع في الدوافع المعنوية لرجل الإدارة في إصدار قراره، وذلك من خلال البحث عن تناسب وتطابق الوصف القانوني مع الوقائع المبني عليها القرار<sup>3</sup>.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في رقبته على التكييف القانوني من خلال أشهر قراراته المتعلقة برقابة القاضي لصحة التكييف القانوني التي تدعيها الإدارة، القرار الصادر في قضية Gomel المتعلقة برقابة القاضي على مدى صحة الوقائع التي استندت إليها الإدارة مع تكييفها القانوني، حيث قام محافظ مدينة باريس برفض تسليم رخصة البناء لهذا المواطن

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 165.

<sup>2</sup> مصطفى محاشف، رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديري، المرجع السابق، ص. 130.

<sup>3</sup> حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص. 55.

وذلك بسبب تشويه جمال المدينة والمواقع الأثرية، حيث قام القاضي بتقدير مدى تأثير البناء على المواقع الأثرية في المدينة التي تدعيها الإدارة. إلا أنه قرر أن الميدان المحيظ ببناء المدعي لا يُشكل موقعا أثريا فقرار الإدارة يعتبر باطلا<sup>1</sup>.

لقد قضى مجلس الدولة الجزائري<sup>2</sup> في إطار التكييف القانوني للوقائع المادية مسألة تتعلق بتكييف الخطأ المهني، حيث نجد أن النصوص القانونية المتعلقة بالوظيفة العمومية لم تحصر الأخطاء المهنية عكس العقوبات التأديبية تطبيقا لمبدأ شرعية العقوبة.

حيث تتلخص وقائع القضية في قيام مدير القطاع الصحي بتقزيرت ولاية تيزي وزو باستئناف قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 2001/01/29 والذي قضى بإلغاء المقرر الصادر عنه في 1999/07/10 والمتضمن تسليط عقوبة التوبيخ على المستأنف عليها (م.ع) بسبب لارتكابها خطأ مهني متمثل في عدم طاعة الرئيس، والمتضمن عدم تسليم المدعى عليها مفاتيح الشقة التابعة للخدمة.

إلا أن مجلس الدولة قضى: " بأن رفض تسليم مفاتيح الشقة لا يعد خطأ مهنيا يستوجب عقوبة التوبيخ، وأن هذه العقوبة تعسفية وغير شرعية، وعليه يتم تأييد القرار

<sup>1</sup> Cf. C.E 04/04/1914. Arrêt Gomel . André de L'AUBADERE, Yes GAUDEMET, op.cit, p.501.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري 2004/01/20 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، الجزائر، 2004، ص.175.

المستأنف. حيث أن قضاة الموضوع قدروا الوقائع تقديرا سليما لذا يتعين تأييد القرار المستأنف ورفض الاستئناف لعدم تأسيسه."

من خلال هذا القرار يتبين لنا أن السلطة الإدارية كيفت سلوك أو تصرف الموظفة بعدم تسليم مفاتيح الشقة التابعة للخدمة بمثابة خطأ مهني متمثل في عدم طاعة أوامر الرئيس الإداري وفقا لما تضمنه المرسوم رقم 59/85 المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية لم يحدد طبيعة الأخطاء المهنية وما يقابلها من عقوبات تأديبية كما هو وارد في القانون الأساسي للتوظيف العمومية الحالي الأمر رقم 03/06<sup>1</sup>.

إذن فواجب طاعة الرئيس يكون في مجال تنفيذ التعليمات والتوجيهات والقرارات والأوامر المرتبطة بمجال الوظيفة، أما الأمر بإخلاء السكن الوظيفي لا يندرج ضمن المجال الوظيفي والمهني لأنه حق اكتسبه الموظف. فالعقوبة التي أصدرها مدير القطاع الصحي لا يمكن تكييفها مع التصرف الذي قام به الموظف أنه خطأ مهني. بمعنى أنه أحل بواجب الطاعة الذي يستوجب عقوبة التوبيخ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، ج.ر العدد 13. الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتعلق بالقانون الأساسي للتوظيف العمومية، ج.ر العدد 46.

<sup>2</sup> بالرجوع لنص المادة 15 من المرسوم السابق رقم 59/85 التي تتضمن الواجبات والحقوق تحيلنا إلى القانون الأساسي للعامل رقم 12/78 المؤرخ في 05/08/1978 ج.ر العدد 32. حيث نصت المادة 36 الفقرة الأولى منه على ما يلي: "أن ينفذ العامل كل ما لديه من إمكانيات مهنية جميع التعليمات المتعلقة بالعمل الذي يتسلمه من الأشخاص المؤهلين سلميا".

إن الهدف من تقييد السلطة التقديرية للإدارة عن طريق الرقابة القضائية على التكيف أو الوصف القانوني للوقائع التي تستند إليها الإدارة، هو التأكد مما إذا كان هذا التكيف أو ذلك الوصف متفقا مع ما قصد إليه المشرع، أم أنه يجانب ذلك القصد، ومن ثم يصبح غير صالح كسبب أو كأساس لحمل القرار الإداري. الأمر الذي يفرض على رجل الإدارة الالتزام بالتحقق قبل اتخاذ القرار وعند ممارسته للسلطة التقديرية، حتى تكون الوقائع التي يتذرع بها في هذا الشأن تنفق والوصف القانوني الذي عناه المشرع لها، وإلا كانت غير صالحة لأن تكون أساسا لهذا القرار أو دافعا مشروعاً لاتخاذها<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### دور القاضي الإداري في تحديد سبب القرار

إن العبرة في قيام السبب من عدمه هي بوقت إصدار القرار الإداري، فإذا لم يكن السبب موجودا عند إصدار القرار فإن القرار يكون قد صدر باطلا لعدم توافر السبب. إلا أنه يجب التفرقة بين الأسباب الرئيسية الدافعة في القرار الإداري والأسباب الثانوية. وفي هذا الإطار سنحاول توضيح دور القاضي في حالة تعدد الأسباب (الفرع الأول) وسلطته في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 632.

## الفرع الأول

## دور القاضي في حالة تعدد أسباب القرار

يكون القرار الإداري مشوباً بعيب السبب قابلاً للإلغاء إذا تبين أن الأسباب غير الصحيحة وقد لعبت دوراً رئيسياً في إصدار القرار؛ أما إذا اتضح أنها كانت ثانوية الأهمية، وأن الأسباب الأخرى الصحيحة كافية لحمل مصدر القرار، فإن القضاء يتجاوز الأسباب الثانوية المعيبة، ويمتنع عن الحكم بالإلغاء لعيب السبب<sup>1</sup>.

## أولاً- سلطة القاضي في العمل بالسبب الصحيح

أن تعدد الأسباب مع صحة بعضها وعدم صحة البعض الآخر فإن القرار يعتبر سليماً نسبياً وغير معرض للإلغاء، وذلك من خلال ما أقرته محكمة القضاء الإداري بالقاهرة. غير أنه في مسألة الضبط الإداري يمكن أن تواجه القاضي مشكلة بوجود الوقائع، فلكي يقرر القاضي أن اضطراباً معيناً يشكل خطراً على النظام العام، فإنه عليه أن يبحث في قيام تلك الوقائع من الناحية المادية وأن يقدر صفتها وقيمتها القانونية، ذلك لأن الأسباب تشكل شرطاً لوجود القرار، فلا بد من وجودها في الواقع قبل صدوره<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قراراً محكمة القضاء الإداري 1963/01/08 مقتبس عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 200.

<sup>2</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 163.

إلا أنه في حالة إصدار القرار يمكن أن يسبق الوجود المادي للوقائع، وذلك على أساس توقع حدوثها بشكل جدي، مثل توقع اضطراب وشيك في المستقبل لا يستطيع القاضي البحث في الوجود المادي للوقائع أو عدم وجودها، لأنها ليست أساس القرار وإنما الخوف من تحقق تلك الوقائع، ولكن إذا بحث القاضي في هذا الخوف ووجد ما يبرره وقت اتخاذ القرار فهذا يعني أنه بحث بالفعل في الوجود المادي للوقائع<sup>1</sup>.

و تجدر الإشارة أن القاضي لا يراقب الوقائع من الناحية المادية فقط، وإنما قد تكون الرقابة عليها من الناحية القانونية، عندما تكون الحالة الواقعية شرطا لتطبيقه فيكون دور القاضي في هذه الوضعية التحقق من التكيف القانوني الذي استندت إليه الإدارة. فإذا تبين للقاضي الإداري أثناء قيامه بفحص الوجود المادي والقانوني لعنصر السبب في القرار الإداري عدم صحة بعض الأسباب التي أسست عليها الإدارة قرارها، وصحة البعض الآخر بما يكفي لتبرير إصدار القرار الإداري والاستناد إليها، فإن ذلك لا يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري لعيب السبب<sup>2</sup>.

فلقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي<sup>3</sup>، على عدم إلغاء القرار الإداري رغم تخلف الأسباب التي كشفت عنها جهة الإدارة عند إصدارها له، إذا تبين أن ذلك القرار كان لا بد

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، نفس المرجع، ص. 163.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 622.

<sup>3</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 08/06/1934. مقتبس عن خالد سيد محمد حماد، نفس المرجع، ص. 623.

من صدوره على أية حال لوجود سبب آخر صحيح يمكن أن يقوم عليه، و أحل المجلس بذلك السبب الحقيقي للقرار محل السبب الوهمي الذي استندت إليه الجهة الإدارية عند إصداره .

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ<sup>1</sup>، حيث قضت بأنه: "إذا قام القرار الإداري على عدة أسباب، فإن استبعاد أي سبب من هذه الأسباب لا يبطل القرار ولا يجعله غير قائم على سببه طالما أن الأسباب الأخرى تؤدي إلى نفس النتيجة ."

كما أيدت المحكمة الإدارية العليا ذلك فقضت بأنه " و قد تبين أن القرار التأديبي المطعون فيه قد بني على سببين، فإنه وإن كان قد ثبت للمحكمة عدم صحة السبب الثاني الذي قام عليه الجزاء محل هذه المنازعة و هو الخاص بمخالفة المطعون ضده التعليمات المالية، إلا أن هذا القرار يظل على الرغم من ذلك محمولا على سببه الأول الخاص بخروجه على مقتضى الواجب في أعمال وظيفته ، بتطاول على رؤسائه بدون وجه حق، و بذلك تكون النتيجة التي انتهى إليها القرار التأديبي في هذا الشق منه، مستخلصة استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا وقانونيا ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد قام على سببه الصحيح المبرر له و صدر مطابقا للقانون، ولا يغير من هذه النتيجة كون القرار المذكور غير صحيح في الشق الآخر منه، إذ جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا قام القرار الإداري على أكثر

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.624.

من سبب واحد ، فإن استبعاد أي سبب منه لا يبطل القرار، ولا يجعله غير قائم على سببه ، طالما كان السبب الآخر يؤدي إلى النتيجة ذاتها<sup>1</sup> ."

وقد أخذ القضاء الإداري في مصر بهذه الفكرة في بعض قراراته وأطلق عليها اصطلاح السبب الحاسم أو السبب الأهم ففي قرار لمحكمة القضاء الإداري قضت بأنه "إذا كان السبب الحاسم في تخطي المدعى هو أن التصرفات التي وقعت منه في مجموعها وملاساتها تجعله في موضع الشبهة و الريبة هذا السبب قد ظهر من التحقيق فيما بعد أنه غير صحيح، أما ما نسب إليه في ذلك القرار من ثبوت إهماله وعدم مراعاته الدقة و إتباع التعليمات فضلا عن أنه لم يكن السبب الحاسم في التخطي فإنه يفقد كثيرا من أهميته بما تضمنه التحقيق من التنبيه إلى ضرورة تكليف المصلحة بوضع سياسة واضحة لتنظيم عملية تحرير المحضر، و من ثم يكون القرار المذكور باطلا لعدم صحة السبب الرئيسي الذي قام عليه"<sup>2</sup> .

وفي قرار للمحكمة الإدارية العليا قضت المحكمة بأنه " لا شك في أن القرار الإداري بتوقيع الجزاء يجب أن يقوم كأصل عام على كامل سببه حتى يكون الجزاء متلائما مع التهم المسندة إلى المتهم ، وإلا اختلت الموازين و أهدرت العدالة، على أن ذلك الأصل يجب ألا يطبق في كل الحالات حتى لا تهدم جميع القرارات و يعاد النظر فيها من جديد في ضوء ظروف أخرى قد تؤثر على هذه القرارات ، الأمر الذي قد يضطرب معه الجهاز الإداري،

<sup>1</sup> قرار المحكمة الإدارية العليا 28 /12/ 1963. مقتبس عن خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 624.

<sup>2</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 05 /03/ 1952. مقتبس عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 201.

و إنما يتعين ألا تطلق هذه القاعدة ، فلا تطبق في حالة ما إذا كان الشطر من القرار الذي لم يثبت في حق المتهم غير ذي أهمية ، و كان الجزاء الموقع عليه مناسباً و متلائماً في تقديره مع التهم الباقية "1.

غير أننا ننبه في هذا الصدد إلى ضرورة الحذر و التزام الدقة البالغة في الأخذ بهذه الفكرة حتى لا تتحول بدورها إلى سلطة تحكيمية لدى القضاء، والواقع أن هذه المشكلة لا تتور بصدد القرارات المبنية على سلطة مقيدة للإدارة بشأن عنصر السبب فيه، حيث يلتزم القاضي الإداري بالتأكد من قيام القرار الإداري على الأسباب المحددة التي أشار إليها القانون وصحتها قانوناً بغض النظر عن وجود أسباب أخرى استندت إليها الإدارة في إصدار هذا القرار، و عن صحة هذه الأسباب الأخرى أو عدم صحتها<sup>2</sup>.

أما إذا كانت القرارات مبنية على سلطة تقديرية للإدارة بصدد عنصر السبب فيها، حيث يكون للإدارة حرية اختيار أسباب قرارها إزاء عدم تحديد المشرع لها. فإننا نرى عدم جواز الأخذ بهذه الفكرة ، خاصة إذا انتهى بحث المحكمة المطعون في القرار أمامها إلى صحة السبب " الحاسم " أو " الدافع " أو " الأهم " و من ثم صحة القرار الإداري رغم ما شاب الأسباب الأخرى من عيوب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 201.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 625.

<sup>3</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 203.

و يفسر جانب من الفقه<sup>1</sup> أن موقف مجلس الدولة الفرنسي الحديث قد بات يفترض في كافة الأسباب التي تنذر بها الإدارة، أنها كأصل عام الأسباب الدافعة لاتخاذ القرار ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك .

إن مسألة تعدد الأسباب تثير العديد من التساؤلات خاصة فيما يتعلق بدور القاضي في تصحيحها وهو ما سوف نتعرض له في الفرع الموالي.

### الفرع الثاني

#### سلطة القاضي في تصحيح الأسباب

قد يتبين للقاضي أن الأسباب التي بني عليها القرار المطعون فيه هي أسباب غير صحيحة، إلا أن هناك أسباب أخرى يمكن الاستناد عليها لتبرير القرار محل الطعن، ولكن السؤال المطروح هل يجوز للقاضي الإداري أو الإدارة تصحيح قرارها من هذه الناحية؟ وهل له سلطة إلزامها بالإفصاح عن السبب؟

<sup>1</sup> ومن هنا يشير جانب من الفقه بحق إلى أننا يجب ألا نفترض أن سببا ما زائدا أو ثانويا إلا إذا ثبت ذلك بوضوح شديد من ملف الدعوى وهو ما يتطلب من القاضي الإداري القيام بأبحاث دقيقة لأنها تصل في النهاية إلى معرفة وتحليل قصد مصدر القرار نفسه.

و لذلك يذهب الفقه الحديث في فرنسا، والقضاء الإداري هناك إلى أن الخطأ في أي واقعة من الوقائع التي بني عليها القرار من شأنه أن يلقي ظللا من الشك على صحة تقدير الإدارة لكل الوقائع التي تعللت بها مما يستوجب إلغاء القرار الإداري، وهو ما يعني في حقيقة الأمر احترام القضاء لحرية الإدارة في تقدير ملاءمة القرار، حيث أنه بذلك يتيح لها فرصة إصدار القرار الإداري مرة أخرى، ولكن استنادا إلى أسباب صحيحة. عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.204.

## أولاً- سلطة القاضي في تصحيح السبب بين الفقه والقضاء

يتجه الرأي الغالب في هذا الموضوع إلى رفض الاعتراف بجوار تصحيح الأسباب التي استند إليها القرار المطعون فيه، وخاصة إذا تولى القاضي الإداري مباشرة ذلك، لما يعنيه من قيامه بإحلال تقديره محل تقدير الإدارة، ومن ثم يعد تدخلاً في صميم أعمال الإدارة، علاوة على التغاضي عن بعض الضمانات التي تكلفها دعوى الإلغاء، وما تقتضيه من بطلان القرارات المعيبة<sup>1</sup>.

وهو ما أقرت به محكمة القضاء الإداري<sup>2</sup> على أنه " إذا ثبت أن القرار الإداري قد بني على سبب معين قام الدليل على عدم صحته فلا يجوز إضافة أسباب جديدة بعد صدور القرار المطعون فيه، ويتعين الحكم بإلغائه. وأنه متى بني القرار الإداري على سبب معين قام عليه واستمد كيانه من سند قانوني أفصح عنه وكان هو علة صدوره، فإن من شأن عدم صحة هذا السبب أو عدم انطباق السند يصبح القرار معيباً في ذاته غير سليم بحالته، و ليس يجدي في تصحيحه بعد ذلك تغيير سببه أو تعديل سنده في تاريخ لاحق، وإن جاز أن يكون هذا مبرراً لصدور قرار جديد على الوجه الصحيح ".

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 204.

<sup>2</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 18 / 01 / 1955، مقتبس عن سامي جمال الدين، نفس المرجع، ص 205.

## ثانيا- سلطة القاضي في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب :

من 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 وإلا كان القرار باطلا، لفقدانه ركنا أساسيا هو سبب ومبرر إصداره<sup>1</sup>.

والمستقر عليه 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 .

وحرية الإدارة في اختيار سبب تدخلها عند ما لا يحدد المشرع سببا بعينه، لا تعني حرية الإدارة المطلقة في هذا الصدد، بل يتعين أن تختار السبب الذي من شأنه أن يبرر تدخلها. والأصل العام أن الإدارة لا تلتزم بتضمين قرارها للأسباب التي استندت إليها ما لم يلزمها القانون بذلك، فإن الرقابة التي يمارسها القضاء للتحقق من الوجود المادي و القانوني للسبب، تقتضي أن يكون ملما بسبب القرار حتى يستطيع بسط رقابته عليه .

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.628.

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

غير أنه من ناحية أخرى يجب ألا نغفل دور القاضي الإداري الايجابي في توجيه الإجراءات، فلا يمكن أن يكتفي بما يقدمه له الأطراف كما هو الحال بالنسبة للقاضي المدني مثلا، بل يجب عليه توجيه الأطراف وأن يأمر بأي إجراء ضروري تلقائيا لأنه يلعب دور ايجابي ويتحكم في إدارة النزاع، و يهيئ الملف ليكون جاهزا للفصل فيه طبقا للقانون، كما يفعل قاضي التحقيق لجمع الأدلة لإثبات التهمة أو نفيها<sup>2</sup>.

و بهذا فالقاضي الإداري بخلاف القاضي المدني يملك حق توجيه الإجراءات حتى يتمكن من تكوين اقتناعه و تهيئة القضية للفصل فيها، وهذا الدور الايجابي يمكنه من أن يتدخل لتخفيف عبء الإثبات عن عائق المدعي وذلك بمطالبة الإدارة بالإفصاح عن سبب

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.629.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، نفس المرجع، ص.629.

قرارها، و تقديم كل المستندات التي يقدر القاضي لزومها لتكوين رأيه في النزاع و إلا أصبحت الرقابة التي يمارسها على أسباب القرار الإداري رقابة وهمية أو صورية<sup>1</sup>.  
بعدها بينا دور القاضي الإداري في رقابته على أسباب القرار الإداري، سنين كذلك دوره في مجال رقابة محل القرار.

## المبحث الثاني

### الرقابة القضائية على المحل

الإدارة عندما تريد أن ترتب أثراً قانونياً معيناً من خلال ما تصدره من قرارات عليها أن تلتزم باحترام القواعد القانونية، غير أن هذه الأخير قد تجيز للإدارة حرية الاختيار بين أكثر من أثر قانوني يمكن أن يترتب على قرار إداري معين، مثلاً القرار الذي يترتب عقوبات تأديبية فيجب أن تكون هذه العقوبة ضمن العقوبات التي أجازها القانون للسلطة الإدارية توقيعها من بين العقوبات الواردة على نفس الخطأ أو المخالفة.

يتبين لنا من خلال تحديد مظاهر السلطة التقديرية في العناصر الداخلية للقرار الإداري، أن هناك ارتباط وثيق بين عنصري السبب والمحل، فالمشرع عندما يقيد سلطة الإدارة في سبب اتخاذ القرار فإنه يحدد له الأثر القانوني المترتب عنه، لأن السبب يتماشى مع محل

<sup>1</sup> محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص.51.

القرار، و الأمر كذلك بالنسبة لسلطة الإدارة التقديرية فعندما يترك المشرع الإدارة حرية تقدير أسباب القرار فإنه لا يحدد الآثار القانونية المترتبة عليه.

سنبيّن في هذا المبحث طبيعة السلطة التقديرية في محل القرار (المطلب الأول)، والمبادئ القانونية العامة والسلطة التقديرية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### طبيعة السلطة التقديرية في محل القرار

تتمثل مظاهر السلطة التقديرية للإدارة من خلال النص القانوني الذي يمنح لرجل الإدارة السلطة الكاملة في اختيار الإجراء المناسب بمعنى أن يتدخل أو لا، وله اختيار كيفية أو طبيعة التدخل، ثم اختيار الوقت. إذن فالإدارة في هذه الحالة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة بناء على نص قانوني لم يقيدتها في ممارسة صلاحياتها وهو ما نجده خصوصا في المسائل المتعلقة بالحفاظ على النظام العام.

وهو ما سوف نتناوله أي سلطة الإدارة في التدخل (الفرع الأول)، علاقة المحل بالسبب (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## سلطة الإدارة في التدخل

إن ممارسة الإدارة لمختلف أعمالها الإدارية القانونية تكون بناء على نص قانوني حتى تكون مشروعة، إلا أن النص القانوني أحيانا لا يجبر أو يلزم السلطة الإدارية على القيام بتصرف قانوني معين، بمعنى أن يكون الأمر جوازي أو اختياري استناداً للنص القانوني.

أحيانا تمتنع الإدارة عن التدخل بشأن القرارات الفردية مما يترتب عنه مساس بحقوق الأفراد، فهنا سلطة القاضي تتحدد بالبحث عن مدى حق الفرد في الحصول على الحق المطلوب، وإذا تبين للقاضي أن هذا الامتناع قد تسبب فعلا في ضرر للمدعي فيقضي القاضي بإلغاء القرار، أما إذا اتضح له حرية الإدارة في الاختيار دون وجود تعسف في حقه فلا يبطل قرارها السليبي أو الحكمي<sup>1</sup>.

فالقرارات التنظيمية تختلف بطبيعتها عن القرارات الفردية سواء كانت سلطة الإدارة تقديرية أو مقيدة، لأن هذه الأخيرة يترتب عنها حقوق مكتسبة للأفراد، بالرغم من أن الإدارة تتمتع بسلطة اختيار وقت إصدار القرار إلا أن عدم اتخاذ القرار خلال مدة زمنية معينة يعتبر قرار ضمني يترتب عليه الطعن بالإلغاء أمام القضاء من طرف صاحب الحق.

<sup>1</sup> فؤاد العطار، القضاء الإداري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص588.

وتتجلى مظاهر حرية الإدارة في التدخل أو الامتناع عنه وفقا لما تقره النصوص القانونية خصوصا في المسائل المتعلقة بالحفاظ على النظام العام أي في مختلف مجالات الضبط الإداري، لأن المشرع لا يمكنه تقدير الظروف وتوقع الأحداث التي قد تقع على أرض الواقع، إذن فالسلطة الإدارية تقدر كيفية تدخلها، مثلا قيام السلطات المحلية ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي باتخاذ جميع الإجراءات والتدابير اللازمة للحفاظ على النظام العام، سواء تمثل الأمر في حماية الأمن العام كسلطة الوالي في الترخيص لممارسة حرية التظاهر، وتنظيم نشاط معين قد يكون له علاقة بصحة المواطنين، من خلال مكافحة الأمراض والأوبئة وذلك بإلزام المواطنين بفحوصات وتلقيحات معينة خلال فترة محددة.

إن مسألة تدخل السلطات الإدارية في مجال تنظيم مختلف نشاطات المجتمع يندرج

ضمن سلطة الضبط الإداري، حيث تتنوع وتتعدد هذه المجالات نتيجة لاتساع السلطة

التقديرية للإدارة، إلا أن هذا لا يعني عدم خضوعها لرقابة القاضي الإداري<sup>1</sup>.

ولقد صدرت العديد من القرارات القضائية في المسائل المتعلقة بتدخل السلطة الإدارية عند ممارستها لاختصاصها التقديرية، خصوصا في مجال الضبط الإداري. حيث صدر عن مجلس الدولة الجزائري: "إن عملية التنفيذ الجبري للقرار الصادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي والمتضمن طرد المستأنف وعائلته من المسكن الذي كان يقطن فيه وسد مدخله لا يشكل تعدي على الملكية، وإنما يندرج ضمن صلاحياته في اتخاذ الاحتياطات الضرورية والتدابير الوقائية لضمان سلامة الأشخاص وممتلكاتهم بسبب السكن المهدد بالانهيار"<sup>2</sup>.

يتضح لنا من خلال هذا القرار أن القاضي قد اعتبر أن قرار الطرد لا يشكل تعدي على ملكية هذا المواطن، وإنما له علاقة بعنصر السبب والمتمثل في أن المسكن مهدد بالانهيار

<sup>1</sup> قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار رقم 029665 الصادر بتاريخ 2007/04/25 والمتضمن ما يلي: "طبقا للمادتين 76 مكرر الفقرة 4 ومكرر 5 من نفس المادة القانون رقم 04-05 الصادر بتاريخ 2004/08/14 أن القضاء الإداري لم يصبح مختصا في مثل هذه النزاعات باعتبار أن قرارات الهدم في حالة البناءات المشيدة بدون رخصة أو في حالة عدم تطابق البناء مع الرخصة تكون من صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي في حالة عدم قيم الأول بعملية الهدم." عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 1664.

كما أن مجلس الدولة الجزائري قد قضى بقرار صادر بتاريخ 2001/01/08 المتضمن جواز تعديل و التراجع عن رخصة البناء بناء على أسباب جديدة من طرف هيئات تقنية حيث تضمن القرار: "أنه يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي تعديل محتوى رخصة البناء بعدما أصدر رخصة بناء بتاريخ سابق وذلك بسبب تقدير الأضرار المستقبلية ومعاينتها ميدانيا من طرف مصلحة البلدية للبناء ومصلحة الدائرة للبناء والعمران، وعليه فإن قرار رئيس المجلس الشعبي البلدي جاء سليما ومتماشيا مع القواعد العمرانية والتقنية للبناء وعليه فإن القرار المطعون فيه قد أصاب فيما قضى به ويتعين تأييده." عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 1665.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري 2007/06/20 رقم 040037، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، ص 131.

بناء على معاينة ميدانية ومن طرف لجنة تقنية مختصة بالبناء والعمران، الأمر الذي جعله يصدر قرار الطرد لحماية الأشخاص وممتلكاتهم حتى لا تقوم مسؤولية البلدية وفقا للنصوص التنظيمية السارية المفعول والتي تحول لرئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة وجود خطر وشيك ينجم عنه انهيار المسكن يقوم باستشارة المصالح التقنية أو مصالح الدولة المكلفة بالعمران على مستوى الولاية بعد توجيه إنذار لصاحب الملكية. وإذا رأت اللجنة من خلال تقريرها أن الخطر وشيك الوقوع فيتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي قرار منع الإقامة<sup>1</sup>.

لاحظنا من خلال هذا القرار أن الباعث من إصدار القرار له علاقة كبيرة مع موضوعه، وهو ما سوف نبينه في الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### علاقة المحل بالسبب

إن المشرع أحيانا لا يحدد للسلطة الإدارية الأثر الذي يجب أن يترتب عليه القرار الإداري مكتفيا بتحديد الغاية أو الهدف من القرار الإداري، وفي هذه الحالة تستطيع الإدارة أن تحدد

<sup>1</sup> نص المادة 88 من م.ت. رقم 19/15 السابق ذكره على ما يلي: "في حالة الخطر الوشيك الحدوث يستشير رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني بمصالحه التقنية أو مصالح الدولة المكلفة بالعمران على مستوى الولاية خلال الساعات الأربع والعشرون الموالية وذلك بعد توجيه إنذار لصاحب الملكية. إذا بين تقرير هذه المصالح حالة الاستعجال أو الخطر المحدق والوشيك، يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بالإجراءات المؤقتة قصد ضمان الأمن، لاسيما إخلاء المبنى. يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا قرار منع الإقامة بالمبنى. إذا لم تنفذ الإجراءات الموصى بها خلال الأجل المحدد في الإنذارات يتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي وجوبا وعلى نفقة صاحب الملكية التدابير الأمنية الضرورية".

بحرية محل القرار الذي خولها القانون حق إصداره، على أساس أن كافة الحلول التي يمكن أن تختارها السلطة الإدارية تعد جائزة ومشروعة. فمثلا إذا قرر القانون للإدارة سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الآداب العامة إذا ما تعرضت لأي تهديد، إذن القانون ترك للإدارة سلطة تقديرية كاملة في ترتيب الآثار القانونية الكفيلة بحماية الآداب العامة من أي إحلال<sup>1</sup>.

ويتمثل هذا الارتباط بين عنصر المحل والسبب في ترتيب عناصر مشروعية القرار الإداري، حيث نجد أن عملية تقدير أسباب القرار من الناحية المادية وتكييفها القانوني تسبق عملية تحديد التعبير عن الإرادة من خلال مضمون القرار ومدى تناسبه مع أسباب القرار؛ إلا أنه يقيّد سلطة الإدارة من حيث الغرض أو الغاية من اتخاذ القرار الإداري<sup>2</sup>.

و لذلك يمكن القول أن اختصاص الإدارة يكون مقيدا في عنصري السبب والمحل إذا كانت الأسباب محددة، ويتم تكييف الوقائع بطريقة حتمية غير إرادية؛ إذن محل القرار هو نتيجة منطقية لتلك الأسباب، وعلى العكس يكون الاختصاص تقديريا في هذا الشأن إذا كانت الأسباب وتكييفها تتم بطريقة إرادية غير آلية، و كان محل القرار لا يترتب على هذه الأسباب وإنما يتوقف على إرادة الشخص المختص بتطبيق القانون. ففي الحالة الأولى يكون القرار بمثابة عملية منطقية تؤدي فيها المقدمات إل النتائج، ويمكن مقدما معرفة القرار الذي سيتخذ، وعلى العكس ففي الحالة الثانية تستحيل معرفة القرار قبل تدخل المختص بتطبيق

<sup>1</sup> علي خطار الشطناوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 804.

<sup>2</sup> علي خطار الشطناوي، نفس المرجع، الجزء الثاني، ص. 805.

القاعدة، وهكذا فإن السلطة التقديرية يمكن مباشرتها عند عنصري السبب والمحل في آن واحد وهو الأمر الغالب قانوناً<sup>1</sup>.

يشير الفقه إلى رقابة القضاء الإداري في هذه الحالة أنها رقابة على ملاءمة القرار الإداري بالرغم مما لاحظناه من اتساع نطاق اصطلاح الملاءمة ليشمل كافة جوانب السلطة التقديرية، ولعلّ مرجع ذلك يعود إلى أن رقابة القاضي لا تستند هنا إلى موقف المشرع بقدر ما تستند إلى القواعد القانونية الأخرى، وذلك بملاحظة أن مخالفة محل القرار للقانون لا تقتصر على مخالفة التشريع الصادر عن السلطة التشريعية فحسب وإنما تمتد إلى أية مخالفة لقاعدة قانونية سواء كانت دستورية أو تشريعية أو لائحية أو عرفية أو مستمدة من المبادئ القانونية العامة، فكلها مخالفة للقانون بمعناه الواسع العام<sup>2</sup>.

والواقع أن رقابة القضاء الإداري على ملاءمة القرار الإداري بالمعنى الضيق تقوم أساساً على مطابقة محل القرار ببعض المبادئ القانونية العامة التي استخلصها القضاء في السنوات الأخيرة، حيث برزت هذه المبادئ باعتبارها الحد الرئيسي للسلطة التقديرية التي تباشرها الإدارة علاوة على أنه من شأن هذه المبادئ أن تنقل السلطة التقديرية إلى حظيرة المشروع بعيداً عن رقابة الملاءمة ولو من الناحية النظرية المجردة.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 255.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، نفس المرجع، ص. 256.

إن الحديث عن السلطة التقديرية في محل القرار الإداري هو الحديث عن العلاقة بين السبب والمحل بصفة أساسية، فعندما يترك القانون لرجل الإدارة الحق في اختيار العقوبة على الخطأ الذي ارتكبه الموظف، فإنه لا شك أن قصد المشرع من هذه الحرية هو اختيار العقوبة المناسبة مع جسامة الخطأ المرتكب، ففي حالة الاختصاص المقيد فإن المشرع هو الذي يحدد تناسب الأسباب مع المحل وفقاً للنص التشريعي دون تقدير ذلك من طرف السلطة الإدارية<sup>1</sup>.

إلا أنه في دراستنا لمظاهر السلطة التقديرية للإدارة المتعددة نتيجة لعجز المشرع عن تقييد سلطة الإدارة في بعض المجالات هذا من جهة؛ والامتيازات التي تتمتع بها السلطة الإدارية من جهة أخرى. فقد التجأ القضاء الإداري للدفاع عن حقوق وحرية الأفراد ضد كل تعسف أو استبداد من السلطة الإدارية نتيجة استعمالها لسلطتها التقديرية بوضع مجموعة من المبادئ القانونية كأسس للرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية.

إن رقابة القاضي الإداري للمحل القرار الإداري لا يشترط أن يكون مصدره القانون بمعناه الضيق بل بمعناه الواسع أي تشمل المبادئ العامة للقانون فلها دور في تحديد مدى مشروعية ممارسة السلطة التقديرية للإدارة وهو ما سوف نوضحه في المطلب التالي.

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص 186.

## المطلب الثاني

## المبادئ القانونية العامة والسلطة التقديرية للإدارة

تتمثل هذه المبادئ القانونية العامة في كونها مبادئ غير مشرعة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني للدولة، ويقررها في أحكام قضائية باعتبارها قواعد قانونية ملزمة، بحيث تندرج بين عناصر المشروعية، ويتحتم على السلطات العامة ومنها السلطة الإدارية الالتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة عنها بمخالفة إحدى هذه المبادئ خروجاً على مبدأ المشروعية.

وللتوضيح أكثر سنتطرق لأهمية هذه المبادئ القانونية (الفرع الأول)، الرقابة على تطبيق أهم المبادئ القانونية (الفرع الثاني). دور القاضي في رقابة مبدأ التناسب ( الفرع الثالث).

## الفرع الأول

## أهمية المبادئ القانونية

المبادئ القانونية العامة أو المبادئ العامة للقانون هي مبادئ غير مشرعة، يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقررها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة بحيث تندرج هذه المبادئ بين عناصر المشروعية، ويتحتم على السلطات العامة ومنها السلطة الإدارية الالتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة

عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية ومن أمثلة هذه المبادئ مبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ حجية الشيء المقضي به ومبدأ عدم الجمع بين العقوبات ومبدأ كفالة حقوق الدفاع، وهي مبادئ يطبقها القضاء الإداري منذ وقت بعيد<sup>1</sup>.

يتعين لصحة محل القرار ومشروعيته أن يتفق مع القواعد القانونية العليا، أو أن لا يخالفها على أقل تقدير، ولا يهم أن تكون القواعد القانونية العليا مكتوبة أو غير مكتوبة. لهذا يتوجب على أن لا يخالف الأثر القانوني للقرار قاعدة دستورية، أو قانون عادي، أو نظام، أو تعليمات أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون، أو حتى قاعدة عرفية<sup>2</sup>.

تحتل المبادئ العامة للقانون مكانة هامة بين مصادر القانون الإداري، بحيث يتعذر أن نجد لها مثل هذه المكانة في فرع آخر من فروع القانون، والمبادئ العامة للقانون هي مجموعة المبادئ والتوجيهات التي يستوحىها القاضي من الروح العامة للقانون في مجتمع معين، ويرجع الفضل في إبراز هذه المبادئ العامة إلى مجلس الدولة الفرنسي والذي كرسها بشكل كبير خصوصاً في سنة 1940 نتيجة لاجتياح القوات الألمانية لفرنسا في الحرب العالمية الثانية مما أدى إلى سقوط الجمهورية الثالثة، الأمر الذي نجم عنه تعطيل النصوص الدستورية آنذاك، وهو ما دفع بمجلس الدولة الفرنسي إلى إقرار مجموعة من المبادئ العليا التي ينبغي على

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.257.

<sup>2</sup> علي خطار شطناوي، نفس المرجع، ص.807.

الإدارة احترامها وإلا أضحي عملها غير مشروع، وهكذا استمر تطبيق هذه المبادئ من طرف الهيئات القضائية بشكل عام<sup>1</sup>.

إن هذه المبادئ متعددة وكثيرة فقد حاول بعض من الفقهاء تجميعها وتأصيلها، بحيث يتفرع عن أصلها العديد من المبادئ الفرعية، فمنهم من ردها جميعا إلى مبدئين أساسيين وهما مبدأ الحرية ومبدأ المساواة، ومنهم من زاد عليهما مبدأ استقرار المعاملات، ومبدأ تلبية احتياجات النشاط الإداري ومقتضيات الصالح العام<sup>2</sup>.

إن رقابة القضاء الإداري على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية تتطلب التأكد من عملية التوافق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها، فعلى القاضي الإداري عند رقابته محل القرار أن يفحص الوقائع من حيث مدى أهميتها وخطورتها ثم يقدر الإجراء الواجب اتخاذه، إذن هذه الرقابة تقوم على التناسب بين الوقائع والإجراء المتخذ أي الأثر، ولذلك ذكرنا سابقا أنه هناك ارتباط بين عنصري السبب والمحل في مجال رقابة السلطة التقديرية للإدارة.

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.188.

<sup>2</sup> تتعدد وتنوع المبادئ العامة للقانون فنجد مثلا مبدأ الحرية يتفرع عنه العديد من المبادئ ومن أهمها مبدأ حرية الاعتقاد، مبدأ عدم الاعتقاد بالتصرفات الصادرة عن الشخص تحت الإكراه وغيرها من المبادئ، أما عن مبدأ المساواة نجد المساواة في تقلد الوظائف العامة، في الضرائب والتكاليف العامة والاستفادة من خدمات المرافق العامة، أما عن مبدأ استقرار المعاملات نجد مبدأ حجية الشيء المقضي به، وعدم رجعية القرارات الإدارية؛ أما بالنسبة لمبدأ تلبية احتياجات النشاط الإداري ومقتضيات الصالح العام تتفرع عنه مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتوسيع سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية وقابلية عقود الإدارة للتعديل من طرف الإدارة وغيرها من المبادئ. عن يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.189.

من خلال أهمية هذه المبادئ سنحاول توضيح دور القاضي في الرقابة على تطبيق أهم هذه المبادئ.

### الفرع الثاني

#### دور القاضي في الرقابة على تطبيق أهم المبادئ العامة

ومع تزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة، والناجمة عن تخلي المشرع أو عجزه عن تقييد الإدارة عند اتخاذها قراراتها الإدارية، التجأ القضاء الإداري إلى الدفاع عن الحقوق والحريات وسياس العدالة ضد كل تعسف أو استبداد، ممثلاً في المبادئ القانونية العامة وذلك للحد من مباشرة الإدارة لحريتها في التقدير حتى لا تغدو سلطة مطلقة من كل قيد حقيقي أو فعلي، وضمن تحقيق العدالة عندما تمارس الإدارة سلطتها التقديرية<sup>1</sup>.

#### أولاً - مبدأ استقلالية الدعوى العمومية عن الدعوى التأديبية.

يعتبر مبدأ استقلالية الدعوى العمومية عن الدعوى التأديبية من أهم المبادئ القانونية المتعلقة بسير الحياة المهنية للموظف، حيث أن المتابعة الجزائية للموظف من طرف النيابة العامة لا يعني بالضرورة تسريح الموظف نتيجة انقطاعه عن أداء وظيفته بل يجب اتخاذ إجراءات قانونية محددة في المادة 174 من القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية حيث يتم توقيفه من طرف سلطة التعيين إذا كانت هذه المتابعة الجزائية لا تسمح ببقائه في منصبه

<sup>1</sup> علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص. 808.

إلى غاية صدور حكم نهائي يبين مدى صحة هذه المتبعة إما بالبراءة أو الإدانة وهذا لا يعني أنه يفصل في مدى استمرارية هذا الموظف في وظيفته أو لا، بل تبقى سلطة تقرير هذه المسألة من اختصاص اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء وفقا لقانون الوظيفة العمومية في الجزائر<sup>1</sup>.

إذن فهذا المبدأ يعتبر ضمانا أساسية للموظف في الرجوع لوظيفته بعد انتهاء المتابعة الجزائية، إلا أنه في حالة صدور حكم نهائي بالبراءة فالإدارة ليست مسؤولة عن تعويض الضرر الذي أصاب الموظف بل هي مسؤولة الدولة، لأن النيابة العامة هي التي حركت الدعوى العمومية. أما إذا صدر حكم بالإدانة فهنا يجب مراعاة طبيعة الجريمة بحيث لا تتنافى مع الوظيفة هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى إذا كان الحكم النهائي متضمن عقوبة تكميلية

<sup>1</sup> المادة 174 من الأمر رقم 03/06 الصادر بتاريخ 2006/07/15 والمتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج.ر العدد 46. نصت المادة على ما يلي: "يوقف فورا الموظف الذي كان محل متابعات جزائية لا تسمح ببقائه في منصبه. ويمكن أن يستفيد خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر ابتداء من تاريخ التوقيف من الإبقاء على جزء من الراتب لا يتعدى النصف.

ويستمر الموظف في تقاضي مجمل المنح العائلية وفي كل الأحوال لا تسوى وضعيته الإدارية إلا بعد أن يصبح الحكم المترتب على المتابعات الجزائية نهائيا."

تتمثل في الحرمان من الحقوق المدنية، فيترتب عنها عدم إعادة الموظف في منصبه<sup>1</sup>.

إن رقابة القاضي الإداري الجزائري على تطبيق مبدأ استقلالية الدعوى العمومية عن الدعوى التأديبية، من خلال أقرّ مجلس الدولة الجزائري بأن " صدور قرار البراءة وتسوية الوضعية الإدارية والمالية للمدعي بعد صدور القرار الجزائي النهائي. لا يترتب عنه المطالبة بالتعويض من طرف الإدارة فهذا الطلب غير مؤسس، لكون الإدارة غير مسؤولة عن تحريك الدعوى الجزائية ضد المدعي، ولا يمكنه المطالبة برواتبه طيلة المدة التي كان فيها محل المتابعة الجزائية، لأنه في إطار خارج عن مسؤولية الإدارة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المشرع الجزائري وفقا للقانون الأساسي للوظيفة العمومية الأمر رقم 03/06 السابق ذكره لم يحدد بدقة هذه المسائل التي قد تقع للموظف أثناء المتابعة الجزائية. حيث نجد نص مادة واحدة فقط دون توضيح الآثار والنتائج المترتبة عن هذه المتابعات، باستثناء إجراء التوقيف ولم يحدد الضمانات بعد انتهاء المتابعة الجزائية. بالاستناد إلى بداية العلاقة الوظيفية ونهايتها يستنتج من خلال نص المادة 75 على ما يلي: "لا يمكن أن يُوظف أيّا كان في وظيفة عمومية ما لم تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون جزائري الجنسية،

- أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية،

- أن لا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تتنافى وممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها."

كما نصت المادة 216 من نفس الأمر على ما يلي: "ينتج إنهاء الخدمة التام الذي يؤدي إلى فقدان صفة الموظف عن فقدان الجنسية، فقدان الحقوق المدنية، الاستقالة المقبولة قانوناً، العزل، التسريح، الإحالة على التقاعد، الوفاة."

<sup>2</sup> قرار رقم 10847 صادر عن مجلس الدولة الجزائري 2004/06/15، مجلة مجلس الدولة العدد 05، 2004، ص 147.

## ثانيا- مبدأ عدم جواز سحب القرارات الفردية

وهناك العديد من القرارات القضائية التي يراقب فيها القاضي الإداري مدى التزام السلطة الإدارية باحترام المبادئ العامة للقانون ومن أهمها كذلك مبدأ عدم جواز سحب القرارات الإدارية الفردية التي يترتب عنها اكتساب حقوق بعد انقضاء مهلة الطعن القضائي. وهو ما قضى به مجلس الدولة الجزائري حيث تضمن القرار ما يلي: "يستخلص من الوثائق والمستندات المرفقة بالملف أن السيد(ك.ع) استفاد من محل تجاري كائن بسوق بلدية الشراكة وذلك بموجب قرار مؤرخ في 1984/06/11 تحت رقم 84/17. وعندما حاول شغل الأماكن وجد مستفيدا آخر لنفس المحل وهو السيد(م.ع).

حيث أن القرار الصادر بتاريخ 1984/06/11 قد أنشأ حقوقا لصالح المستفيد والذي لا يمكن سحبه، وأن القرارات الإدارية الصادرة تنشئ حقوقا بمجرد الإمضاء ( ولا يهم إن كانت منشورة أو لا، مبلغة أو لا أو دخلت حيز التنفيذ وأن سحبها في كل الحالات يكون غير قانوني).

ولو أن الاجتهاد القضائي يجيز استثناء من هذه القاعدة الخاصة بالقرارات اللاشعرية، إلا أن سحب القرار الإداري يستوجب أن يتم قبل انقضاء مهلة الطعن القضائي وهو ما لا

يتوفر في النزاع الحالي ويستوجب عندئذ معاينة إلغاء القرار والفصل والتصدي للقضية من جديد بإبطال قرار المنح الخاص بالسيد(م.ع)<sup>1</sup>.

يتبين لنا من خلال هذه القرارات القضائية أن القضاء الجزائري قد استند في رقابته لحل أو موضوع قرار الإدارة على المبادئ العامة للقانون، باعتبارها مصدرا من مصادر التشريع الأمر الذي يلزم الإدارة احترام هذه المبادئ القانونية ولو لم تكن محددة قانونا حتى لا يمكنها التذرع بممارسة صلاحياتها على نحو يخالف القانون.

### ثالثا- مبدأ الفصل بين السلطات

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات من بين أهم المبادئ الدستورية والأسس التي تقوم عليها دولة القانون، لتحقيق الديمقراطية والعدالة وضمن حماية حقوق وحرريات الأفراد. ويأخذ مبدأ الفصل بين السلطات شكلين أحدهما مطلق والآخر مرن، حيث يقوم الأول على ثلاث عناصر أساسية، وهي المساواة والاستقلال والتخصص بين السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية.

ويقصد بالمساواة أن لا تنفرد أية سلطة بسيادة الدولة وإنما تتقاسمها؛ أما الاستقلال فيكون على المستوى الوظيفي. بمعنى أن تكون الهيئات مستقلة عن بعضها في ممارسة مهامها؛ في حين يقصد بالتخصص لكل هيئة وظيفتها المحددة دون أن تتدخل هيئة في اختصاصات

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 104779 الصادر بتاريخ 1993/12/19، المجلة القضائية، العدد 03، 1994، ص206.

الهيئة الأخرى. أما المرن فيقوم على المساواة والتخصص والتعاون في ممارسة الاختصاصات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>1</sup>.

لقد أكد القضاء الإداري الجزائري على رقابته لهذا المبدأ في قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قضية (ح.م) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية الشراقة. حيث تتلخص وقائع القضية فيما يلي تحصل المدعي على قرار منح قطعة أرضية بتاريخ 1983/06/28 ودفع مبلغ القطعة الأرضية لإدارة الضرائب. إلا أن رئيس المجلس الشعبي البلدي قد أبلغ المستفيدين ومن بينهم المدعي عن استحالة إتمام عملية البيع واسترجاع المبالغ التي دفعوها بسبب استغلالها في المنفعة العامة والمتمثل في مشروع إنجاز طريق سريع رابط بين الجزائر وزرالدة. إلا أن المدعي يطالب البلدية ببيعه قطعة أرض أخرى.

وعليه أصدر القاضي قراره المتضمن " وطبقا لمبدأ الفصل بين السلطات لا يمكنه إلزام الإدارة بتعويض المستأنف بقطعة أرض أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد الذي لا يوجد في بنود العقد الأصلي. وعليه فإن قضاة الدرجة الأولى قدروا وقائع القضية تقديرا سليما وقرارهم يستوجب التأيد<sup>2</sup>."

<sup>1</sup> سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 2000، ص170-171.

<sup>2</sup> قرار رقم 105050 صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/07/24، المجلة القضائية، العدد 03، 1994، ص218-219.

## رابعاً- مبدأ حجية الشيء المقضي به.

بالإضافة إلى هذه المبادئ نجد مبدأ حجية الشيء المقضي به، باعتباره من أهم المبادئ المكرسة قضائياً<sup>1</sup>، فقد قضى مجلس الدولة الجزائري في أحد أهم القرارات المتعلقة بمجال السلطة التقديرية في المجال التأديبي. حيث أن مجلس الدولة الجزائري قد قام بالفصل في القضية المتعلقة (ع.ه) ضد المجلس الأعلى للقضاء والمتعلقة بعدم تناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ المرتكب من طرف (ع.ه) إلا أن المجلس الأعلى للقضاء قام بإصدار مقرر ثاني يتضمن نفس العقوبة وهي العزل بتاريخ 1999/11/24 وعلى نفس الوقائع السابقة التي تم فيها الفصل سابقاً، وقام العارض بتقديم تظلم إلى نفس الهيئة بتاريخ إلا أنه رفض طعنه بموجب قرار صادر بتاريخ 2000/03/18.

<sup>1</sup> قرار غير منشور لمجلس الدولة الجزائري تحت رقم 758 بتاريخ 2002/02/18، في قضية (ع.أ) ضد ولاية الجزائر ومن معها، عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 1607. أقر القاضي "أنه عملاً باجتهاد قضائي مكرس من مجلس الدولة الفرنسي، وكذا مجلس الدولة الجزائري فشرط وجود حجية الشيء المقضي فيه هو وجود نفس الأطراف ونفس النزاع ونفس الموضوع ولا يجوز تطبيق المبدأ إذا لم تتحقق هذه الشروط".

-قرار رقم 43308 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1985/12/21 قضية (ع.ب) ضد وزير الداخلية ومن معه حيث تضمن منطوق القرار ما يلي: "متى صدر قرار قضائي فاصل في طعن من أجل تجاوز السلطة ونطق ببطال جزئي أو كلي للقرار الإداري، اكتسب الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، فإنه يتعين على الإدارة تجنب اتخاذ قرار بعده يتناول نفس الأطراف وينصب على نفس المحل ويقوم على نفس السبب. إن الإدارة التي تجاهلت قرار المجلس الأعلى بإبطال قرار متخذ منها عن تجاوز السلطة وأصدرت قرار آخر يخص نفس الأطراف والسبب والمحل، تكون بتصرفها المذكور قد أحرقت مبدأ حجية الشيء المقضي فيه للأحكام القضائية مما يستوجب الإبطال." عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 1، المرجع السابق، ص.168-169.

وتضمن منطوق القرار كإيلي: " وبدون الحاجة إلى فحص كافة الأوجه المثارة فإن القرار الصادر فقد تم فيه الفصل سابقا وباسم المبادئ العامة للقانون فإن مقرر المجلس الأعلى للقضاء هو مقرر غير قانوني لأكثر من سبب. حيث أنه المجلس الأعلى للقضاء بالرغم من أنه مشكل من عدة قضاة، فقد أهمل الأخذ بعين الاعتبار مبدأ حجية الشيء المقضي فيه من حيث أن مجلس الدولة قد قضى ابتدائيا ونهائيا بإبطال مقرر العزل الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 1996/07/11. واعتبر مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 1998/07/27 أن العقوبة التي أقرها المجلس الأعلى للقضاء كانت عقوبة غير مناسبة مقارنة بالأخطاء المرتكبة.

وأن المجلس الأعلى للقضاء يبقى ملتزما بالقرارات الصادرة عن نهائيا عن مجلس الدولة ولا يبقى له تطبيقا للقرار سوى إعادة النظر في العقوبة التي سبق النظر بها وذلك بتبني عقوبة أقل درجة. حيث أنه و بالتمسك بعقوبة العزل بالرغم من حجية الشيء المقضي فيه فإن قرار المجلس الأعلى مشوب بالبطلان والعارض محق في طلب الإبطال<sup>1</sup>.

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن القاضي الإداري في الجزائر قد ساير أهم التطورات القضائية الراهنة كما هو الشأن في القضاء الفرنسي أو المصري، بالرغم من عدم اتساعه في

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري 2002/01/28 رقم 5240 . مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 2، المرجع السابق، ص 878-879.

رقابة السلطة التقديرية للإدارة إلا أن هذا القرار يعتبر بمثابة بداية تكريس المبادئ القضائية وعدم تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية.

ولهذا سوف نبين دور القاضي الإداري في الرقابة على أهم المبادئ الحديثة المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة في الفرع الموالي.

### الفرع الثالث

#### دور القاضي في رقابة مبدأ التناسب

قبل الحديث عن طبيعة هذه الرقابة القضائية ومدى تكريسها على القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة. بموجب سلطتها التقديرية، يجب علينا تحديد مفهوم مبدأ التناسب لما له من أهميته وتأثير على رقابة القاضي من خلال العناصر الموضوعية للقرار الإداري، حتى أصبح يطلق على هذه الرقابة برقابة التناسب.

#### أولاً - مبدأ التناسب.

من أهم المبادئ الحديثة والتي كان لها دور في رقابة الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية وهو مبدأ التناسب كما يطلق عليه في فرنسا إلا أن البعض يرى أن رقابة القاضي تسمى بالتناسب في بعض المجالات التي يتم تطبيق هذا المبدأ، وهناك من يصطلح عليه بمبدأ الغلو في بعض أحكام القضاء الإداري في مصر، و مجال تطبيقه الرئيسي هو قرارات التأديب.

الأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساسا لقرارها، وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية أو خطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه<sup>1</sup>.

إن للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وزن قيمة الأسباب وتناسبها مع الإجراء المتخذ، بحيث تقتصر سلطة القاضي في الرقابة على التحقق من صحة الأسباب من الناحية المادية، وكذلك صحة تكييفها القانوني، ولا تتعداه إلى مراجعة الإدارة في تقديرها لأهمية وخطورة السبب، ومدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ، باعتبار أن هذا التقدير هو أحد عناصر ملاءمة القرار الإداري التي تترخص الإدارة في تقديرها. لأن القاضي لو فعل ذلك يكون قد نصب نفسه رئيساً أعلى لجهة الإدارة، لأن دور القاضي في دعوى الإلغاء يجب أن يقتصر على فحص شرعية القرار الإداري، دون أن يتعدى ذلك إلى الملاءمة، على أن تؤخذ الشرعية بمعناها الواسع لتشمل جميع القواعد ولقانونية، حيث يندرج في هذا الاصطلاح القواعد التي تتضمنها الأحكام القضائية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 258.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 666.

لقد طبق القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر الرقابة القضائية على مدى تناسب محل القرار الإداري مع سببه، ولقد اعتبرت هذه الرقابة استثناء على الأصل الذي التزم به القاضي الإداري باعتباره قاضي مشروعية. لأن رقابة القاضي الإداري تقف عند التحقق من الوجود المادي للوقائع وصحة التكييف القانوني لها، دون تقدير خطورة السبب أو البحث في التناسب بينه وبين محل القرار الإداري، الذي اعتبر من صميم عمل رجل الإدارة<sup>1</sup>.

وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي<sup>2</sup> في رقبته على السلطة التقديرية للإدارة في مجال حفظ النظام العام، من خلال قراره الشهير Benjamin الذي قضى فيه بعدم التناسب بين الوقائع والإجراءات المتخذ بشأن حماية النظام العام. وكان هذا القرار الشهير بمثابة نقطة تحول في طبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة

<sup>1</sup> أحمد أحمد المواقى، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص.52.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1933/05/19، مقتبس عن الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، محمد حسنين عبد العال، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص.74. تتلخص وقائع هذا القرار في قيام عمدة بلدية Nevers بمنع السيد Benjamin من إلقاء محاضرة عامة خوفاً من اضطرابات قد تقع مما يهدد النظام العام. وبعدها قرر هذا الأخير بإلقاء محاضرة خاصة إلا أن العمدة منعه كذلك فقام برفع طعن أمام مجلس الدولة والذي أقر بإلغاء القرارين لأن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها عجز سلطات البوليس عن المحافظة على النظام العام مع السماع بعقد الاجتماع.

« Cons. Qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité des troubles alléguée par le maire de Nevers ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pas pu, sans interdire la conférence maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre. »

وديع البقالي، السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحقوق والحريات، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2011-2012، ص.242.

وميلاد رقابة جديدة تسمى برقابة الملاءمة. وهي الرقابة التي تتضمن التحقق من وجود الوقائع التي استندت إليها قرارات الضبط الإداري، وصحة تكييفها القانوني، فضلا عن مدى التناسب بين محل القرار والأسباب التي استند إليها<sup>1</sup>.

يعتبر مبدأ التناسب من المبادئ الرئيسية في القانون الإداري والعلوم الإدارية، ويعرف التناسب في مجال القرارات الإدارية بأنه تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحلّه، حيث يستقل القضاء بكامل الصلاحيات في إعادة التقدير الكامل الذي أجرته الإدارة. إن رقابة التناسب تشكل الرقابة القصوى من طرف القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة إذ بموجبها يضمحل كل مجال أو هامش لحرية الإدارة في إبداء رؤيتها واتخاذها لإجراء معين.

فالتناسب الذي يراقبه القاضي في هذه الحالة هو التناسب الكامل إذ لا يقتصر على الحالات التي يكون الإخلال فيها بهذا التناسب أو على قدر كبير من الأهمية. ففي مجال التأديب مثلا فإن القرار الصادر بتوقيع عقوبة تأديبية يجب أن يكون متناسبا مع الخطأ، وللوصول إلى ذلك فإن السلطة التأديبية تقوم بعمليتين منفصلتين ومتتابعين، حيث تقوم في العملية الأولى بتشخيص الخطأ وكشفه في سلوك الموظف وعيها ثانيا أن تقوم باختيار الجزاء من بين الجزاءات المقررة، حيث لا يتحقق التناسب إلا وقت اختيار الجزاء<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> .. دایم بلقاسم، الرقابة القضائية على الملاءمة وأثرها على الحقوق والحريات العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، العدد 06، ص. 280.

<sup>2</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 190.

**I- مبدأ التناسب في القضاء الفرنسي**

يرى البعض من الفقه الفرنسي وعلى رأسهم André de LAUBADERE أن طبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري في مجال العقوبات التأديبية هي رقابة التناسب لكونها تقوم على مبدأ التناسب. ويعتبر التطبيق الرئيسي لهذا المبدأ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1978 بعد أن اعترف برقابة هذا التناسب في مجال العقوبات التأديبية، لأنه كان يرفض في السابق أن يبحث في مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التي يرتكبها الموظف، على أساس أن ذلك يعد من الملاءمة الواجب تركها للجهة التأديبية، وأنه ليس من صلاحية القاضي تقدير شدة العقوبة مع خطورة المخالفة المرتكبة. ويطبق مبدأ التناسب بشكل واسع على رقابة العقوبات الإدارية مما يجعله كمبدأ عام<sup>1</sup>.

**II- تطبيقات القضاء المصري لمبدأ التناسب**

أما تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء المصري من خلال قرار محكمة القضاء الإداري: "أن ما ذهب إليه المدعي من عدم تناسب الجزاء التأديبي مع ما هو منسوب إليه مردود بأنه ليس للمحكمة أن تعقب على مقدار الجزاء التأديبي، إن هذا التناسب بين الفعل

<sup>1</sup> « Le principe de proportionnalité, notamment appliqué au contrôle des sanctions administratives, apparaît de plus en plus comme un principe universel ». Cf. André de LAUBADERE, op.cit, p.696.

موضوع المؤاخذه والجزاء التأديبي مما تترخص في تقديره السلطة الإدارية<sup>1</sup>.

فلقد كان يصطلح عليه باسم الغلو في مجال الرقابة على القرارات التأديبية، فعلى السلطات التأديبية استعمال السلطة التقديرية للجزاء وملاءمته مع جسامه المخالفة، أي أن يكون تقدير الجزاء في حدود المشروعية الموضوعية، وهو ما أقرت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 1961/11/11 والذي جاء في مضمونه: "أن الجزاء يجب أن يتناسب مع خطورة الذنب الإداري حتى تكون في إطار المشروعية يجب أن لا يشوب استعمال سلطتها التقديرية أي غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين

---

<sup>1</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1948/03/03. مقتبس عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.261. وعلى حسب رأي الأستاذ سامي جمال الدين أن القضاء الإداري المصري كان السباق في الأخذ بمبدأ التناسب في ميدان التأديب وذلك من خلال نظرية الغلو. فقد كان القضاء الإداري في مصر مستقرا على أن السلطات التأديبية تستقل بتقدير الجزاء الذي تراه مناسبا مع ما ارتكبه الموظف العام بلا معقب عليها في هذا الشأن مادامت تلك السلطات لم تخالف القوانين واللوائح، وقدرت الجزاء في الحدود القانونية المعينة له.

خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره لأن الهدف من التأديب هو تأمين انتظام المرافق العامة<sup>1</sup>.

### III- تطبيقات القضاء الجزائي لمبدأ التناسب

أما بالنسبة لتطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الجزائي ليست متعددة ومتنوعة كما هو الحال في القضاء الفرنسي والمصري، إلا أنه هناك بعض القرارات الصادرة خصوصا في المجال التأديبي، ومنها القرار صادر عن مجلس الدولة والذي يتضمن عدم تناسب العقوبة التأديبية والضمانات التي منحها القانون للموظف، حيث أقر القاضي بأن المجلس الأعلى

<sup>1</sup> "ولئن كانت السلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية، سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أي سلطة تقديرية أخرى وأن لا 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 الذي ابتغاه القانون من التأديب، والهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة، ولا يتأثر هذا التأمين إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة، فركوب متن الشطط في القسوة يؤدي إلى إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض لهذه القسوة المعنة في الشدة. والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجبهم طمعا في هذه الشفقة المغرقة في اللين.

فكل من طرفي النقيض لا يؤمن انتظام سير المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يحرص 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 درجة خطورة الذنب الإداري لا تتناسب البتة مع نوع الجزاء ومقداره".

للقضاء لم يتم بالتكليف القانوني الصحيح للوقائع مع العقوبة الموقعة على القاضي، فقد ارتكب خطأ صارخاً في التقدير بتطبيقه للعقوبة الأشد<sup>1</sup>.

كما صدر عن مجلس الدولة الجزائري قرار بتاريخ 2003/12/16 يتضمن عدم تناسب إجراء التوقيف والمدة القانونية، بالإضافة إلى عدم اتخاذ الإجراءات التأديبية اللازمة بعد التوقيف لأن هذا الأخير يعد إجراء تحفظياً ولا يتناسب مع الوضعية الإدارية والمالية للموظف<sup>2</sup>.

من خلال اطلاعنا على بعض القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري في المجال التأديبي، نلاحظ أن القاضي استعمل بشكل كبير مصطلح عدم التقدير السليم للوقائع مع القانون بالنسبة للقرار المستأنف أي من طرف قضاة الدرجة الأولى.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 172994 الصادر بتاريخ 1998/07/27 قضية (ك.ن) ضد المجلس الأعلى للقضاء، عن سايس جمال الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 2، المرجع السابق، ص 817-818. سوف نتناول هذا القرار بنوع من التفصيل والتوضيح في المطلب الثالث تطبيقات نظرية الخطأ البين في القضاء الجزائري من المبحث الأول من الفصل الثاني من نفس الباب.

<sup>2</sup> بناء على حيثيات القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري تحت رقم الملف 009740 بتاريخ 2003/12/16، مجلة مجلس الدولة العدد 05 سنة 2004. قضية ش.م ضد مديرية التربية لولاية جيجل. حيث أن المستأنف تم توقيفه بموجب قرار صادر بتاريخ 1995/08/20 وقام هذا الأخير برفع العديد من التظلمات بعد صدور قرار التوقيف وذلك في التواريخ التالية 1995/08/15 - 1996/09/03 - 1996/12/12 - 1998/02/16 - 1996/03/22 إلى غاية 1998/04/11 أين تلقى المستأنف رسالة من مدير التربية يعلمه فيها أنه يتعذر عليه اتخاذ أي إجراء إلا بعد الموافقة من المصالح المختصة في هذا الشأن. ولهذا فإن الإدارة قد تعسفت في حق المستأنف وأنه محق بالعودة إلى منصب عمله وإفادته بحقوقه المستحقة.

وفي رأينا أن يوجد عدم تناسب بين سبب القرار ومحله عدم التقدير السليم للوقائع في مضمونه تناسب العقوبة مع الخطأ المهني المرتكب من طرف الموظف لأن مبدأ التناسب يقوم على التوافق والانسجام بين عنصر السبب والمحل<sup>1</sup>.

وبالرغم من اختلاف الفقه المصري بين مؤيد ومعارض لقضاء المحكمة الإدارية العليا إلا أن أحكام القضاء الإداري اضطرت إلى الأخذ بنظرية الغلو، حيث كان يتضمن هذا الخلاف في تحديد موطن العيب الذي يشوب القرار الإداري، فالبعض يرى أن الغلو يتعلق بعنصر الغاية أما البعض الآخر يرى أن الغلو يرتبط بالسبب، أما الجانب الآخر من الفقه فينتجه إلى أن الغلو يرتبط بعنصر المحل.

<sup>1</sup> لقد وجدنا أغلب أو معظم القرارات القضائية في المجال التأديبي تتعلق بتطبيق عقوبة العزل، بسبب الغياب غير المبرر وإهمال المنصب، أو عدم احترام الإجراءات المقررة قانوناً لتطبيقه والمتعلقة باستلام الإجازات من طرف الموظف الصادر في حقه قرار العزل. ونذكر من بينها قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري 2004/03/16. والتضمن قضية (م.ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية مولاي العربي بولاية سعيدة. حيث تلخص وقائع القضية في قيام رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية مولاي العربي بفسخ عقد المعني كونه كان سائقاً في المؤسسة العمومية لنقل المسافرين، والتي تم حلها وتكفلت البلدية بهم. إلا أن الفسخ لا يعد تصرفاً قانونياً لأن البلدية التزمت بإدماجهم بشكل دائم وليس مؤقتاً فهم لا يخضعون للتعاقد وفقاً للمادة 2 من المنشور المشترك المؤرخ في 1993/02/22. فالتعاقد يشمل المنظمات والحراس والعمال المهنيين. حيث أن المستأنف عليها لما اعتبرت المستأنف عامل مؤقت رغم تشغيله لمدة تزيد عن عشر سنوات وقامت بتسريحه دون احترام الإجراءات القانونية لضمان حقوقه، مما يعني إلغاء القرار المستأنف الذي أساء تقدير الوقائع وتطبيق القانون. والقضاء من جديد بإلزام المستأنف عليها بإعادة إدماج المستأنف إلى منصب عمله الأصلي أو مماثل وتعويضه عن الأضرار التي لحقت به بسبب التسريح التعسفي". مجلة مجلس الدولة العدد 05، 2004، ص 150-151.

الاتجاه الأول ومن بينهم الفقيه سليمان الطماوي يرى أن السلطة التأديبية لا يمكن أن تقع في غلو عندما يكون اختصاصها مقيد بل حينما تمارس اختصاصا تقديريا عند اختيار العقوبة المناسبة للجريمة الثابتة في حق الموظف، حيث أن العيب الملازم لاستعمال السلطة التقديرية هو إساءة استعمال السلطة من خلال تقديرها للعقوبة إذن فالغلو يندرج في معنى التعسف في استعمال السلطة<sup>1</sup>.

في حين يرى أنصار الاتجاه الثاني أن الغلو في تقدير الجزاء يرتبط بالرقابة القصوى للسبب، والتي تتضمن التحقق من أهمية وخطورة الحالة الواقعية ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ، لأن الإدارة قد تغالي في تقدير الجزاء إذا كان الغرض منه تأمين انتظام المرافق العامة بردع الموظفين المخالفين للقوانين واللوائح المتعلقة بالخدمة المدنية<sup>2</sup>.

أما البعض الآخر من الفقه فيرى أن الغلو يبين مدى تناسب الأثر المترتب عن اتخاذ القرار التأديبي أي الجزاء مع السبب المبني عليه، فإن كان هناك قدر من عدم التناسب ألغى القاضي القرار لعدم مشروعيته وذلك لمخالفته أحد المبادئ القانونية العامة، وبذلك يبقى القاضي في حدود المشروعية تاركا للإدارة حرية تقدير مدى ملاءمة الجزاء في إطار التناسب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، قضاء التأديب، المرجع السابق، ص 696.

<sup>2</sup> عصام البرزنجي، المرجع السابق، ص 441.

<sup>3</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 268.

بعدها تناولنا الرقابة القضائية على عنصر المحل، سنتعرض للرقابة القضائية على عنصر

الغاية.

### المبحث الثالث

#### الرقابة القضائية على الغاية

تقتضي القاعدة العامة والبديهية في القانون الإداري، أن كل القرارات الإدارية ينبغي أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فالقانون منح للسلطة الإدارية العديد من الامتيازات لتحقيق هذا الغرض، غير أن تطبيقه يتطلب رقابة قضائية على متخذي القرارات الإدارية، لأن الانحراف بالسلطة له عدة صور، ونذكر من أهمها تحقيق مصالح شخصية أو سياسية أو عرقية أو دينية أو بغرض الانتقام، أو تحايل على نصوص القانون وأحكام القضاء. ويقصد بعبء الانحراف في استعمال السلطة أو ما يعرف بعبء إساءة استعمال السلطة هو عدم تحقيق المصلحة العامة من خلال السلطة التي منحها القانون للسلطة الإدارية، فعبء الانحراف هو عيب ذاتي ونفسي يقع على عنصر النية لدى مصدر القرار، وهذه النية التي تنكشف لا يجب أن تعبر عن مخالفتها للمصالح العام.

إن البحث عن مظاهر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة من خلال عنصر الغاية، يتطلب منا التطرق إلى السلطة التقديرية والانحراف في السلطة (المطلب الأول)، دور القاضي في الرقابة على الانحراف في استعمال السلطة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## السلطة التقديرية وعيب الانحراف بالسلطة

إن الهدف من منح الإدارة أو السلطة العامة مجموعة من الامتيازات هو تحقيق الصالح العام. تعد المصلحة العامة فكرة نسبية من حيث الزمان والمكان، لا يوجد لها تعريف جامع ومانع إلا أن بعض الفقه<sup>1</sup>، قد دعا إلى وضع تعريف شامل وتحديد معيار ثابت، إلا أن هذه الفكرة لم يكن لها تحديد واضح ومطلق في التشريع.

للتعرف أكثر على الغاية من القرار من الإداري ومدى ارتباطها بالسلطة التقديرية للإدارة سوف نبين تقدير المصلحة العامة (الفرع الأول)ـ، القيود الواردة على المصلحة العامة (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> يعتبر الفقيه الفرنسي AUCOC أول من تعرض لفكرة الانحراف بالسلطة عندما درس غايات النشاط الإداري لبيان الحالات التي تخرج فيها الإدارة عن هذه الغايات ن وقد استخلص فكرة الانحراف بالسلطة حينما قال أن هناك انحرافا بسلطة الضبط الممنوحة للإدارة عندما يتخذ رجل الإدارة قرار يدخل ضمن اختصاصاته تماما ويسلك بشأنه الأشكال المنصوص عليها قانونا ولكنه يستعمل سلطته التقديرية في حالات ولأسباب غير تلك التي من أجلها منح هذه السلطة . مقتبس عن عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص.44.

## الفرع الأول

## تقدير المصلحة العامة

إن غاية العمل الإداري بشكل عام والقرار الإداري بشكل خاص هو تحقيق المصلحة العامة، فعنصر الغاية مشترك في جميع الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة الإدارية سواء كانت سلطة الإدارة مقيدة أو تقديرية.

ولفكرة المصلحة العامة مدلولان أحدهما سياسي والآخر قانوني، فالأول يركز على المعيار الكمي أي تغليب مصلحة الجماعة على الفرد، وكذلك النوعي حسب أهمية وقيمة المصلحة. أما المدلول القانوني فهي مجموعة من الأهداف والغايات الأساسية والمشاركة التي تحددها النصوص الدستورية والقانونية والتنظيمية، كما أنها تبين أحيانا وسائل تحقيقها، إلا أن المصلحة العامة هي عنصر من عناصر المشروعية أما وسائل تحقيقها فهي من عناصر الملاءمة<sup>1</sup>.

غير أن القضاء كان يسعى إلى تحديد نطاقها، حيث وضعت محكمة القضاء الإداري المصري في أحد أحكامها " لا يقصد بالصالح العام صالح فرد أو فريق أو طائفة محض صالح خاص كما لا يقصد به مجموع مصالح الأفراد الخاصة فالجمع لا يمكن أن يرد إلا على أشياء متماثلة لها نفس الطبيعة والصفة، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة فلا يمكن

<sup>1</sup> محمد مصطفى حسن، المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة والعشرون، العدد الأول، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، القاهرة، 1983، ص. 11-12.

إضافة بعضها لبعض للخروج بنتائج للجميع، وإنما المقصود بالصالح العام هو صالح الجماعة ككل مستقلة ومنفصلة عن آحاد تكوينها"<sup>1</sup>.

يمثل عنصر الغاية هدف القرار الإداري، فهو فكرة موضوعية. غير أن العيب الذي يشوبه أي إساءة استعمال السلطة هو عيب شخصي، لأنه يكمن في نوايا رجل الإدارة ومقاصده ويتوقف على وجوده سلامة هذه النوايا وتلك المقاصد، ولذلك كان عيباً صعب الإثبات<sup>2</sup>.

والأصل أن تتمتع الأعمال الإدارية بحجة المشروعية والصحة، إذ يفترض في جميعها السعي وراء تحقيق المصلحة العامة، فكل عمل إداري يهدف إلى تحقيق غاية معينة. والقرار الإداري ما هو إلا وسيلة لتحقيق هذه الغاية التي تكون دائماً مصلحة عامة أو منفعة عامة. ويعتبر ركن الغاية الحد الخارجي للسلطة الإدارية، ففي نطاق المصلحة العامة، للإدارة أن تترخص في تقدير أهمية بعض الظروف الواقعية أو القانونية التي تصادفها، و في اختيار الوقت المناسب لاتخاذ قراراتها، وفحوى القرار الذي تصدره إذا لم يفرض عليها المشرع الوسيلة التي يتعين استعمالها لمواجهة سبب التدخل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1969/07/03 مقتبس عن عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2000، ص 151.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 572.

<sup>3</sup> يعقوب يوسف حمادي، نفس المرجع، ص 209.

وهكذا فالأصل أن كل قرار إداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة ويفترض فيه ذلك، وعلى من يدعي خلاف ذلك عليه الإثبات. وعيب الانحراف بالسلطة أو الغاية عيب قصدي أو عمدي يتعلق بنية مصدر القرار الذي يجب أن يكون سيء النية، أي أنه يسعى إلى غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو غير تلك التي حددها القانون<sup>1</sup>.

ولأن هذا العيب يتصل بالبواعث النفسية الخفية لجهة الإدارة، وإثباته يتطلب أن يبحث القضاء في وجود هذه البواعث وهو أمر بعيد المنال، فقد أضفى القضاء على هذا العيب الصفة الاحتياطية، فلا يبحث في وجوده طالما أن هناك عيب آخر شاب القرار الإداري، مثل عدم الاختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون<sup>2</sup>.

إن مشروعية الغاية لا تتعلق بمسألة التقدير من جانب الإدارة بل قيدها المشرع بمجموعة من الضوابط أحياناً، وعلى الإدارة التقيد بها وإلا كان قرارها مشوباً بعيب الانحراف في السلطة. وهو ما سوف نبينه في الفرع الموالي.

<sup>1</sup> ومفهوم المصلحة العامة غير محدد فإن المشرع يتدخل ليحدد للعاملين بالمرافق العامة الغاية التي عليهم تحقيقها بذاتها، فالبحث عن غيرها يؤدي إلى بطلان قراراتهم بموجب إساءة استعمال السلطة بمقتضى ما يسمى بمبدأ تخصيص الأهداف والغايات. إن مفهوم المصلحة العامة مصطلح فضفاض يترك للإدارة هامشاً واسعاً تتصرف فيه بنوع من الحرية. محمد مصطفى حسن، المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص.14.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.214.

## الفرع الثاني

## القيود الواردة على المصلحة العامة

تقتضي فكرة المصلحة العامة في القرار الإداري مجموعة من الاعتبارات، وإلا كان القرار مشوباً بعيب تجاوز السلطة المصلحة. ويمكن تحديد الغاية من القرار الإداري وفقاً لثلاثة اعتبارات .

## أولاً- استهداف المصلحة العامة:

السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست غاية في ذاتها إنما هي وسيلة لتحقيق الغاية المتمثلة بالمصلحة العامة، فإذا حادت الإدارة عن هذا الهدف لتحقيق مصالح شخصية لا تمت للمصلحة العامة بصلة، كمحاباة الغير، أو تحقيق غرض سياسي، أو استخدام السلطة بقصد الانتقام، فإن قراراتها تكون معيبة وقابلة للإلغاء كما سبقت الإشارة إلى ذلك<sup>1</sup>.

## ثانياً- احترام قاعدة تخصيص الأهداف:

على الرغم من أن الإدارة تستهدف تحقيق المصلحة العامة دائماً فقد يحدد المشرع للإدارة هدفاً خاصاً يجب أن تسعى قراراتها لتحقيقه، وإذا ما خالفت هذا الهدف فإن قراراتها تكون معيبة بإساءة استعمال السلطة ولو تذرعت الإدارة بأنهما قد قصدت تحقيق المصلحة العامة، وهذا ما يعرف بمبدأ تخصيص الأهداف. ومثال ذلك قرارات الضبط الإداري التي

<sup>1</sup> يعقوب يوسف حمادي، المرجع السابق، ص. 210.

حدد لها القانون أهدافا ثلاثة فلا يجوز للإدارة مخالفتها و هي المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، فإذا خالفت الإدارة هذه الأهداف فإن قرارها هذا يكون معيبا وجديرا بالإلغاء، بالرغم من أن هناك أهداف حديثة تتعلق بالجانب البيئي والاقتصادي والجمالي الخاص برونق المدينة<sup>1</sup>.

### ثالثا- احترام الإجراءات المقررة.

يتعين على الإدارة احترام الإجراءات التي بينها القانون لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه، فإذا انحرفت الإدارة في الإجراءات الإدارية اللازمة لإصدار قرار معين للإجراءات أخرى لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه فإن تصرفها هذا يكون مشوبا بعيب إساءة استعمال في صورة الانحراف بالإجراءات. وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب إما لأنها تعتقد أن الإجراء الذي اتبعته لا يؤدي لتحقيق أهدافها أو أنها سعت إلى التهرب من الإجراءات المطولة أو الشكليات المعقدة<sup>2</sup>.

بعدها بينا العلاقة بين السلطة التقديرية للإدارة سنحاول توضيح الرقابة القضائية على

مظاهر السلطة التقديرية في عيب الانحراف بالسلطة.

<sup>1</sup> يعقوب يوسف حمادي، المرجع السابق، ص. 210-211.

<sup>2</sup> يعقوب يوسف حمادي، نفس السابق، ص. 212.

## المطلب الثاني

## دور القاضي في رقابة الانحراف في السلطة

تتمتع السلطة الإدارية بالعديد من امتيازات السلطة العامة وذلك لتحقيق الصالح العام، فعلى رجل الإدارة أن يحسن استعمال هذه السلطة الممنوحة إليه عند إصداره للقرارات الإدارية فلا يجوز له أن يستخدمها لأغراض غير مشروعة، كأن يكون الدافع منها عاطفي أو سياسي أو انتقامي. الغاية في القرار الإداري تشكل عنصرا نفسيا وهو ما يشكل صعوبة على رقابة القاضي. فالرغبة الشخصية يجب أن تكون مطابقة للغاية التي حددها القانون، ولا يمكن للقاضي معرفة ذلك إلا بتقييم الأسباب الدافعة لاتخاذ القرار. ومن هنا فإن الرقابة على الغاية مرتبطة برقابة أسباب القرار ومتعلقة كذلك بمحله.

وعليه سنحاول توضيح أوجه الانحراف في السلطة (الفرع الأول)، صعوبة إثبات الانحراف بالسلطة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## أوجه الانحراف بالسلطة

ترتبط أوجه الانحراف بالسلطة عندما تكون الغاية من القرار لا ترتبط بالمصلحة العامة، بمعنى أن مصدر القرار يسعى إلى تحقيق أغراض أخرى تتعلق به شخصيا مهما كانت

طبيعتها، وتعتبر سلطة الضبط من أكثر السلطات التي تستعمل لتحقيق أغراض خاصة لأن الإدارة تمارس سلطتها التقديرية بشكل واسع<sup>1</sup>.

إن البعد عن المصلحة العامة له العديد من الأوجه كأن يكون القرار يهدف إلى تحقيق غرض شخصي كمقابل مادي أو منفعة أخرى تتصل به أو بأحد أفراد عائلته مقابل اتخاذ ذلك القرار كتبادل المصالح الشخصية بناء على استغلال امتيازات وسلطات الإدارة<sup>2</sup>.

وقد يتخذ مصدر القرار غايته من تحقيق غرض سياسي لكونه ينتمي إلى حزب سياسي معين، وذلك باستغلال هذه السلطة بتوفير جميع الوسائل والإمكانيات والتسهيلات للحزب الذي ينتمي إليه بشكل غير قانوني لتحقيق أغراض سياسية<sup>3</sup>.

كما أن الانتقام يعد صورة من صور البعد عن المصلحة العامة. كأن تكون هناك خلفيات سابقة على اتخاذ القرار، تعود لأسباب شخصية أخرى تكون نتيجة لعدواة بين مصدر القرار ومن صدر بشأنه القرار، كوجود خلافات ومشاكل ونزاعات مهما كانت طبيعتها فهي تنتفي مع طبيعة المصلحة العامة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> علي خطار الشطناوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص. 837.

<sup>2</sup> مايا محمد نزار، المرجع السابق، ص. 13.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 161.

<sup>4</sup> عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 506.

كما أن من أوجه البعد عن المصلحة العامة عدم احترام الإدارة لقاعدة تخصيص الأهداف، والإجراءات المقررة قانوناً نكون أمام عيب الانحراف في استعمال السلطة، وهو ما سبق ذكره في الفرع السابق.

إن مسألة إثبات أوجه الانحراف تقع على عبء المدعي أو الطاعن في قرار الإدارة. وعليه سوف نبين مدى صعوبة إثبات عيب الانحراف بالسلطة.

### الفرع الثاني

#### صعوبة إثبات الانحراف بالسلطة

في كثير من الأحيان تستغل الإدارة صلاحياتها وبالخصوص الصلاحية التقديرية الممنوحة لها بموجب القوانين والتنظيمات لتحقيق مآرب وغايات بعيدة عن المصلحة العامة، حيث تنحرف بصلاحياتها عن تلم المصلحة. مما يظهر عيب الانحراف بالسلطة. يعتبر هذا العيب من العيوب الأساسية وهو من أصعبها وأعقدها من حيث الرقابة القضائية والإثبات، على اعتبار أنه مرتبط بالمصلحة العامة وبوصفه مفهوماً قانونياً غير محدد المعالم<sup>1</sup>.

لم يكن القاضي الإداري يجد صعوبة كبيرة في التعرف على الغرض الخاص الذي يريده القانون بالنسبة لأية وظيفة من الوظائف الإدارية، حينما لم يكن للإدارة اختصاص كبير في

<sup>1</sup> عمر عبد الرحمان البوريني، عيب الانحراف بالسلطة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ، 2007، العدد الرابع، السنة 31، ص395.

المسائل الاقتصادية والاجتماعية. أما في الوقت الحاضر فإن البحث عن الأغراض الخاصة يحتاج من القاضي إلى بحث أكثر دقة، وفي كثير من الأحيان يلجأ إلى الاستعانة بعناصر التقييم التي تختلف في المجال الاقتصادي عنها في المجال السياسي والأخلاقي، كما أن عملية التقييم والتقدير تختلف بحسب الظروف<sup>1</sup>.

الأصل أن كل قرار إداري يستهدف تحقيق المصلحة العامة ويفترض فيه ذلك، وعلى من يدعي خلاف ذلك الإثبات. وعيب الانحراف في استعمال السلطة هو عيب قصدي وعمدي يتعلق بنية مصدر القرار، بمعنى أن يكون سيء النية فهو يهدف إلى تحقيق غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو غير تلك التي حددها القانون. ولأن هذا العيب يتصل بالبواعث النفسية الخفية لجهة الإدارة، وإثباته يتطلب أن يبحث القضاء في وجود هذه البواعث وهو أمر بعيد المنال، فقد أضفى القضاء على هذا العيب الصفة الاحتياطية بقدر ما يراعيه في العيوب الأخرى المتعلقة بالاختصاص والشكل<sup>2</sup>.

إن القاضي الإداري باعتباره دائماً يفصل في منازعات تكون أطرافها غير متساوية، فإنه دائماً يضع نصب عينيه، أن الفرد يحتاج إلى حماية أكثر من الإدارة لما لهذه الأخيرة من امتيازات. فإذا تراخى على بسط رقابته على أعمال الإدارة فإن ذلك سيشجع هذه الأخيرة على الإهمال وعدم الاحتياط في اتخاذ قراراتها، في حين كلما شدد القاضي الإداري من

<sup>1</sup> عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص.520.

<sup>2</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.210.

رقابته كلما أدى ذلك بالإدارة إلى لزوم حدودها تحققت المصلحة العامة دون سواها. حيث أن جميع القرارات الإدارية تهدف كأصل عام إلى تحقيق المصلحة العامة، غير أن سلطات الضبط الإداري تخضع لقاعدة تخصيص الأهداف والمتمثل في حماية وصيانة النظام العام، فليس لها حرية التقدير أو الاختبار في هذا المجال بل عليها الالتزام بالهدف المحدد لها في السابق<sup>1</sup>.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1900 بتجاوز السلطة في قرار Maugras بإلغاء قرار العمدة بسبب توقيعه لجزء تأديبي على أحد أفراد الشرطة لأن هذا الأخير حرر محضرا ضد أحد أصدقاء العمدة<sup>2</sup>.

أما في الوقت الحاضر وبعد تقدم الرقابة على الأسباب، فإن مجلس الدولة الفرنسي إذا ما عرضت عليه مثل هذه القضية فإنه لا يذهب بعيدا في التحري عن رغبات العمدة الذاتية الكامنة في نفسه ليتبين من عدم شرعية الغرض، بل يكفي أن يتحقق من أن رجل الشرطة لم

<sup>1</sup> إن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بصفة عامة والأعمال الإدارية الضبطية بصفة خاصة، جاءت كضرورة للحفاظ على مبدأ المشروعية وضمان تأكيده حتى تكون سيادة القانون فوق كل اعتبار، سواء في علاقات الأفراد بعضهم البعض أو في علاقات الإدارة مع الأفراد، وذلك بهدف صيانة حقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة السلطات الإدارية، أكثر من ذلك فإن إخضاع السلطات الإدارية إلى رقابة القضاء يعد إحدى الضمانات بهدف تعزيز حماية حقوق الأفراد وحررياتهم. لقد أكدت المحكمة العليا على هذه القاعدة في قرارها المؤرخ في 1978/3/4 أن رقابة القضاء الإداري على غاية الإجراءات الضبطية رقابة دقيقة ومشددة، حيث يبحث في نوايا مصدر القرار وبالتالي يلغي كل القرارات الإدارية الضبطية التي تخرج عن الغرض المحدد والمتمثل في حماية وصيانة النظام العام، حتى ولو كان الإجراء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1900/11/16. مقتبس عن عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 506.

يرتكب خطأ مهنياً فيحصل بذلك إلى أن قرار العمدة المتضمن الجزاء التأديبي ليس له سبب قانوني دون أن يحتاج إلى البحث عن الانحراف بالسلطة. لأن الارتباط وثيق بين السبب والغرض فكل انحراف في السلطة يؤدي إلى عدم صحة السبب غير أن العيب في السبب لا يؤدي إلى انحراف في السلطة<sup>1</sup>.

وهكذا فإن فكرة المصلحة العامة رغم أهميتها في العمل الإداري لا تستطيع أن تعطي حرية الإدارة في كل تصرفاتها. إن غياب معيار المصلحة العامة يجعل موقف الإدارة هو الموقف الأقوى والقانوني لتحديد هذه المصلحة انطلاقاً من الاختصاصات القانونية التي تتوفر عليها.

لا يمكن الأخذ بالعلاقة المباشرة بين الشرعية والمصلحة العامة، إلا على مستوى الانحراف بالسلطة، بل وإن هذه العلاقة واضحة على هذا المستوى، فالقرار الذي يحقق المصلحة العامة لا يلغى لأنه مع عدم تدخل المشرع تحل قاعدة المصلحة العامة محل القاعدة التي لم توضع بعد أو محل القاعدة غير الواضحة.

وإذا كانت هذه العلاقة ثابتة في الانحراف بالسلطة فيجب أن نوضح أن هذا العيب عيب احتياطي لا يراقبه القاضي إلا بعد استفاد الوسائل الأخرى، لهذا فإن هذه العلاقة وإن

<sup>1</sup> عصام عبد الوهاب البرزنجي، نفس المرجع، ص. 507.

كانت مباشرة عندما يكون القاضي أمام الهدف وحده، فإن ذلك يعد دليلاً على أن المصلحة العامة كافية للاعتراف للقرار الإداري بالشرعية أو نفيها عنه<sup>1</sup>.

في إطار هذه العلاقة المباشرة توجد حالات لا يراقبها القاضي لعدم وجود أساس قانوني يصلح للمراقبة، كما توجد حالات أخرى يستخرج منها القاضي المصلحة العامة من نواحي عدة، فقد رأى مجلس الدولة الفرنسي أن الحفاظ على الموقع الأثري يشكل في مجموعة مصلحة عامة من وجهة نظر تاريخية والروعة الفنية<sup>2</sup>.

و يكون القرار الإداري معيباً بعبء إساءة استعمال السلطة إذا استعمل رجل الإدارة صلاحيات لتحقيق غاية غير تلك التي حددها القانون، ويتصل هذا العيب بالسلطة التقديرية للإدارة ولا يثار إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة بمحدود معينة.

<sup>1</sup> السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست غاية في ذاتها إنما هي وسيلة لتحقيق المصلحة العامة، فإذا انحرفت الإدارة في استعمال هذه السلطة بإصدار القرارات لتحقيق أهداف تتعارض مع المصلحة العامة فإن قرارها يكون مشوباً بعبء إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، ويعد هذا العيب من أسباب الطعن بالإلغاء التي ترد على القرار الإداري. خالد السيد، المرجع السابق، ص 585.

<sup>2</sup> خالد السيد محمد، المرجع السابق، ص 586.

## الفصل الثاني

## الوسائل القضائية لرقابة السلطة التقديرية

تتقرر السلطة التقديرية للإدارة بموجب التشريعات التي تمنح لها حرية ممارسة بعض أوجه النشاط الإداري ، فالمشرع يقتصر دوره هنا على رسم الإطار العام تاركا للإدارة حرية الحركة داخل هذا الإطار. لكن المشرع قد وضع جملة من الضوابط والحدود التي يجب أن تتقيد بها الإدارة أثناء ممارستها لسلطتها التقديرية ولا معقب عليها في هذا الخصوص، إلا في حال خروجها عن هذه الضوابط والقيود، فالقضاء يملك حق مراقبة التصرفات القانونية الصادرة عن الإدارة من خلال الدعاوى التي يتم رفعها أمامه من قبل الأفراد والمؤسسات المتضررة من الاستخدام المفرط للسلطة التقديرية للإدارة.

لقد بدأت رقابة القاضي الإداري تتطور تدريجيا على أعمال السلطة التقديرية للإدارة من خلال القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، كما أن هذا التطور لم يستغرق وقتا طويلاً، حيث بدأ في نهاية القرن الماضي بعدما أقر مجلس الدولة الفرنسي بعض النظريات لمواجهة السلطة التقديرية للإدارة، ونذكر من أهمها نظرية الخطأ البين في التقدير، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

لم تكن القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التقديرية للإدارة تخضع لرقابة القضاء الإداري إلا بعد التطور الراهن الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي. وأصبح لزاما على

القاضي أن يتأكد من أن قرارات الإدارة ها غير مشوبة بالخطأ في القانون، أو الخطأ في الواقع، أو بالانحراف في السلطة. ولكن من منطلق حرص القضاء الإداري على تحقيق أعلى درجة من الفاعلية في رقابته على أعمال الإدارة، لضمان التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد واعتبارات فعالية أعمال الإدارة ونشاطها في ظل الظروف المتغيرة. كما يشترط أن تكون قراراتها مبنية على أسس موضوعية ومناسبة للظروف والأحوال التي تكفل لها صحة تقديرها<sup>1</sup>.

إن نظرية الخطأ الواضح في التقدير ونظرية الموازنة ظهرت في مجالات مختلفة، فالأولى نشأت في الوقت الذي تعرف فيه الحياة الإدارية حركية سريعة وتطور كبير وما يترتب عنه من صعوبات. وبالأحرى استحالة تقنين التشريعات والتنظيمات التي تؤطر الإدارة، وهو ما يفرض العمل بالاجتهاد القضائي لكونه من أهم مصادر القانون الإداري.

أما نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار فقد نشأت في ميدان نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة، ولقد ذهب القضاء إلى ابتكار هذه النظرية من أجل ضبط ممارسة الإدارة لهذا النوع من القرارات المتعلقة بتزع الملكية الخاصة، بقيامه بالتأكد من واقعية ووجود المنفعة العمومية مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بها وما تحدثه من أضرار على النظام الاجتماعي والاقتصادي والبيئي وما تعود به من فوائد.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 333-334.

وعليه سوف نقوم بشرح نظرية الخطأ البين في التقدير (المبحث الأول)، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### نظرية الخطأ البين في التقدير

انطلاقاً من هذه الحركية وهذا التطور للحياة الإدارية وما يصاحبه من احتمالات التعسف في استعمال السلطة، أصبح القاضي الإداري مضطراً باستمرار إلى التعديل والبحث عن نقطة توازن جديدة من أجل حماية حقوق وحرية المواطنين، وذلك بإعادة تقييم وسائل الرقابية وتجديدها، وكذا إعادة النظر في المجالات التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية والحد منها. ومن هنا جاءت نظرية الخطأ الواضح أو كما يسميها القضاء المصري بعدم الملاءمة الظاهرة أو الغلو في التقدير.

وللتوضيح أكثر نتطرق إلى مفهوم نظرية الخطأ البين في التقدير (المطلب الأول)، معايير نظرية الخطأ البين وأهميتها (المطلب الثاني)، والتطبيقات القضائية لنظرية الخطأ البين (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

## مفهوم نظرية الخطأ البين

لهذه النظرية العديد من التسميات، هناك من يسميها بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير أو نظرية الغلط البين في التقدير ولكن المعنى واحد. وتعد هذه النظرية من المستجدات التي استحدثها مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على المنازعات الإدارية، وجاءت بشكل غير منتظر ومفاجئ لمفوضي الحكومة من جهة؛ وللحقه الإداري من جهة أخرى. حتى أن جانبا من الفقه ذهب إلى حد القول أن هذه النظرية قد دخلت مجال القضاء سراً<sup>1</sup>.

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف نظرية الخطأ البين (الفرع الأول)، ثم نشأة وتطور نظرية الخطأ البين (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 709.

## الفرع الأول

## تعريف نظرية الخطأ البين

لقد بدأ القاضي الإداري يتطور تدريجياً منذ سنة 1961، وذلك من خلال الاجتهادات القضائية المتعلقة بممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية حتى لا يكون هناك خطأ واضح من طرف الإدارة عند تكييفها القانوني لحالة واقعية<sup>1</sup>. فالقاضي الإداري أصبح بفضل هذه النظرية يراقب الإدارة في تقييمها للوقائع التي تدعيها كأساس لقراراتها. وتعد هذه الخطوة الايجابية لمجلس الدولة الفرنسي من أجل الحد من تعسف السلطة الإدارية في استعمال سلطاتها وامتيازاتها، كما أنها ضمانات لحماية حقوق وحرية الأفراد من ناحية؛ وتقييد الإدارة في تقييم ملاءمة أعمالها من ناحية أخرى.

تعتبر نظرية الخطأ الظاهر من أهم النظريات الحاسمة في مجال تحديد وتقييد السلطة التقديرية للإدارة، لأن مشروعية الخطأ الظاهر تكون في ظل الرقابة المحدودة على التكييف القانوني للوقائع. و يتحقق مبدأ الرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير عند استعمال الإدارة

<sup>1</sup> « Depuis 1961, le juge administratif a progressivement développé une jurisprudence qui lui permet de censurer l'erreur manifeste d'appréciation commise par une autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, c'est -à- dire de ne pas porter un jugement manifestement erroné sur les implications juridiques d'une situation de fait. » Cf, Marie-Christine ROUAULT, op.cit, p.148.

لسلطتها التقديرية، فالقرار الذي لا يتطابق مع الوقائع المادية يكون مشوب بخطأ في القانون أو خطأ ظاهر أو يؤدي إلى انحراف في استعمال السلطة<sup>1</sup>.

كما تعتبر فكرة الخطأ البين من الأفكار القانونية التي تمثل النظرية القضائية التي اعتمد فيها القضاء على رقابة السلطة التقديرية للإدارة، ولتحديد مضمون هذه النظرية لا بد من الرجوع إلى قرارات مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن هذا الأخير ترك مسألة تعريف هذه النظرية لآراء فقهاء القانون.

<sup>1</sup> « Dans toutes ces hypothèses, le mot appréciation ne doit d'ailleurs pas être pris dans son sens strict, qui soulève de très délicates questions dans le cadre du contrôle de cassation. Il s'agit ici d'erreur manifeste de qualification, de contrôle restreint sur l'opération de mise en rapport des faits avec la condition légale.

Le principe du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation « si l'autorité administrative compétente exerce en opportunité » ses attributions lorsqu'elle dispose du pouvoir discrétionnaire, « la décision qu'elle prend ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur une erreur manifeste d'appréciation ou être entachée de détournement de pouvoir ». C'est de moins le principe. » Cf, René CHAPUS, op.cit, p.935.

لقد تعددت آراء الفقهاء بشأن هذه النظرية القضائية<sup>1</sup>. فمن الفقهاء من اعتبرها مجرد

قرينة على عيب الانحراف بالسلطة، ومنهم من اعتبر الخطأ في الظاهر في التقدير لا يتعلق إلا

بوقت التدخل أو عدمه في إصدار القرار الإداري دون التعرض لمحتواه<sup>2</sup>.

ويرى الفقه الفرنسي<sup>3</sup> أن رقابة الحد الأدنى قد تطورت بداية من سنة 1960 في

بعض مجالات السلطة التقديرية، وتتميز هذه الرقابة بالخطأ الظاهر في التقدير التي لم تكن

<sup>2</sup> لقد تعددت اتجاهات الفقه في تعريف الخطأ البين فهناك الاتجاه الأول الذي اعتبر الخطأ البين انه يرد على وصف الوقائع أي أنه يشوب التكييف القانوني، لها غير أن تطور الرقابة قد جاوز هذا المجال وأصبح ينظر في تقدير الوقائع ومن تطبيقاتها رقابة المناسب في مجال الجزاءات التأديبية ورقابة تقارير الكفاءة.

أما الاتجاه الثاني فيربط بين الخطأ البين وفكرة عدم المعقولة من شأنه أن يؤدي إلى مواجهات التقديرات غير المعقولة للإدارة وإيراد قيد على تصرفات الإدارة وحصر النشاط الإداري في حدود معقولة .

أما الاتجاه الثالث فميزته أنه يبرز بعض الصفات للغلط البين كالجسامه والطهور والوضوح والخطورة هي صفات لازمت الخطأ البين في العديد من التطبيقات إلا أن التلازم بينها ليس ضروريا.

في حين يرى الاتجاه الرابع أن الخطأ البين هو مخالف للقانون بمعناه الواسع وذلك بتوسيع دائرة الرقابة القضائية على التكييف القانوني للوقائع فهذا الاتجاه ينظر إلى الخطأ البين من زاوية آثاره على الرقابة لأنها انتقلت من الحد الأدنى أي رقابة العيوب التقليدية للقرار الإداري إلى رقابة التكييف القانوني في الحالات التي يخضع فيها هذا التكييف للرقابة. مقتبس عن خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.718.

<sup>2</sup> أحمد أحمد المواقف، المرجع السابق، ص.52.

<sup>3</sup> « Ce contrôle souvent appelé contrôle minimum, s'est développé à partir des années 1960 dans des domaines qui relevaient jusque là, sur ce point du seul pouvoir discrétionnaire. Il se caractérise par la vérification que n'a pas été commise une « erreur manifeste d'appréciation ».

Le juge s'interroge sur l'opération de rapprochement entre les faits et la condition légale mais au lieu de sanctionner toute erreur, ne sanctionne que les erreurs grossières, lorsqu'un étranger non ressortissant de la communauté européenne est expulsé, le juge vérifie depuis 1975 si, en considérant qu'il était porteur d'une menace pour l'ordre public, l'administration n'a pas commis une erreur manifeste. La décision fondée sur une menace discutable, douteuse mais non manifestement absente, n'est pas annulée.

Ce contrôle s'étend désormais en de nombreux secteurs, comme celui des nominations au tour extérieur dans la haute fonction publique, la notation des fonctionnaires, celui des mesures de haute police ou prise dans les domaines techniques, etc. » Cf, Pierre-Laurent FRIER, op cit, p.461.

مطبقة من قبل. حيث يعمل القاضي على التكييف القانوني للواقعة مع مراعاة ظروف وموقع الخطأ، ولا يحكم بالأخطاء الجسيمة. إلا أن القاضي أصبح يراقب هذا الأمر منذ سنة 1975 ولكن هذا لا يعني أن الإدارة ارتكبت خطأ ظاهراً إذا تعلق الأمر بطرد أحد الرعايا الأجانب كونه لا ينتمي للاتحاد الأوربي بسبب تهديد النظام العام.

لا يمكن إلغاء قرار مبني على شك أو أنه قابل للنقاش كونه لا يتضمن خطأ ظاهراً. وتمتد هذه الرقابة في العديد من المجالات كالتعيينات الخاصة بالمسؤولين خارج قطاع الوظيفة العمومية، وتقييم الموظفين، والتدابير المتعلقة بالضبط، وغيرها من المجالات التقنية.

لقد عرف الفقيه الفرنسي George Vedel الخطأ البين بأنه الخطأ الذي يمكن ملاحظته بمجرد النظر إليه من أول وهلة، دون الحاجة إلى الاستعانة بأهل الخبرة والتخصص في اكتشافه<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للفقه المصري<sup>2</sup>، فقد عرفه يجياً الجمل بأنه الغلط في كل تصور لا يطابق حقيقة الواقع، أو هو إدراك الأمور على نحو يخالف حقيقتها، كما أكد على أنه من خلال استقراء أحكام مجلس الدولة الفرنسي أن الغلط البين يعد بمثابة معيار موضوعي يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير، ولا يكون من خلال الكشف عن حسن أو سوء نية الإدارة حتى لا يكون متروكا للسلطة التقديرية للقاضي.

<sup>1</sup> Cf, George VEDEL, op.cit, p.286.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.721.

أما الأستاذ محمود سلامة جبر فيرى أن الغلط بصفة عامة هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير واقع، وهذا الأخير قد يكون واقعة غير صحيحة يتوهم رجل الإدارة صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها. والغلط البين له طابع خاص يتمثل في ظروف وكيفية نشأته. فهو أداة من أدوات السياسة القضائية ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة حالات امتناعه عن رقابة التكييف القانوني، ومن أجل التوسع في رقابته على أعمال الإدارة. فتعريف الغلط يجب أن يستنبط من أحكام مجلس الدولة الفرنسي<sup>1</sup>.

وفي رأينا أن الغلط البين هو عيب يشوب تكييف الإدارة من خلال تقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري، ويبدو بينا وجسيما على نحو يتعارض مع المنطق والواقع. فمن خلاله تتجاوز السلطة الإدارية حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، وبالتالي يكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب.

بعدها تطرقنا لتعريف الخطأ سوف نبين كيف ظهرت هذه النظرية ومراحل تطورها.

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 219.

## الفرع الثاني

## تطور نظرية الخطأ البين

لقد اختلف الفقه بشأن الحكم القضائي الذي كان سببا في ظهور هذه النظرية، كما أنها مرت بمجموعة من المراحل التاريخية. ولكنها كانت تتطور تدريجيا حتى شملت مجالات متعددة وذلك للعديد من الاعتبارات.

## أولا- نشأة الخطأ البين

تعد فكرة الخطأ البين فكرة قضائية، وأن الرأي الغالب في الفقه يجعل من حكم Lagrange تاريخا لميلادها، وهناك رأي من الفقه من عارض وجود هذه الفكرة عند صدور هذا الحكم بل يرون أنها تعود لحكم Denizet. إذن انقسم الفقه إلى اتجاهين:

## I-الاتجاه الأول

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن تاريخ نشأة نظرية الخطأ البين يعود إلى تاريخ صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 13 نوفمبر 1953 في قضية Denizet<sup>1</sup>، والمتعلقة بمجال تعادل الوظائف أي البحث عن وظيفة معادلة للوظيفة التي كان يشغلها المدعي. وذلك خروجاً على الاتجاه الذي يمثله قرار Mèlamède<sup>2</sup>، والمتضمن عدم رقابة مجلس الدولة للإدارة في مجال تعادل الوظائف.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1951/11/13. مقتبس عن خالد السيد، المرجع السابق، ص.739.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1951/04/27. مقتبس عن خالد السيد، نفس المرجع، ص.740-739.

ويرى الدكتور خالد سيد محمد أن الاطلاع على حيثيات قرار Denizet لا تكشف عن استعماله لاصطلاح الخطأ البين صراحة ولا حتى من حيث المضمون، إلا أن هذا القرار حقيقة فتح الباب أمام مجلس الدولة لسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة في مجال فحص التعادل بين الوظائف، ومن ثم فإن إرجاع نشأة الخطأ الظاهر أو البين ليس له دليل قاطع ومقنع من خلال القرار المشار إليه سابقاً<sup>1</sup>.

## II- الاتجاه الثاني:

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن فكرة الخطأ البين ظهرت من خلال الحكم الصادر في قضية Lagrange بتاريخ 15 فبراير 1961 وإن كان مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بمضمون الفكرة في قضية Gesbert في 02 مارس 1960 والمتعلقة بضم الأراضي الزراعية وتلخص وقائعها في استيلاء الإدارة على قطعة أرض زراعية مملوكة للسيد Gesbert وذلك في مقابل قطعة أخرى، فرأى هذا الأخير أن هذه الأرض الزراعية أقل إنتاجية وجودة من القطعة التي كانت عنده، نتيجة الفارق الكبير بينهما من حيث النقاط التي يحددها النص القانوني. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة الإدارية بإلغاء قرار الاستيلاء لعدم التعادل بين القطعتين. وقام بعدها وزير الزراعة بالطعن في هذا الحكم أما مجلس الدولة. إلا أن هذا الأخير أيد حكم المحكمة الإدارية، من خلال البحث في قيمة التعادل بين القطعتين، خلافاً لمسلكه السابق با لامتناع عن رقابة الإدارة في مثل هذه المسائل المتعلقة بالتعادل.

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، نفس المرجع، ص.740.

إلا أن هذه الفكرة تم توضيحها بشكل صريح في الحكم الصادر في القضية الأولى المتعلقة بالتعادل بين الوظائف، حيث قرر المجلس بصفة نهائية وأنه لا يمكنه مناقشة التعادل بين الوظائف أمام القضاء الإداري، إلا إذا كان هناك انعدام واضح ويّين في المعادلة بين الوظائف. وتم تأييد هذا الحكم في الأحكام اللاحقة والمتعلقة بمجال الوظيفة العامة، ثم في مجال القرارات الخاصة بضم الأراضي الزراعية<sup>1</sup>.

وتتلخص الوقائع التي يتضمنها الحكم الصادر في قضية Lagrange كون هذا الأخير كان يشغل حارساً للحقول، ثم أُلغيت هذه الوظيفة وعرضت عليه البلدية وظيفة عامل لصيانة الطرق فرفض هذا الأخير هذه الوظيفة، وطالب بالتعويض طبقاً للقانون المتضمن النظام الخاص بمستخدمي القرى والمؤسسات العامة الصادر بتاريخ 28 أبريل 1952، إلا أن البلدية رفضت طلبه، وقام برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية المختصة والتي رفضت دعواه، فقام برفع طعن أما مجلس الدولة، والذي قرر أن تقدير الإدارة للتعادل بين الوظائف لا يمكن مناقشته أمام القاضي الإداري إلا في حالة عدم التعادل الظاهر بين الوظائف<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ومن أنصار هذا الاتجاه Vincent الذي أيد فكرة الخطأ البين خارج الوظيفة العامة واعتبرها تشمل مجال نزع الملكية للمنفعة العامة من خلال الغلط البين في التقدير الإداري والمالي لإجراء نزع الملكية. مقتبس عن يعقوب يوسف الحمادى، ص.741.

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص742.

من خلال هذا الحكم يتبين لنا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بفكرة الخطأ البين بشكل صريح، لأن رقابته على السلطة التقديرية للإدارة تكون في حالة وجود تصرف واضح يبين سوء استخدامها لهذه السلطة وهو ما لم يكن في السابق. كما في قضية الحال عندما قرر أن رقابته تكون في حالة عدم التعادل الظاهر بين الوظائف المبنية على العديد من المعايير والأسس كالمستوى التأهيلي للوظيفة وطبيعتها وتصنيفها والراتب.

إن هذا الأسلوب يتفق في الواقع وسياسة مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأته، الذي يتسم بالتدرج والتطور المستمر من خلال رقابته القضائية لأعمال الإدارة، بداية من سلطتها المقيدة إلى سلطتها التقديرية وفي مختلف المجالات، للسعي دوما نحو ترقية العدالة وحماية حقوق وحرية الأفراد.

### ثانيا- مراحل ظهور رقابة الخطأ البين:

إن ظهور هذه النظرية لم يأت فجأة بل كان نتيجة اجتهاد وتطور مستمر من طرف قضاة مجلس الدولة الفرنسي، حيث مرت هذه النظرية بأربع مراحل وهي كالتالي:

## I- المرحلة الأولى من عام 1953 إلى 1960

لم تظهر فكرة الخطأ البين بشكل صريح في أحكام مجلس الدولة الفرنسي بل كانت بشكل ضمني نتيجة للتخفيف من رقابته على التكييف القانوني في بعض المجالات التي تمارس فيها الإدارة سلطتها التقديرية كالمسائل المتعلقة بالمقارنة أو المعادلة بين الوظائف<sup>1</sup>.

وفي مضمون الحكم نجد أن مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة يتدخل في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، حيث اشترط أن تكون ممارستها لهذه السلطة بشكل واضح وتضمن القرار على ما يلي: من خلال قواعد تنظيم الوزارة الفرنسية ينتج بوضوح عدم وجود توجد وظيفة معادلة لهذا المنصب<sup>2</sup>.

إن ظهور فكرة الوضوح حسب رأي الأستاذ خالد سيد محمد لها دلالة خاصة ومعينة وذلك في لفت الانتباه من طرف مجلس الدولة الفرنسي إلى مسلك مستقبلي جديد في مجال رقابته على السلطة التقديرية للإدارة. لأن المصطلح لم يرد عفويا في قراراته المتعلقة بتعادل الوظائف واستبدال الأراضي الزراعية<sup>3</sup>، كما سبق وأن ذكرنا في القرارات السابقة المرتبطة بنشأة النظرية.

<sup>1</sup> كما ذكرنا سابقا قرار مجلس الدولة الفرنسي 13 / 11 / 1953 في قضية Denizet .

<sup>2</sup> « S'il résultait manifestement des règles d'organisation du ministère de la France d'outre mère, qu'aucun emploi équivalente retrouvé à celui d'administrateur des colonies ».

مقتبس عن خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص743.

<sup>3</sup> القرارات المرتبطة بنشأة نظرية الخطأ البين السابق ذكرها في هذا الفرع ص.209.

وهكذا فإن القضاء الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة يستعمل لأول مرة فكرة الوضوح Manifestement في مجال رقابته على السلطة التقديرية للإدارة وبدأ استعماله لهذه الفكرة يتطور تدريجياً إلى أن تم تطبيق نظرية الخطأ البين أو الظاهر بمفهومها الحالي وكانت فكرة الوضوح سبباً لنشأة هذه النظرية.

## II- المرحلة الثانية: من سنة 1961 إلى غاية 1962

خلال هذه المرحلة تم تأكيد العمل بنظرية الخطأ البين بشكل صريح وواضح من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي حيث أصدر حكماً بتاريخ 15 فبراير من سنة 1961 أشار فيه بشكل صريح أن الإدارة حرة في القيام بتقدير التعادل بين الوظائف، إلا أن هذا التقدير لا يجب أن يكون مبنياً على عدم تعادل واضح<sup>1</sup>.

فمن خلال هذا القرار يتبين لنا أنه لم يشر صراحة إلى أن الإدارة قد ارتكبت خطأً بيناً ولكنه وضع حداً لسلطة الإدارة التقديرية إذا كان تصرفها أو استعمالها لسلطتها مبنياً على أسس غير واضحة، بعدما كانت في السابق هي من تقرر عند عدم وجود نص صريح يقيد اختصاصها.

ويعدّ هذا القرار بداية لاستعمال نظرية الخطأ البين بشكل تدريجي حيث نلاحظ أنه استعمل مصطلح واضح ولم يذكر الخطأ بشكل صريح، إلا أنه استعمله في حكم آخر. حيث تتلخص وقائعه في قيام الأتسة Achat برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة،

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 744

تطلب فيه إلغاء قرار اللجنة المشرفة على عملية التجميع؛ لاعتقادها بأن اللجنة لم تقدر قطعة الأرض التي كانت تملكها تقديرا صحيحا، حيث منحها قطعة أرض تقل قيمتها عن الأرض التي كانت تملكها، إلا أن المحكمة الإدارية رفضت الدعوى. وعلى إثر ذلك قامت المدعية برفع طعن إلى مجلس الدولة الفرنسي والذي قضى بتأييد حكم المحكمة الإدارية لأن تقدير الإدارة لم يكن فيه خطأ<sup>1</sup>.

ومن الملاحظ أن هذا القرار كان صريحا في الأخذ بنظرية الخطأ البين نتيجة لاستعمال الإدارة لسلطتها التقديرية على خلاف القرارات الأخرى. ولقد ذكرنا سابقا إن مجلس الدولة الفرنسي بدأ يتطور تدريجيا في جميع المسائل والتراعات المتعلقة برقابته على السلطة التقديرية للإدارة حيث نجد أن قراراته المتعلقة بنظرية الخطأ البين كانت في الأول بشكل ضمني، وبدأ يتطور الأمر إلى التصريح بها بشكل واضح في مختلف القرارات وتغير مفهومها من نظرية إلى وسيلة قضائية يتم تجسيدها في الواقع وفي المجالات المخصصة لها.

### III- المرحلة الثالثة والتي تمتد من سنة 1962 إلى غاية 1972.

لقد اتسع تطبيق نظرية الخطأ الظاهر أو البين خلال هذه المرحلة بعد أن كان مقتصرًا على مسائل تعادل الوظائف أو تبادل الأراضي، حيث أصبح يشمل مختلف المواضيع

<sup>1</sup> « que cette appréciation portée sur la vocation culturelle des sols et qui n'est pas entachée d'erreur manifeste n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de l'accès de pouvoir..... » Cf. C.E 13/07/1961 [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr)

والتراعات المتصلة بهذين المجالين بل أكثر من ذلك ليشمل مجالات أخرى المتعلقة بالنشاطات ذات الطابع التقني والفني والتي تكون فيها سلطة الإدارة تقديرية.

ومن أهم هذه القرارات القضائية الصادرة في هذين المجالين التقليديين ومن أهمها مجال الوظيفة العامة حيث أمتد تطبيق نظرية الخطأ البين في المسائل المتعلقة بالترقيات وصدر أول قرار في هذا الشأن في قضية Maurel دعوى أمام مجلس الدولة يطلب فيها إلغاء قرار الإدارة الضمني بعد ترقيته، إلا أن مجلس الدولة رفض طعنه على أساس أن تقدير الإدارة في هذه الحالة لم يكن مبنياً على خطأ بين، وهو ما يعني أن سلطة الإدارة التقديرية في إجراء الترقية من عدمه لم تعد خارج مجال الرقابة القضائية كما كانت عليه في الماضي<sup>1</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة للمجال التقليدي الآخر المتعلق بمبادلة الأراضي الزراعية، حيث لم يبقى تطبيق مضمون نظرية الخطأ البين مقتصرًا على التعادل الكمي للأرض بل توسع ليشمل الجانب النوعي من حيث مدى جودة الأرض في الإنتاج الفلاحي، وغيرها من العناصر التي لها تأثير على الأرض أو على مالكها.

ولقد بدأ استعمال نظرية الخطأ البين يتطور تدريجياً سواء من حيث استعمالها بشكل ضمني إلى أن أصبح بشكل صريح هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى اتسع تطبيق هذه النظرية بعد أن اقتصر على المجالين التقليديين السابقين إلى مجالات أخرى علمية وفنية. ونذكر

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 22 / 02 / 1963. مقتبس عن خالد سيد محمد المرجع السابق، ص 749.

من أهمها الحكم الصادر في قضية<sup>1</sup> Société Iranex والتي تتلخص وقائعها في أن الشركة المذكورة والمختصة في إنتاج المواد الغذائية والمثلجات كانت تستعمل مادة الصمغ العربي في منتجاتها، وبعدها صدر قرار من طرف الوزير يحظر استخدام هذا النوع من الصمغ لما له من تأثير على الصحة العامة. قامت الشركة برفع دعوى قضائية أمام مجلس الدولة ضد قرار الوزير. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي انتهى إلى رفض الطعن ليس على أساس امتناعه عن رقابة التكييف القانوني بالنسبة للمواد العلمية أو الفنية، وإنما على أساس تقدير الإدارة في هذا الشأن لم يكن مشوباً بخطأ<sup>2</sup>.

وقد تم تطبيق نظرية الخطأ البين في المسائل العلمية، ونذكر أول قرار صدر في هذا الأمر والمتعلق بتقدير المستوى العلمي والمهني للأطباء الراغبين في إدراج أسمائهم ضمن قائمة الكفاءة الطبية، والتي تتم بعد موافقة اللجان المختصة معتمدة على معايير وضوابط علمية مثل ممارسة المهنة لفترة زمنية معينة أو الحصول على شهادة معينة من مؤسسة جامعية أو استشفائية وغيرها من الشروط وفقاً للمعايير محددة مسبقاً.

وقد كان مسلك مجلس الدولة الفرنسي لا ينظر في هذه المسائل التي تندرج ضمن الاختصاص التقديرى للسلطة الإدارية، إلا أنه عدل عن هذا المسلك وأصبح يُخضعها لرقابته بعد أخذه بنظرية الخطأ الظاهر. حيث تقدم أحد الأطباء إلى اللجنة الفنية المختصة بطلب

<sup>1</sup> مقتبس عن خالد سيد محمد المرجع السابق، ص749.

<sup>2</sup> خالد السيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.750-751.

إدراج اسمه في القائمة المتعلقة بالجدارة الطبية، غير أن اللجنة رفضت طلبه على أساس أنه غير حاصل على المؤهلات العلمية والفنية المطلوبة لذلك، وعندما طعن في هذا القرار أمام مجلس الدولة انتهى بعد بحث ودراسة كافة المؤهلات التي سبق للطاعن أن حصل عليها فإنه يستحق أن يكون ضمن هذه القائمة، وعليه فعمل اللجنة كان مشوباً بخطأ<sup>1</sup>.

كما سبق وأن ذكرنا أن نظرية الخطأ البين تطورت تدريجياً من المجالين التقليديين إلى مجالات أخرى ومن بينها المجال الاقتصادي والضبط الإداري، باعتبارهما من بين المجالات الحديثة للإدارة وخصوصاً في مجال تراخيص البناء والهدم. ومن بين الأحكام التي قضى بها مجلس الدولة تأييد القرار المتضمن سحب الترخيص من إحدى شركات المقاولات ببناء عمارات على شاطئ البحر الأبيض نتيجة لما ينطوي عليه من خطأ بين في تكييف صفة الأماكن المجاورة<sup>2</sup>.

يتبين لنا من خلال هذه المرحلة أنها تميزت بتوسع وتطور تطبيق نظرية الخطأ البين على جميع مجالات العمل الإداري عكس المراحل السابقة، وذلك للحد من تعسف الإدارة في استعمال سلطتها التقديرية في المجالات التي لم يكن يتدخل فيها القضاء الإداري، وتفعيل دور القاضي في الرقابة على مختلف أعمال الإدارة عكس ما كان في السابق وتغيير وجهة نظر

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 221.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 29 مارس 1968. مقتبس عن خالد السيد، المرجع السابق، ص. 751.

الإدارة في استعمال سلطتها وامتيازاتها مع ما يتماشى مع الجانب الواقعي والمنطقي حتى في غياب النص القانوني الذي يقيد صلاحياتها.

#### IV- المرحلة الرابعة من 1973 إلى يومنا هذا

لقد شهدت نظرية الخطأ البين تطور خلال المرحلة السابقة إلا أنها كانت تطبق في مجالات معينة. إلا أنها لما تشمل بعض المجالات الحساسة والمتعلقة بحقوق وحرريات المواطن خصوصا إجراءات الضبط العليا، سواءً كانت متعلقة بالأجانب أو المواطنين. أما فيما يخص الأجانب فلقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن تطبيق نظرية الخطأ البين بالنسبة لإقامة أو إبعاد الأجانب وحتى ممارسة نشاطهم داخل الإقليم الفرنسي، لأن هذه المسائل المتعلقة بالأجانب تشكل أكثر تهديدا للنظام العام. إلا أن رقابته على القرارات المتعلقة بالمواطنين الفرنسيين فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مراعاة المصلحة العليا للدولة فيما يخص إجراءات التسليم، ومنح جوازات السفر. ولكن هذه أن الرقابة تتوقف عند الوجود المادي للوقائع وعلى المدعي إثبات ذلك<sup>1</sup>.

كما أن رقابة القاضي على تطبيق نظرية الخطأ البين في المرحلة السابقة كانت منحصرة على الوجود المادي للوقائع ولم يكن يبحث في التكييف القانوني. كما هو الشأن بالنسبة

<sup>1</sup> وهو ما سوف نتناوله في الفرع الثاني المتعلق بتطبيقات نظرية الخطأ البين في مجال الضبط الإداري للقضاء الفرنسي ص.258.

لتناسب الإجراء المتخذ مع الواقعة أو ما يسمى برقابة التناسب، خصوصاً في مجال الوظيفة العامة وذلك من حيث تناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ المهني.

أما في هذه المرحلة فقد تغيرت طبيعة رقابة مجلس الدولة الفرنسي بعد صدور قراره والمتعلق بتطبيق نظرية الخطأ البين في مسائل التأديب، حيث تتلخص وقائعها أن مدرسا في أكاديمية تولوز نتيجة ارتكابه تصرفات المخلة بالحياء صدر قرار بإحالته على المعاش، وبعدها قام برفع طعن أمام مجلس الدولة على أساس جسامته الجزاء الموقع عليه، إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الطعن على أساس عدم وجود خطأ ظاهر بين التصرف والجزاء<sup>1</sup>.

كما أن لمجلس الدولة الفرنسي قضى في العديد من القرارات خلال سنة 1978 بشأن رقابته على تناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ المهني المرتكب من قبل الموظف. ومن بينها نذكر قيام السيد André برفع دعواه أمام مجلس الدولة، بعدما تم رفضها من المحكمة الإدارية Lille والرامية إلى إلغاء قرار وزير الداخلية المتضمن عزل المدعي وحرمانه من حق التقاعد.

<sup>1</sup> «par un arrêté du Recteur de l'Académie de Toulouse, le sieur X..., instituteur à Toulouse, a été mis à la retraite d'office pour s'être rendu coupable "de gestes indécents ... sur des fillettes de sa classe" ; que les faits, dont la matérialité est établie par les pièces du dossier, étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire ; qu'en prononçant, à raison de ces faits, la sanction de la mise à la retraite d'office du sieur X..., le recteur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste. qu'il ressort des pièces versées au dossier que la mesure dont le sieur X... a été l'objet, a été motivée, non pas, par la manière de servir de l'intéressé, alors que celui-ci était en congé, mais exclusivement, par l'activité interdite qu'il exerçait, laquelle est de nature à justifier légalement l'application d'une sanction disciplinaire. Sur la gravité de la sanction : Considérant qu'en prononçant à raison des faits susmentionnés la sanction de révocation du sieur X..., avec suspension de ses droits à la retraite, le Ministre de l'Intérieur s'est livré à une appréciation qui n'est pas entachée d'erreur manifeste. » Cf. C.E10 /07/1974 www.Légifrance.gouv.fr

وتتضمن وقائع هذه القضية أن المدعي كان موظفاً في سلك الأمن وتقدم بطلب عطلة مرضية طويلة المدى، ولكن تبين للسلطة المؤهلة أن المعني كان يمارس نشاط موازي وقامت باتخاذ بالإجراءات التأديبية. وبعدها قضى مجلس الدولة بعدم وجود خطأ ظاهر في التقدير المبني عليه قرار وزير الداخلية المتمثل في عزل الموظف وحرمانه من حق المعاش<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### معايير نظرية الخطأ البين وأهميتها

يقصد بمعيار الخطأ البين هو الضابط الذي يستعين به القاضي الإداري في رقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، لكي يتمكن من تقدير قيام الخطأ البين في أعمال الإدارة وذلك من خلال رقابته لملائمة العناصر الموضوعية للقرار الإداري، والتأكد من عدم وجود خطأ ظاهر.

نظرية الخطأ البين لها أهميتها في المجال القضائي، من حيث تأثيرها على طبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي، ودورها في حماية مبدأ المشروعية نتيجة لغلط واضح عند ممارسة الإدارة لاختصاصها التقديري.

<sup>1</sup> « Le Conseil d'État a longtemps exclu tout contrôle du choix de la sanction disciplinaire infligée à un agent public, A l'occasion de l'arrêt Lebon du 9 juin 1978, les juges ont ensuite opéré un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Ils sont considéré dans cette affaire. » Cf. C.E 26/07/1978 [www.Légifrance.gouv.fr](http://www.Légifrance.gouv.fr)

وهو ما سوف نشرحه بالتفصيل من خلال التعرض إلى معايير نظرية الخطأ البين (الفرع الأول)، وأهمية نظرية الخطأ البين (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### معايير نظرية الخطأ البين

تقوم نظرية الخطأ البين على معيارين أساسيين أحدهما لغوي، والآخر موضوعي. إلا أن المعيار الراجح هو الجمع بينهما.

### أولاً: المعيار اللغوي للخطأ البين

من الملاحظ أن مصطلح الخطأ البين الذي يراقبه القاضي الإداري يوحي إلى أن هذا الخطأ قد وصل إلى درجة من الوضوح تكفي لإقناع القاضي بوجود مثل هذا الخطأ الصارخ الذي لا يثير أي شك في نفسية القاضي. وتتجسد درجة الوضوح في كون الخطأ بديهي أو جسيم، فإذا تحققت إحدى هذه الصفات كان هذا القرار قابلاً للإلغاء<sup>1</sup>.

ولا شك في أن هذا الاتجاه الذي يأخذ بالمعنى اللغوي أو الاصطلاحي لصفة البين أو الظاهر التي يوصف بها هذا الخطأ، هو ناجم عن سوء تقدير أو تكييف للوقائع التي استندت إليها الإدارة في قراراتها، دون لجوء القاضي الإداري إلى أي تحقيق في موضوع التراع ويمكن اكتشافه بمجرد النظر إلى وقائع الدعوى.

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 727.

أما إذا كان هذا الخطأ يرتب شكاً في نفس القاضي فإن الخطأ البين ينتفي على الفور وتصبح الإدارة محقة في قرارها المستند إلى هذه الوقائع. إذن فالخطأ البين يتحقق مع اليقين في رأي القاضي، ولا يجب أن يكون فيه متردداً أو في حالة شك اتجاه الخطأ الذي ارتكبه الإدارة عند اتخاذ قرارها المبني على سلطتها التقديرية<sup>1</sup>.

وخلاصة القول أن هذا المعيار ينتفي كل خطأ يبين مع الشك، ومع اليقين يتحقق هذا الخطأ. وفي هذا الإطار يرى الأستاذ Peisey أن العبرة بالخطأ حين يكون مؤكداً ومن ثم يبيناً عند لحظة المداولة، لا بلحظة اتخاذ الإدارة للقرار المشوب بالخطأ البين<sup>2</sup>.

### ثانياً- المعيار الموضوعي

لم يكن الخطأ البين وفقاً للمعيار اللغوي محل إجماع الفقهاء، مما أدى إلى انتهاج البعض من الفقه نحو المعير الموضوعي، الذي يقوم على دراسة كافة عناصر موضوع النزاع دون الاعتماد على وضوح الخطأ وجسامته، بل أحياناً يلجأ فيه القاضي إلى إجراء تحقيق للتأكد من وجود الخطأ.

<sup>1</sup> إن إلغاء قرار وزير الصحة بمنع بيع دواء معين للجمهور على أساس الخطأ البين في تقدير الأخطار الناجمة عن هذا الدواء، إذ اعتبر أن الحجة التي قال بها المدعون في هذا الخصوص، وإن كانت حجة قوية حيث تتمثل في أن الدواء رغم استعماله من قبل الجمهور، فإنه لم يتسبب حتى الآن في حدوث إصابة أو خطر إلا أنها لا تتسم بواقعيته وتأكيد خطورتها فهي تزيل كل شك وانتهى بالقول أن الإدارة لم ترتكب خطأ بيناً في تقديرها للخطر الذي يتسبب فيه هذا الدواء وهو الأمر الذي أيده مجلس الدولة الفرنسي. مقتبس عن خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.729.

« L'erreur est donc manifeste au moment qu'elle est sure, incontestable qu'elle apparait clairement au juge au moment ou hl délibère, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait été apparente au moment ou la décision a été prise »

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص.729.

وقد أيد الدكتور يحيى الجمل المعيار الموضوعي حيث أشار إلى أن تقدير وجود الخطأ يتركز على عناصر موضوعية يتم البحث عنها في موضوع الدعوى. وترتيباً على ما تقدم فإن التلازم بين وصف ظاهر أو واضح أو جسيم ليس بالضرورة أن يكون الخطأ بيّناً في جميع الأحوال، فرقابة القاضي الإداري على الخطأ.

عند رقابة الحد الأدنى القاضي لا يقوم برقابة المشروعية؛ لا ينصرف أكثر إلى رقابة الملاءمة بشأن تناسب أسباب القرار. إن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير جاءت في البداية لاستدراك رقابة المشروعية على التكييف القانوني للوقائع. يكون الخطأ الظاهر في تقدير الأسباب ولا يتم الإلغاء إلا إذا كان الخطأ جسيماً ومبالغ فيه.

لم يكن تطبيق رقابة الخطأ الظاهر بشكل كبير لكونها في المرتبة الثانية. لأن هذه الرقابة وُجدت لأجل استدراك رقابة التناسب؛ ولقد عمل بها مجلس الدولة في مجال الوظيفة العمومية للتأكد من مدى تناسب العقوبة التأديبية مع حجم الخطأ<sup>1</sup>. وفي الوقت القريب لم

<sup>1</sup>« Dans le cas de contrôle minimum, le juge ne procède pas au contrôle de la qualification ; il ne se livre pas non plus au contrôle de la proportionnalité, de l'adéquation de la décision aux motifs.

Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation a eu tout d'abord pour objet de remédier à l'absence de contrôle de la qualification juridique des faits. L'erreur manifeste porte sur l'appréciation des motifs; elle n'entraîne l'annulation que si elle est grossière, flagrante.

Le contrôle de l'erreur manifeste s'est également, mais de façon plus timide, présenté sous une seconde forme. Il a eu alors pour objet de remédier à l'absence de contrôle de la proportionnalité ; le conseil d'État acceptant en matière de fonction publique d'apprécier si une sanction disciplinaire est proportionnée à l'importance de la faute" Cf .André de LAUBADERE, op cit,p.135.

تكن تمارس الرقابة القضائية بشكل دائم على أعمال السلطة التقديرية للإدارة نتيجة للدعم الذي كانت تجده، ولكن اليوم تغيرت هذه النتيجة بالتأكيد وبشكل تام<sup>1</sup>.

اشتملت النظرية الفقهية للخطأ الظاهر على ضرورة ممارسة الرقابة القضائية لأنها تعتمد على النتائج التي تهدف إليها السلطة التقديرية للإدارة، فالقاضي يلجأ في بعض الحالات إلى تقدير الخطأ بمعنى يكون الخطأ فيه أكثر وضوحاً مما يؤدي إلى عدم التناسب مع الأسباب.

إن نظام المنازعات المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة محدد بشروط لتطبيقه فلا يمكن مخالفته، وغير قابل للتنازع فيه كما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي، وذلك بإشراك الخطأ الظاهر إلى عناصر رقابة الحد الأدنى، المحددة في الرقابة على المنازعات المتعلقة بالسلطة التقديرية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si jusqu'à une époque récente, en pouvait ainsi soutenir que l'exercice même du pouvoir discrétionnaire échappe toujours au contrôle juridictionnel, cette affirmation ne paraît plus aujourd'hui totalement exacte. Cf. René CHAPUS, op.cit, p. 935.

<sup>2</sup> La théorie jurisprudentielle de l'erreur manifeste, implique nécessairement un contrôle juridictionnel de cet exercice. Elle consiste en effet en ce que, dans l'hypothèse même du pouvoir discrétionnaire, le juge peut- au moins en certaines matières – censurer l'erreur d'appréciation c'est- à- dire l'inadaptation de la mesure aux motifs, lorsque cette erreur est par trop flagrante.

S'il est vrai que cette entorse au régime contentieux normal du pouvoir discrétionnaire est limitée par ses conditions d'application, elle n'en est pas moins incontestable, comme le reconnaît du reste le conseil d'État lui-même, car il a ajouté l'erreur manifeste aux autres éléments du contrôle minimum, qui est précisément le contrôle contentieux applicable au pouvoir discrétionnaire. Cf. André de LAUBADERE, op.cit p.696.

## الفرع الثاني

## أهمية الخطأ البين في الرقابة القضائية

إن ظهور أو استعمال أية نظرية من طرف القضاء لها أسبابها ودوافعها التي أدت إلى العمل بها من طرف القاضي الإداري وتجسيدها في القرارات القضائية، حتى تصبح مبادئ ثابتة يتم اللجوء إليها في حالة وجود مثل هذه التزاعات. وللتفصيل في أهمية الرقابة عن طريق وسيلة الخطأ البين سنحاول توضيح الأسباب التي أدت إلى ظهورها، وبعدها نبين طبيعة هذه الرقابة وأهميتها من خلال استعمال هذه النظرية.

## أولاً- أسباب ظهور نظرية الخطأ البين

من أهم أسباب ظهور نظرية الخطأ البين هو تفعيل دور وسلطة القاضي في تحقيق العدالة والدفاع عن حقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة الإدارة التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة. نتيجة لعدم وجود نص يقيد اختصاص السلطة الإدارية، ولكن هذا لا يعني السلطة المطلقة للإدارة في تقدير الوقائع وتكييفها بشكل غير سليم من خلال عدم التناسب الواضح بين الأجراء والواقعة. فلذلك عمل القضاء في السابق على رقابة الوقائع المادية فقط دون

التصدي لتكييفها القانوني. إلا أن هذه الرقابة كانت محدودة وقليلة الفعالية وهي ما تسمى بالرقابة الدنيا<sup>1</sup>.

إن عدم صحة الوقائع المادية التي كانت تعتمد عليها السلطة الإدارية في إصدار قراراتها كانت سببا في ظهور نظرية الخطأ البين. مما يؤدي إلى عدم شرعية هذا القرار من خلال التناقض الظاهر بين الوقائع وتكييفها القانوني لكونه خارجا عن حدود المنطق والتفكير السليم. وهو ما أدى إلى تدخل القاضي ورغبة منه في معالجة النقص في الرقابة خاصة في بعض مسائل التكييف القانوني<sup>2</sup>.

إلا أن هذه الرقابة كانت تتميز بالمرونة من خلال التدرج المستمر والتطور الملحوظ في قرارات مجلس الدولة الفرنسي، وخصوصا عند ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية. حيث كان في السابق أي قبل سنة 1961 يمتنع عن الرقابة والحكم بعدم الاختصاص، بسبب عدم وجود نص قانوني واضح يحدد اختصاص السلطة الإدارية، وأن دوره الفصل في النزاعات وفقا لأحكام القانون.

<sup>1</sup> تعد هذه الرقابة جزء من الرقابة على عنصر السبب لأن هذه الأخيرة أشمل وأوسع من هذه الرقابة لأنه تشمل الوقائع المادية وتكييفها القانوني ولكن لما تكون السلطة الإدارية تمارس اختصاصها المقيد. وسميت بالرقابة الدنيا لأنها تشمل فقط مدى صحة الوقائع المادية التي استندت إليها الإدارة في قرارها وسوف نتطرق إلى مختلف مستويات الرقابة لاحقا  
<sup>2</sup> « ..... Afin de remédier aux l'aucunes du contrôle et principalement à l'absence dans un certain nombre de matières de contrôle de la qualification..... »

le juge sort de sa réserve dans les cas extrême ou la gravité de la sanction révèle une incrimination manifestement exagérée, compte tenu les donnés de l'espèce de la juge décidant non pas que les faits ne pouvaient être juridiquement in crime, mais que la gravité dont il ont été assortis permet d'inférer une erreur dans leur appréciation assez manifeste et grossière pour qui l'incrimination soit vice de même que par suite la répression consécutive. » Cf.A.de LAUBADERE, J-C VENEZIA, Y.GAUDMENT, op.cit, p.548.

إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا، بل قام القاضي بتغيير نظرتة من خلال الفصل في مدى شرعية القرارات التي تمارس من خلالها الإدارة سلطتها التقديرية في بعض المجالات التقليدية كما ذكرنا سابقا، لأنها كانت تمس بحقوق وحرريات الأفراد. ثم اتسعت لتشمل المجالات الحديثة المتعلقة بالمسائل الفنية، لأن الاعتبارات الفنية لم تكن وسيلة لتهرب القاضي من تطبيق القاعدة القانونية<sup>1</sup>.

يرى الفقيه DEBACH أن هذه النظرية لها دور كبير للحد من التعسف في استعمال السلطة التقديرية للإدارة وذلك بقوله: "هي وسيلة تساعد القاضي على مراقبة السلطة التقديرية للإدارة، إما في مسألة فنية تتضمن خطأ ساطعا حتى بالنسبة للشخص الذي يجهل الأصول الفنية؛ وإما عندما تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة يكون فيها إغفال حسيم، سواء من ناحية المنطق أو الحس السليم.

إن القاضي يخرج عن تحفظه في الحالات التي تكشف فيها عن جسامة الجزاء تجريما مبالغ فيه على ضوء ظروف الدعوى. والقاضي لا يقرر أن الأفعال غير قابلة قانونيا للتجريم،

<sup>1</sup>Cf. Charles DEBBACH, op.cit p334.

ولكن الجسامة التي منحت لها تسمح له باستنتاج خطأ واضح في التقدير ومبالغة في التجريم تؤدي إلى عيب في الجزاء الذي تم توقيعه<sup>1</sup>.

إذن يتحقق وجود الخطأ الظاهر عندما يكون هناك إفراط واضح بين الواقعة والأثر القانوني المترتب عنها، مما يؤدي إلى عدم التناسب الواضح. فمثلا القرار التأديبي المتضمن تطبيق عقوبة تأديبية تتمثل في تسريح موظف ارتكب خطأ مهنيا بسيطا، فهنا الإفراط والشدة واضحة من خلا عدم تناسب العقوبة مع الخطأ ويطلق على هذا النوع من الرقابة في المجال التأديبي برقابة التناسب<sup>2</sup>.

### ثانيا- طبيعة الرقابة القضائية على نظرية الخطأ البين

نقصد بمستويات الرقابة القضائية أي درجات الرقابة وحدودها، فهي مرتبطة بأهمية الوقائع ومدى خطورتها بالنسبة للقرارات الإدارية التي تتخذها السلطة الإدارية. حيث تتوزع هذه الرقابة على ثلاث مستويات حيث نجد الرقابة الدنيا والعادية والقصوى. ويقصد

<sup>1</sup> « Elle sert au juge pour contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire, soit en matière technique ou il s'agit d'une erreur grossièrement pour un profane, soit quand l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation ou il s'agit d'une méconnaissance grave de la logique ou du bon sens. le juge sort de sa réserve dans les cas extrême ou la gravité de la sanction révèle une incrimination manifestement exagérée, compte tenu les donnés de l'espèce de la juge décidant non pas que les faits ne pouvaient être juridiquement in crime, mais que la gravité dont il ont été assortis permet d'inférer une erreur dans leur appréciation assez manifeste et grossière pour qui l'incrimination soit vice de même que par suite la répression consécutive. » Cf, A. de LAUBADERE, J-C VENEZIA, Y.GAUDMENT, op. cit, p.550.

<sup>2</sup> أما بالنسبة للقضاء المصري فيطبق نظرية الغلو في المجال التأديبي نتيجة لتجاوز السلطة التأديبية في تشديد العقوبة، فالقاضي يعمل على رقابة حجم العقوبة مع جسامة الخطأ المهني الذي يرتكبه الموظف. وهو ما سوف نوضحه في مجال تطبيق القضاء المصري في المسائل المتعلقة بالوظيفة العامة.

بالرقابة الدنيا هي تلك الرقابة على الوقائع المادية وتكييفها القانوني وأن يكون محل القرار يتطابق مع النص القانوني وأن لا يكون قرارها مشوباً بعيب تجاوز أو تعسف في استعمال السلطة.<sup>1</sup>

أما الرقابة العادية هي التي تتم فيها رقابة التكييف القانوني للوقائع المادية التي تدعيها السلطة الإدارية، أما الرقابة القصوى فهي رقابة ناتجة عن مدى خطورة الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها ومدى تناسب الإجراءات المتخذ حسب حجم وطبيعة الوقائع.<sup>2</sup>

بالنسبة لمستوى الرقابة القضائية على فكرة الخطأ البين فهي تعد من الدرجة الدنيا، لأن القاضي يطبق هذه الفكرة في بعض المنازعات التي ليست لها أهمية بالغة من حيث خطورة الوقائع، علماً أنه قبل ظهور هذه الفكرة كان القاضي يمتنع عن رقابة السلطة التقديرية للإدارة.

وهناك من يرى أن الرقابة الدنيا تقتضي وجود عيب في السبب وخطأ في القانون ومراعاة الخطأ البين في القرار الإداري. أما الرقابة العادية تقوم على رقابة التكييف القانوني

<sup>1</sup> «qu'il exerce ce qu'on appelle Le contrôle minimum sur les actes pour lesquels la loi n'a prévu aucune relation entre la décision de l'autorité administrative et des antécédents objectifs. Dans ce cas, la seule inexistence de fait au de droit du motif» Cf. Pierre PY, Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux, LGDJ, Paris, 1976. P.18.

<sup>2</sup> خالد السيد، المرجع السابق، ص 757.

لعنصر السبب. في حين تتركز الرقابة القصوى على مدى تناسب الإجراءات الضرورية مع طبيعة الوقائع<sup>1</sup>.

أما الأستاذ رمضان محمد فيعتبر أن مسألة تحديد الموقع الذي يشغله الخطأ الظاهر بين مستويات الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري، يتطلب تحديده ضمن عيب من عيوب القرار أو وجه من أوجه إلغاء القرار الإداري. فالخطأ البين لا يقتصر على عنصر السبب حتى يندرج ضمن الرقابة الدنيا، بل له علاقة بجميع عناصر القرار الإداري بالرغم من أنه يتركز في عنصرين أساسيين وهما السبب والمحل. إلا أن معنى الرقابة الدنيا شامل لجميع عناصر القرار الإداري<sup>2</sup>.

ويرى الدكتور خالد السيد أن قرارات مجلس الدولة الصادرة في هذا الخصوص، قد أضافت عنصر الخطأ البين إلى عناصر الرقابة الدنيا، بعد أن كانت تشير تلك القرارات إلى تقييم الإدارة أو تقديرها للوقائع التي لم تكن تناقش أو تراقب من قبل مجلس الدولة، طالما أنه

<sup>1</sup> Neville BROWN- Johns BELL Jean-Michel GALABERT, french administrative law, fifth édition, O.U.P, U.K.G.B, 1998, p266.” « Adopt a three-fold distinction between minimum, normal and maximum control. Minimum control allows review for error of fact, mistake of law expanding into manifest error. Normal control is where there is also review of legal characterization of fact. Maximum control is where the court is prepared to ask whether the measures taken go beyond what is necessary or reasonable»

<sup>2</sup> رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص236..

لم يستند إلى وقائع مادية غير صحيحة أو إلى خطأ في القانون، أو لم يكن مشوباً بإساءة استخدام السلطة، وأن لا يكون مشوباً بخطأ بين<sup>1</sup>.

إن الرقابة الدنيا لا يقتضي البحث عن الخطأ البين كما أن ممارسة الرقابة من طرف القاضي لا تشكل صعوبة على التكييف القانوني<sup>2</sup>. إن تحديد وضعية الإدارة في ارتكاب خطأ بين يثير التساؤل حول كيفية تعامل القاضي مع هذا الوضع بشكل غير إرادي في تحديد الرقابة العادية إلا أن الخطأ البين يعد وسيلة للرقابة الدنيا<sup>3</sup>.

تعتبر رقابة القضاء الإداري على وجود الوقائع المادية أول درجات الرقابة القضائية على سبب القرار الإداري والحد الأدنى لها. وعلى أساس هذه الرقابة يتأكد من الصحة

<sup>1</sup> خالد السيد، المرجع السابق، ص759. أنظر كذلك

« L'exactitude matérielle des motifs de fait, mais à leur qualification, c'est cet examen de la qualification qu'exclut, au contraire, le contrôle minimum, qui s'arrête à la vérification de leur existence matériel. Mais, même dans les cas de contrôle minimum le juge limite le pouvoir discrétionnaire par le recours à la notion d'erreur manifeste d'appréciation » Cf. Jean RIVERO, Jean WALINE ,Droit administratif, Dalloz, Paris, 1992, p.219.

<sup>2</sup> « Dans ses hypothèse, qui auraient pu relever du contrôle minimum et n'impliquer que la recherche de l'erreur manifeste, le juge à exercé sans difficulté apparente le contrôle de la qualification juridique » Cf. Jean Marie AUBY, Roland DRAGO, Traité des recours en matière administrative, 3e, Litec, Paris, 1992, p.517.

<sup>3</sup> «Est –ce qu'une telle position de l'administration est ou non constitutive d'une erreur manifeste est la question qu'il se pose, sans vouloir jouer au paradoxe, on pourrait dire que le juge procède à un contrôle normale de l'erreur manifeste, instrument de son contrôle minimum » Cf. Stéphane RIALS, le juge administratif et la technique du standard, L.G.D.J, Paris, 1980, p194.

المادية للوقائع التي استندت إليها الإدارة في تقديرها دون أن يفحص التناسب بينها وبين الإجراءات المتخذة، وفي هذه الحالة لا يعدو أن يكون أكثر من قاض للمشروعية<sup>1</sup>.

إن استعمال الرقابة الدنيا يكون بعد تأكد القاضي ونظره إما في عدم تحقق غاية القرار مع النص القانوني، وإما استناده لوقائع مادية غير صحيحة، أو خطأ في تطبيق القانون، أو وجود خطأ بين<sup>2</sup>. يمكن القول بأن الرقابة الدنيا هي التي يستعملها القاضي لإلغاء الخطأ البين لأن الرقابة الدنيا تكون في حالة غياب الرقابة القانونية أو في حالة رقابة التناسب<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث

#### تطبيقات نظرية الخطأ البين في القضاء المقارن

إن تطبيق هذه النظرية أو الوسيلة القضائية له دور هام في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة، والحد من التجاوزات التي ترتكبها السلطة الإدارية. إلا أن تطبيقها في القضاء المقارن يختلف من دولة إلى أخرى، وبطبيعة الحال هي من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي كما سبق وأن ذكرنا عن نشأة هذه النظرية. فسوف نحاول أن نبين أهم المجالات

<sup>1</sup> النبية شيخي، آليات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بين القضاء الإداري الجزائري والفقهاء الإسلاميين، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعي الجيلالي اليابس، سيدس بلعباس، 2009، العدد 05، ص.40.

<sup>2</sup> « Le juge affirme l'existence du contrôle minimum et énonçant soit qu'il ne résulte pas de l'instruction de la décision attaquée soit fondée sur des faits matériellement inexacts ou entachée d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste » Cf. Charles DEBBACH, contentieux administratif, 3eme édition, Dalloz, Paris, 1981, p.343

<sup>3</sup> « Minimum control is identified by the absence of control of the legal characterization or of proportionality when a court only annuls manifest error it is possible to argue that the minimum control» Cf. Sofia RANCHORDAS, Boudewijn de WAARD, The judge and the proportionate use of discretion, 1é, Routledge, U.K.G.B, 2005,p139.

التي كانت تطبق فيه هذه النظرية من خلال الوظيفة العامة (الفرع الأول)، الضبط الإداري (الفرع الثاني) .

## الفرع الأول

### مجال الوظيفة العمومية

لقد تم تكريس نظرية الخطأ البين لأول مرة في القضاء الفرنسي وبالخصوص في مجال تعادل الوظائف كما ذكرنا سابقاً. إلا أن القضاء المصري قد أخذ بنظرية الغلو وكان يسميها في بعض قراراته بعدم الملاءمة الظاهرة من خلال القرارات القضائية التي أخذ بها، غير أنه لم يطبقها في المجالات الأخرى كما هو الشأن بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي. أما القضاء الجزائري فلم نجد العديد من القرارات المتعلقة بهذه النظرية إلا أنه قضى بها في أحد قراراته، بالإضافة إلى تطبيقات هذه النظرية في بعض الدول العربية.

### أولاً- القضاء الفرنسي

لقد تم تطبيق نظرية الخطأ البين من طرف القضاء الفرنسي لأول مرة في مجال الوظيفة العامة، باعتباره من المجالات التقليدية الأساسية لتكريس هذه النظرية، وذلك نتيجة لتوسع السلطة التقديرية التي كانت تتمتع بها السلطة الإدارية في تعيين الموظفين ونقلهم وتأديبهم وترقيتهم.

أصدر مجلس الدولة الفرنسي أول قرار له في تطبيق نظرية الخطأ البين، والذي كان يتضمن مسألة تتعلق بسلطة التعيين في الوظيفة. حيث تلخص وقائع القضية في قيام النقابة

الفرعية لأحد المستشفيات في منطقة نانت الفرنسية برفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية نانسي، تطلب فيها إلغاء قرار وزير الصحة العامة بشأن رفض إدارة المستشفى القيام بإجراء مسابقة توظيف لمنصب طبيب. فقضت المحكمة الإدارية بإلغاء هذا القرار، وقام الوزير برفع طعن أمام مجلس الدولة. حيث قضى هذا الأخير بإلغاء قرار المحكمة الإدارية ورفض الدعوى، لأن الإدارة لها حرية التقدير في إجراء مسابقة التوظيف، وهذا الأمر لا يناقش أما القاضي الإداري إلا إذا شاب ذلك التقدير خطأً بين أو انحراف في السلطة أو غلط في القانون أو قام على وقائع مادية غير صحيحة<sup>1</sup>.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي أن القاضي ليست له سلطة رقابة تقدير وزراء التربية الوطنية والصحة العامة في الحالات التي يكون فيها خطأً بين، أو خطأً في تطبيق القانون، والتعسف في استعمال السلطة، أو عدم صحة الوقائع المادية. وقضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم صحة الوقائع المادية التي تم على أساسها رفض إدماج مشارك جراح في

<sup>1</sup> Cf. C.E le 17 /03/1965 [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr)

المستشفيات إلى مركز استشفائي جامعي، وتعويضه عن الضرر الذي أصابه بقيمة 60000 فرنك<sup>1</sup>.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي فرض رقابته كذلك على المسائل المتعلقة بتقييم الإدارة لنتائج الامتحانات التي يجريها المرشح لشغل الوظيفة وفحص كافة الظروف المحيطة بقرار الإدارة. حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد القضايا المتعلقة بهذا الشأن بما يلي:

« Il résulte des pièces du dossier, et notamment de l'absence de tout élément permettant d'établir l'inaptitude professionnelle de M. Pierre que dans les circonstances de l'espèce, la décision attaquée est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation »<sup>2</sup>.

يرى الدكتور رمضان محمد بطيخ أن هذا الحكم يتميز عن غيره من الأحكام، حيث أن القاضي بمجلس الدولة الفرنسي قام بالبحث في التقدير الشخصي لمصدر القرار، ورقابة

<sup>1</sup> « L'appréciation à laquelle se sont livrés les ministres de l'Éducation nationale et de la Santé publique pour refuser l'intégration, par application des dispositions de l'article 70 du décret du 24 septembre 1960 modifié, d'un agrégé de médecine en qualité d'agrégé-chirurgien des hôpitaux d'un centre hospitalier universitaire ne peut, sauf en cas d'erreur manifeste, être discutée devant le juge de l'excès de pouvoir, dès lors qu'elle n'est pas fondée sur une erreur de droit, ne repose pas sur des faits matériellement inexacts ou n'est pas entachée de détournement de pouvoir ou si elle repose sur des faits matériellement inexacts. Refus d'intégration annulé en l'espèce pour inexactitude matérielle des faits retenus pour le fonder. Indemnité au praticien, comprenant notamment l'atteinte portée à sa réputation évaluée à 60.000 F ». Cf. C.E 05/11/1965 n 63771. www.légifrance.gouv.fr

<sup>2</sup> Cf. C.E 22/10/1982. www.légifrance.gouv.fr

جميع الظروف المحيطة بالقرار ولم يكن يكفي برقابة الوقائع المادية. ولذلك فإن هذا الحكم يندرج ضمن الرقابة القصوى وليست الدنيا<sup>1</sup>.

كما قام مجلس الدولة الفرنسي باستخدام نظرية الخطأ البين في القرارات المتضمنة العقوبات التأديبية للموظفين. ونذكر من بينها القرار الصادر في 17 يناير 1973. حيث تلخص وقائع القضية في أن السيد Gazelle معاون السكرتير العام لمدينة رين الفرنسية صدر بشأنه قرار العزل، وقام برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية لهذه المدينة، يطلب فيها إلغاء القرار الصادر عنها أمام مجلس الدولة الذي رفض بدوره الطعن على أساس أن قرار العزل الصادر بشأنه مبرر لارتكابه أخطاءاً وظيفية، وأنه لا يتضح من خلال أوراق الملف أن القرار يقوم على وقائع مادية غير صحيحة أو أنه مشوب بخطأ ساطع في التقدير<sup>2</sup>.

كما صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قراراً بخصوص قضية Mauler حيث تضمن هذا القرار رفض دعوى هذا الأخير وتأييد قرار الإدارة بشأن عملية الترقية التي لم يستفيد منها المدعي. لأن قرار الإدارة بترقية زملائه لم يتضمن خطأً بينا في التقدير فلا يمكن للقاضي أن يتدخل في تقدير الإدارة حسبما تقتضيه الرقابة الدنيا.

وقد أشار القرار في أسبابه أن اللجنة المختصة قدرت أن المدعي لا تتوفر فيه شروط الترقية وفقاً للنصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها. فتقدير اللجنة لا يمكن مناقشته أمام

<sup>1</sup> رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 279.

<sup>2</sup> مايا محمد، المرجع السابق، ص. 134.

القاضي كما يتضح من ملف الدعوى أن الوقائع المادية سليمة ولا يشوبها أي عيب أو خطأ  
بين<sup>1</sup>.

كما باشر مجلس الدولة الفرنسي رقابته على سلطة الإدارة في تقييم كفاءة المترشح  
لشغل وظيفة عامة بعد النجاح في المسابقة. حيث تضمن القرار ما يلي:

« Il n'est pas établi que l'appréciation sur l'insuffisance des résultats  
et l'inaptitude à remplir l'emploi visé repose sur des faits matériellement  
inexacts ou soit entachée d'erreur manifeste »<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى المسائل والموضوعات التي سبق ذكرها بشأن رقابة مجلس الدولة الفرنسي  
في مجال الوظيفة العامة، فإنه قضى كذلك في مسألة الرقابة على تقارير كفاءة الموظفين. ومن  
بينها قضية السيد Leca. حيث كان يعمل هذا الأخير مديراً مساعداً بوزارة الاقتصاد  
والمالية، وقدم طلباً إلى الوزير من أجل مراجعة علامة التقييم الممنوحة له لاعتقاده أنها تقل  
عن كفاءته الوظيفية. إلا أن الوزير لم يرد على طلبه، فتقدم بطعن في القرار الضمني بالرفض  
أمام المحكمة الإدارية بمرسيليا. ورفضت هذه الأخيرة دعواه على أساس أن قرار تقرير كفاءته  
غير مشوب بخطأ ظاهر.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1963 02/22. مقتبس عن خالد سيد، المرجع السابق، ص 765.

<sup>2</sup> Cf. C.E 12/10/1979. www.légifrance.gouv.fr

و بعدها قام برفع طعن أمام مجلس الدولة، والذي رفض بدوره هذا الطعن مؤكداً أن العلامة التي تحصل عليها المدعي ومقدارها 17.25 تتناسب مع التقييم العام. وعليه فإن تقرير الكفاءة لا يتبين من خلاله وجود خطأ بين في استعمال الوزير لسلطته في التقدير. كما اعتبر القاضي أن السلوك السلبي للموظف العام يؤثر في حسن إدارة المرفق العام الذي يعمل فيه، وبالتالي يبرر حصوله على درجات أقل عند تقييم الكفاءة الوظيفية<sup>1</sup>.

ومجلس الدولة الفرنسي العديد من القرارات القضائية المتعلقة بتطبيق نظرية الخطأ البين في مجال الوظيفة العامة. ولم تقتصر على المسائل التأديبية بل شملت جميع الجوانب. حيث أقر المجلس في أن وضعية الموظف المنتدب تخضع لسلطة الهيئة المنتدب إليها بشكل واسع في تقديرها لضرورة استمرار نشاط الموظف المنتدب وهذا بسبب طعن أحد الموظفين في قرار إنهاء وضعية الانتداب من طرف الهيئة التي أنتدب إليها باسم الوكالة الفرنسية للتعليم في الخارج (A.E.F.E) الواقعة في بروكسل حيث أن القرار الصادر عنها يؤثر على الوضعية العائلية للمعني وعلى استقراره عند إعادة إدماجه إلى منصبه الأصلي. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بصحة قرار الوكالة لأن لها سلطة تقدير ضرورة المصلحة ولا يتضمن قرارها خطأً بين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1979/10/26. مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص 136-137.

<sup>2</sup> Cf. C.E 30/01/2015. N 374772- 20150130. www.légifrance.gouv.fr

## ثانيا- القضاء الجزائري

لم تعرف هذه النظرية تطبيقها في القضاء الجزائري بشكل كبير، كما أن العمل بها لازال متأخرا في مختلف المجالات نتيجة لقلتها وانعدامها، بسبب عدم مواكبة القضاء الجزائري للتطورات الراهنة على المستوى القضائي بالعالم، وهو ما يعكس مدى استقلالية هذه السلطة من الناحية الهيكلية والموضوعية. والظروف التاريخية والسياسية التي مرت بها الجزائر كان لها تأثير في استقرار الدولة من جميع النواحي، وتنظيم السلطات العامة في الدولة ومدى تحقيق الفصل بينها.

لقد قضى مجلس الدولة الجزائري<sup>1</sup> بتطبيق نظرية الخطأ البين في أول قراراته بالغلط الصارخ في التقدير. وتتلخص وقائع هذه القضية في صدور قرار تآديبي من المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 11 جويلية 1996 والمتضمن عزل قاض من مهامه بدعوى أنه خالف الواجبات المنصوص عليها في المادة 13 الفقرة الأولى من القانون الأساسي للقضاء، والتي تتضمن منع القضاة من امتلاك أي مؤسسة ولو بواسطة الغير، لأن هذا الأمر يشكل مساسا للممارسة الطبيعية للمهنة أو تمس باستقلالية القضاء.

حيث تمثل الأفعال المنسوبة للقاضي، في أنه يملك بالشيوع عدة عقارات، منها مخبر للصور مسير من طرف أخيه، وأنه تدخل لصالح أحد أفراد عائلته أمام جهة قضائية جزائية، كما أنه تغيب بدون مبرر عن منصب عمله بالذهاب إلى خارج الوطن.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الجزائري 1998/07/27، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2002، العدد 01، ص38.

وقام المدعي برفع تظلم أمام المجلس الأعلى للقضاء، والذي رفض تظلمه بتاريخ 11 نوفمبر 1996. وبعدها قام المدعي برفع دعوى إلغاء القرار التأديبي أمام مجلس الدولة متمسكا بالوجه المأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات.

أصدر مجلس الدولة قراره والمتضمن الحيثيات التالية:

حيث أن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء الفاصل في القضايا التأديبية تعد قراراته صادرة عن سلطة إدارية مركزية، وبهذه الصفة تكون قابلة للطعن فيها بالإبطال. وأن القاضي مثله مثل كل موظف في الدولة يستفيد وجوبا من حقوق مضمونة دستوريا وأن القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام هذه الضمانات.

حيث أنه وحتى لو كانت هذه الأفعال ذات طابع يبرر العقوبة التأديبية، فإن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب بالرغم من هذا غلطا صارخا في التقدير بتسليط العقوبة الأشد. يعتبر هذا القرار بمثابة المؤشر الإيجابي للقاضي الإداري في مواكبة التغيرات والتطورات في المجال القضائي، لأنه قام بالفصل في القرار التأديبي الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء باعتبار أن هذا القرار إداري وليس قضائي، بالرغم من أن الهيئة ذات طابع قضائي. كما أنه لا يوجد نص قانوني صريح يمنع من الطعن في القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء.

وترى المستشارة فريدة أبران أن الغلط الصارخ الذي قضى به مجلس الدولة يعد بمثابة صمام أمان بالنسبة للحالات التي تتعسف فيها الإدارة صراحة باستعمال سلطتها التقديرية، إذ أن الإدارة ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول، بحيث أنه إذا ما ارتكبت غلطا يتجاوز حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملاءمة فإن القاضي يقوم برقابة هذا التقدير. ويمكن الوصول إلى الغلط الواضح في التقدير في المجال التأديبي بطرح التساؤل الآتي: ألا يعد هذا الجزاء المسلط على الموظف مبالغا فيه<sup>1</sup>؟

يرى الأستاذ غناي في تعليقه على هذا القرار، أن الغلط الصارخ في التقدير يسمح للقاضي الإداري بممارسة نوع من الرقابة وإن وُصفت بالضيقة، إلا أنها تتعدى رقابة مسائل الاختصاص ورقابة أسباب القرار لتشمل الرقابة على السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة. وبفضل هذا الاجتهاد استطاع قاضي تجاوز السلطة تعدي عقبة طالما منعت من ممارسة رقابة كاملة على القرارات الصادرة عن السلطة التقديرية للإدارة، بعدما كان يختص بالنظر فقط في مدى شرعية عناصر القرار الإداري<sup>2</sup>.

وفي رأينا أن القاضي الجزائري اصطلاح على الخطأ البين باسم "الغلط الصارخ" بالرغم من اختلاف المصطلح، حيث أنه استعمل فكرة "الغلط"، وذلك للتمييز بينه وبين الخطأ في

<sup>1</sup> فريدة أبران، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2002، العدد 02، ص.40.

<sup>2</sup> غناي رمضان، موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2005، العدد 06، ص.53.

القانون الذي ينجم عن عيب في موضوع أو محل القرار. أما مصطلح "الصارخ" فهو الجسيم والشديد. بمعنى آخر أنه يتجاوز مصطلح البين أو الواضح أو الظاهر. ولكننا نجد لهذه النظرية العديد من المسميات فمثلا القضاء اللبناني يستعمل مصطلح "الساطع". بمعنى شديد الوضوح. من خلال هذا القرار يتبين لنا كذلك أن القاضي الجزائري خرج عن صمته وامتناعه بالنظر في المسائل التي تتمتع بها الإدارة بالسلطة التقديرية، تحقيقا لشرعية القرار وللحد من التعسف في استعمال سلطتها بشكل غير منطقي وواقعي، وخلق نوع من التناسب بين الجزاء والخطأ المهني.

### ثالثا: تطبيقات القضاء المصري لنظرية الخطأ البين

لم يعرف القضاء المصري تطبيق نظرية الخطأ البين من الناحية اللغوية ولم يقضي بها بشكل حرفي، بل طبقها من حيث المعنى أو المضمون، وكان يطلق عليها بنظرية الغلو خاصة في المجال التأديبي للوظيفة العمومية، حيث قام بابتداعها والعمل بها قبل ظهور نظرية الخطأ البين في القضاء الفرنسي. سنتناول القرارات المتضمنة لعدم الملاءمة الظاهرة، ونظرية الغلو وتعليق الفقه عليه في إطار القرارات القضائية .

### I - عدم الملاءمة الظاهرة

يرى الأستاذ سامي جمال الدين في هذا السياق، أن القضاء الإداري المصري كان أكثر دقة من نظيره الفرنسي في اختيار اصطلاح "عدم الملاءمة الظاهرة" تعبيرا عن الخطأ الظاهر في

التقدير<sup>1</sup>. حيث أن محكمة القضاء الإداري تربط بين الملاءمة والمصلحة العامة. ولقد تضمن أول قرار لها في هذه المسألة على ما يلي: "إن الخطأ في تقدير الظروف والمناسبات التي توجب إصدار الأمر الإداري أو عدم إصداره هو أمر يتعلق بملاءمة الأمر الإداري للمصلحة العامة"<sup>2</sup>.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في قرار آخر بما يلي: "لا جدال في غير الأحوال التي تقيد فيها سلطة الإدارة التقديرية بنص في قانون أو لائحة أو بمقتضى قاعدة تنظيمية عامة التزمته. يصبح التقدير من إطلاقات الجهة الإدارية وترخص فيه بمحض اختيارها، فستقل بوزن مناسبات قرارها، وبتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة إصداره بلا معقب عليها في هذا الشأن، مادام لم يثبت أن قرارها ينطوي على إساءة استعمال السلطة"<sup>3</sup>.

ولقد استندت محكمة القضاء الإداري بشكل صريح وواضح على عدم الملاءمة الظاهرة في القرار الإداري. حيث تضمن القرار ما يلي: "وقد بان من ظروف اتهام المدعي في القضيتين المنسوبتين إليه، أن هذا الاتهام لم يكن يبرر فصله من وظيفته. ومتى كان القرار المطعون فيه قد استند إليه من أسباب الفصل إلى ما اتهم فيه المدعي في هاتين القضيتين، فإن في ذلك عدم ملاءمة ظاهرة في القرار، مما يجعله مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 342.

<sup>2</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1950/05/11. مقتبس عن سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 342-343.

<sup>3</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1952/02/20. مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص. 141.

<sup>4</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1953/01/18. مقتبس عن يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص. 243.

يعتبر الأستاذ رمضان محمد بطيخ على أنه: " من خلال مراجعة قرارات مجلس الدولة المصري سواء الصادرة من محكمة القضاء الإداري أم من المحكمة الإدارية العليا، فإننا لم نجد لهذه النظرية تطبيقات قضائية توحى بتبني القضاء المصري لهذه النظرية، وذلك من خلال المفهوم والمعنى التي هي عليه في القضاء الإداري الفرنسي<sup>1</sup>."

في حين يرى الأستاذ محمود سلامة جبر " أن مجلس الدولة المصري لم يستعمل لفظ الخطأ البين صراحة في معظم التطبيقات القضائية. إلا أنه توصل إلى النتائج التي بلغها مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقه لنظرية الخطأ البين في التقدير، الأمر الذي يوضح أن مجلس الدولة المصري كان سابقاً في أعمال مضمون تلك النظرية ونتائجها في بعض المجالات حتى قبل أن يتدعها مجلس الدولة الفرنسي<sup>2</sup>."

وفي رأينا أن مجلس الدولة المصري قد طبق مضمون نظرية الخطأ البين في المجال التأديبي وسماها بالغلو، حيث طبقتها محكمة القضاء الإداري لأول مرة سنة 1950. لكن كان تطبيقها بشكل صريح منذ سنة 1961 من طرف المحكمة الإدارية العليا. فنظرية الخطأ البين والغلو لهما نفس الأثر المتعلق بعدم التناسب بين محل القرار وسببه. فمثلاً تشديد والإفراط في عقوبة موظف ارتكب خطأ لا يستحق تلك العقوبة، فهنا يتميز بالغلو، وكان يصطلح فيما قبل بعم الملاءمة الظاهرة من طرف محكمة القضاء الإداري.

<sup>1</sup> رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 288.

<sup>2</sup> محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، المجموعة الدولية للمحاماة، القاهرة، 1984، ص. 46.

## II- نظرية الغلو وقضاء التأديب.

يُطلق على نظرية الخطأ البين في القضاء المصري بنظرية الغلو، ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا بعدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري الذي ارتكبه العامل وبين نوع ومقدار الجزاء الذي وقعته الإدارة عليه، أي أنه صورة صارخة من صور عدم التناسب بين سبب القرار ومحلّه. حيث تباشر المحكمة من خلالها رقابتها الصريحة على مدى تلاءم القرار التأديبي. وجاء القضاء الإداري المصري ليوّجب على السلطة التأديبية أن لا تغلو في هذا التقدير، وقد ظهر قضاء الغلو في صورة محدودة من طرف محكمة القضاء الإداري سنة 1951، ثم قامت بتطويره المحكمة الإدارية العليا سنة 1961<sup>1</sup>.

ترجع ظروف نشأة نظرية الغلو إلى عدم تحديد المشرع الجزاءات التأديبية التي تطبق بشأن كل مخالفة تأديبية، وترك ذلك للسلطات التأديبية تستقل بتقدير ما يناسب المخالفة المنسوبة إلى الموظف. وقد ترتب على ذلك اختلاف الجهات الإدارية في تقدير العقوبات التأديبية رغم تماثل المخالفات المرتكبة حيث كانت محكمة القضاء الإداري تستند في أحكامها على أن الهيئات التأديبية هي المختصة بتقدير العقوبة شرط أن لا تكون في حدود

<sup>1</sup> حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 1595.

القانون وأن لا تتعسف في استعمال سلطتها التقديرية<sup>1</sup>.

ولقد تم تطبيق نظرية الغلو من طرف محكمة القضاء الإداري في مجال التأديب وتم إقرارها من طرف محكمة القضاء الإداري منذ سنة 1951 حينما قضت بتدرج الجزاءات المنصوص عليها في المادة 24 من قانون العمد والمشايخ. حيث أن المشرع قد قصد من وراء تلك الجزاءات هو قياس وتقدير الجزاء مع الخطأ، مما يعني عدم اللجوء لعقوبة الفصل باعتبارها أشد الجزاءات، إلا في حالة ارتكاب العمدة أو الشيخ أعمالا جسيمة تتناسب مع هذه العقوبة<sup>2</sup>.

كما قضت محكمة القضاء الإداري بشأن قرارات تأديب الطلبة حيث تضمن الحكم على ما يلي: " أن اللائحة الأساسية للكلية الحربية لم تبين الجرائم التأديبية والتي تستوجب محاكمة الطالب تأديبياً على سبيل الحصر، ولم يُفرد لكل جريمة عقوبة خاصة بها، وإنما اقتصر على بيان العقوبات التأديبية وتحديد الجهة التي توقعها، وأن المشرع قد قصد التدرج في هذه

<sup>1</sup> إن رقابة القاضي الإداري للسلطة التقديرية للإدارة في مجال تأديب الموظفين كانت منذ سنة 1948 قبل استعمال نظرية الغلو سنة 1951 من طرف محكمة القضاء الإداري وذلك بإقرار مبدأ التناسب من خلال الأحكام التالية. حيث قضت في قرار الصادر بتاريخ 1948/01/18 " ليس للمحكمة أن تعقب على مقدار الجزاء التأديبي الموقع مادام يدخل في الحدود القانونية المعينة إذ أن تناسب الجزاء للفعل موضوع التأديب أو عدم تناسبه مما ترخص المجالس التأديبية في تقديره." أما القرار الثاني فكان بتاريخ 1949/03/01 " إن ما يزعمه المدعي من أن القرار المطعون فيه مشوب بسوء استعمال السلطة لمجرد أنه كان يكفي جزاء له أن يُحكّم عليه بالغرامة أسوة بزملائه لا وجه له، ذلك لأن اختيار الجزاء التأديبي المناسب للجرم الذي ارتكبه الموظف أمر تستقل السلطة التأديبية بتقديره، ما دام في حدود القانون". مقتبس عن حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 1597.

<sup>2</sup> خالد السيد، المرجع السابق، ص 847.

العقوبات أن يُقاس الجزاء بما يُثبت من خطأ، فلا يُفصل الطالب مهما تكن التهمة الموجهة إليه، وإنما يجب قياس الجزاء بقياس الخطأ الذي وقع منه ....<sup>1</sup>.

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن الجرائم التأديبية ليست واردة على سبيل الحصر فهي لا تخضع لمبدأ شرعية الجريمة، كما هو الشأن في القانون الجنائي، وهذا عكس العقوبات التأديبية التي تخضع لمبدأ الشرعية ضماناً لحماية حقوق الأفراد. كما أن الحكم قد فرض وأكد على السلطة أو الهيئة الموقعة للجزاء احترام مبدأ التناسب بين الجزاء والخطأ المرتكب من طرف الطالب، وأن لا يتم فصله مهما كانت طبيعة التهمة.

وهكذا بدأت تظهر مع هذه الاستثناءات ملامح نظرية الغلو، وبصرف النظر عما قيل عن عدول محكمة القضاء الإداري عن رقابة تناسب الجزاء الموقع للجريمة التأديبية، أم عن استقرارها على هذه الرقابة. ومن ثم استمرارها في ذلك، وما يهمننا في هذا الخصوص هو القرار الذي قضت به محكمة الإدارية العليا في مصر، والتي تم إنشاؤها سنة 1955.

<sup>1</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1953/11/29، مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص 145.

حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن التناسب في تقدير العقوبة من اختصاص السلطة التأديبية، وتدخل القاضي لا يكون إلا في حالة عدم صحة الوقائع المنسوبة للموظف ومدى تكييفها القانوني<sup>1</sup>.

أصدرت المحكمة الإدارية العليا منذ تأسيسها أول قرار لها في مجال التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة المرتكبة من طرف الموظف قرارا يتضمن ما يلي: "مادامت الإدارة قد استخلصت تلك النتيجة استخلاصا سائعا من تلك الأصول المشار إليها، وأن الموظف قد سلك سلوكا مخالفا للتعليمات الواجب إتباعها في هذا الشأن، فإن القرار المتضمن إحالته إلى المعاش يكون قائما على سبب إخلال الموظف بواجباته الوظيفية والخروج عن مقتضاها. وكان للإدارة حرية تقدير الخطورة الناجمة عن ذلك وتقدير ما يناسبه من جزاء تأديبي في حدود نصاب القانون إلى حد الإحالة على المعاش أو العزل التأديبي، تطبيقا للفقرة الرابعة من المادة 107 من قانون موظفي الدولة".

إن تكريس نظرية الغلو بالنسبة للقضاء المصري كان بشكل صريح من قبل المحكمة الإدارية العليا سنة 1961 حيث قضت " أنه ولئن كانت السلطات التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء غير معقب عليها

<sup>1</sup> قرار المحكمة الإدارية العليا 1956/06/03 يؤكد على مسألة وقت تدخل القاضي "إن القرار التأديبي يجب أن يقوم على سبب يبرره فلا تدخل الإدارة لتوقيع الجزاء إلا إذا كانت هناك حالة قانونية أو واقعية تبرر تدخلها، ولما كان السبب هو ركن من أركان القرار الإداري فإن للقضاء الإداري يراقب قيام هذه الحالة أو عدم قيامها من حيث الوجود والتكييف القانوني السليم لهذه الحالة الواقعية التي يقوم عليها القرار التأديبي". مقتبس عن يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.265. كما أشارت إليه مايا محمد، المرجع السابق، ص.145-146.

في ذلك، إلا أن مناط مشروعية عمل هذه السلطات شأنها في ذلك شأن أي سلطة تقديرية أخرى شرط أن لا يشوب استعمالها غلو، ومن صورته عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره.

ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي يتطلبه القانون من التأديب. لأن الهدف الذي توخاه القانون من التأديب هو تأمين انتظام سير المرافق العامة. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا "ولا يتأتى هذا التأمين إلا إذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخة. فاستعمال القسوة يؤدي إحجام عمال المرافق العامة عن حمل المسؤولية خشية التعرض إلى هذه القسوة الممعة في الشدة؛ والإفراط المسرف في الشفقة يؤدي إلى استهانتهم بأداء واجباتهم. فكل منهما على طرفي النقيض 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 الصورة مشوبا بالغلو، فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية. ومن ثم يخضع لرقابة القاضي الإداري. ومعيار عدم المشروعية هنا ليس معيار شخصي بل هو معيار موضوعي لكونه يتعلق بعد تناسب درجة الذنب الإداري مع نوع الجزاء ومقداره .....<sup>1</sup> "

وقد توالت قرارات القضاء الإداري في مصر على تطبيق فكرة الغلو في الرقابة على القرارات التأديبية، خصوصا بعد القرار السابق. على عكس مجلس الدولة الفرنسي الذي

<sup>1</sup> قرار المحكمة الإدارية العليا 1961/11/11. مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص 146-147.

كان يرفض بشكل صريح الرقابة على تناسب بين العقوبة والخطأ المهني في القرارات التأديبية، لأنه يندرج ضمن الاختصاص التقديري للسلطة التأديبية. غير أنه عدل عن موقفه في عام 1978 واعترف لنفسه برقابة هذا التناسب بين العقوبة والمخالفة، وإن كان أسنده إلى فكرة الخطأ الظاهر في التقدير<sup>1</sup>.

### III- تحديد طبيعة عيب الغلو بين الفقه والقضاء

لقد انقسم الفقه حول تحديد العيب الملازم للقرار المشوب بالغلو إلى ثلاث اتجاهات، حيث اعتبر البعض أن قضاء الغلو بعدم التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة التأديبية يرتبط بعيب الغاية أي انحراف وتعسف في استعمال السلطة من طرف الهيئة التأديبية، والبعض الآخر يرى أنه مرتبط بالرقابة القصوى لعيب السبب، أما الاتجاه الثالث فيرى أن الغلو يتعلق بعيب مخالفة القانون.

#### أ-الاتجاه الأول:

يرى فريق من الفقه أن القرار المشوب بالغلو لم يحقق الغرض أو الهدف المرجو من التأديب والمتمثل في عدم حسن سير المرافق العامة بانتظام وهو ما تقتضيه المصلحة العامة، وليس الغرض منه عدم تحقيق التناسب بين الجزاء والمخالفة بمعنى الغلو في حد ذاته. ويستند هذا الفريق على القرار الصادر من طرف المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1961/11/11 المتضمن ما يلي: " أن الإفراط في القسوة والشفقة لا يؤمنان انتظام سير

<sup>1</sup> أحمد أحمد المواني، المرجع السابق، ص13.

المرافق العامة، وبالتالي يتعارض مع الهدف الذي يرمي إليه القانون من التأديب". كما ورد في قرار آخر<sup>1</sup> أن تقرير العقوبة للذنب الإداري الذي ثبت في حق الموظف هو أيضا من سلطة الإدارة لا رقابة للقضاء فيه عليها إلا إذا اتسم بعدم الملائمة الظاهرة أي بسوء استعمال السلطة<sup>1</sup>.

### ب- الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الغلو مرتبط برقابة القاضي على عنصر السبب ولكن في حده الأقصى، لأن رقابة السبب تشمل ثلاث مراحل، تشمل الوجود المادي والتكييف القانوني وأخيرا التناسب بين الإجراء المتخذ والحالة الواقعية. وفي هذه المرحلة الأخيرة يندرج ما يسمى بقضاء الغلو. كما أن الهيئة المكلفة بتوقيع العقوبة التأديبية قد تجنح إلى تشديدها دون أن تقصد الخروج عن هدف التأديب وهو تأمين حسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة. فالغلو لا يستوجب انحراف أو تعسف في استعمال السلطة كما ذهب أنصار الفريق الأول.

ويستند هذا الرأي، إلى أن القاضي الإداري قد أضاف إلى عناصر المشروعية بما له من دور إنشائي لقاعدة قانونية حديثة، تتضمن في مقتضاها شرط لشرعية الجزاء التأديبي وهو عدم استعمال القسوة المحرفة أو الشفقة المفرطة. فهذه إحدى الحالات التي مارست فيها

<sup>1</sup> قرار المحكمة الإدارية العليا 1963/01/05. مقتبس عن أحمد أحمد المواني، نفس المرجع، ص 14.

المحكمة الإدارية العليا سلطتها في بناء قواعد القانون الإداري اعتماداً على دورها الإنشائي، فاشتربت لشرعية الجزاء التأديبي أن لا يشوب تقديره غلو<sup>1</sup>.

### ج-الاتجاه الثالث:

في حيرى يرى أنصار هذا الاتجاه أن طالما نص القانون على عدد من الجزاءات وليس جزء واحد فالقصد منه اختيار الجزاء المناسب للمخالفة المرتكبة، فإلغاء القرار في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون في روحه ومعناه. ويجد هذا الرأي سنده في بعض قرارات المحكمة الإدارية العليا، والتي ورد في أحد قراراتها أن ما أقرته المحكمة التأديبية للمتهم هو من أقصى العقوبات. الأمر الذي يجعل المفارقة ظاهرة بين الجريمة والجزاء وبالتالي مخالفة هذا الجزاء لروح القانون<sup>2</sup>.

### د-الرأي الراجح ارتباط الغلو بمبدأ عام في القانون

يعتبر مجلس الدولة المصري أن عيب المحل هو مخالفة القوانين واللوائح، إلا أن المستقر عليه أن مخالفة محل القرار للقانون يشمل كل قاعدة قانونية مهما كان مصدرها سواء كان الدستور أو التشريع أو اللوائح أو المبادئ العامة للقانون. فإذا كانت النصوص القانونية تحدد

<sup>1</sup> محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996ص.150.

<sup>2</sup> أحمد أحمد المواني، المرجع السابق، ص.16.

نطاق السلطة التقديرية فإن المبادئ العامة للقانون تساهم في تحقيق المشروعية، ويساهم بها القاضي في رسم حدود السلطة التقديرية للإدارة<sup>1</sup>.

ويستند هذا الرأي في علاقة قضاء الغلو بعبء مخالفة القانون، لأن مبدأ التناسب من المبادئ العامة للقانون التي يجب على الإدارة الالتزام بها. ويقضي هذا المبدأ بعدم مشروعية القرار التأديبي إذا كان محل القرار أي الجزء الموقع لا يتناسب مع سببه أي المخالفة المرتكبة. ويكون إلغاء القرار الإداري في حالة عدم التناسب راجعاً إلى مخالفة أحد المبادئ العامة للقانون، أي أن القاضي الإداري يبقى في هذا الرأي قاضي مشروعية، كما يحقق هذا الرأي ميزة عدم اللجوء إلى القول بإسناد قضاء الغلو لعبء الانحراف بالسلطة وهو ما لا يتصور بالنسبة للمحاكم التأديبية.

كما أنه من مزايا هذا الرأي أنه لا يصادر حرية الإدارة في تقدير الجزاء التأديبي المناسب، لأنه في حالة إلغاء القرار لعدم التناسب يعاد للجهة التأديبية مرة أخرى لاختيار العقوبة المناسبة<sup>2</sup>.

وفي رأينا فإنه بعد الإطلاع على مختلف الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري المصري نلاحظ أنه كان يقضي بعدم الملاءمة الظاهرة، باعتبارها صورة من صور الغلو القائم بين الجزاء والمخالفة نتيجة لإساءة استعمال السلطة من طرف الهيئة التأديبية. كما أن عدم

<sup>1</sup> أحمد أحمد الموافي، نفس المرجع، ص. 19.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 223.

الملاءمة الظاهرة تعد قرينة لإثبات عيب الغاية وهو التعسف في استعمال السلطة. حيث أن القضاء المصري على خلاف القضاء الفرنسي الذي أضاف عيباً آخر من عيوب المشروعية وهو الخطأ البين. أما القضاء المصري فكان يُكيفية على أنه عيب في الغاية مرتبط بالتعسف في استعمال السلطة، وأحياناً يجمع بينه وبين عيب المحل. لأن مبدأ التناسب في المجال التأديبي يربط بين علاقة محلل وسببه أي مدى تناسب الجزاء مع الخطأ أو المخالفة المرتكبة من طرف الموظف.

#### رابعاً: تطبيقات نظرية خطأ البين في بعض الدول العربية

لقد تعددت تطبيقات نظرية الخطأ البين في مختلف الدول العربية، إلا أنها كانت تتفاوت من حيث مجال تطبيقه، والمدة التي بدأ فيها تطبيق هذه النظرية من طرف القاضي الإداري، كما أن بعض الدول أخذت بنظرية الغلو وفقاً للنهج الذي سار عليه القضاء الإداري المصري، حيث اقتصر تطبيقها في المجال التأديبي. وهو ما سوف نحاول توضيحه.

#### I- القضاء اللبناني:

لقد أخذ مجلس شورى الدولة اللبناني بنظرية الخطأ البين منذ سنة 1979 وذلك فيما يتعلق بملاءمة العقوبة التأديبية وتناسبها مع المخالفة المنسوبة للموظف في حال الخطأ الساطع. حيث أن مجلس شورى الدولة لا يحق له مراقبة الحق الاستثنائي للسلطة التأديبية، غير أن ذلك لا يمنع المجلس من مراقبة ملاءمة العقوبة في حالة الخطأ الساطع دون أن يجل محل

السلطة التأديبية لفرض العقوبة، بل إلغاءها فقط لوجود لعدم صحة الوقائع المادية مما أدى إلى تباين أو عدم تناسب شديد بين العقوبة والمخالفة<sup>1</sup>.

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن رقابة القاضي الإداري على ممارسة السلطة الاستثنائية من طرف الإدارة يكتفي بالتأكد من مادية الوقائع التي استندت إليها السلطة الإدارية في اتخاذ قرارها، أي التثبت من وجود هذه الوقائع فعلاً، دون أن تمتد رقابته إلى تقدير النتائج القانونية المترتبة على وجود هذه الوقائع واستخلاصها، باعتبار أن مثل هذا الأمر يعود للإدارة نفسها، ولا يتدخل فيه مجلس شورى الدولة ما لم يكن التقدير مشوباً بعدم التناسب والانسجام مع هذه الوقائع.

كما أخضع مجلس شورى الدولة اللبناني رقابة الخطأ الساطع عند ترقية الموظفين معتبراً أن السلطة الاستثنائية ليس مطبقة بشكل تعسفي بل تحكمها نصوص قانونية وتنظيمية، وتبقى خاضعة لرقابة القضاء عند استنادها لوقائع غير صحيحة، أو على خطأ قانوني، أو خطأ ساطع أو إذا كانت مشوبة بتجاوز السلطة. حيث تقدم أحد الموظفين بالطعن أمام مجلس شورى الدولة بعدم وضع اسمه ضمن الجدول الخاص بالترقية، وتتوفر فيه جميع الشروط القانونية كما أنه قد تجاوز ضعف المدة القانونية المسموح بها بالرغم من أنه لا يوجد أي سبب يمنعه من الترقية، وأن الإدارة المعنية لم تحدد سبب عدم إدراجه في جدول

<sup>1</sup> قرار مجلس شورى الدولة اللبناني 1979/10/15. مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص 140.

الحد الاستثنائي أو السلطة الاستثنائية يقصد بها السلطة التقديرية كما أن القضاء اللبناني استعمل مصطلح الخطأ الساطع فهو أشد الوضوح.

الترقية وأن جميع زملائه استفادوا من الترقية. وبذلك أقر القاضي بأن السلطة الاستئنائية تُمارس ضمن دائرة الشرعية وليس خروجاً عليها، الأمر الذي يؤدي إلى وجود خطأ ساطع في التقدير<sup>1</sup>.

يتضح لنا من خلال هذا القرار أن مجلس شورى الدولة اللبناني قد أخذ بنظرية الخطأ البين كما هو الشأن بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي إلا أننا نلاحظ من خلال المصطلح قد سماها بالخطأ الساطع نتيجة لعدم ملاءمة وتناسب الإجراء المتخذ مع المخالفة بشكل ظاهر يتسم بشدة الوضوح، مما يبين عدم استعمال السلطة التقديرية وفقاً للهدف المقرر لها قانوناً.

## II – القضاء الأردني

لقد ترددت محكمة العدل العليا كثيراً بخصوص رقابتها على تقدير الإدارة لجسامة الوقائع التي بررت تدخلها وإصدار القرار الإداري، ولقد تطور الاجتهاد القضائي من خلال رقابته للسلطة التقديرية للإدارة في مجال الوظيفة العمومية، خصوصاً المسائل التأديبية لأنه أخذ بنظرية الغلو<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار مجلس شورى الدولة اللبناني 2003/04/10. مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص 142.

<sup>2</sup> لقد مر القضاء الأردني بمرحلتين مختلفتين حيث تميزت تمثلت المرحلة الأولى برفض المحكمة العدل العليا رقابة تقدير السلطة التأديبية لجسامة الوقائع المنسوبة للموظف ومدى التناسب بين جسامة المخالفة ونوع ومقدار العقوبة المفروضة، واعتبرت الصلاحية التقديرية التي تمارسها الإدارة بلا معقب عليها من القضاء الإداري حيث قضت في أحد أحكامها: "إن تقدير مقدار العقوبة الواجب فرضها على الموظف متروك أمره للمجلس التأديبي دون رقابة عليه من المحكمة". أما في المرحلة الثانية فقد بدأ يتطور قضاء محكمة العدل العليا من أجل تحقيق حماية أكثر للموظفين من تعسف السلطة التأديبية ومغالاتها في تقدير جسامة الأفعال المنسوبة إليهم. لهذا عدلت عن اجتهادها السابق وبدأت تمارس رقابة قضائية على هذه الصلاحية التقديرية عند وجود غلو في استعمالها. عن علي خطار شنتاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، ص 926.

تري محكمة العدل العليا أن رقابة التناسب بين جسامة الأفعال المنسوبة للموظف ومقدار العقوبة التأديبية تخضع لرقابة المشروعية حيث أقرت المحكمة بما يلي: "حيث أن السلطة المختصة بتقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء، إلا أن مشروعية هذه السلطة التقديرية هو عدم وجود غلو في إيقاع العقوبة، إذ يجب أن تكون هناك ملاءمة بين خطورة الذنب الإداري وبين نوع الجزاء ومقداره. وحيث أن للمحكمة الحق في أن تراقب مقدار العقوبة وما إذا كانت هذه العقوبة تتلاءم والذنب الذي اقترفه الموظف"<sup>1</sup>

من خلال هذا الحكم نلاحظ أن القضاء الأردني يؤكد على أن ممارسة السلطة التقديرية يجب أن تكون في إطار المشروعية، بمعنى أن تُمارس هذه السلطة التقديرية وفقا للغرض أو الهدف الذي منحه القانون لاستعمال هذه السلطة. وتظهر مشروعيتها عند عدم وجود غلو بين الذنب الإداري والجزاء المقرر له سواء من حيث النوع أو المقدار، فالقاضي يراقب هذا التناسب بين عنصري المحل والسبب في القرار التأديبي.

### III- القضاء المغربي

لقد مارست الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى رقابة الملائمة إلى جانب رقابة المشروعية، وأعلنت عن ذلك صراحة في قرارها التاريخي الصادر بتاريخ 13 فبراير 1997 تحت عدد

<sup>1</sup> قرار محكمة العدل العليا 1980/01/27. كما قضت في قرار آخر 1981/03/15 يتضمن ما يلي: "في ضوء هذه الوقائع نجد أنه من المبادئ التي انعقد عليها إجماع الفقه والقضاء الإداريين أن الإدارة عندما تتخذ إجراء بمقتضى القانون يتعين عليها أن لا تتجاوز روح القانون والهدف الذي ابتغاه المشرع من منحها الصلاحية لاتخاذ الإجراء وإلا كان إجراؤها مشوبا بالغلو وخارجا من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية. مقتبس عن علي خطار الشطناوي، المرجع السابق، ص.926.

136 في الملف الإداري عدد 96/289 حيث جاء في دياحة القرار : " القضاء الإداري يتوفر على صلاحية مراقبة مدى ملائمة العقوبة المتخذة في حق الموظف مع حجم المخالفة المرتكبة من طرفه". وبذلك لم تعد الغرفة الإدارية تكتفي بالرقابة على المشروعية فحسب، ولكن أخذت تبسط رقابتها أيضا على الملائمة إلى جانب الرقابة على المشروعية في ذات القرار نفسه<sup>1</sup>.

لقد ذهب القضاء المغربي بنفس اتجاه القضاء المصري باعتماده على نظرية الغلو في مجال التأديب وذلك منذ إنشاء المحاكم الإدارية، حيث بدأت هذه الأخيرة في اعتماد مجموعة من المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري في دول أخرى، ومنها العمل تدريجيا برقابة السلطة التقديرية للإدارة، ولقد صدر أول حكم للمحكمة الإدارية بالرباط يتضمن رقابة القاضي الإداري للسلطة التقديرية للإدارة في حالة وجود غلو في التقدير ونصه كالتالي: "إن للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ العقوبة المناسبة في حق الموظف حسب خطورة الأفعال المنسوبة إليه ومدى تأثيرها داخل المرفق العام. وأن هذه السلطة التقديرية لا رقابة للقضاء عليها ما لم يشبها غلو في التقدير"<sup>2</sup>.

يتبين لنا من خلال هذا الحكم أن القضاء الإداري المغربي قد أخذ بفكرة الغلو في مجال التأديب وذلك وفقا للنهج الذي سار عليه القضاء الإداري المصري، حيث أن هذا الحكم قد

<sup>1</sup> الحسن سيمو، القضاء الإداري المغربي ورقابة المشروعية والملاءمة، مجلة المحاكم المغربية، الدار البيضاء، 2000، العدد 82، ص.47.

<sup>2</sup> قرار المحكمة الإدارية 1995/03/23. مقتبس عن يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.274.

أقر برقابة القاضي للسلطة التقديرية للإدارة إلا في حالة وجود عيب واحد وهو الغلو في التقدير أي عدم التناسب المفرط بين العقوبة والفعل المنسوب للموظف، إلا أن القاضي المغربي لم يتوقف عند هذا الحد بل أكد على شرطين أساسيين مرتبطين بسلطة تقدير الأفعال المنسوبة للموظف، وذلك من حيث مدى خطورتها أي تحديد حجم جسامه الأفعال من ناحية؛ والنتائج والآثار التي ترتبها هذه الأفعال على حسن سير المرفق العام من جهة أخرى.

كما قضت المحكمة الإدارية بالرباط في حكم آخر لها بالعمل بنظرية الغلو، حيث تتلخص وقائع القضية بقيام المدعية التي تشتغل بوكالة المغرب العربي للأنباء بلندن وأنها تعرضت لمضايقات من طرف رئيس مكتب الوكالة، فقامت بإرسال تظلم إلى المدير العام للوكالة بالرباط، لكنها فوجئت بقرار يقضي بنقلها من لندن إلى الرباط، مع العلم أن للمدعية زوجا يشتغل بنفس المدينة أي لندن وكذلك لها بنت تتابع الدراسة بنفس المدينة، وقد كاتب المدعية المدير العام للوكالة بهدف إنصافها لكن دون جدوى.

قضت المحكمة الإدارية<sup>1</sup> بإلغاء قرار النقل، ومن المستقر عليه في القضاء الإداري ممارسة رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، سواء في جانب المشروعية أو جانب عدم الملائمة بتطبيق نظرية الغلو في التقدير، لأن الملائمة أضحت عنصرا أساسيا من عناصر المشروعية<sup>1</sup>.

يتضح لنا من خلال هذا الحكم أن القاضي الإداري المغربي اعتبر أن قرار نقل الموظفة لا يستجيب لمقتضيات حسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، لأن المدعية قد رفعت

<http://www.marocdroit.com>

<sup>1</sup> قرار المحكمة الإدارية بالرباط 2012/08/30 عن موقع:

تظلمنا قبل اتخاذ قرار النقل، فهذا القرار الأخير لا يتلاءم مع وضع الموظفة سواء من حيث الظروف المحيطة أو مع سير المرفق العام. ولذلك ينبغي على السلطة الإدارية ممارسة صلاحيتها التقديرية في إطار المشروعية، لأن الغاية أو الغرض منها هو نفس الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه الإدارة في حالة ممارسة سلطتها المقيدة، لهذا أقر القاضي أن الملاءمة تعد عنصراً من عناصر المشروعية.

إن نظرية الخطأ البين لم تقتصر على مجال الوظيفة العمومية بل اشتمل تطبيقها على العديد من المجالات ومن أهمها مجال الضبط الإداري.

## الفرع الثاني

### مجال الضبط الإداري

تعتبر الحريات العامة من أهم الميادين التي تمارس فيه الإدارة سلطته التقديرية المتعلقة بحفظ النظام العام، ولقد عمل القضاء الفرنسي بنظرية الخطأ البين في مجال الضبط الإداري بشكل متدرج ومتطور من خلال القرارات القضائية الصادرة عنه حيث كان يتمتع عن رقابة هذا المجال في السابق وبعدها أصبح يراقب فقط الوقائع المادية ثم التكييف القانوني للوقائع ولكنه استثنى المسائل المتعلقة بالأجانب مستنداً في ذلك إلى اتساع سلطة الإدارة في تقدير المسائل المتعلقة بتمديد النظام العام.

أما القضاء المصري فلم يعمل بهذه النظرية لكونه اعتمد على مبدأ آخر يسمى بمبدأ ضرورة الإجراء الضبطي، فالقاضي يراقب مدى ضرورة وحتمية الإجراء الذي قامت به السلطة الإدارية لحفظ النظام العام. وفيما يتعلق بالقضاء الجزائي فلا زال يمارس رقابته التقليدية على قرارات الإدارة إلا في حالات جد ضيقة واستثنائية يتم تطبيق هذه النظرية.

### أولاً- القضاء الفرنسي

سبقت الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي أعطى لجهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة بشأن بعض قرارات الضبط الإداري، حيث أخرج هذه القرارات من رقابته على التكييف القانوني للوقائع، واكتفى بالنسبة لها برقابة الوجود المادي للوقائع، والخطأ في القانون، وانحراف السلطة، وكذلك رقابة ملائمة في بعض الحالات.

ويأتي في مقدمة قرارات الضبط التي امتنع مجلس الدولة الفرنسي عن رقابة تكييفها القانوني قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، من ذلك قرارات منع الأجانب من الدخول الأراضي الفرنسية. وتقييد إقامتهم بها. وطردهم من الأراضي الفرنسية لتهديدهم للنظام العام. وحل الجمعيات المؤسسة في فرنسا من قبل أجانب. ومنع عرض وبيع المحررات والصحف ذات المصدر الأجنبي في فرنسا<sup>1</sup>.

و يعتبر قيام مجلس الدولة الفرنسي بإدخال الخطأ البين في التقدير في الرقابة على شرعية إجراءات البوليس المتخذة ضد الأجانب تطبيقاً آخر لزيادة الرقابة الأدنى التي تمارس على

<sup>1</sup> خالد السيد، المرجع السابق، ص. 872.

شرعية القرارات الإدارية في نطاق الضبط الإداري (2). و هذا التطبيق لم يرفضه المشرع و لكن دفع إليه تطور رقابة مجلس الدولة في مجال إجراءات البوليس المتخذة ضد الأجانب مثل المنع من دخول فرنسا و تحديد الإقامة و منع الإقامة في أماكن معينة والإبعاد.

و على ذلك يمكن القول بعبارة أخرى أن مجلس الدولة منح للإدارة سلطة تقديرية في إبعاد الأجانب، و في البداية كان المجلس لا يتعرض لتقديرها في هذا الشأن، إلا أنه تطور في رقبته بحيث أصبح يراقب خطأ الإدارة الظاهر في التقدير، و يقضي بإلغاء قرار الإبعاد إذا تبين أن الإدارة ارتكبت خطأ ظاهراً في تقديرها.

و لأهمية هذا القرار سوف نعرض له بشيء من التفصيل. حيث تخلص وقائع القضية في أن السيد Pardov أقام دعواه أمام المحكمة الإدارية لباريس طالبا إلغاء قرار وزير الداخلية الصادر بإبعاده وطرده على أساس أنه لا يمارس نشاطا مهنيا في فرنسا، وليس له أي عمل أو غرض من وجوده، كما صدر في حقه حكم جنائي بإدانته في جريمة نصب. وقضت المحكمة الإدارية بإلغاء قرار وزير الداخلية. واستندت المحكمة الإدارية إلى أن قرار وزير الداخلية صدر مشوباً بخطأ بين في التقدير بين الطرد والحكم الجزائي. فطعن وزير الداخلية في القرار أمام مجلس الدولة الذي رفض الطعن مؤكداً أنه لا يتضح من الأوراق أن وجود المدعي يمثل

تهديدا للنظام العام. ومن ثم فإن قرار وزير الداخلية بإبعاده يكون قد قام على خطأ بين في التقدير<sup>1</sup>.

عندما يفحص القاضي وجود خطأ ظاهر في التقدير، فإنه يأخذ في اعتباره كافة العناصر المؤثرة في موقف الأجنبي، مثل وجود روابط شخصية مع الدولة الفرنسية، أو تواجد في فرنسا الظروف العائلية الخاصة، أو مرض أحد أفراد عائلته أو حاجته إليه، وأيضا تواجد الدراسة الخاصة، و بالمثل إتقان الأجنبي لأحد المهن أو المجالات الإنتاجية<sup>2</sup>.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على منح جهة الإدارة سلطة تقديرية واسعة في منح الأجانب تأشيرات الدخول ما لم تكن القوانين أو الاتفاقيات الدولية تقرر لهم حق معين، وإذا كان المجلس يعترف للإدارة بالسلطة التقديرية، ويقرر حقها في رفض دخول الأجنبي، في حالة إذا ما تبين لها أن دخوله سوف يشكل تهديدا للنظام العام في البلاد، فإنه بالمقابل يمارس الرقابة عليها، و يقضي بالإلغاء في كل مرة ترتكب فيها خطأ ظاهر في التقدير.

<sup>1</sup>« Pour décider l'expulsion d'un ressortissant étranger, le ministre de l'intérieur s'était fondé sur ce que l'intéressé était entré et séjournait en France dans des conditions irrégulières et sur ce qu' 'il ne se livrait à aucune activité et était dépourvu de ressources normales. en estimant que ces faits, d'ailleurs partiellement démentis par les pièces du dossier, permettaient de considérer que la présence de l'étranger sur le territoire français constituait une menace pour l'ordre public au sens de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le ministre a commis une erreur manifeste d'appréciation. » Cf .C.E 03/02/1975.www.légifrance.gouv.fr n94108.

<sup>2</sup> خالد السيد، المرجع السابق، ص.874.

## ثانيا- القضاء الجزائري.

تتعدد المسائل المتعلقة بالضبط الإداري لكونها مرتبطة بالنظام العام فنجد أن المشرع قد منح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال ومن بين هذه المسائل سلطة الإدارة في منح التراخيص ومها رخصة البناء. حيث قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بقرار صادر بتاريخ 11 جويلية 1981 بإلغاء قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس لأنه مشوب بخطأ واضح<sup>1</sup>.

وتتلخص وقائع القضية في أن المدعي تحصل على رخصة مسبقة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بتاريخ 28 أكتوبر 1978 ثم تحصل على قرار صادر من نفس السلطة الإدارية يتضمن رخصة البناء في 16 يناير 1979. وبعدها قام رئيس الدائرة بإصدار قرار بتاريخ 29 ماي 1979 يتضمن إرجاء تنفيذ الأشغال والتي من شأنها المساس بالنظام العام.

وبعدها قام المدعي برفع طعن أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى يطلب فيه إلغاء قرار رئيس الدائرة بسبب تجاوز السلطة بموجب عريضة مؤرخة في 29 نوفمبر 1979. وقضى المجلس الأعلى

بناء على حيثيات القرار فإن منح رخصة البناء كان يستوجب التحفظ بشأنها وكان يتعين على الإدارة أن تقوم بتحقيق مسبق قبل تسليم الرخصة. كما أنه يجب تحديد الأبعاد

<sup>1</sup> سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 1، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص80.

الخاصة المتعلقة بالصحة العامة والأمن العام التي يشكلها إنجاز هذه الأشغال. فكان من الملائم رفض تسليم الرخصة أو تسليمها مع وجوب احترام الشروط التي تحددها الإدارة، وعليه فأن قرار رئيس دائرة بئر مراد رايس مشوب بخطأ واضح وهو ما يستوجب الإبطال.

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن القاضي قد استعمل مصطلح " الواضح " باعتباره سببا من أسباب دعوى تجاوز السلطة لإلغاء قرار رئيس الدائرة، ويتبين ذلك من خلال عدم صحة الوقائع المادية مع تكييفها القانوني حيث أن القرار لم يحدد طبيعة المساس بالنظام العام من خلال إنجاز الأشغال المتعلقة بمسكن المدعي. ويبدو لنا من خلال حيثيات قرار القاضي أن تسليم رخصة البناء كان من طرف السلطة المختصة والمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي فهو يمارس سلطة الضبط داخل البلدية وقام بتسليم الرخصة للمدعي دون فرض أي شروط متعلقة بمراعاة النظام العام، أو أن هذه الأشغال تشكل تهديد أو مساسا بالنظام العام.

كما أن القاضي في قراره يبين عدم ملائمة فكرة النظام العام التي استند إليها رئيس الدائرة مع طبيعة الأشغال المراد إنجازها من طرف المدعي، بالإضافة إلى ذلك لم يحدد أبعاد فكرة النظام العام المتعلقة بموضوع الرخصة، مثلا أن هذه الأشغال تؤدي إلى نزاع أو أن هذه الأشغال تشكل تهديدا بسلامة الأشخاص المارين ولكن كل هذه الاحتمالات يكون إجراءاتها

أثناء التحقيق أي قبل تسليم الرخصة لأنه لا يحق للإدارة إعادة النظر في الرخصة الممنوحة ولو كنت ضمنية<sup>1</sup>.

إن مسألة النظام العام يجب أن تكون واضحة المعالم والأسباب في مضمون القرار الإداري حتى لا تستغل السلطة الإدارية هذه الفكرة دون تدخل القاضي، إلا أنه في بعض المسائل المتعلقة بمنع دخول أجنبي لأسباب أمنية يقتضيها النظام العام فقد قضى مجلس الدولة باحترام سلطة الإدارة في هذا الأمر ولا يمكنه أن يتدخل في مناقشة تقدير سلطة الإدارة.

<sup>1</sup> قرار الغرفة الإدارية المجلس الأعلى 18 /04/ 1987 حيث تتلخص وقائع هذه القضية في استفادة المدعي من رخصة إدارية لاستغلال محل فارغ واستعماله كمستودع لسيارته وتركيب باب حديدية موجب مقرر صادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية موزاية بتاريخ 1985/12/12 إلا أنه قام شخص آخر برفع دعوى يتضرر من الأشغال التي يقوم بها الحائز على الرخصة، الأمر الذي دفع برئيس المجلس الشعبي البلدي بإصدار مقرر بتاريخ 1986/03/18 المتضمن تأجيل تنفيذ المقرر الأول المتعلق برخصة البناء لغاية قيام مصالح التعمير بفحص الملف من جديد. إلا أن المجلس قضى بعدم جواز إعادة النظر في الرخصة عن طريق اتخاذ قرار وقف التنفيذ وإلغاء المقرر لأنه مشوب بعيب تجاوز السلطة.

وهو ما قضى به المجلس الأعلى لما قام المدعي برفع دعواه المتضمنة السماح له بدخول التراب الوطني نتيجة صدور أمر من طرف مصالح الشرطة الجزائرية للحدود لأن وجوده بالتراب الوطني يمس بالنظام العام اعتمادا على الموقف الذي اتخذته حزب التحرير الوطني. وقضى المجلس بعدم مناقشة الإدارة في مجال تقديرها في المسائل الأمنية<sup>1</sup>.

بالنسبة لتطبيقات نظرية الخطأ البين في القضاء الجزائري لم تستقر بشكل واسع في مختلف المجالات لأن هذه التطبيقات مازالت قاصرة على مجارة التطورات العصرية، وما صاحبها من اتساع في مجال السلطة التقديرية للإدارة وتنوع طرق ممارستها لهذا النشاط، فهذه التطورات جعلت وسائل الرقابة القضائية التقليدية عاجزة بلا ريب عن مواجهة هذه

-وفي قرار الغرفة الإدارية المجلس الأعلى 1982/11/27 المتضمن إلغاء القرار الملغي لرخصة البناء بسبب تجاوز السلطة ولا يمكن التذرع بترع الملكية لأنه رتب حقوقا فردية. حيث تلخص وقائع القضية في تحصل المدعي على قرار يتضمن رخصة البناء بتاريخ 1978/02/14. وبتاريخ 1981/05/19 أصدر رئيس المجلس الشعبي البلدي قرار يتضمن وقف انجاز الأشغال وأن هذه الأرض هي محل نزع الملكية للمنفعة العامة في وقت لاحق. إلا أن حيثيات المجلس الأعلى أكدت على تطبيق المبدأ العام للقانون في استحالة سحب قرار صحيح ينشئ حقوقا فردية وأن القرار المتضمن رخصة البناء يكتسي الصيغة التنفيذية وينتج للمستفيد حقوقا وعليه قضى المجلس بإلغاء قرار رئيس المجلس الشعبي البلدي المتضمن إبطال رخصة البناء وهو مشوب بعيب بتجاوز السلطة.

<sup>1</sup>قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى 1986/10/11 مقتبس عن سايس جمال، المرجع السابق، ص قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/12/29 المتضمن إلغاء قرار الإدارة المتضمن رفض تسليم المعني جواز السفر بسبب الخطأ في تطبيق القانون إلا أنه يجوز للإدارة رفض أو تمديد أجل جواز السفر لأحد الرعايا الجزائريين إذا ما رأت بأن تنقله إلى الخارج من شأنه أن يمس بالأمن العام وأن التقدير الذي تقوم به الإدارة غير قابل للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة. ولكن في قضية الحال قام رئيس دائرة بوفاريك قام بتسبيب وتوضيح مضمون القرار المتعلق بعدم تسليم جواز السفر بتطبيق المادة 11 من الأمر رقم 77-01 المؤرخ في 1977/01/23. بمنع استلام جواز السفر إذا كان الشخص محكوم عليه بجناية منذ 5 سنوات من صدور الحكم أو جنحة منذ 6 أشهر من صدور الحكم، إلا أن المدعي قد حُكم عليه سابقا بعقوبة شهر حبس مع وقف التنفيذ وغرامة قدرها 700د.ج. وعليه قضى المجلس بإلغاء قرار رئيس الدائرة لوجود خطأ في تطبيق القانون.

التطورات وغير قادرة عن استيعابها، وفرضت على القاضي التزاما ضروريا وحتميا بتطوير رقابته لمواجهة هذه التطورات دون عجز أو تخلف<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### نظرية الموازنة

لقد جاءت نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار نتيجة لما لاحظته مجلس الدولة الفرنسي من تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في مجال الأموال والعقارات، لاسيما فيما يتعلق بفكرة المنفعة العامة وتحديدتها؛ لأن هذه الأخيرة فكرة مرنة تتسم بعدم الوضوح والتحديد الأمر الذي أدى بالإدارة إلى سوء استخدامها والعمل على استغلال هذه الفكرة لتغطية المصالح الشخصية.

ولذلك كان لزاما على القاضي الإداري التدخل لوضع تعريف قضائي، يزيل به غموض المنفعة العامة وتحديدتها بغرض تحقيق قدر من الحماية للأفراد في مواجهة الإدارة عند تعسفها في استعمال سلطتها التقديرية.

وللتفصيل أكثر نتطرق إلى مفهوم نظرية الموازنة (المطلب الأول)، تطبيقات القضاءية

(المطلب الثاني).

<sup>1</sup> فريدة أبركان، المرجع السابق، ص42.

## المطلب الأول

## مفهوم نظرية الموازنة

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في تقدير المنفعة العمومية التي يحققها مشروع عملية نزع الملكية الخاصة، ولقد كان القاضي الإداري يتمتع عن رقابة هذه المسألة في السابق، إلا أن الاجتهاد القضائي في فرنسا قد تطور تدريجياً في مختلف المسائل المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة، وذلك للحد من التعسف في استعمال سلطتها بعد عجز الرقابة التقليدية عن ذلك، حيث أخذ مجلس الدولة الفرنسي في رقابته على سلطة الإدارة في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، ما يسمى بنظرية الموازنة بين التكاليف والمزايا كأسلوب جديد في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية.

ولتوضيح أكثر لمضمون نظرية الموازنة، سنتطرق إلى نشأة هذه النظرية (الفرع الأول)، رأي الفقه في هذه النظرية (الفرع الثاني)، علاقة نظرية الموازنة بنظرية الخطأ البين (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

## نشأة وتطور نظرية الموازنة

إن نشأة نظرية الموازنة لم تأتي من فراغ، بل كانت لها أسبابها وتداعياتها المتعلقة بتوسع الإدارة في التعسف من استعمال سلطتها التقديرية لتقرير المنفعة العامة من خلال التعدي

على حق دستوري وقانوني وهو حق الملكية. ولهذا تدخل القاضي بعدما كان يمتنع عن رقابة السلطة التقديرية للإدارة في هذا المجال بحكم أن مسألة تقدير المنفعة العامة ليست من صلاحياته، كونه يمثل سلطة مستقلة تفصل في النزاعات ولا يتدخل في تقدير قرارات الإدارة بشكل عام، والمسائل المتعلقة بالمنفعة العامة بشكل خاص.

فكانت رقبته تتوقف بمجرد وجود فكرة المنفعة العامة، دون قيامه بالبحث عن واقعية هذه المنفعة العامة وضرورتها، والظروف المحيطة بعملية نزع الملكية، ومدى تحقيق المزايا والمنافع من خلال هذه العملية مقابل الأضرار التي تنجم عنها<sup>1</sup>.

لقد كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض الرقابة على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة تاركاً أمر تقدير المنفعة العامة للسلطة التقديرية التامة للإدارة، فكان دور القاضي الإداري يقتصر على التأكد هل الأعمال المراد إنجازها تهدف بحد ذاتها إلى تحقيق منفعة عامة، رافضاً البحث في مضمون المشروع وخصوصاً اختيار الأجزاء المراد نزع ملكيتها من الأراضي. فمثلاً بمناسبة نزع ملكية من أجل فتح طريق خارجي، فإن دور القاضي يتمثل في التحقق من أن إنشاء الطريق يشكل في حد ذاته منفعة عامة رافضاً البحث في مسار الطريق المقرر من الإدارة، بمعنى أن القاضي الإداري يحدد مشروعية إعلان المنفعة العامة بصورة

<sup>1</sup> أحمد أحمد المواني، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص.32. غيتاوي عيد القادر، المرجع السابق، ص.134. مايا محمد، المرجع السابق، ص.115. خالد السيد، المرجع السابق، ص.884.

مجردة، دون البحث في الظروف المحيطة بهذا العمل والتأكد من خلال معايير تحدد صحة المنفعة العامة<sup>1</sup>.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القضية المعروفة والشهيرة ville nouvelle-Est، حيث قرر أن تقدير المنفعة العامة يقوم على أساس التوازن ما بين الفوائد والأضرار التي تنتج عن الأعمال التي تتولّى الإدارة إنجازها. وقد جاء في حكمه " بأن أية أعمال لا يمكن أن يعلن عنها للمنفعة العامة بصورة مشروعة، إلاّ إذا كانت الأضرار على الملكية الفردية والثمن المالي والأضرار المحتملة على النظام الاجتماعي، غير مفرطة مراعاة للمنفعة التي تحقّقها؛ ويعني ذلك بأن القاضي الإداري حسب هذا المبدأ يضع موازنة ما بين فوائد المشروع وأضراره، فإذا كانت النتيجة إيجابية، بمعنى أن فوائده أكثر من أضراره، فإن قرار إعلان المنفعة العامة يكون مشروعاً؛ وإذا كانت النتيجة عكسية، بمعنى أن أضراره أكثر من فوائده كان قرار إعلان المنفعة غير مشروع. وفي هذا القرار أكدّ مجلس الدولة على مشروعية قرار إعلان المنفعة العامة لمشروع إنشاء مدينة جديدة في شرق مدينة ليل؛ لأن فوائد هذا المشروع كانت أكثر من أضراره<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 1، دمشق، 2009، ص 181.

<sup>2</sup> « Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le cout financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs, eu égard a l'intérêt qu'elle présente. En l'espèce, dans l'est circonstances de l'affaire, et compte tenu de l'importance du projet. La circonstance que l'exécution de celui-ci implique disparaissent une centaine de maisons d'habitations n'est pas de nature à retirer a l'opération son caractère d'utilité publique. » Cf. C.E 28 mai 1971 N° 78825 www.légifrance.gouv.fr

## الفرع الثاني

## المدلول الفقهي لنظرية الموازنة

يرى الفقيه الفرنسي George BRAIBANT أن العلاقة بين رقابة التناسب ونظرية الموازنة سببها ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، خصوصاً أن هذه الرقابة قد امتدت خلال السنوات الأخيرة في بعض المسائل التي تتطلب تطوير وتغيير من أساليب الرقابة ومن بينها وسيلة الموازنة بين المنافع والأضرار<sup>1</sup>.

أما الفقيه الفرنسي André de Laubadèr أن الرقابة القضائية المتعلقة بنظرية الموازنة مرتبطة بمحل أو موضوع القرار، كما أنه أقر بأن القاضي الإداري يمارس رقابة التناسب ولم يذكر رقابة الملاءمة واعتبر أن غيابها أو عدم كفايتها يترتب عنه ممارسة رقابة التناسب المتعلقة بمحل القرار عكس رقابة الملاءمة القائمة على أسباب القرار الإداري سواء من حيث الوقائع المادية أو التكييف القانوني.

كما أنه يرى أن نشأة نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار متعلقة بمسألة نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في أول قرار له متعلق بإنشاء المدينة الجديدة الشرقية؛ فالقاضي يقوم بتقدير المنفعة العامة من خلال العملية المتوقعة القيام بها. حيث أقر بأن نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة تخضع لرقابة القاضي من خلال قيامه

<sup>1</sup> مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص. 117.

<sup>1</sup> « Ce contrôle de la proportionnalité a été au cours de ces dernières étendu, en certaines matières, à l'exercice de compétences discrétionnaires par une jurisprudence à laquelle on donne généralement le nom de contrôle du bilan-coût-avantages.

بتقدير الأضرار التي تلحق بالملكية الخاصة والتكلفة المالية مع مراعاة النظام الاجتماعي من خلال المساوئ الناجمة عن هذه العملية<sup>1</sup>.

أما الفقيه الفرنسي R.Chapus فيرى أن رقابة التناسب تكون على القرارات التي تمارس فيها الإدارة سلطتها التقديرية، وأحيانا تكون هذه الرقابة كاملة عندما يتم التعمق أكثر من الرقابة العادية، وذلك في المسائل المتعلقة بتكييف الوقائع المادية؛ حيث يتم تطبيق نظرية الموازنة في تقرير المنفعة العامة.

إن العمل بهذه النظرية من طرف القاضي الإداري يستوجب طرح ثلاث أسئلة هامة

وهي:

- هل عملية نزع الملكية الخاصة تحقق منفعة عامة بشكل ملموس؟
- هل عملية نزع الملكية الخاصة تعد ضرورية لتحقيق المنفعة العامة؟
- هل عملية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة لا يترتب عنها تكلفة مالية وضرر

اجتماعي؟

Ce contrôle a pour objet, en permettant au juge d'exercer un contrôle de la proportionnalité, de pallier l'absence de contrôle de l'adéquation de la proportionnalité, de la décision aux motifs. Il a pris naissance en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. En cette matière, il permet au juge d'apprécier si dans l'opération projetée « les atteintes à la propriété privée, le cout financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social que comporte l'opération, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente. » Cf. Andrée de LAUBADERE, op.cit, p135.

إذا كانت الإجابة على هذه الأسئلة بنعم فإن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة لها إيجابيات وتحقق النتيجة المرجوة منها، أما إذا كانت الإجابة لا فإن هذه العملية تترتب عليها سلبيات إذن هذه النظرية تقوم على الموازنة بين المنافع والأضرار<sup>1</sup>.

في حين يرى الفقيه M-C.ROUAULT

Le développement du contrôle du bilan cout-avantages a resserré les liens entre les circonstances de fait et la légalité et permis d'approfondir le contrôle juridictionnel. Il ne s'est par pour autant transformé, d'un point de vue strictement juridique, en contrôle de l'opportunité. La décision est annulée parce que son bilan est négatif, pas parce que celui d'une autre décision serait meilleur<sup>2</sup>.

يتبين لنا من خلال هذا الرأي أن الفقيه الفرنسي ROUAULT يرى أن رقابة التناسب قد تطورت تدريجياً إلى أن تم تفعيل بما يسمى رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار، وأنها تقوم على الجمع بين مختلف الظروف المحيطة بالواقعة والمشروعية وكذلك تشديد الرقابة القضائية، أي التعمق فيها أكثر من الرقابة العادية من خلال تدخله في سلطة الإدارة عند اختيارها لهذا القرار، فالقاضي الإداري عندما يلغي القرار على أساس هذه النظرية فذلك لا

<sup>1</sup> Cf. René CHAPUS, op.cit, p.948-949

<sup>2</sup> Marie-Christine ROUAULT, op.cit, p151.

يعني أنه يتدخل في السلطة التقديرية للإدارة بل يركز على الموازنة والمقارنة بين الأضرار أو السلبات التي يربتها هذا القرار من ناحية ومن ناحية أخرى المنافع والمكاسب عند إلغاءه.

أما الفقيه WALINE يعتبر أن نظرية الموازنة جاءت نتيجة للحد من مظاهر السلطة التقديرية للإدارة في مجال نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، وفقا لما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير المتعلق بالمدينة الجديدة الشرقية، حيث تتضمن هذه النظرية في مدلولها التأكد من واقعية المنفعة العمومية والعمل على ترشيد الاختيارات التقديرية للسلطة الإدارية. فالقاضي الإداري يعمل على الدفاع عن المقتضيات الحديثة والمتمثلة في التكلفة المالية والاجتماعية والأضرار التي تلحق بالملكية الخاصة<sup>1</sup>.

يرى الفقيه الفرنسي G.VEDEL أن توسع مجالات ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية خصوصا المسائل المتعلقة بنزع الملكية الخاصة، الأمر الذي فرض على القاضي البحث عن معيار يهدف لحماية حق الملكية ورقابة الإدارة عند تقريرها للمنفعة العامة باعتباره شرطا أساسيا إلا أن المشرع لم يحدده تحديدا كافيا، ولذلك تدخل القاضي الإداري بوضع معيار يهدف إلى أن تكاليف المشروع وأعبائه لا تزيد عن مزاياه وفوائده بشكل مفرط<sup>2</sup>.

كما يرى العديد من الفقهاء الفرنسيين أن نظرية الموازنة قد استعملها القاضي الإداري للحد من السلطة التقديرية للإدارة في تقدير المنفعة العامة، كما تعد تقنية أو وسيلة في استعمال ما يسمى برقابة التناسب على القرار الإداري. فالغرض من هذه النظرية لا يتعلق

<sup>1</sup> Cf. Marcel WALINE, op.cit, p250.

<sup>2</sup> Cf. George VEDEL, droit administratif, P.U.F, Paris, 1968 , p323.

بمواجهة التكاليف الاقتصادية فقط بل الأعباء الاجتماعية والضرر الذي يصيب صاحب الملكية وغيرها من الأمور التي لها صلة بالمنفعة العامة<sup>1</sup>.

يرى الأستاذ رمضان بطيخ أن نظرية الموازنة هي تطبيق لمبدأ التناسب، فالقاضي الإداري لم يعد يراقب فكرة المنفعة العامة في ذاتها كفكرة مجردة أو مطلقة، وإنما أصبح يراقب هذه الفكرة في ضوء الظروف والمعطيات التي جعلت من الإدارة تقرر بوجود منفعة عامة، حيث يقتضي موازنة بين التكاليف والمساوي الاجتماعية في كفة مع ما يحققه المشروع من مزايا في كفة أخرى فإن رجحت الكفة الأولى فيقوم بإلغاء هذا القرار، وفي حالة العكس يترتب تنفيذ القرار المتضمن نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة<sup>2</sup>.

ويرى الأستاذ سامي جمال الدين أن الموازنة بين المنافع والأضرار هي مبدأ من المبادئ العامة للقانون يختلف عن مبدأ التناسب، لأن المبدأ الأول يراعي فيه القاضي أضرار القرار في كفة ومنافعه في الكفة الأخرى من أجل الحكم بإلغائه أو صحته، فهذه الأمور تتعلق بمحل

<sup>1</sup> « Le contrôle du bilan cout-avantages ainsi une technique particulière qui situe à mi-chemin entre le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle de proportionnalité intégral. Sont ainsi examinés non seulement le cout financier de l'opération, mais également son cout social au sens large, ainsi qua l'atteinte qu'elle porte a la propriété privée au à d'autres intérêts publics éventuels. » Cf. Xavier PHILIPPE, droit administratif général, L.U.A, PARIS, 2é, 1999, p286.

Cf. Gille LEBERTON, droit administratif général, 4é, Dalloz, PARIS, 2007,p397.

<sup>2</sup> رمضان بطيخ، المرجع السابق، ص.309.

القرار؛ إلا أن المبدأ الثاني يرتبط بالعلاقة بين محل وسبب القرار أي التوافق بين الأثر والدافع لإصدار القرار الإداري<sup>1</sup>.

في حين يعتبر الأستاذ خالد السيد أن الموازنة تعتبر وسيلة يعتمد عليها القاضي لإلغاء القرار أو الحكم بصحته، وذلك بناء على المزايا أو الفوائد التي تترتب على القرار من جهة؛ وكذلك الأضرار والسلبيات من جهة أخرى، الشيء الذي يصعب معه إيجاد تعريف لمبدأ الموازنة، و مع ذلك ظهرت بعض التعريفات الفقهية بخصوص نظرية الموازنة حيث جاءت مرتبطة بمجال نزع الملكية، وهكذا فنظرية الموازنة تعني انه لتقدير شرعية مشروع أو عملية ما باعتبارها من المنفعة العامة، يتعين معرفة ما تحققه من مزايا وفوائد، والوقوف على ما ترتبه من أضرار و اعتداءات على الملكية الخاصة، وما تستلزمه من نفقات وتكاليف مالية مع الأخذ في الاعتبار الأضرار الاقتصادية والاجتماعية للمشروع وإقامة موازنة بين هذه العناصر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> يرى الأستاذ سامي جمال الدين أن جانب كبير من الفقه الفرنسي يخلط بين مبدأ الموازنة ومبدأ التناسب، لاعتباره أن الأول له علاقة بعنصر المحل فقط كما يتضح في المسائل المرتبطة بتقدير المنفعة العامة، وعند رقابة القاضي الإداري لتقدير المنفعة العامة من خلال مراعاة تطبيق هذا المبدأ يقدر مدى ملاءمة هذا القرار؛ أما الثاني فيتعلق بتوفيق والانسجام بين عنصري السبب والحل وهو ما نجده في القضايا والأمور التأديبية. لذلك نجد أن عند الإخلال به يكون هناك إفراط أو تفريط بينهما أي عدم تناسب فالقاضي يمارس رقابته على أساس وجود انسجام بين العقوبة والمخالفة فإذا تحقق ذلك سُمي بقضاء الغلو. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 276.

<sup>2</sup> بحيث لا يمكن إقرار المشروع إذا جاءت الأضرار و الأعباء المترتبة عليه بالنسبة للمزايا التي يحققها. وقد علق مفوض الحكومي الفرنسية على هذا التطور الجديد في قضاء مجلس الدولي الفرنسي : "إن هذه الرقابة التي بدأ يمارسها مجلس الدولة على الإدارة العامة هدفها أن تفرض قدراً أقل من المنطق وحسن التقدير على رجال الإدارة، فإذا كان في وسعهم أن يختاروا فليس معنى ذلك أن يفعلوا ما يشاءون" خالد سيد، المرجع السابق، ص. 887.

أما الأستاذ يعقوب يوسف فيرى أن نظرية الموازنة تقوم على قاعد أساسية، وتمثل هذه القاعدة في أن القاضي وإن كان يقوم بعملية الموازنة بين المنافع و الأضرار المترتبة على القرار فإنه لا يلغي القرار إلا إذا كانت مضاره تتفاوت بشكل جسيم وواضح مقارنة مع مزاياه، فهو لا يتعدى سوى بالمفارقة المفرطة أو المبالغ فيها بين كفتي الموازنة، وهذه القاعدة هي التي تعطي لنظرية الموازنة قيمتها القانونية والفقهية<sup>1</sup>.

من خلال هذه الآراء الفقهية نجد أنها تتفق من حيث طبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، وكذلك من حيث مضمون أو مدلول هذه النظرية، كونها تقوم على تقدير حجم المزايا أو المنافع مقابل التكاليف أو الأضرار التي يترتبها القرار الإداري، خصوصا في مجال نزع الملكية الخاصة لتحقيق المنفعة العامة، كما أن تطبيق هذه النظرية يشمل بعض المجالات الاقتصادية.

إلا أن الاختلاف الفقهي كان بشأن تكييف هذه النظرية مع عناصر القرار الإداري، وطبيعة الرقابة القضائية، حيث نجد أن أغلب الفقه الفرنسي قد اعتبر ممارسة القاضي لهذه الوسيلة في الرقابة على المنفعة العامة مرتبط بمحل القرار وموضوعه باعتبار المنفعة العامة هي الأثر القانوني المترتب عن عملية نزع الملكية الخاصة، وأن طبيعة الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري يصطلح عليها برقابة التناسب لأنه يراعي فيها نتيجة الموازنة بين منافع وأضرار هذا القرار فهو إذن يراقب مدى تناسب المنفعة العامة.

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.236.

نلاحظ من خلال هذه الآراء الفقهية أن هناك من يعتبر هذه النظرية مبدأ من المبادئ العامة للقانون المتعلقة بمحل القرار ويتم تطبيقه على القرارات المتضمنة التصريح بالمنفعة العامة، كما أنه يعتبر التناسب مبدأ يستند عليه في القرارات التأديبية الذي يقوم على التوفيق والانسجام بين عنصري السبب والمحل في القرار الإداري، وليس له علاقة بطبيعة وتسمية الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري في هذه المسائل كما هو الشأن بالنسبة للفقهاء المصريين. أما الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري فهي رقابة ملاءمة القرار الإداري، على خلاف الفقهاء الفرنسيين الذي يعتبرها في هذه الحالات التي تتوسع فيها سلطة القاضي في الاختيار وتسمى برقابة التناسب.

في حين نؤيد ما ذهب إليه الفقهاء الفرنسيين، من خلال اعتباره أن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار هي وسيلة قضائية لممارسة رقابة التناسب على قرار نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة وليس مبدأ من المبادئ العامة كما ذهب إليه بعض من الفقهاء المصريين. فالقاضي الإداري يراعي هذا التناسب من خلال موضوع أو محل القرار أي عند تقديره للمنفعة العامة، وعلى هذا الأساس يقوم بالتوازن بين المكاسب والتكاليف التي يرتبها هذا القرار من الناحية الاقتصادية والاجتماعية ولذلك سُميت برقابة التناسب.

## الفرع الثالث

## معيار نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

يقصد بمعيار الموازنة بين المنافع والأضرار ذلك الميزان أو الضابط الذي يستعين به القاضي الإداري كي يتمكن من تقدير مزايا ومضار عملية ما، أو نتائج تصرف إداري معين، ففي مجال نزع الملكية للمنفعة العامة مثلا، يبدو هذا المعيار في العوامل التي تبرز المزايا المترتبة على هذه العملية وكذلك الأضرار أو المساوئ التي قد تنجم عنها، بحيث يستطيع القاضي في ضوء هذه العوامل إجراء الموازنة والترجيح بين هذه وتلك ليقرر أي الكفتين أرجح.

هناك مجموعة من المعايير لكل منها تأثيره على عملية الموازنة بين المنافع والأضرار

الناجمة عن العمل الذي تباشره الإدارة ونذكر من أهمها

## أولا- المعيار الاقتصادي

تهدف المنفعة العامة إلى تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال توفير الرفاهية إلى الأفراد

وتحسين معيشتهم، كما أن مراعاة المنفعة الاقتصادية جزء من المنفعة العامة. فالموازنة بين

المنافع والأضرار يتم فيها الاعتداد بالمنفعة الاقتصادية للمشروع، فالتنمية الاقتصادية مبرر

كافي للاعتراف بصفة المنفعة العامة، فيجب أن يكون للمشروع هدف اقتصادي يعود على أثره على جميع الأفراد<sup>1</sup>.

### ثانيا- معيار التكاليف المالية للعملية

وفقا لهذا المعيار يجب على القاضي مراعاة التكاليف المالية التي تتحملها الجهة المكلفة بتنفيذ المشروع وذلك من حيث قدرتها على تحمل الأعباء المالية التي يستوجبها القيام بتنفيذ المشروع هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى يجب النظر إلى المزايا المالية التي يحققها تنفيذ هذا المشروع. فالقاضي الإداري لا يكتفي عند تقدير أو تقييم التكاليف المالية للمشروع بما قد ينفق على إنشائه فقط، وإنما يأخذ في حسبانته أيضا المقدرة المالية للجهة القائمة على التنفيذ، وذلك من خلال التحقيق المسبق المشتمل على بيان التقديرات الإجمالية لنفقات المشروع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مايا محمد، المرجع السابق، ص106.

<sup>2</sup> ولهذا فقد قضى القاضي الإداري بإلغاء مشروع إنشاء مطار في إحدى القرى عندما وجد أن التكاليف المالية اللازمة لهذا المشروع لا تتناسب مع المصادر المالية لتلك القرية. فقد اعتبر أن ذلك من شأنه أن يسبب أضرار للاقتصاد المحلي تفوق بكثير الفوائد التي قد تترتب على إنشاء المطار حيث يتضمن الحكم في عبارته « le cout serait hors de proportion avec les ressources financières de la commune » مقتبس عن خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص899.

ولقد اهتم القضاء الفرنسي<sup>1</sup> بمسألة التكاليف المالية للمشروع، وفي مقابل ذلك المزايا المالية للمشروع كأحد الجوانب الإيجابية والمهمة التي تبرر المنفعة العامة من خلال نزع الملكية الخاصة.

### ثالثاً- معيار حق الملكية الخاصة:

يقوم هذا المعيار على أساس المقارنة بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الملكية الخاصة نتيجة نزع الملكية وبين الفوائد التي قد تترتب على المشروع المزمع إقامته، وعلى هذا الأساس يصدر القاضي حكمه بعد الموازنة بين الضرر الذي يصيب صاحب الملكية الخاصة مع بحجم وطبيعة المنفعة العمومية وضرورتها من خلال إنجاز هذا المشروع.

ويرى الدكتور أحمد الموافي أن المنفعة الخاصة مرتبطة بأحد أو بمجموعة من الأفراد في استغلال أو التصرف في ملكية معينة، إلا أننا نجد أحيانا التقارب بين المنفعة الخاصة والمنفعة العامة حينما تتحققان معا إلا أن هذا الأمر مقصور فقط في المجال الاقتصادي، كما أن هذا التقارب لا يؤدي بالقول أن المنفعة العامة هي مجموع المنافع الخاصة ولهذا السبب تم اللجوء

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة الفرنسي 1979/12/07 في قضية Lepelly والذي تم من خلاله إنشاء طريق زراعي يوفر للبلدية المصروفات والتكاليف المالية التي كانت تنفق على صيانة الطريق السابق. مقتبس عن مايا محمد، المرجع السابق، ص109.

إلى نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار حيث تكون المنفعة العامة في الكفة الراجحة بغض النظر عن حجم وطبيعة المنافع الخاصة<sup>1</sup>.

#### رابعاً- معيار الآثار الاجتماعية والبيئية المترتبة على القرار:

يقصد بهذا المعيار مراعاة النتائج التي يترتبها قرار نزع الملكية للمنفعة العمومية من الناحية الاجتماعية والبيئية، أي دراسة الجوانب والآثار المترتبة عن قرار نزع الملكية للمنفعة العمومية على الأفراد وعلى الوسط الطبيعي.

يتبين لنا من خلال هذه المعايير أن القاضي يبيح حكمه في الموازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن صدور قرار نزع الملكية بشكل واقعي، مما يعني أن أحكامه لا تأخذ مسلكاً واحداً وإنما تتفاوت بتفاوت ظروف ومعطيات المكان والزمان، والإمكانات المادية، والتكاليف الاجتماعية وغيرها.

### الفرع الرابع

#### العلاقة بين نظرية الخطأ الظاهر والموازنة بين المنافع والأضرار

إن السلطة التقديرية للإدارة تعني حرية أكثر للإدارة وتعني مرونة أكثر في الحركة، كما تعني أيضاً وجود قدرة محدودة في الرقابة القضائية في القضاء على بعض التصرف الإداري فسلطة الإدارة التقديرية تهدف إلى فسح المجال أمامها لموازنة الأمور وتقدير

<sup>1</sup> أحمد أحمد الموفي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة "نظرية الموازنة" دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 1992، ص270.

متطلبات الظروف التي تعرض عليها، و بالتالي اختيار نوع التصرف الملائم لكل طرف على حدا حتى يكون هذا التصرف في النهاية محققا للأهداف والغايات المناسبة للحاجة الداعية إليها.

إذا كان منح الإدارة هذه السلطة التقديرية في اتخاذ ما تراه مناسباً من خلال أعمالها القانونية التي تصور على أنها مجرد آلة صماء تنفذ القانون بسلطة ما، فإن ذلك لا يعني أبداً أن يترك لها العنان وتعمل سلطتها بلا رقيب و يصبح مبدأ المشروعية بدون معنى، بل يجب أن تكون جميع أعمالها القانونية وفقاً للقانون، وخصوصاً قراراتها فعليها أن تحترم فيها متطلبات صحة عناصر مشروعية القرار لأنها أركان خاضعة لرقابة القضاء<sup>1</sup>.

و على هذا الأساس يمكن القول أن القاضي الإداري من خلال أعماله لهذه الوسيلة الرقابية، يقوم بوضع الآثار المترتبة عن القرار المتخذ في ميزان العدالة فيوازن بين مزاياه و أضراره ولا يحكم بإلغاء القرار إلا إذا كان هنالك سوء تقدير من الجسام، بحيث تكون معه الآثار السلبية أو الأضرار الناجمة عنه جسيمة و ضخمة بالنسبة للمزايا أو المنافع التي يحققها، مع الإشارة أن القاضي يأخذ في اعتباره عند تقديم المزايا و المضار كافة المعطيات و الظروف المحيطة بالقرار و التي تختلف و تتنوع من حيث الوجود و الأولوية باختلاف القضايا المطروحة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص. 892.

<sup>2</sup> خالد السيد، المرجع السابق، ص. 893.

و تجدر الإشارة أنه ليس هنالك اختلاف على مستوى وجوه كل من نظرية الموازنة ونظرية الخطأ الواضح، حيث يمكن تعريف هذا الأخير بأنه أداة تحليل تسمح برقابة أكثر فعالية للتقديرات التي تقوم بها الإدارة في المسائل الفنية والدقيقة، وأنه يقع على وصف الوقائع وقد ابتكره القاضي الإداري لزيادة رقابته على الإدارة التي كانت تتهرب من الرقابة القضائية<sup>1</sup>.

إن كلا من النظريتين تنصبان على مراقبة السلطة التقديرية للإدارة وإجبارها على عدم المبالغة أو الإفراط في سوء تقديرها لمضمون قراراتها، بيد أن هنالك اختلاف بين النظريتين على مستوى الشكل. إذ بينما تنصب رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار أساساً على محل القرار الإداري المرتبط بالمنفعة العمومية. أما الخطأ البين فيقوم على مسألة التكييف القانوني ومدى تناسبه مع محل القرار.

أما على مستوى شمول التطبيق و اتساعه، فإن رقابة الخطأ الواضح في التقدير قد أصبحت نظرية عامة في فقه القانون الإداري، حيث تتسع لتشمل كافة الأنشطة الإدارية بينما نجد نظرية الموازنة محدودة التطبيق و تنحصر في بعض القضايا وخاصة ذات البعد الاقتصادي، و على رأسها النزاعات المتعلقة بتزع الملكية من أجل المنفعة العامة باعتبارها

2 يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.234. مايا محمد، المرجع السابق، ص.114.

المجال الذي احتضن هذه النظرية وأخرجها إلى الوجود، هذا إضافة إلى بعض قضايا التعمير والمشروعات الاقتصادية<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

#### تطبيقات القضاء لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار

إن نظرية الموازنة ولدت في ظل نزع الملكية من أجل المنفعة العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وكثيرا ما يتعدى القضاء الفرنسي تحديد فكرة المنفعة العامة فيقف على تكاليف المشروع الذي تنوي السلطة النازعة للملكية أو من يقوم مقامها لإنجازه، بل و الموازنة أحيانا بين المنفعة المارد تحقيقها أو المصلحة الخاصة الأخرى المقابلة التي ستهدر في مقابل ذلك.

و الملاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي يتزعمه مجلس الدولة، قد اتسع كثيرا في مفهوم المنفعة العامة تماشيا مع تطور وظائف الدولة بوجه عام، و المرافق العمومية بوجه خاص. و بالرغم من ذلك، فان رقابة مجلس الدولة هذه، كثيرا ما تتجاوز كما أسلفنا مجرد الوقوف عند تحديد ذلك المفهوم، رقابته إلى الجوانب المالية والفنية للمشروع، و ما يختلف عنه من أضرار سواء بالنسبة للمصلحتين الخاصة و العامة. وكذلك الشأن بالنسبة للقضاء المصري الذي كانت له العديد من القرارات في تطبيق هذه النظرية، إلا أن القضاء الجزائي لم فكانت قراراته محدودة وضيقة من حيث تحديده للمنفعة العامة.

<sup>1</sup> يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص.237.

وهو ما سوف نبينه بالتوضيح من خلال تطبيقات القضاء الفرنسي (الفرع الأول)،  
القضاء المصري (الفرع الثاني)، القضاء الجزائري (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تطبيقات القضاء الفرنسي

تعتبر قضية<sup>1</sup> « ville nouvelle est » مصدر نشأة نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، حيث تتلخص وقائعها في أن الحكومة الفرنسية قررت عام 1966 بناء مدينة جديدة شرق مدينة ليل، بهدف حلّ المشاكل العمرانية في المدينة، وإخراج هيئات التعليم العالي من وسط المدينة المكتظة، وكذلك إنشاء مجمع سكني للطلبة. حيث تضمن المشروع إنشاء مدينة جديدة تضم ما بين عشرين ألفاً وخمسة وعشرين ألف شخص، ومجمع سكنياً مخصصاً لاستقبال ثلاثين ألف طالب. ويحتاج هذا المشروع إلى خمسمائة هكتار، ومبلغ يزيد على مليار فرنك، وكذلك هدم مائتين وخمسين متراً، بعضها تم إنشاؤه حديثاً بموجب رخص تم منحها في العام السابق .

واستجابة للمعارضة الشديدة من سكان الأبنية الحديثة، اقتصر الأمر على إزالة ثمانية وثمانين متراً فقط، ورفضت الحكومة الحلّ الذي اقترح عليها من أجل تلافي هدم ثمانين متراً منها، وذلك بتغيير المدخل على الطريق الرئيسي المقرر في المشروع. وقد أعلن المشروع للمنفعة العامة في 1968/04/03، وقد تم الطعن في قرار إعلان المنفعة العامة أمام مجلس

<sup>1</sup> Cf. C.E 28/05/1971 n: 78825. www.legifrance.gouv.fr.

الدولة، وكان الدفع الرئيسي بأن هدم ما يقارب مئة منزل يمكن تفاديه بتغيير مسار الطريق، وأن هدمها يشكل ثمنًا باهظًا ومرتفعًا جدًا من أجل إنشاء المشروع المقترح، مما يجرده من صفة النفع العام، ومن ثم يجب إلغاء القرار المذكور.

وبناء على ذلك، قرر مجلس الدولة مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، مؤكّدًا بأنّه "مع الأخذ بالحسبان أهمية مجموع المشروع، فإن حالة اختفاء ما يقارب من مئة منزل للسكن، ليس ذا طبيعة تزييل عن المشروع صفة النفع العام.<sup>1</sup>"

كما صدر عن مجلس الدولة الفرنسي<sup>2</sup>، في قضية تعرف باسم Sainte Marie. تتلخص وقائعها بصدور قرار إنشاء طريق سريع شمال مدينة نيس الفرنسية لربطها بأحد المناطق التابعة لإيطاليا، وكان من شأن هذا الطريق المقترح إزالة جزء من مستشفى خاص بالأمراض النفسية والعصبية وكان المستشفى الوحيد بهذا التخصص في المنطقة. وفي هذه القضية قام القاضي الإداري بمجلس الدولة بالموازنة بين مصلحتين وهما المحافظة على الصحة العامة من ناحية؛ وإنشاء طريق سريع وما يترتب عليه من سهولة وسيولة في المرور من ناحية أخرى.

<sup>1</sup> « Une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique que si les atteintes a la propriété privée, le cout financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs, eu égard a l'intérêt qu'elle présente. En l'espèce, dans l'est circonstances de l'affaire, et compte tenu de l'importance du projet. La circonstance que l'exécution de celui-ci implique disparaissent une centaine de maisons d'habitations n'est pas de nature à retirer a l'opération son caractère d'utilité publique. » Cf. C.E 20/10/1972 Arrêt N° 78829. [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr)

<sup>2</sup> خالد سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص 900.

ثم انتهى القاضي بترجيح المصلحة الأولى وقام بإلغاء القرار الصادر بتزع الملكية للمنفعة العامة، نظرا لما قد يترتب على هذا القرار من مضار ومساوئ تتمثل في هدم مبنى يحتوي على 80 سرير، وحرمان المرضى من الاستفادة بخدماته الصحية، كما أنه يقع في مكان يسوده الهدوء مما يتناسب مع الصحة العامة وتتواجد به العديد من المساحات الخضراء المحيطة به، فهذه المزايا لا تُقارن مع الفوائد المحتملة لإنشاء الطريق السريع.

إن عملية تقييم الموازنة بين المنافع والأضرار من طرف القاضي تكون مبنية على تسلسل أو تدرج للمعايير السابق ذكرها وبعها يقوم بإجراء الموازنة والترجيح بينها فالعبرة إذن ليس بما تدعيه الإدارة من تسلسل وتدرج للمعايير والقيم، وإنما بما يقرره القاضي تبعاً لقناعاته وعقيدته المستوحاة من حقيقة الواقع الاجتماعي<sup>1</sup>.

يتبين لنا من خلال هذا القرار أن القاضي الإداري الفرنسي له دور إنشائي في المجال القانوني وذلك من خلال وضعه لقواعد قانونية تعمل على ضبط وتقييد السلطة التقديرية للإدارة، فالقاضي له دور أساسي في ضمان وحماية حقوق وحرريات الأفراد. وكما نلاحظ من خلال القرار السابق التطور المستمر الذي يعرفه القضاء الإداري الفرنسي، حيث كان يطبق وسيلة الموازنة في نزع الملكية الخاصة ولكن في قضية الحال لا تتعلق بملكية خاصة غير

<sup>1</sup> رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص315.

أما مرتبطة بالمنفعة العامة فالقاضي هو من يقرر صحة وجود المنفعة العامة على أساس الموازنة بين المنافع والأضرار.

إن هذه القضية تتعلق بوجود منفعتين عموميتين ولا علاقة لها بالملكية الخاصة، ولكن القاضي هو من أقر بمدى وجود المنفعة العامة من خلال تطبيقه لوسيلة الموازنة بين المنافع والأضرار بين المصلحة العامة ومصلحة عامة أخرى. حيث أن مشروع الطريق الرابط بين مرسيليا وإيطاليا يقتضي هدم جزء من مبنى مستشفى للأمراض العقلية، والذي ألغاه مجلس الدولة بعدم تقديم المصلحتين بحيث تراءى له أن هدم مبنى به 80 سرير يتضمن ضرر باهظا بالنسبة للفائدة المرجاة من الطريق، وإلغاء كذلك مشروع إنجاز الطريق بجانب المستشفى لأنه يشكل مساسا براحة وسلامة المرضى من جهة؛ ومن جهة أخرى طبيعة المكان الذي يوجد فيه المستشفى من مناظر طبيعية ومساحات خضراء. ولهذا تم تغليب هذه المصلحة على منفعة الطريق السريع.

إن القاضي الإداري لم يكتفي بان تمارس الإدارة اختصاصاتها في إطار السلطة التقديرية من خلال الاستناد على أسباب صحيحة من الناحية المادية والقانونية، و أن لا تتعسف في استعمال سلطتها، بل يجب عليها أن تراعي قدرا من الصواب في المنطق عند تقديرها للقرار الذي تصدره، وهو ما تضمنه قرار مجلس الدولة الفرنسي باستعماله لعبارة "عقلنة الاختيارات التقديرية للإدارة". فالقاضي الإداري لا يصادر حرية الإدارة في تقدير

ملاءمة تصرفها بل يترك لها هذا المجال شريطة التقدير المناسب للمنفعة العامة وعدم المساس بالحقوق والحريات العامة.

وفي قرار آخر صادر عن مجلس الدولة الفرنسي<sup>1</sup> أكد على معايير إثبات المنفعة العامة من أجل نزع الملكية، حيث تتلخص وقائع القضية بقيام محافظ مدينة Jura بإصدار قرار نزع ملكية قطعة أرض كانت لسيدة، من أجل إعادة بناء بعض السكنات المتضررة ومحلات تجارية وموقف للسيارات. قدمت هذه السيدة دعوى قضائية لإلغاء هذا القرار أمام المحكمة الإدارية Besançon والتي قضت برفض دعوى. قامت المدعية بعدها بالطعن أمام محكمة الاستئناف الإدارية Nancy حيث أقرت بإلغاء قرار المحكمة الإدارية Besançon، وإلغاء القرار الصادر عن المحافظ. وذلك بناء على تقديرها بعدم وجود منفعة عامة، وإفراط في الأعباء المالية التي تكلف ميزانية البلدية.

<sup>1</sup> « qu'il ressort toutefois des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, d'une part, l'opération projetée, qui comporte la construction de quatre nouveaux logements, d'un commerce et de seize places de stationnement, répond aux besoins économiques et de logement d'Archelange, commune en croissance démographique ; qu'elle poursuit ainsi un but d'utilité collective, reconnu d'ailleurs par l'avis favorable du commissaire enquêteur sur le projet ; que, d'autre part, le coût de cette opération, ainsi qu'il ressort de l'appréciation sommaire des dépenses jointe, en vertu de l'article R. 11-3 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, au dossier d'enquête publique préalable à la déclaration pour cause d'utilité publique, est modéré, et ce alors même que le plan de financement présenté ne serait pas complètement stabilisé à ce stade de la procédure d'utilité publique ; qu'enfin, le dossier soumis aux juges du fond ne fait apparaître aucune difficulté financière particulière de la commune ; qu'il suit de là qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour a donné aux faits une inexacte qualification juridique » Cf. C.E 25/02/2015. [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr).

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ألغى هذا القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية Nancy على أساس عدم مشروعية الأسباب التي استندت إليها. لأن المنفعة العامة ثابتة وواضحة من خلال بناء هذه السكنات لتحقيق منفعة جماعية هذا من جهة، ومن جهة أخرى رأي بالموافقة من طرف المحقق، ويتبين من أوراق الملف أنه لا توجد تكاليف أو صعوبات مالية بناء على المخطط المالي.

وفي قرار آخر لمجلس الدولة الفرنسي قضى بأن إثبات المنفعة العامة يكون من خلال تلبية حاجيات المجتمع، أي أنه لا يترتب عنها أضرار على النظام الاجتماعي، وأن لا ينجم عنه إفراط في التكاليف المالية للمشروع. وفي قضية الحال أيد مشروع إنجاز مرافق رياضية وترفيهية لتلبية احتياجات سكان البلدية وأن المشروع يكلف ميزانية البلدية إلا أن السلطات المحلية ستساهم بتمويله<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> «l'arrêt attaqué a relevé que l'opération projetée, consistant en l'extension d'aires sportives et de loisirs faisant déjà l'objet d'une fréquentation importante, répondait à des besoins en équipements publics de la commune de Bazicourt, en expansion démographique, et des communes environnantes, et présentait donc un intérêt général ; que, d'autre part, la cour a estimé, en se fondant notamment sur l'appréciation sommaire des dépenses jointe, en vertu de l'article R. 11-3 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique en vigueur à la date de la déclaration d'utilité publique, au dossier d'enquête publique, que le coût de l'opération n'était pas excessif au regard de la population et de la situation financière de la commune, que la seule circonstance que le plan de financement présenté n'était pas définitivement établi à ce stade de la procédure d'utilité publique, s'agissant des contributions des collectivités publiques au financement du projet, n'était pas à elle seule de nature à établir, en l'espèce, que le coût de l'opération serait d'un montant excessif pour la commune.» Cf. C.E 09/10/2015. www.legifrance.gouv.fr.

## الفرع الثاني

## القضاء المصري

إن تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في القضاء المصري لم يعمل بها القاضي في السابق كما هو الشأن بالنسبة لنظرية الغلو، لأن القضاء المصري لم يكن يتدخل في رقابة المسائل المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة عند نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية. حيث كان القاضي يتوقف عند وجود المنفعة العامة كفكرة مجردة دون البحث في تفاصيلها والتعمق بشأنها من خلال صحة وجودها والنتائج المترتبة عنها.

ويعتبر قرار محكمة القضاء الإداري في قضية "عزبة خير الله" مصدر تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار. بالرغم من اختلاف الفقه المصري بشأن فترة تطبيق هذه النظرية فالبعض منهم يرى أن تطبيقها كان قبل تاريخ صدور قرار عزبة خير الله، والبعض الآخر يؤكد على أن هذا القرار كان سببا لنشأة نظرية الموازنة.

يرى الأستاذ أحمد أحمد الموائي أن نظرية الموازنة كانت تطبق قبل صدور قرار عزبة خير الله حيث أن محكمة القضاء الإداري أصدرت قرار سابق عليه، والمتعلق بإنشاء مقر لإقامة قوات الأمن المركزي بالمنيا وذلك بعد الموازنة بين منفعة الإسكان والأمن فتم تغليب مصلحة الأمن بطبيعة الحال. لأن من سلطات الإدارة الحفاظ على النظام العام ومن أسبابه أحداث أكتوبر 1981. وقام القاضي بتشكيل لجنة خبراء لمعاينة الموقع وجاء في قرار محكمة القضاء الإداري ما يلي: "الإدارة وازنت بين الاعتبارات المختلفة في اختيار الموقع محل

النزاع باعتباره أفضل المواقع في تقديرها لتحقيق النفع العام وقد تأيد بما ورد في تقرير مكتب خبراء وزارة العدل.<sup>1</sup>

ويرى سامي جمال الدين أن نظرية الموازنة كانت مطبقة قبل صدور قرار عزبة خير الله ولكن في مجالات أخرى ولم تقتصر على قرارات نزع الملكية. ولكن لم يييدي القضاء الإداري بمد رقابته على ملاءمة قرارات نزع الملكية للتأكد من التوازن بين المصلحة أو المنفعة العامة المتحققة منها، وبين العناصر الأخرى المترتبة عليها من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا. والتي اعترفت للإدارة بسلطتها التقديرية المطلقة في اختيار المواقع وحجم العقارات اللازمة لنزع ملكيتها من أجل المنفعة العامة. كما أنه يعتبر النظرية بمثابة مبدأ عام من المبادئ العامة للقانون حيث جاء في كتابه أن " أن مبدأ أو فكرة الموازنة ليست غريبة عن القضاء الإداري في مصر ولقد صدر عن محكمة القضاء الإداري العديده من القرارات قامت من خلالها بإجراء الموازنة"<sup>2</sup>.

ونذكر أول قرار صدر عن محكمة القضاء الإداري بشأن تطبيق نظرية الموازنة في سنة 1954 والمتعلق بتقدير الإدارة في اختيار الوقت الذي تقوم به في ترقية الموظف إلا أن قرار المحكمة أقر بمراعاة المنافع والأضرار التي يربتها قرار الترقية " وإن كان للسلطة الإدارية مطلق الحرية في اختيار الوقت الملائم لإجراء الترقية، إلا أن الاختيار يجب أن يهدف دائماً إلى

<sup>1</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1987/06/25، مقتبس عن أحمد أحمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 48-49.

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، المرجع السابق، ص. 282.

تحقيق المصلحة العامة، وأن لا يتخذ وسيلة للإخلال بالحقوق المكتسبة للموظفين والإضرار بهم لتحقيق منافع ذاتية، وإلا كان تصرفها مشوبا بسوء استعمال السلطة ومخالفا للقانون<sup>1</sup>.

في حين يرى الأستاذ رمضان محمد بطيخ أن رقابة القاضي الإداري قبل صدور قرار عزبة خير الله كانت مقتصرة على الوقائع المادية وتحقق الغاية المتمثلة في المنفعة العامة، دون الخوض في تقدير ملاءمة القرار، أي البحث في تقدير الإدارة للمنفعة العامة وموقع العقارات والوقت الذي تراه مناسبا<sup>2</sup>.

يعتبر قرار عزبة خير الله والذي أصدرته المحكمة الإدارية العليا سنة 1991 بمثابة نقطة تحول في مسار القضاء الإداري المصري نظرا لاستناده على نظرية الموازنة بشكل واضح وصريح. حيث تتلخص وقائع هذه القضية في إصدار قرار من طرف محافظ مدينة القاهرة لصالح شركة المعادي للتنمية والتعمير من أجل مشروع استثماري، بموجب تسليم أرض مملوكة للدولة ويتواجد بها حوالي عشرين ألف مسكن تسمى عزبة خير الله.

وألزم هذا القرار ساكنيها بإزالة المباني وطعن اثنان من سكان هذه المنطقة في القرار وطلبا من القضاء وقف تنفيذه بصفة مستعجلة وفي الموضوع إلغاء القرار. واستجابت محكمة القضاء الإداري لطلب الطاعنين بوقف تنفيذ القرار وإلغاء القرار نتيجة لعدم تحقق المنفعة

<sup>1</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1954 /01/28، مقتبس عن سامي جمال الدين، نفس المرجع، ص 283.

<sup>2</sup> رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 362.

وفي نفس الرأي محمد ماهر أبو العينين، وعزت صديق، ونبيلة عبد الحليم كامل، خالد سيد، مقتبس عن خالد سيد، المرجع السابق، ص 933.

العامة بعد القيام بالموازنة بين مصلحتين من حيث المنافع والأضرار إما الحفاظ على ممتلكات الدولة أو حماية المواطنين فرجح الثانية بسبب الأضرار الناجمة عن الأولى<sup>1</sup>.

ولقد أرسى هذا القرار العديد من المبادئ حيث تضمن: "إن السلطة القضائية مسؤولة عن إقامة العدل وحماية الشرعية والمشروعية وسيادة القانون وحماية الحقوق والحريات العامة والخاصة للمصريين<sup>2</sup>".

يعدّ هذا القرار بمثابة مرحلة جديدة ونقطة البداية في تطور القضاء الإداري المصري خصوصا في المسائل المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، لأن القاضي الإداري لم يكن يراقب مدى صحة ووجود هذه المنفعة العامة، ولقد كانت الإدارة في السابق تجدها غاية سهلة في عملية نزع الملكية، دون مراعاة الأثر المترتب هذه العملية من تعسف وانتهاك لحقوق وحريات الأفراد. ويتميز القضاء الإداري بتوسيع مجال تطبيق هذه النظرية لتشمل التراخيص والمجال الاقتصادي والنشاط ولم تقتصر فقط على نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> خالد سيد، المرجع السابق، ص 934.

<sup>2</sup> قرار المحكمة الإدارية العليا 1991/03/09. مقتبس عن خالد سيد، المرجع السابق، ص 935.

<sup>3</sup> قرار محكمة القضاء الإداري 1992/04/02. والمتعلق بتراخيص ممارسة النشاط التجاري تعرف باسم قضية سوق الفرج. مقتبس عن يعقوب يوسف الحمادي، المرجع السابق، ص 264. قرار المحكمة الإدارية العليا 2006/12/13 والمتعلق باستمرارية نشاط شركة المتحدة للطوب الرملي. مقتبس عن خالد سيد، المرجع السابق، ص 945.

## الفرع الثالث

## القضاء الجزائي

إن القضاء الإداري الجزائري لم يساير التطور الراهن فيما يخص الأساليب الحديثة في الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، لأنه لا زال يتجنب رقابتها أو بالأحرى لا يتدخل في الجوانب المتعلقة بالاختصاص التقديري وفقا للأساليب التقليدية في الرقابة، إلا أنه لا يمكن القول أو نجزم بأن استعمال هذه الوسائل والنظريات الحديثة منعدمة في جميع القرارات القضائية .

ولقد أكدت العديد من القرارات القضائية على النهج أو المسار الذي ينتهجه، من خلال امتناع القاضي عن التدخل في رقابة الملاءمة المتعلقة بوجود أو انعدام المنفعة العامة، مكتفيا برقابة الوجود المادي والتكييف القانوني للوقائع<sup>1</sup>.

من خلال بحثنا عن إمكانية وجود قرارات قضائية متعلقة بتطبيق نظرية الموازنة، تبين لنا صعوبة هذا الأمر نتيجة لطبيعة السلطة التي يتمتع بها القاضي الجزائري من جهة؛ ومن جهة أخرى لقلة الدعاوى القضائية الناشئة عن الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية.

أصدرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرار يتضمن في حيثياته مراعاة الموازنة بين المنافع والأضرار، حيث تتلخص وقائع القضية في رفع المدعون طعنا ببطلان مقرر التصريح

<sup>1</sup> قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا 1992/04/21 المحلة القضائية 02، 1992، ص.138. "إن القاضي الإداري ليس مؤهلا لرقابة تقدير اختيار الإدارة للأماكن محل النزاع وذلك لإنجاز مشاريع المنفعة العامة." مقتبس عن العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار)، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 08، 2006، ص.139.

بالمنفعة العمومية الصادر عن والي ولاية تيزي وزو بتاريخ 1989/11/08 تحت رقم 152. حيث أنهم يعرضون بأنهم يملكون عدة قطع أرضية بنيت عليها مساكنهم والكائنة في قرية أيت علي أو محمد بلدية أيلولة. وأن البلدية المعنية قد شرعت في أشغال طريق على ملكيتهم وفي وسط مساكنهم مسببة لهم انزلاق التربة الذي يهدد مساكنهم بالانهيار. وأن الغاية من هذا الطريق مرتبط بصهر رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي له مسكن بجانب هذا المشروع.

ولقد تم وقف تنفيذ الأشغال من طرف القاضي الاستعجالي بموجب أمر بتاريخ 1987/12/26 وتم تأييده من طرف المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/30.

ومن جهة أخرى أصدر والي ولاية تيزي وزو مقرر مماثلاً للتصريح بالمنفعة العمومية رقم 988 بتاريخ 1987/10/18 طعن فيه المدعون بالبطلان

وأن المقرر المطعون فيه الصادر عن الوالي جاء لتسوية التعدي الذي يخالف أحكام المادة 4 من الأمر 76-48 المؤرخ في 1976/05/25 الذي ينص على أنه قبل أي تصريح بالمنفعة العامة لا بد من أخذ رأي المجلس الشعبي الولائي.

حيث أن نزع الملكية المقرر ليس له طابع المصلحة العامة، من جهة؛ ومن شأنه أن يسبب خسائر جسيمة لمساكن المدعين من جهة أخرى.

أنه يتعين إبطال هذا المقرر واحتياطياً يتم تعيين خبير ليتحقق ما إذا كان فتح الطريق يستجيب لإشباع حاجة عامة مما كانت الخسائر التي يمكن تسببها أكبر من نفعها

وقرر بعدها قاضي الموضوع التحقيق بشأن وجود المنفعة العامة بتعيين خبير للتأكد من أن إنجاز هذا الطريق يستجيب لإشباع الحاجات العامة أو أن الخسائر التي يسببها أكبر من منفعه.

حيث أنه وإذا كان إنجاز المشروع يسبب أضرارا لبنايات المدعين فإن هذا لا يعد سببا من أسباب عدم القانونية، لأن المدعين يتوفرون على أمكنة تجعل الإدارة تتحمل ما يلحق من بناياتهم من أخطار. وعليه تم رفض الطعن باعتباره غير مؤسس<sup>1</sup>.

من خلال هذا القرار يتبين لنا أن القاضي قد أخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار من خلال الحثيات الأولى للقرار عند تعيينه للخبير، من أجل التحقق من مدى صحة هذه المنفعة العمومية والنتائج المترتبة عنها. ولكن يستوجب على القاضي أن يبيّن قراره على أساس تقرير الخبير لتوضيح وتأكيد صحة المنفعة العمومية وليست هناك مصلحة شخصية. كما أنه يجب على القاضي أن يبين النتائج المترتبة على الموازنة أي يوازن بين منفعة الطريق وضرورته من جهة؛ وحماية المتضررين من جهة أخرى. بالإضافة إلى ذلك أنه لم يطبق معايير نظرية الموازنة المتعلقة بتقدير الضرر الاجتماعي والتكلفة المالية للمشروع كما هو الشأن في القضاء الفرنسي.

إلا أنه في حقيقة الأمر فالقاضي يتمتع بسلطة مستقلة من حيث الرقابة الكاملة في التحقق من وجود المنفعة العمومية، بغض النظر عن ما توصلت إليه لجنة التحقيق من مدى

<sup>1</sup> قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا 1993/01/17 رقم 32119، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 2، المرجع السابق، ص. 675-676.

فعالية المنفعة العمومية. وليس هناك ما يمنع القاضي الإداري الجزائري للأخذ بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار كغيره من الأنظمة القضائية، فيقوم بعملية تكيف الوقائع من حيث المزايا والتكاليف التي يحققها المشروع، مادام يمتنع عن رقابة الملاءمة في الجوانب الأخرى للسلطة التقديرية للإدارة<sup>1</sup>.

إن الحديث عن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية في الجزائر مرتبط بدور القاضي. فإذا كان اختصاصه يتمثل في إصدار الأحكام في المنازعات المعروضة عليه، فإنه يجب عليه أن يؤسس هذه الأحكام على النصوص القانونية القائمة التي وضعتها السلطات المختصة بذلك، أو على أساس القواعد التي ينشؤها هو من أجل سد الفراغ الموجود في القواعد القانونية القائمة<sup>2</sup>.

ومن بين أهم الأسباب التي أدت إلى امتناع القاضي الإداري الجزائري عن الخوض في رقابة الموازنة هي<sup>3</sup>:

- تخوف القاضي من تجاوز الدور المنوط به، على اعتبار هذه النظرية تتسم بالجرأة في الرقابة على ملاءمة القرارات الإدارية.

<sup>1</sup> ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، 2003، ص.17.

<sup>2</sup> مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 10، سنة 2010، ص.181.

<sup>3</sup> سهيلة لباشيش، المرجع السابق، ص.60.

-نقص تكوين القاضي الإداري الجزائري من جهة، وعدم تخصصه من جهة أخرى بمنعانه من خوض غمار الموازنة واتخاذ القرار الحاسم.

- التسليم بأن السلطة التقديرية للإدارة لا تخضع للرقابة القضائية

- صعوبة إجراء الموازنة مع نقص الآليات المتاحة للقاضي الجزائري.

- دور القاضي الإداري محدود فهو يكفي بتطبيق القانون عكس القاضي الإداري

الفرنسي فهو في حركية واجتهاد دائمين.

كما أن عدم استقلالية القاضي عن السلطة الإدارية باعتباره موظفا وذلك من خلال

حيث التعيين والترقية والتأديب. وعدم استقلاليته عن السلطة التشريعية من حيث ارتباطه

بتطبيق النصوص القانونية فهو لا يؤمن بأن دوره هو الاجتهاد وصناعة القانون فهو حامي

الحقوق والحريات<sup>1</sup>.

وما يمكن قوله هو أن القاضي الإداري الجزائري لازال بعيد عن التطورات الحديثة في

مجال الرقابة القضائية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة، وذلك للعديد من الأسباب

المتعلقة بطبيعة الوظيفة أو الدور المنوط به، ومدى استقلاليته وقدرته على الفصل في المسائل

التي لا تحكمها نصوص قانونية محددة وواضحة، مما يجعله مترددا بشأنها ويؤثر سلبا على

الحقوق والحريات العامة.

<sup>1</sup> غيتاوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 267.

# خاتمة

## خاتمة

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بالضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، حاولنا تحديد الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية بالرغم من تعدد الآراء الفقهية، سواء من حيث تحديد مفهومها أو الأساس الذي تقوم عليه. إلا أن جميع المفاهيم تشترك في معنى واحد وهو حرية السلطة الإدارية في تقدير الظروف المحيطة بالواقعة، من أجل القيام بتصرف قانوني يتناسب مع الغاية التي تتطلبها طبيعة النشاط الإداري.

إذن فالسلطة التقديرية للإدارة لها مفهوم واسع لأنها لا تقتصر على إجراء محدد، فالإدارة هي من تختار وقت تدخلها والإجراء الذي تتخذه، وبالتالي تتمتع بسلطة اختيار نوع التصرف الملائم حسب طبيعة الظروف والأوضاع التي تقدرها من أجل تحقيق الأهداف والغايات المناسبة مع متطلبات المصلحة العامة وحفظ النظام العام.

إن طبيعة الأعمال التي تقوم بها الإدارة يستحيل على المشرع تقييدها بشكل كامل محدد، وهو ما يستلزم ضرورة منحها الصلاحية التقديرية أثناء قيامها بمهامها ونشاطاتها الإدارية، لأن الإدارة الحديثة تتدخل في شتى الميادين والمجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعمرانية والصحية. وهو ما يقتضي منها حرية التقدير والسرعة في اتخاذ القرار الملائم الذي يتناسب مع تحقيق المصلحة العامة، لأن التقييد يجعلها عاجزة على أداء وحسن تسيير العمل الإداري.

تعتبر السلطة التقديرية للإدارة من امتيازات السلطة العامة لأنها تتمتع بحرية التقدير والتقرير دون التقييد بنص قانوني معين، بناء على مجموعة من المبررات والأسباب القانونية والفنية التي تجعل منها ضرورة حتمية لا غنى عنها، وهو ما يؤكد صعوبة تقييد صلاحياتها بشكل كامل ومطلق من طرف المشرع، فلا يمكنه تنظيم جزئيات وتفصيلات الأعمال الإدارية لأن العملية التشريعية تقتضي منه وضع أو سن القواعد العامة المجردة، أو المصادقة عليها. كما أن المشرع لا يمكنه أن يتنبأ ويحيط بجميع ملاسبات وظروف الوظيفة الإدارية، ولذلك يستلزم منه أن يترك للإدارة سلطة الملائمة في إنجاز مختلف أعمالها ونشاطاتها الإدارية. كما أن السلطة التقديرية للإدارة هي ضرورة عملية وتنظيمية بسبب علاقتها المستمرة والدائمة مع الأفراد، والغاية من ذلك هو تحقيق الصالح العام والسهر على الحفاظ على النظام العام. كما أنها مسألة حتمية لا بد من التسليم بها لأنها ترتبط بطبيعة الوظيفة الإدارية فهي سلطة مقابلة لمسئولية الإدارة عن تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ولقد أقر القانون السلطة التقديرية للإدارة كغيرها من السلطات العامة في الدولة، لأنها تمارس جزءاً هاماً من سلطة الدولة، كما هو الشأن للسلطة التقديرية للقاضي والمشرع في ممارسة اختصاصهما. تخضع السلطة التقديرية للإدارة لأحكام خاصة تميزها عن غيرها من الوسائل والنظم والنظريات القانونية المشابهة لها، سواء من حيث ممارسة الاختصاص أو من خلال امتيازات السلطة العامة أو من حيث خضوعها للرقابة القضائية.

السلطة التقديرية للإدارة هي وسيلة قانونية لتحقيق مبدأ المشروعية، لأن الغاية مشتركة فيما بينها وبين السلطة المقيدة. فهي ليست استثناءً أو حد من حدود مبدأ المشروعية الإدارية كما يسميها البعض، لأن عدم تقييد نشاط وأعمال الإدارة له مبرراته وأسبابه. ولكن هذا لا يعني أن ممارستها تهدف إلى تحقيق غايات تتنافى مع المصلحة العامة، أو تستند في موضوع قرارها على قواعد تخالف المبادئ العامة للقانون.

تتعدد مظاهر استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية نتيجة لتوسع نشاطها وأعمالها الإدارية، ومن أبرز الميادين التي ركزنا عليها في هذه الدراسة مجال الوظيفة العامة والضبط الإداري. حيث تتمثل مظاهر هذه السلطة في المجال الأول بسلطة تقدير الرئيس الإداري في مجال التنظيم الداخلي للمرفق والموظفين العموميين. وذلك من خلال ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية المتمثلة في الترخيص والنقل وفقاً لما تقتضيه ضرورة المصلحة، والترقية في الوظائف العليا والمناصب النوعية، وتطبيق بعض العقوبات التأديبية.

وتمارس الإدارة بشكل واسع سلطتها التقديرية في مجال الضبط الإداري، وهذا من خلال الصلاحيات المتعددة والمتعلقة بتنظيم الحريات العامة للأفراد. حيث تظهر ملامحها في سلطة الإدارة بالترخيص في مختلف المسائل المتصلة بتنظيم الحريات العامة للحفاظ على النظام العام داخل الدولة. والترخيص يكون وفقاً للإجراءات القانونية مع تقدير الإدارة لصحة وتناسب الطلب مع الظروف والنتائج التي تنجم عنه.

إن المدلول القانوني للمسلطة التقديرية يكون من خلال عناصر القرار الإداري، فالقانون عند ما أجاز لها استعمال هذه السلطة لم يحدد لها كيفية التدخل، أو الوقت الذي تصدر فيه قرارها، أو الظروف والوقائع التي تكون سببا في اتخاذ القرار. ولكن على السلطة الإدارية أن تسعى من خلال سلطتها التقديرية على التأكد من وجود الوقائع المادية وصحة تكييفها القانوني وفقا للمفهوم الواسع للتشريع وما تقتضيه متطلبات المصلحة العامة.

ولذلك فإن للقاضي دور هام في رقابة العناصر الموضوعية للقرار الإداري، لأن ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية تتضح من خلال العناصر الموضوعية للقرار، وهي مرتبطة ببعضها البعض على عكس العناصر الشكلية التي يكون فيها اختصاص الإدارة بشكل واضح ومقيد، ولا يثير أي إشكال في مسألة الرقابة القضائية.

يقوم القاضي الإداري برقابة عنصر السبب لما له من أهمية على مدى شرعية القرار الإداري، وذلك من حيث الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفه القانوني. فالقاضي يتأكد أولا من صحة هذه الوقائع دون الاستناد إلى الوقائع المذكورة في القرار، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي كقاعدة عامة من خلال قراره في قضية Monod التي تبين من خلاله عدم صحة الوقائع التي كيفتها الإدارة في إصدار قرارها، المتضمن إحالة المدعي إلى الإحالة على التقاعد.

وتأتي في المرحلة الثانية مسألة التكييف القانوني للوقائع المادية، فعلى القاضي أن يراقب مدى شرعية هذا الإطار القانوني الذي تم من خلاله وصف هذه الوقائع. لأن الإدارة عند

مارستها لسلطتها التقديرية قد لا تقوم بتكييف هذه الوقائع بشكل سليم بحجة صلاحيتها في تقدير الوقائع، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير الصادر في قضية Gomel المتعلقة برقابة القاضي على صحة التكييف القانوني للوقائع المادية، حيث تضمن القرار أن التكييف الذي استندت إليه الإدارة غير سليم لعدم صحة الموقع الأثري الذي صدر على أساسه قرار رفض تسليم رخصة البناء.

إن رقابة القاضي على عنصر المحل أو موضوع القرار الإداري، تكون من خلال احترام السلطة الإدارية للنصوص القانونية والتنظيمية والمبادئ العامة للقانون. كما أن طبيعة هذه الرقابة تقوم على التناسب بين سبب القرار ومحلّه، لأن النص القانوني لما يميز للسلطة الإدارية اختيار العقوبة على الخطأ الذي ارتكبه الموظف، فإنه لا شك أن قصد المشرع من هذه الحرية هو اختيار العقوبة المناسبة مع جسامة الخطأ المرتكب، ولذلك يجب على القاضي مراعاة هذا المبدأ الحديث.

كما يمارس القاضي الإداري رقابته على الغاية التي تهدف إليها الإدارة، حيث تتمثل مظاهر السلطة التقديرية في اختيار الهدف المدرج ضمن إطار المصلحة العامة، لأن الغرض ليس مقيد ومحدد كما يعتقد البعض، إلا إذا كان مخصصاً من طرف المشرع وفقاً لقاعدة تخصيص الأهداف، وفي هذه الحالة لا يمكن القول بوجود السلطة التقديرية للإدارة لأنها تخضع للسلطة المقيدة. إن الرقابة القضائية على الغاية تثير العديد من الصعوبات، بسبب عدم

وجود معيار واضح لإثبات المصلحة العامة، كما أن التعسف في استعمال السلطة هو في حد ذاته عيب خفي ويصعب إثباته من طرف القاضي.

إن أصل رقابة القاضي على السلطة التقديرية هي رقابة ملاءمة، ولكن هذا لا يعني أنها رقابة مستقلة بل تدرج ضمن رقابة المشروعية، لأن الأصل هو تطبيق القانون بمفهومه الواسع فالقاضي لا يستند على النص القانوني لأن مصادر مبدأ المشروعية متعددة، فهذه المصادر كلها تهدف إلى مراعاة المصلحة العامة. ولهذا فإن طبيعة السلطة كانت مقيدة أو تقديرية فإنها مجرد وسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق غاية محددة لا يتم تحقيقها إلا باحترام مبدأ المشروعية.

لقد كان القاضي الإداري يمتنع في السابق عن رقابة السلطة التقديرية للإدارة، لأنه كان يلتزم بتطبيق النص الحرفي للقانون وبحجة عدم التدخل في سلطة الإدارة تطبيقاً لمبدأ سمو القانون والفصل بين السلطات. مما أدى بالإدارة إلى استغلال هذا الأمر وتجاوزها وتعسفها في استعمال سلطتها التقديرية أحياناً، وذلك بسبب الحرية التي منحها لها القانون وتحت ظل المصلحة العامة وبعيدا عن رقابة القاضي.

ولقد أدى هذا الأمر بمجلس الدولة الفرنسي إلى تغيير نظريته بشأن رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، وعمله على التطور والتدرج في ممارسته للرقابة القضائية، والحرص على ضمان تحقيق العدالة بين أطراف الدعوى نتيجة للامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد. ولقد قضى مجلس الدولة برقابته على أعمال السلطة التقديرية للإدارة من خلال

جميع العناصر الموضوعية للقرار الإداري، وإقراره بوسائل ونظريات قضائية حديثة في هذا المجال، ومن أهمها نظرية الخطأ الظاهر في التقدير والتي قضى بها في العديد من المجالات ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

أما القضاء المصري فلم يأخذ بنظرية الخطأ الظاهر في التقدير بل عمل بنظرية الغلو في المجال التأديبي قبل أن يقرر مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية. كما عمل بنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار في مجال نزع الملكية في العديد من القرارات القضائية التي تثبت مدى صحة المنفعة العمومية التي تصرح بها السلطة الإدارية.

إلا أن القضاء الإداري الجزائري لم يساير ويواكب التطورات القضائية الحديثة بل ظل يمارس أساليب الرقابة التقليدية، نتيجة للعديد من الأسباب والظروف السياسية والقانونية المتعلقة خصوصا بمدى استقلالية هذه السلطة ودورها في إرساء دولة القانون. وهذا لن يكون إلا من خلال الدور الذي يقوم به القاضي الإداري في تكريس مبدأ المشروعية على أعمال السلطة التقديرية للإدارة.

ولقد عمل القاضي الجزائري بالإشارة إلى النظريتين السابقتين ولكن بشكل محتشم وفي نطاق ضيق، نتيجة لعدم وجود قرارات قضائية تثبت مدى اهتمامه بالوسائل الحديثة في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة. ولذلك يستلزم على القاضي الإداري الجزائري أن يوسع من رقابته على العناصر الموضوعية للقرار الإداري في المسائل المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة من حيث تطبيقه المبادئ العامة للقانون، والتأكد من صحة الوقائع وسلامة تكييفها

القانوني خاصة، التعمق والتحقق من طبيعة الغاية مع أسباب صدور القرار وعلاقتها بسير المرفق العام. لأن هذه الوسائل القضائية المستحدثة لها دور هام في حماية الحقوق والحريات العامة.

# قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العربية

I-الكتب العامة

- 01- إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري، الدار الجامعية، بيروت 1983.
- 02- إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت 1996.
- 03- الهاشمي خرفي، الوظيفة العمومية على ضوي التشريعات والتشريعات الأجنبية، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 04- حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2011.
- 05- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2001.
- 06- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الطبعة، الثانية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 07- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، الطبعة، الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- 08- رأفت فود، مصادر المشروعية ومنحياتها، دار النهضة العربية، بيروت، 1994.
- 09- رمضان محمد بطيخ، أصول التنظيم الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 10- سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 11- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 12- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

- 13- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 14- سعاد الشرقاوي، المنازعات الإدارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- 15- سعيد الشتيوري، المساءلة التأديبية للموظف العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 16- سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، د.م.ج، الجزائر، 2010.
- 17- سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 2000.
- 18- سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الثاني، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 2000.
- 19- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، عين شمس، بيروت، الطبعة السادسة، 1991.
- 20- سليمان محمد الطماوي، القضاء التأديبي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- 21- سليم جديدي، سلطة تأديبية الموظف العام في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 22- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ط1، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963، ص.128.
- 23- عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1995.
- 24- عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 25- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

- 26- عبد الغني بسيوني عبد الله، التفويض في السلطة الإدارية، الدار الجامعية، بيروت، 1986.
- 27- عبد الغني بسيوني عبد الله، التنظيم الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 28- عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة ، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 29- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 30- علي حطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 31- علي حطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 32- علي حمود القيسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 33- عمار عوابدي النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998 .
- 34- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء 1، د.م.ج، الجزائر، 1998.
- 35- عمار بوضياف، القرار الإداري، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 36- عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
- 37- فؤاد العطار، القضاء الإداري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

- 38- فؤاد محمود معوض، تأديب الموظف العام في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 39- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 40- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 41- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.528.
- 42- محمد انس قاسم، مذكرات في الوظيفة العامة، ط2، د.م. ج، الجزائر، 1989.
- 43- محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، ط2، دار النهضة العربية، 1991.
- 44- محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 45- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- 46- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، م.ح.ح، بيروت، 2002.
- 47- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، طبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
- 48- محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1968.
- 49- محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 50- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

51- نواف كنعان ، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

## II-الكتب المتخصصة

01- أحمد أحمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

02- خالد سيد محمد حماد، حدود الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

03- رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

04- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية، دار النهضة العربية، مصر 1992.

05- عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، مصر، 1971.

06- مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.

07- محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة، 1974.

08- يعقوب يوسف الحمادي ، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2012.

## III-الرسائل والمذكرات

### أ-رسائل الدكتوراه

01- أحمد أحمد الموافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992.

02- أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة على أعمالها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1989.

- 03- بوزيان مكلكل، النظام القانوني للوظيفة العمومية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجيلالي الياابس، سيدي بلعباس، 2001-2002.
- 04- حاج غوثي قوسم ، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- 05- رضا عبد الله حجازي، الرقابة القضائية على ركن السبب في إجراءات الضبط الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2001.
- 06- سهام براهيم، رقابة القضاء على الإجراءات القبلية والبعدية لإثبات المنفعة العمومية دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015.
- 07- صالح دجال، حماية الحريات ودولة القانون، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، 2009-2010،
- 08- عبد الرحمان عزاوي ، الرخص الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر بن عكنون ، السنة الجامعية 2005-2006،
- 09- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2000.
- 10- عبد القادر غيتاوي، الضمانات التشريعية والقضائية لترع الملكية الخاصة للمنفعة العامة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 11- عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية عليها، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، 1970.
- 12- محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
- 13- محمد فريد سيد سليمان الزهري، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، 1989.

14- وديع البقالي، السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحقوق والحريات الفردية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، 2011-2012.

### ب- مذكرات الماجستير

01- خديجة مرابط، الرقابة القضائية على القرارات التأديبية الصادرة ضد الموظف العام، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011-2012.

02- سهيلة لباشيش، رقابة القاضي الإداري على إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ابن عكنون جامعة الجزائر، 2007-2008.

03- فاطمة الزهراء زموش، الضمانات القانونية في إطار نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011-2012.

04- مجدوب قوراري، سلطات الضبط في المجال الاقتصادي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2009-2010.

05- محمد خليفي، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2007-2008.

06- محمد مهدي لعلام، السلطة التأديبية بين الإدارة والقضاء دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2013-2014.

07- مصطفى مخاشف، مذكرة ماجستير، السلطة التقديرية في إصدار القرارات الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

09- منور كربعي، التفويض الإداري وتطبيقاته في الإدارة المركزية الجزائرية، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1985-1986.

10- نوال دايم، القرارات الإدارية الضمنية والرقابة القضائية عليها، مذكرة ماجستير، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2010-2011.

## IV- المقالات والتعليق

- 01- أحمد حافظ عطية نجم، السلطة التقديرية للإدارة ودعاوى الانحراف بالسلطة، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، القاهرة، السنة 24، 1982، العدد 02.
- 02- الحسن سيمو، القضاء الإداري المغربي ورقابة المشروعية والملاءمة، مجلة المحاكم المغربية، الدار البيضاء، 2000، العدد 82.
- 03- السيد محمد إبراهيم، رقابة القضاء الإداري على الوقائع في دعوى الإلغاء، مجلة العلوم الإدارية، السنة الخامسة، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، القاهرة، 1963، العدد 01.
- 04- العربي زروق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثير القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، 2006، العدد 08.
- 05- العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار) النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملاءمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، 2006، العدد 08.
- 06- النبية شيخي، آليات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة بين القضاء الإداري الجزائري والفقهاء الإسلاميين، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، 2009، العدد 05.
- 07- بلقاسم دايم، الرقابة القضائية على الملاءمة وأثرها على الحقوق والحريات العامة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008، العدد 06.
- 08- بوزيان مكلكل، الموظفون والإصلاحات الإدارية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2009، العدد 05.
- 09- عمر عبد الرحمان البوريني، عيب الانحراف بالسلطة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 31، 2007، العدد 04.
- 10- غناي رمضان، موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2005، العدد 06.

- 11- فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، 2002، العدد 02.
- 12- ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزوير الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 03.
- 13- محمد مصطفى حسن، المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، القاهرة، السنة 25، 1983، العدد 01.
- 14- محمد مصطفى حسن، الرقابة القضائية على حدود السلطة التقديرية للإدارة، مجلة العلوم الإدارية، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، القاهرة، السنة 22، 1980، العدد 01.
- 15- محمود حلمي، عيوب القرار الإداري، مجلة العلوم الإدارية، المعهد الدولي للعلوم الإدارية، السنة 12، 1970، العدد 02.
- 16- مراد بدران، ضوابط إنشاء القاضي الإداري للقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2010، العدد 10.
- 17- مصلح الصرايرة، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، دمشق، 2009، العدد 01.
- 18- مصطفى مخاشف، رقابة القضاء الإداري للقرار في مجاله التقديرية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2011، العدد 08.

#### ثانياً: المصادر

#### 1- الدستور

المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتضمن تعديل الدستور والمصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر. العدد 76 سنة 1996.

#### 2- النصوص القانونية

- القانون رقم 12/78 المؤرخ في 05/08/1978 المتضمن القانون الأساسي للعامل، ج.ر. العدد 32 سنة 1978.

- القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر العدد 08 سنة 1985 المعدل والمتمم.
- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير ، ج.ر العدد 52. سنة 1990 المعدل والمتمم.
- القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بترع الملكية للمنفعة العمومية، ج.ر العدد 21 سنة 1991 المتمم.
- القانون 19/91 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، ج.ر العدد 62 سنة 1991. المعدل والمتمم للقانون رقم 28/89 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989.
- القانون رقم 20/01 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتعلق بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة، ج.ر العدد 77 سنة 2001.
- القانون رقم 08/02 المؤرخ في 08 ماي 2002، والمتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتهيئتها، ج.ر العدد 34 سنة 2002.
- الأمر رقم 03/06 الصادر بتاريخ 2006/07/15 والمتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج.ر العدد 46 سنة 2006.
- القانون رقم 06/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة، ج.ر العدد 15 سنة 2006.
- القانون رقم 06/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، والمتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج.ر العدد 31 سنة 2007.
- القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر العدد 44 سنة 2008.
- القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008، الذي يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج.ر العدد 44 سنة 2008.
- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر العدد 37 سنة 2011.

-القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر العدد 1 سنة 2012.

### 3-النصوص التنظيمية

-المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985، المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لعمال ومؤسسات الإدارات العمومية المعدل، ج.ر العدد سنة 1985.

-المرسوم التنفيذي رقم 175/91 المؤرخ في 28 ماي 1991 الذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، ج.ر العدد 26 سنة 1991.

-المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991 المتعلق بكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج.ر العدد 26، سنة 1991.

-المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المؤرخ في 25 يناير 2015 المتعلق بكيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج.ر العدد 07 سنة 2015.

### 4-القرارات القضائية:

-قرار المجلس الأعلى 1982/11/27، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، 2013.

-قرار المجلس الأعلى 1984/12/29، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، 2013.

-قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى 1985/12/21، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، 2013.

-قرار المجلس الأعلى 1986/10/11، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، 2013.

-قرار المجلس الأعلى 1987 /04/ 18، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، 2013.

-قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا 1993/12/19، المجلة القضائية، العدد 03، 1994.

-قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا 1994/07/24، المجلة القضائية، العدد 03، 1994.

- قرار مجلس الدولة الجزائري 1998/07/27، مجلة مجلس الدولة، العدد 01 سنة 2002.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2000/02/28، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، منشورات كليك، 2013.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2001/01/08، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، منشورات كليك، 2013.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2002/01/28، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، منشورات كليك، 2013.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2002/02/18، مقتبس عن سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثالث، منشورات كليك، 2013.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2003/12/16، مجلة مجلس الدولة، العدد 05 سنة 2004.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2004/01/20، مجلة مجلس الدولة، العدد 05 سنة 2004.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2004/03/16، مجلة مجلس الدولة، العدد 05 سنة 2004.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2004/06/15، مجلة مجلس الدولة، العدد 05 سنة 2004.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2007/04/25، مجلة مجلس الدولة، العدد 09 سنة 2007.
- قرار مجلس الدولة الجزائري 2007/06/20، مجلة مجلس الدولة، العدد 09 سنة 2007.

### ثانيا- المراجع الأجنبية

- 01- André de LAUBADERE , Jean-Claude VENEZIA ,Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, tome1,E.J.A ,Paris ,1999.
- 02- André de LAUBADERE, Traité de droit administratif, 15<sup>ème</sup> édition, tome1, L.G.D.J, paris, 1999.

- 03- Bernard ASSO, Frédéric MONERA, Contentieux administratif, 1<sup>é</sup>, Studyrama, Paris, 2006.
- 04- Charles DEBBACH, contentieux administratif, 3<sup>eme</sup> édition, Dalloz, Paris, 1981.
- 05- Georges DUPUIS, Marie – José GUEDON , Patrice CHRETIEN, droit administratif, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2002
- 06- George VEDEL, droit administratif, P.U.F, Paris, 1973.
- 07- Gille LEBERTON, droit administratif général, 4<sup>é</sup>, Dalloz, Paris, 2007.
- 08- Gustave PEISER, Droit administratif, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1976.
- 09- Jaques CHEVALIER, L'État de droit, 2<sup>é</sup>, Montchrestien, Paris, 1994.
- 11-Jean Marie AUBY, Roland DRAGO, Traité des recours en matière administrative, 3<sup>eme</sup> édition, Litec, Paris, 1992 .
- 12- Jean RIVERO, Jean WALINE ,Droit administratif, Dalloz, Paris, 1992.
- 13-Jean-claude RICCI, Droit administratif, 3<sup>é</sup>, Hachette, Paris, 1996.
- 14- Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public,12<sup>e</sup>, Dalloz, Paris, 2002.
- 15- Marcel WALINE, précis de droit administratif, tome 2, Montchrestien, Paris, 1970.
- 16- Marie-Christine ROUAULT, Droit administratif, Gualino , Paris,2011.
- 17- Martine LOMBARD, Droit administratif,5<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris
- 18- Neville BROWN- Johns BELL, Jean-Michel GALABERT, french administrative law, 5<sup>é</sup>, O.U.P, U.K.G.B, 1998.

- 19- Pierre-Laurent FRIER, Précis de droit Administratif, 3<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2004.
- 20- Pierr PY, Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux, LGDJ, Paris, 1976.
- 21- René CHAPUS, Droit administratif général, tome 19<sup>éd</sup>, Montchrestien, Paris, 1995
- 22- Sofia RANCHORDAS, Boudewijn de WAARD, The judge and the proportionate use of discretion, 1<sup>é</sup>, Routledge, U.K.G.B, 2005.
- 23- Stéphane RIALS, le juge administratif et la technique du standard, L.G.D.J, Paris, 1980.
- 24- Xavier PHILIPPE, droit administratif général, 2<sup>é</sup>, L.U.A, Paris, 1999.
- 25- Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, 16<sup>ème</sup> édition, tome1, Paris, 2001.

الفهرس

## الفهرس

2	.....	مقدمة
16	.....	الباب الأول: ماهية السلطة التقديرية للإدارة
18	.....	الفصل الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة
19	.....	المبحث الأول: مضمون السلطة التقديرية للإدارة
20	.....	المطلب الأول: تعريف السلطة التقديرية للإدارة
21	.....	- الفرع الأول: المضمون القانوني للسلطة التقديرية للإدارة
22	.....	- الفرع الثاني: التعريف الفقهي للسلطة التقديرية للإدارة
22	.....	أولاً- الفقه الفرنسي
25	.....	ثانياً- الفقه المصري
30	.....	المطلب الثاني: أساس فكرة السلطة التقديرية للإدارة
31	.....	- الفرع الأول: فكرة الحقوق الشخصية
32	.....	أولاً- الفقيه بارتلمي: (Barthélmey)
34	.....	- الفرع الثاني: فكرة المشروع كأساس للسلطة التقديرية
35	.....	- الفرع الثالث: نظرية تدرج القواعد القانونية
36	.....	- الفرع الرابع: مبادئ المرفق العام
38	.....	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للسلطة التقديرية للإدارة
39	.....	المطلب الأول: مبررات السلطة التقديرية للإدارة
39	.....	- الفرع الأول: المبررات القانونية
43	.....	- الفرع الثاني: المبررات التنظيمية
46	.....	المطلب الثاني: خصائص السلطة التقديرية للإدارة
47	.....	- الفرع الأول: تمييز السلطة التقديرية للإدارة على السلطات العامة في الدولة

- أولاً- السلطة التأسيسية ..... 48
- ثانياً- السلطة التشريعية ..... 49
- ثالثاً- السلطة القضائية ..... 50
- الفرع الثاني: تمييز السلطة التقديرية عن الأعمال الإدارية ..... 52
- أولاً: تمييز السلطة التقديرية عن الاختصاص المقيد ..... 52
- I- الآراء الفقهية ..... 53
- II- أهم معايير التفرقة بين السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد ..... 59
- ثانياً: تمييز السلطة لتقديرية عن أعمال السيادة ..... 63
- ثالثاً : تمييز السلطة التقديرية عن الأعمال المادية ..... 68
- I- الإجراءات التنفيذية التي تتم تطبيقاً للقوانين والقرارات الإدارية ..... 69
- II- التدابير الداخلية والسلطة التقديرية للإدارة. .... 69
- الفرع الثالث: التمييز بين السلطة التقديرية وغيرها من امتيازات الإدارة. .... 71
- أولاً: حق التنفيذ المباشر ..... 71
- ثانياً: نزع الملكية للمنفعة العامة ..... 75
- الفصل الثاني: مظاهر السلطة التقديرية في القرار الإداري** ..... 81
- المبحث الأول: جوانب التقدير في عناصر القرار الإداري ..... 83
- المطلب الأول: العناصر الشكلية للقرار الإداري ..... 85
- الفرع الأول: الشكل والإجراءات ..... 85
- أولاً: شروط شرعية الشكل والإجراءات ..... 86
- ثانياً: مظاهر السلطة التقديرية بالنسبة للشكل والإجراءات ..... 89
- الفرع الثاني: الاختصاص في القرار الإداري ..... 93
- أولاً- جوانب التقدير في الاختصاص ..... 94

102	.....	ثانيا- الإنابة في القرار الإداري
105	.....	المطلب الثاني: جوانب التقدير في العناصر الموضوعية للقرار الإداري
106	.....	- الفرع الأول: محل القرار الإداري
106	.....	أولا- مشروعية المحل
108	.....	ثانيا- مظاهر السلطة التقديرية للإدارة في عنصر المحل
109	.....	- الفرع الثاني: سبب القرار الإداري
110	.....	أولا- عناصر السبب
112	.....	ثانيا- جوانب التقدير في عنصر السبب
114	.....	- الفرع الثالث: غاية القرار الإداري
114	.....	أولا- مفهوم عنصر الغاية في القرار الإداري
115	.....	ثانيا- جوانب التقدير في عنصر الغاية
118	.....	المبحث الثاني: أهم المجالات التي تمارس فيها الإدارة السلطة التقديرية
119	.....	المطلب الأول: صور السلطة التقديرية في الوظيفة العامة
121	.....	- الفرع الأول: سلطة تعيين وتقييم الموظفين
122	.....	أولا- تقييم أداء الموظفين
124	.....	ثانيا- السلطة التأديبية
133	.....	المطلب الثاني: مجال الضبط الإداري
134	.....	- الفرع الأول: أهداف الضبط الإداري
135	.....	أولا- النظام العام
138	.....	ثانيا- النظام العام المتخصص
143	.....	- الفرع الثاني: السلطة التقديرية وأعمال الضبط الإداري
144	.....	أولا- الحظر أو المنع

145	.....	ثانيا- الترخيص الإداري
148	.....	ثالثا- مظاهر السلطة التقديرية في أعمال الضبط الإداري
151	.....	الباب الثاني: رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة
152	.....	الفصل الأول: مظاهر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة
154	.....	المبحث الأول: الرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري
155	.....	المطلب الأول: الرقابة على الوقائع المادية
156	.....	- الفرع الأول: أهمية الرقابة على الوقائع المادية للقرار الإداري
158	.....	- الفرع الثاني: سلطة القاضي في التأكد من صحة الوقائع
158	.....	أولا- كيفية تأكد القاضي من صحة الوقائع المادية
160	.....	ثانيا- تطور رقابة القاضي الإداري على الوقائع المادية للقرار
162	.....	المطلب الثاني: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع
163	.....	- الفرع الأول: مفهوم التكييف القانوني
166	.....	- الفرع الثاني: دور القاضي في رقابة التكييف القانوني للواقعة
170	.....	المطلب الثالث: دور القاضي الإداري في تحديد سبب القرار
171	.....	- الفرع الأول: دور القاضي في حالة تعدد أسباب القرار
171	.....	أولا: سلطة القاضي في العمل بالسبب الصحيح
177	.....	- الفرع الثاني: سلطة القاضي في تصحيح الأسباب
177	.....	أولا: سلطة القاضي في تصحيح السبب بين الفقه والقضاء
178	.....	ثانيا: سلطة القاضي في إلزام الإدارة بالإفصاح عن السبب
180	.....	المبحث الثاني: الرقابة القضائية على المحل
181	.....	المطلب الأول: طبيعة السلطة التقديرية في محل القرار
182	.....	- الفرع الأول: سلطة الإدارة في التدخل

- 185 ..... - الفرع الثاني: علاقة المحل بالسبب
- 189 ..... المطلب الثاني: المبادئ القانونية العامة والسلطة التقديرية للإدارة
- 189 ..... - الفرع الأول: أهمية المبادئ القانونية
- 192 ..... - الفرع الثاني: دور القاضي في الرقابة على تطبيق أهم المبادئ العامة
- 192 ..... أولا- مبدأ استقلالية الدعوى العمومية عن الدعوى التأديبية
- 195 ..... ثانيا- مبدأ عدم جواز سحب القرارات الفردية
- 196 ..... ثالثا- مبدأ الفصل بين السلطات
- 198 ..... رابعا- مبدأ حجية الشيء المقضي به
- 200 ..... - الفرع الثالث: دور القاضي في رقابة مبدأ التناسب
- 200 ..... أولا- مبدأ التناسب
- 204 ..... I- مبدأ التناسب في القضاء الفرنسي
- 204 ..... II- تطبيقات القضاء المصري لمبدأ التناسب
- 206 ..... III- تطبيقا القضاء الجزائري لمبدأ التناسب
- 210 ..... المبحث الثالث: الرقابة القضائية على الغاية
- 211 ..... المطلب الأول: السلطة التقديرية وغيب الانحراف بالسلطة
- 212 ..... - الفرع الأول: تقدير المصلحة العامة
- 215 ..... - الفرع الثاني: القيود الواردة على المصلحة العامة
- 215 ..... أولا- استهداف المصلحة العامة
- 215 ..... ثانيا- احترام قاعدة تخصيص الأهداف
- 216 ..... ثالثا- احترام الإجراءات المقررة
- 217 ..... المطلب الثاني: دور القاضي في رقابة الانحراف في السلطة
- 217 ..... - الفرع الأول: أوجه الانحراف بالسلطة

219	- الفرع الثاني: صعوبة إثبات الانحراف بالسلطة .....
224	الفصل الثاني: الوسائل القضائية لرقابة السلطة التقديرية .....
226	المبحث الأول: نظرية الخطأ البين في التقدير .....
227	المطلب الأول: مفهوم نظرية الخطأ البين .....
228	- الفرع الأول: تعريف نظرية الخطأ البين .....
233	- الفرع الثاني: تطور نظرية الخطأ البين .....
233	أولاً- نشأة الخطأ البين .....
236	ثانياً- مراحل ظهور رقابة الخطأ البين .....
245	المطلب الثاني: معايير نظرية الخطأ البين وأهميتها .....
246	- الفرع الأول: معايير نظرية الخطأ البين .....
246	أولاً: المعيار اللغوي للخطأ البين .....
247	ثانياً: المعيار الموضوعي .....
250	- الفرع الثاني: أهمية الخطأ البين في الرقابة القضائية .....
250	أولاً- أسباب ظهور نظرية الخطأ البين .....
253	ثانياً- طبيعة الرقابة القضائية على نظرية الخطأ البين .....
257	المطلب الثالث: تطبيقات نظرية الخطأ البين في القضاء المقارن .....
258	- الفرع الأول: مجال الوظيفة العمومية .....
258	أولاً- القضاء الفرنسي .....
264	ثانياً- القضاء الجزائري .....
267	ثالثاً: تطبيقات القضاء المصري لنظرية الخطأ البين .....
279	رابعاً: تطبيقات نظرية خطأ البين في بعض الدول العربية .....
285	- الفرع الثاني: مجال الضبط الإداري .....

286	أولاً-القضاء الفرنسي
289	ثانياً-القضاء الجزائري
293	المبحث الثاني: نظرية الموازنة
294	المطلب الأول: مفهوم نظرية الموازنة
294	- الفرع الأول: نشأة وتطور نظرية الموازنة
297	- الفرع الثاني: رأي الفقه لهذه النظرية
305	- الفرع الثالث: معيار نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار
305	أولاً- المعيار الاقتصادي
306	ثانياً- معيار التكاليف المالية للعملية
307	ثالثاً- معيار حق الملكية الخاصة:
308	رابعاً- معيار الآثار الاجتماعية والبيئية المترتبة على القرار
308	- الفرع الرابع: العلاقة بين نظرية الخطأ الظاهر والموازنة بين المنافع والأضرار
311	المطلب الثاني: تطبيقات القضاء لنظرية الموازنة بين المنافع والأضرار
312	- الفرع الأول: تطبيقات القضاء الفرنسي
318	- الفرع الثاني: القضاء المصري
322	- الفرع الثالث: القضاء الجزائري
328	الخاتمة
337	قائمة المصادر والمراجع
352	الفهرس

ومن يؤت الحكمة  
فقد أوتي خيراً كثيراً

# الحكمة

مجلة دورية أكاديمية محكمة

تصدر عن مؤسسة كوكب الحكمة للنشر والتوزيع [elhikma\\_enslsh@yahoo.fr](mailto:elhikma_enslsh@yahoo.fr)

مجلة الحكمة للدراسات الفلسفية

العدد الثاني والثلاثون  
السداسي الثاني 2014



"التراث والتجديد" في انجاه فلسفة إسلامية جديدة

الدكتور جيلالي بوبكر-جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف الجزائر

العولة والتسطيح الثقافي

د عبد الرحمان بن شريط جامعة الجلفة

البوية الجزائرية والمنظومة التربوية... رهان وجود في زمن المواطن العالمي مقاربة

تحليلية .

د/قنيغة نورة -جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

الزواجب الدينية للفلسفة الغربية

حيدرة فتيحة-جامعة الجزائر 2.

طبيعة العمران عند ابن خلدون

د. ابراهيم بويحيوي-جامعة البليدة 2

نحو تأسيس علم اجتماع المرأة العربية

د. كلود عطية-الجامعة اللبنانية

لغة التواصل الثقافي.

أ/ سالم بن لباد-جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

الفن التشكيلي في مقاربة الفيلسوف موريس ميرلو-بونتي

د.ثريا الأبيش- جامعة الجزائر 2

الاتصال الثقافي والتحولت المجتمعية في ظل العولة..

حيدش سعد جامعة الجزائر 2.

ماهية الإرهاب (مقاربة مفاهيمية)

الدكتور: عبد اللطيف بوروي-جامعة قسنطينة 3 /الجزائر

أساليب التحري الخاصة في التشريع الجزائري.

رابح وهيبة -جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم.

- 197 قراءة في القانون الاساسي العام للجيش الفرنسي  
الاستاذ ابوالفضل محمد بهلول-جامعة معسكر
- 209 تفعيل المسؤولية الجنائية للحد من الجرائم البيئية في التشريعات العربية  
-دراسة مقارنة-  
الأستاذة براهيمى سهام /الأستاذة. خليفي محمد -المركز الجامعي بالنعامة-الجزائر-
- 225 المنهج الديكارتي وأثره على المعرفة البشرية  
حميدي لخضر - جامعة محمد بوضياف " المسيلة
- 244 فعالية المنظمات غير الحكومية بالمجتمع المدني وتأثيرها على التنمية الاجتماعية.  
الدكتور: إسماعيل ميوي/الأستاذة: أمينة بوعفان-جامعة الشيخ العربي التبسي -  
تبسه-
- 262 الأصول الإغريقية للفينومينولوجيا:هايدغر في مناظرة هوسرل  
-أحمد ماريش. جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم-
- 274 صعوبات تعلم الرياضيات:مقاربة نفس عصبية - معرفية  
(اقتراح برنامج عصبي معرفي لمعالجة هذه الصعوبات)  
محمد الأمين حجاج-جامعة الجزائر 2
- 291 تأثير المستوي المعيشي و وسائل الاعلام الاجنبية علي الشباب الرشي في اتخاذ قرار  
الهجرة غير الشرعية نحو اوروبا.  
أ - موالك أحسن جامعة الجزائر 2
- 03 La mondialisation culturelle, quel avenir pour le  
monde ? « Entre homogénéisation et hétérogénéisation  
culturelle »  
SAHNOUN Nasr-Eddine/Université de Nice Sophia  
Antipolis, laboratoire I3M

تفعيل المسؤولية الجنائية للحد من الجرائم البيئية في  
التشريعات العربية  
-دراسة مقارنة-

الأستاذ. خليفي محمد

أستاذة براهيم سيهام

[brahimi.sihem](mailto:brahimi.sihem)

قسم الحقوق-المركز الجامعي بالنعامة-الجزائر-

ملخص باللغة العربية :

تهدت الجرائم البيئية على اختلاف أنواعها ودرجاتها تهديد حياة البشرية  
من منظور اقتصادي والصناعي الذي تشهده مختلف دول العالم، إلا أن هذا  
الخطر لا زال يتزايد يوما وهو ما يتطلب تكاتف الجهود الدولية لحماية البيئة  
على المستوى الدولي والنصوص التشريعية الداخلية.

تتطلب الجرائم البيئية تدخلات الوقاية منها أولا من خلال التحسيس والتوعية  
من طرف الهيئات المختصة وكذلك وسائل الإعلام والمؤسسات التربوية والأسرة  
بمسئولية الجميع؛ كما يجب ردع هذه الجرائم من خلال عقوبات تتناسب مع  
خطورتها ولا يتم التساهل بشأنها حتى لا تستمر هذه الجرائم وذلك بالتدرج في  
تفعيل وتطبيقها، من أجل تفعيل المسؤولية الجنائية لمركبي هذه الجرائم دون  
التفريط في المسؤولية المدنية فقط حتى يتم تكريس حماية البيئة والحياة البشرية  
من تلوث البيئي.

الكلمات المفتاحية :

المسؤولية الجنائية-الجرائم البيئية- التشريعات العربية-التلوث البيئي.

ملخص باللغة الأجنبية :

Les crimes environnementaux sont devenus différents  
grades menacent la vie humaine comme un résultat  
développement économique et industriel des différents  
monde, mais c'est encore en augmente chaque jour, ce qui nécessite  
des efforts internationaux concertés visant à  
l'environnement à travers des conventions internationales.

les législatifs de l'Intérieur.

La lutte contre les crimes environnementaux exigent la prévention  
effectuée par la sensibilisation et la sensibilisation à la fois par la  
autorité compétente ainsi que les médias et les établissements  
d'enseignement et de la famille parce qu'ils ont tous la  
responsabilité, il doit empêcher ces crimes par des sanctions  
proportionnelles à la nature du crime est pas toléré, même ces  
crimes ne se poursuivent et que progressive et renforcé les  
sanctions pour activer la responsabilité pénale des auteurs de ces  
crimes sans responsabilité de limitation Aldnip seulement jusqu'à la  
conservation de la protection de l'environnement et la vie humaine  
contre les risques de pollution de l'environnement.

## مقدمة

إن حماية البيئة أمر ضروري وأساسي على المستوى الدولي والمحلي لأن  
الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان ومختلف الكائنات الحية فتجد  
البشرية معرضة للخطر والتهديد المتزايد والمتنامي بسبب الظروف الاقتصادية  
والاجتماعية التي نعيشها. وذلك نتيجة للتطور الصناعي من خلال استخدام  
المختلف للوسائل والألات المتعددة في المصانع الخاصة بالإنتاج والتصنيع  
المواد والمنتجات الاقتصادية وكذلك مختلف وسائل النقل البري والجوي والبحري  
ولذلك تسعى الجهود الدولية إلى محاربة كافة أنواع التلوث ومحاربة  
الحلول للحد من هذه الظاهرة الخطيرة من خلال إعادة تصنيع الوسائل والوسائل  
والألات التي تنبعث منها الغازات المضرة والملوثة للبيئة. ولذلك فقد عملت  
التشريعات على إقرار المسؤولية المدنية في بادئ الأمر وفقا لمبدأ الملوث يدفع  
ذلك لم يكن كافيا للحد من ظاهرة التلوث بل بقي التلوث البيئي يتزايد  
مستمر أدى إلى فرض المسؤولية الجزائية للحد من ظاهرة التلوث.

من خلال دراستنا لهذا الموضوع فإنه يؤثر مجموعة من الإشكالات ومن  
فيما تتمثل الطبيعة القانونية للجرائم البيئية ؟ أي مدى يمكن تقبل  
المسؤولية الجزائية في ظل غياب جزاءات رادعة تعمل على الحد من الجرائم  
؟ وهل تتناسب العقوبات الحالية مع طبيعة الجرائم البيئية ؟  
للإجابة على هذه التساؤلات قمنا بتقسيم البحث إلى قسمين مضمون  
البيئية في المبحث الأول و المدلول القانوني للمسؤولية الجنائية في المبحث الثاني

## مضمون الجرائم البيئية

التحديد المدلول القانوني للجرائم البيئية يتطلب منا معرفة مصطلح البيئة من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية للبيئة ومظاهر أو صورة الاعتداء على البيئة والتي تشمل في التلوث البيئي. إن للبيئة والتلوث عدة تعريفات سواء كانت فقهية

سريعة.  
يوما سوف نتطرق إليه في المطلب الأول مفهوم البيئة. أما المطلب الثاني فيتمثل في تعريف التلوث.

## مفهوم البيئة

البيئة معنيين أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى. فالأول مشتق من الفعل "بوي" بمعنى حل ونزل وأقام، ولقد تم ذكرها في القرآن الكريم قوله تعالى "فجعلكم خلفاء من بعد عاد، وبوأكم في الأرض تتخذون من سهولها قصورا وتتحتون من الجبال بيوتا، فاذكروا آلاء الله ولا تعثوا في الأرض مفسدين"<sup>1</sup>.  
والثاني معناه سبحانه وتعالى في قوله "والذين آمنوا وعملوا الصالحات لننبؤنهم من

## التعريف اللغوي والاصطلاحى للبيئة

من أول من صاغ كلمة Ecologic العالم هنري ثوردو إلا أنه لم يتطرق إلى تعريفها ومعناها وتسمى البيئة كذلك بـمكان الوجود والإقامة. حيث يعود أصل كلمة البيئة إلى اللغة اليونانية حيث كانت تسمى:

Oikos: وهو البيت

Logos: العلم الذي يهتم بالكائنات الحية<sup>2</sup>

أما التعريف الاصطلاحى للبيئة فهو الوسط أو المحيط الذي تعيش فيه الكائنات الحية، حيث تؤثر وتتأثر به بمختلف العوامل الطبيعية

والتي تصورها علم البيئة هو ذلك العلم الذي يدرس علاقة الكائنات الحية بالبيئة التي تعيش فيها فهو يهتم بالعوامل الطبيعية والطواهر الفيزيائية التي تؤثر على الحياة على الأرض والماء والهواء<sup>4</sup>.

وهناك من يعرفها على أنها الوسط أو المجال المكاني الذي يعيش فيه الإنسان ويمارس فيه حياته بوجود جميع العناصر المادية التي يحصل منها على غذائه وحياته وتشمل كذلك كل ما يتواجد بجانبه من كائنات<sup>5</sup>.

### التعريف التشريعي والفكري للبيئة

أما التعريف الدولي للبيئة فقد عرفها مؤتمر ستكهولم سنة 1972 حيث قال كل ما نخبرنا به حاسة السمع والبصر والشم واللمس والذوق سواء كان هذا من الطبيعة أو من صنع الإنسان<sup>6</sup>.

وعرفته المنظمة الدولية للمواصفات و المقاييس "إيزو" البيئة هي البيئة المحيطة بالمنظمة والتي تشمل الهواء الماء التربة الموارد الطبيعية النبات والحيوان الإنسان وتداخلات جميع هذه العناصر وتمتد إلى الأوساط المحيطة من المحيط إلى النظام العالمي<sup>7</sup>.

بالنسبة للتعريف التشريعي فقد عرفها المشرع الجزائري من حيث هو البيئة حيث اعتبر البيئة مكونة من الموارد الطبيعية الحيوية واللاحيوية كالهواء واليابس والأرض وياطن الأرض والنبات والحيوان بما في ذلك التراث الوراثي وأشكال الحياة بين هذه الموارد وكذا الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية<sup>8</sup>.

عرفها المشرع التونسي أنها العالم المادي بما فيه من البحر واليابس الجوفية والسطحية والأودية والبحيرات السابقة والسبخة وما تشتمل عليه والمساحات والمناظر الطبيعية والمواقع المتميزة ومختلف أصناف الحيوانات النباتية وبصفة عامة كل ما يشمل التراث الوطني<sup>9</sup>.

أما المشرع المغربي فقد عرف البيئة على أنها مجموعة العناصر الطبيعية والمنشآت البشرية وكذا العوامل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تتكامل وتتواجد الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية وتساعد على تطورها<sup>10</sup>.

في حين عرفها المشرع المصري على أن البيئة هي المحيط الحيوي الذي يشمل الكائنات الحية وما يحتويه من مواد وما يحيط بها من هواء وماء وتربة ويقيمه الإنسان من منشآت<sup>11</sup>.

ويرى المشرع الكويتي أنها المحيط الجوي الذي يشمل الكائنات الحية والنبات وحيوان وتربة وكل ما يحيط به من هواء وماء وتربة وما يحتويه من

سواء في سائلة أو غازية أو إشعاعات والمنشآت الثابتة والمتحركة التي يقيمها

كما أن تعاريف الفقهاء اختلفت وتعددت إلا أنها اشتركت في نقاط معينة  
منها أن البيئة هي كل ما يحيط بالإنسان من ظروف ومتغيرات ، وهناك  
مجموعة الظروف والعوامل الخارجية التي تعيش فيها الكائنات الحية  
والتي العمليات الحيوية التي تقوم بها<sup>13</sup>.

إن فالبيئة هي ذلك الوسط أو المحيط الذي تعيش فيه مختلف الكائنات  
وتتكون من العناصر الطبيعية المتمثلة في التربة والماء والهواء وكذلك  
العنصر المضافة الناتجة عن النشاط الإنساني والمتمثلة في المنشآت الصناعية.

#### مفهوم التلوث البيئي

الاعتداء على البيئة أو المساس بها يشكل ما يسمى بالتلوث البيئي. ولهذا  
معنى معاني منها اللغوي والاصطلاحي وكذلك التعريف الدولي والتشريعي.  
تختلف القوانين والتشريعات العربية وذلك لتحديد الاختلاف فيما  
بينها وسوف نبينه في الفروع التالية .

#### التعريف اللغوي والاصطلاحي للتلوث

يشمل المعنى اللغوي على أنه الحلي واللي والنشر والجراحات والمطالبات  
وتصريح اللقمة والتلطيخ من قولهم لوثه في التراب أي لطحه<sup>14</sup>. والتلوث لغة  
معنى أحدهما مادي والآخر معنوي<sup>15</sup> المعنى المادي وهو اختلاط شيء غريب من  
المادة بالمادة، مما يؤثر عليها ويفسدها. كتلوث الماء لما يختلط بالطين.

أما المعنى المعنوي فيقصد به التغيير الذي ينتاب النفس فيكدرها، أو الفكر  
أو الروح فيضرها، فهذا التغيير يكون دائما للأسوء، أو يكون تغييرا من  
جيد إلى ما.

كما يعرف التلوث على أنه التلطيخ والتكدير بمعنى تغيير الحالة الطبيعية  
لشيء خطئها بما ليس هو من ماهيتها أي بعناصر غريبة عنها فيغيرها ويعوقها عن  
وظيفتها أو مهمتها المعدة لها<sup>16</sup>.

أما التعريف الاصطلاحي فيقصد به كل تغيير كمي أو كيميائي في مكونات  
البيئة وغير الحية، بحيث لا تقدر الأنظمة البيئية على استيعابها دون أن يختل  
وجود أية مادة أو طاقة في غير مكانها وزمانها وكميتها المناسبة<sup>17</sup>.

التلوث البيئي هو الاختلال في التوازن الطبيعي والأزلي بين عناصر البيئة الطبيعية الناجم عن نشاط الإنسان. كما يعرف بأنه ذلك التغيير السلبي الذي يحدث على العناصر الحية وغير الحية للبيئة مما يؤدي إلى المساس بصحتها ووظيفتها وممارستها لوظائفها الطبيعية<sup>18</sup>.

فلقد اتفق علماء البيئة على أن التلوث هو كل ما يؤثر في جميع عناصر البيئة بما فيها من نبات وحيوان وإنسان. وكذلك كل ما يؤثر في تركيب الغلاف الجوي الطبيعية غير الحية مثل الهواء والتربة والبحيرات والبحار<sup>19</sup>. فالتلوث في مدلوله أضيق نطاقا عن الإضرار بالبيئة، لأن التلوث هو التغيير غير المرغوب فيه مما ينتج عنه ضرر ب حياة الإنسان أو غيره من الكائنات الحية. أن الإضرار بالبيئة قد يحدث دون وجود تلوث كالروائح الكريهة والضوضاء والظلال. أن اغلب التشريعات الخاصة بحماية البيئة لم تقتصر على عنصر التلوث بل شملت جميع جوانب الإضرار البيئي ووسعت من مدلول التلوث<sup>20</sup>.

#### التعريف التشريعي للتلوث

التعريف الدولي للتلوث فقد جاء في تقرير للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عام 1965 حول تلوث الوسط والتدبير المتخذة لمكافحة التلوث " هو التغيير الذي يحدث بفعل التأثير المباشر وغير المباشر للأنشطة الصناعية أو الأنشطة التي كانت من المستطاع القيام بها في الحالات الطبيعية لذلك البلد وعرفته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية على أن التلوث هو كل ما يضر الإنسان بطريق مباشر أو غير مباشر بإضافة موارد أو طاقة إلى البيئة، قد يكون عليه أضراراً يمكن أن تعرض صحة الإنسان إلى الخطر<sup>22</sup>.

أما بالنسبة للتعريف التشريعي للتلوث فلقد عرفه المشرع الجزائري على أنه كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة يتسبب فيه كل فعل يحدث أو قد يحدث وضعية مضرّة بصحة الإنسان والنبات والحيوان والهواء والجو والماء والتربة والممتلكات الجماعية والفردية<sup>23</sup>.

وعرفه المشرع المغربي على أنه " كل تأثير أو تغيير مباشر أو غير مباشر ينتج عن أي عمل أو نشاط بشري أو عامل طبيعي من شأنه أن يلحق ضرراً بالبيئة والنظافة العمومية وأمن وراحة الأفراد، أو بشكل خطراً على الوسط البيئي والممتلكات والقيم وعلى الاستعمالات المشروعة للبيئة<sup>24</sup>".

على غرار التعريفات السابقة عرفه المشرع المصري على أنه " كل تغيير في  
حوض البيئة يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بصحة الإنسان والتأثير  
على ممارسته لحياته الطبيعية، أو الإضرار بالموائل الطبيعية أو الكائنات الحية أو  
البيئة البيولوجية".<sup>25</sup>

### الأحكام العامة للجرائم البيئية

تتضمن جرائم المساس بالبيئة اعتداء على العناصر الأساسية التي تكون  
النظام البيئي الذي يعيش فيه الكائنات الحية وتتميز جرائم المساس بالبيئة عن  
جرائم أخرى من جرائم تقليدية فهي ذات خطورة و جسامه واضحه اذ تقع على عدد غير  
محدد من المجنى عليهم وقد تصيب قطاعا واسعا من البشر لا يمكن حصرهم أو  
حسابهم كما أن تأثيرها لا يقتصر على الجيل الحاضر فحسب بل يمتد إلى الأجيال  
القادمة ولا يقتصر هذا التأثير الضار على مكان ارتكابها فحسب بل يتعدى إلى أماكن  
بعض أخرى .

### أركان الجريمة البيئية

إذا كنا قد أشرنا فيما سبق إلى صعوبة تحديد مدلول البيئة ، فإن ذلك قد  
يؤثر على صعوبة مماثلة بالنسبة للجرائم التي تمس هذه البيئة ، ومن جهة أخرى  
تتعلق صعوبة تحديد مدلول التلوث قد أفضى كذلك إلى صعوبة تتصل بتحديد أركان  
جرائم البيئة كغيرها من الجرائم تمس بصحة وسلامة المجتمع فهي تتطلب وجود  
الركن المادي والمعنوي المادي في جرائم الاعتداء  
على البيئة

### الركن الشرعي

يعتل الركن الشرعي الصفة غير المشروعة للفعل وفقا لنص التجريم، لأن  
الركن الشرعي هو مصدر الأفعال المجرمة من خلال تكييفها وتحديد طبيعتها، يتضمن  
الركن الشرعي عنصرين أساسيين هما خضوع الفعل لنص التجريم، وعدم وجود سبب  
مجازي للإباحة.

لا يعني أن خضوع الفعل لنص التجريم يتحدد في قانون العقوبات فقط  
بل يتعدى إلى بقية القوانين الواسع للقانون أي يمكن أن ترد الأفعال المجرمة  
في قوانين خاصة ومكملة لقانون العقوبات.

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو مبدأ أصولي في القانون نصت عليه  
الدساتير المتعاقبة وقد يبدو لأول وهلة أن تطبيق هذا المبدأ ليس له خصوصية  
في جرائم المساس بالبيئة، فتصوص تجريم هذه الجرائم شأنها شأن كافة التصرفات  
الأخرى تسري عليها ذات القواعد، وتخضع لذات الأحكام.<sup>26</sup>

غير أن هذه النظرة غير صحيحة فتطبيق مبدأ شرعية لجرائم والتجريم  
يتسم بخصوصية في جرائم البيئة فمن ناحية أولى، فإن قانون البيئة يحيل في عدد  
كبير من نصوص التجريم إلى اللائحة التنفيذية، ومن ناحية ثانية فإن قانون البيئة  
بمحتل في نصوص التجريم على الاتفاقيات الدولية التي انضمت مصر إليها، وقد  
أصبحت نصوص هذه الاتفاقيات جزءاً من نصوص التجريم، وهو ما يثير التساؤل  
عن اتفاق هذه الخطة التشريعية مع مبدأ الشرعية. ومن ناحية ثالثة فإن عدد  
من نصوص التجريم في قانون البيئة اتسم باتساع ومرونة كبيرة في تحييدها على  
المادي، وخرجت بعض هذه النصوص على الأصول المقررة في التجريم وسوف نرى  
فيما يلي هذه المسائل الثلاثة.<sup>27</sup>

### الركن المادي في جرائم البيئة

يقصد بالفعل بصفة عامة السلوك الإجرامي أي التصرف الإرادي الذي  
يصدر عن الجاني في ظروف معينة ابتغاء غاية إجرامية، والفعل محل التجريم هو  
حقيقة الأمر واقعة مادية ظهرت إلى العالم الخارجي والسلوك الإجرامي  
إيجابي يتمثل في حركة، وسلي يتمثل في امتناع.

السلوك الإجرامي نوعان أحدهما إيجابي يتمثل في حركة عضوية  
ومن ثم هذا الفعل

يقوم على عنصرين الأول حركة عضوية، والثاني هو الصفة الإرادية  
والحركة العضوية تعني كل ما يتخذها الجاني من حركات لأعضائه  
يريد بها تحقيق نتيجة معينة مثلاً: القيام برمي النفايات أو أي مواد ملوثة كيميائية  
البيئي، أو تصريف مخلفات تصنيع في مياه الأنهار إن السلوك الإيجابي له عنصر  
يتحقق بها التلوث البيئي فقد يأخذ شكل الانبعاث جرائم المساس بالبيئة  
الهوائية، وقد يأخذ صورة التصريف من خلال إلقاء مواد خطرة أو نفايات في المياه  
المائية.<sup>28</sup>

الفعل السلبي إذا كان الفعل الإيجابي لا يثير إشكال في تحقق الركن المادي  
لجرائم التلوث البيئي . يتمثل السلوك السلبي في الامتناع عن إتيان الفعل يلزم به  
المتهم حيث نجد أن الامتناع يكون في الجرائم غير عمدية على سبيل مثال نجد أن  
الالتزام ملكي المنشآت المصنفة باتخاذ احتياطات و التدابير اللازمة بعدم  
تسرب الغازات الملوثة للبيئة تتجاوز بالحد المسموح به القانون و  
تلك حالة الامتناع بعدم استعمال أجهزة تضمن عدم تلوث البيئة الهوائية .  
يترتب عن السلوك الإجرامي أثر يؤدي إلى تغيير في العالم الخارجي . و  
السلوك مادي و قانوني يحدده النص القانوني بشرط أن لا يكون هذا  
سلوك من الأفعال المبررة، حيث يتمثل المدلول المادي للنتيجة في الجرائم البيئية  
بغير الأوضاع الخارجية للمجال البيئي بعد ارتكاب السلوك الإجرامي أن أهمية  
النتيجة لها دور هام في تحديد العقوبة و شرط أساسي لإتمام

السلوك المادي المدلول القانوني للنتيجة في جرائم البيئة يتمثل في الاعتداء على الحق  
المسحوق الذي يحميها الشارع . و تتحقق في إحدى صورتين الأولى هي الأضرار  
المسحوق المحمية سواء عن طريق تعطيلها كلية أو إنقاصها، والثانية هي مجرد  
مسحوق هذا الحق أو المسحوق للخطر. و في بعض الصور قد يتطلب الشارع في  
السلوك المادي بالبيئة أن يترتب عليها ضرر معين : بينما يكتفي في الكثير من الصور  
بتحديد السلوك بالخطر للبيئة<sup>30</sup>.

### المسؤولية الجزائية للجرائم البيئية

إن الجرائم البيئية تمس بالصحة والسلامة العمومية وبعد توافر جميع  
الركن الشرعي والمادي والمعنوي، فإنه يترتب على الجاني تحمل  
مسؤولية المجرم. إن المسؤولية الجزائية تطورت مع تطور المجتمعات القديمة .  
في مختلف الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية كما كان لدور  
السلوك ومختلف دور كبير في تكثيف الجريمة وتحديد المسؤولية وأسبابها،  
بعد تطور مفهوم دولة القانون وأصبحت المسؤولية الجنائية على صلة أو علاقة  
بالتقنين والدولة من حيث توقيع العقوبة أو الجزاء.

## تطور المسؤولية الجزائية

لقد كانت المسؤولية الجزائية منذ القدم إلا أنها كانت مبنية على موضوعي وتسمى بالمسؤولية الموضوعية وهو ما نادى به المدرسة التقليدية كانت تقوم هذه المسؤولية على أساس وجود الفاعل المرتكب للفعل التحريمي مراعاة للظروف الشخصية للجاني من حيث الأهلية الجنائية أو حرية ارتكاب الجريمة ولقد كان الركن المعنوي أو الجانب الشخصي مهملًا تمامًا في المسؤولية الجزائية.

وبعد تطور المجتمعات إلى نظام العشائر والقبائل بحكم الطبيعة الاجتماعية والاقتصادية والروابط العائلية والأسرية ظهر بما يسمى فكرة المسؤولية الجماعية، أي مسؤولية الأسرة بأكملها أو العشيرة حيث كانت الجماعة تتحمل من حيث تحمل المسؤولية.

ولم تكن لتستمر فكرة المسؤولية الموضوعية مدى الأزمنة وتلك هي الدولة وتدخلها لإقامة العدل بين أفراد المجتمع وتمنع فكرة الانتقام بين القبائل والعشائر، كما كان لمختلف الديانات تأثير على مفهوم المسؤولية الجزائية حيث جاءت المسيحية بفكرة الخطيئة كأساس لترتيب المسؤولية الجزائية مع تلك من نيته في إلحاق الضرر بالغير وبهذا تكون المسيحية قد اهتمت بالركن المعنوي للجريمة وحلت الخطيئة الدينية محل الخطأ<sup>31</sup>.

وبعدها ظهر الإسلام ليضع أسس المسؤولية الجزائية التي تقوم على البلوغ وحرية الاختيار ليتحمل الشخص تبعه عمله فلا يثبت التكليف إلا بعد لقفع الذي أوتي عقلاً سليماً والبالغ ويسقط الإثم في حالة الخطأ والنسيان والإكراه. ولقوله عليه الصلاة والتسليم " رفع القلم عن ثلاث عن الصغير يحتلم، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق."

كما اهتمت الشريعة الإسلامية بمراعاة الجانب النفسي والتمييز بين الركن المعنوي في حالة القصد والخطأ وذلك من خلال التفرقة بينهما في العقوبة. وبعدها ظهرت المدارس الفقهية حيث قامت المدرسة التقليدية على العدالة اللامية عن العدالة الإنسانية واعتبرت المسؤولية الجزائية أنها أساس أخلاقية أو أدبية، كون الإنسان مخير بين طريقتين وهما الخير والشر والاختيار هي أساس المسؤولية الجنائية.

إلا أن المدرسة الوضعية انتقدت المدرسة التقليدية التي تعتبر المسؤولية  
التي هي أنها مسؤولية أدبية أو أخلاقية القائمة على أساس حرية الإختيار. معتبرة  
أن المسؤولية الجزائية هي مسؤولية اجتماعية تقوم على أساس الخطورة الإجرامية  
التي بمجرد توافر الرابطة السببية بين الفعل والفاعل شرط إثبات خطورة  
الفعل على المجتمع والتي تستوجب التدخل لمنع الإجرام<sup>32</sup>.

وأمام هذه المواقف الفقهية المتعارضة بشأن أسس المسؤولية الجزائية  
للمدرسة الوسطية لتجنب الخلاف بين المدرسة التقليدية والوضعية وذلك من  
خلال الجمع بين الأساسين أي حرية الإختيار والخطورة الإجرامية.

كما أن تطور المسؤولية الجنائية على المستوى التشريعي فإن الإتعاد  
على لقانون العقوبات لم يأت بأساس جديد بل أخذ بنفس الأسس التي قامت  
على النظرية الوسطية. حيث أنه لم يرفض فكرة الإرادة الحرة ولا فكرة الخطورة  
الجزائية.

إن الانجاه الغالب في الفكر والتشريع الجنائي يركز على الأساس الذي جاءت  
منه المدرسة التقليدية كون الإرادة الحرة لها دور في ترتيب المسؤولية الجزائية. في  
حين لم يتم تجاهل أساس المدرسة الوضعية المتمثل في الخطورة الإجرامية لأن  
مع التشريعات عملت على الأخذ بالتدابير الاحترازية أو ما تسمى بتدابير الأمن  
التي هي الخطورة التي قد يمارسها الفاعل في جرائم أخرى مستقبلياً. فالمشرع بشكل  
مختلف القوانين الجنائية المعاصرة يدرك أن قيام المسؤولية الجزائية  
على سلامة وحرية الفاعل في ارتكاب الجريمة<sup>33</sup>.

لقد ركزت مختلف التشريعات الجنائية على إتباع النهج المخالف لإثبات  
مسئولية الجزائية وذلك من خلال التطرق إلى موانع المسؤولية. وهو  
الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المواد 47 إلى 49 من قانون العقوبات

### سدى فاعلية العقوبات الجنائية في التشريعات العربية

إن الجزاء الجنائي أو العقوبة مقرر لمصلحة المجتمع لأن الغاية منه هو  
منع الجريمة حيث أن القاعدة الجنائية تهدف إلى تحقيق الردع العام وذلك من  
خلال تحويرها وتهديدها لجميع أفراد المجتمع بتوقيع العقوبة في حالة ارتكاب

الجريمة، ومن ناحية أخرى تهدف كذلك إلى تحقيق الردع الخاص ويكون ذلك من ارتكاب الجريمة من خلا إنزال وتوقيع العقوبة<sup>34</sup>.

والعقوبات الأصلية متنوعة، وهي تختلف فيما بينها من حيث الطبيعة من حيث الأحكام التي تخضع لها، فثمة عقوبة العقوبة الأصلية هي الجزاء القسري للجريمة التي يقرها القانون، وتكفي بذاتها في أغلب الأحوال لتحقيق الردع المنشودة من العقوبة. يحكم بها القاضي تمس حق الحياة وهي العقوبات التي بالنفس محدداً نوعها ومقدارها في نطاق ما هو منصوص عليه قانوناً، وعقوبات تمس الحق في الحرية وهي العقوبات السالبة للحرية، وثمة عقوبات تمس النعمة التي وهي العقوبات المالية<sup>35</sup>.

تعتبر الوسائل القانونية من أهم وأكثر الوسائل حماية للبيئة انتشاراً وعملاً في غالبية دول العالم. لأن هذه الوسائل تحد من التلوث الناتج عن أنشطة الإنسان مختلف أنواع التلوث، باعتبار أن القانون يكفل حماية متميزة للبيئة.

فنظام العقوبات يهدف إلى تفعيل الأهداف النوعية البيئية التي ترصد السلطات العمومية يمكن أن تفرض على الأنشطة الإنتاجية سقفاً للتلوث أو تفرض اعتماد أنظمة إنتاج غير ملوثة لكي يكون احترام هذه القواعد فعالاً يحض على رقابة صارمة، و في حالة اختراق القانون تسلط عقوبات جارية من المحاييلين.

وهناك أربعة أنواع من المعايير ويمكن أن نذكرها على التوالي:

-معايير النوعية البيئية : تضع هذه المعايير الأهداف النوعية العامة التي تحقيقها بناء على قدرات الوسط.

-معايير الانبعاثات : تحدد هذه المعايير الكمية القصوى المسموح للتلوث الملوثة في مكان معين مثلاً حد إصدار الضجيج من قبل السيارات.

-معايير خاصة بالمنتوج : توضح هذه المعايير الخصائص المميزة. مثلثلاثة في الرصاص في البترين.

-معايير خاصة بالطريقة : تحدد هذه المعايير الطرق التقنية للإنتاج الواسع استعمالها والنهجيات المقاومة للتلوث الواجب تنصيبها<sup>36</sup>.

وباستقراء التشريعات البيئية العربية على سبيل المثال من حيث العقوبات نجد أن قانون حماية البيئة الإماراتي قد أخذ بعقوبة الإعدام في حق

طبيعي أو معنوي يستورد أو يجلب مواد أو نفايات نووية أو نفايات خطيرة، أو  
حرقها أو إغراقها أو تخزينه، أو يتخلص منها بأية صورة في بيئة الدولة. كما أنه  
يجب ما يمنع في النظام العام للبيئة في المملكة العربية السعودية من الأخذ بهذه  
التدابير متى تبين للجهات المعنية أن إدخال النفايات الخطرة أو السامة أو  
الخطيرة، أو محاولة إدخالها إلى أراضي المملكة أو مياهاها الإقليمية أو المنطقة  
البحرية الخاصة<sup>37</sup>.

وقد جمع المشرع المصري بين عقوبة السجن والغرامة. كما نصت على ذلك  
المادة 28 من قانون حماية البيئة المصري: يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن خمس  
سنوات وغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على أربعين ألف جنيه كل من  
انتهك أحكام المواد من هذا القانون. كما يلزم كل من خالف أحكام المواد بإعادة  
تأهيل النفايات الخطرة محل الجريمة على نفقته الخاصة<sup>38</sup>.

أما المشرع الجزائري في نص المادة 99 من قانون حماية البيئة في إطار  
النسبة المستدامة من خلال مضمونها أنه في حالة إلحاق الضرر بشخص أو  
تسبب الحريق أو بالمنشآت يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة  
تتراوح بين مائة دينار إلى عشرة ملايين دينار في حالة عدم قيام ريان السفينة بتبليغ  
سلطات المعنية عن كل حادث ملاحى من شأنه أن يهدد بتلوث البيئة.

وقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 93 من قانون حماية البيئة في إطار  
النسبة المستدامة بمنح للقاضي السلطة التقديرية الاختبارية بعقوبة الحبس من  
سنة إلى خمس سنوات والغرامة من مليون دينار إلى عشرة ملايين دينار عند قيام  
بالتلوث أو التسبب بصب المحروقات في مياه البحر الإقليمية.

أما بالنسبة للعقوبة السالبة للحرية هي السجن أو الحبس. حيث تعد العقوبة  
السالبة للحرية من أهم العقوبات المجدية والمؤثرة في حماية البيئة لذلك تم النص  
في هذه العقوبة في التشريعات البيئية العربية كلها وتفاوتت مدة العقوبة السالبة  
لحرية الحكوم بها تبعاً لجسامته الاعتداء أو الضرر المرتكب ضد البيئة ويجوز الحكم  
بها وهذا ما نصت عليه معظم قوانين حماية البيئة العربية وتتيح للقاضي مهمة  
تقدير العقوبة الملائمة في ضوء ظروف الجريمة<sup>39</sup>.

## خاتمة

إن الاهتمام بحماية البيئة كان نتيجة لمخاطر التلوث البيئي الذي أصبح يهدد حياة البشرية بشكل متفاقم وخطير وهو ما تسبب في انتشار أمراض مختلفة وظهور أصناف جديدة من الجراثيم، وما تسببت فيه الثورة الصناعية من تزايد استخدام المواد الملوثة سواء كانت خاصة بالتلوث الجوي أو البحري مما أضر بالموارد الحيوانية والنباتية بشكل مباشر كالمبيدات والأسمدة الكيماوية أو غير ذلك من خلال النفايات الغازات وكذلك استعمال مختلف أنواع الأسلحة في الصراع المسلح.

إن حماية البيئة مسؤولية الجميع فيجب أن تكون هذه الحماية قسرية وراعية للحد من مختلف الجرائم البيئية لأنها تمس صحة وسلامة المجتمع بأسره فيجب تجريم مختلف الأفعال مهما كانت نسبتها ولا يمكن الاكتفاء بالالتصدي على التعويض المادي لأن التلوث لا يمكن اعتباره مجرد خطأ يمس بحق شخصي.

من خلال هذه العقوبات نجد أن أغلب التشريعات لم تعمل على تشديد العقوبات السالبة للحرية مع منح القاضي السلطة التقديرية بين الحبس والغرامة الأمر الذي أدى إلى التهاون وعدم اتخاذ الاحتياطات والتدابير الوقائية اللازمة لتفعيل المسؤولية الجزائية.

## قائمة الهوامش:

- 1 سورة الأعراف، الآية رقم 74.
- 2 سورة العنكبوت الآية 85.
- 3 برني لطيفة، دور الإدارة البيئية في تحقيق مزايا تنافسية للمؤسسة الصناعية، مذكرة ماجستير سنة 2006/2007، جامعة بسكرة، ص 05.
- 4 محمد المدني بوساق، الجزاءات الجنائية لحماية البيئة في الشريعة والنظم المعاصرة، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 16 ع 31، المملكة العربية السعودية، ص 174.
- 5 ماجد راجب الجلو، قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 39.
- 6 كمال زريق، دور الدولة في حماية البيئة، جامعة البليدة، مجلة الباحث، ع 05 / 2007، ص 96.
- 7 برني لطيفة، المرجع السابق، ص 05.
- 8 المادة رقم 01 من قانون رقم 10\_03 الموافق ل 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج. ر. ع 43.
- 9 نور الدين حمشة، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.



36 كمال زريق. المرجع السابق. ص. 98.

37 علي عدنان الفيل. المرجع السابق. ص. 114.

38 أشرف توفيق شمس الدين. المرجع السابق. ص. 99.

39 علي عدنان الفيل. المرجع السابق. ص. 115.

### قائمة المراجع:

#### أولاً: القوانين

- قانون رقم 10\_03 الموافق ل 19 يوليو 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة  
الجريدة الرسمية العدد 43.

- قانون رقم 11\_03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة للمملكة العربية  
الجريدة الرسمية العدد 5118.

#### ثانياً: الكتب

- أشرف توفيق شمس الدين. الحماية الجنائية للبيئة. الطبعة الثانية. دار النهضة العربية  
القاهرة. 2002.

- عبد الله سليمان. شرح قانون العقوبات الجزائري. الجزء الأول. ديوان المطبوعات العلمية  
1995.

- عبد الله سليمان. شرح قانون العقوبات الجزائري. الجزء الثاني. ديوان المطبوعات العلمية  
1995.

- ماجد راغب الحلو. قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة. منشأة المعارف. الإسكندرية 2002.

#### ثالثاً: المذكرات والمقالات

- برني لطيفة. دور الإدارة البيئية في تحقيق مزايا تنافسية للمؤسسة الصناعية. مذكرة  
ماجستير. جامعة بسكرة. سنة 2006/2007.

- نور الدين حمشة. الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون  
مذكرة ماجستير. جامعة بانه. سنة 2005/2006.

- محمد المدني بوساق. الجزاءات الجنائية لحماية البيئة في الشريعة والنظم المعاصرة. مجلة  
العربية للدراسات الأمنية. المجلد 16 العدد 31. المملكة العربية السعودية.

- كمال زريق. دور الدولة في حماية البيئة. مجلة الباحث. العدد 05 - 2007.

- علي عدنان الفيل. علي عدنان الفيل. دراسة مقارنة للتشريعات العربية الجزائرية في مكافحة  
التلوث. مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية. المجلد التاسع. العدد الثاني. العدد  
2009.

ومن بؤت الحكمة  
فقد أوتى خيراً كثيراً

# Alhikma

Revue périodique académique indexée

Publiée, éditée et distribuée par *Keunouy Alhikma* elhikma\_ensish@yahoo.fr

Revue **ALHIKMA** des  
études **philosophiques**

Numéro 32  
2<sup>ème</sup> semestre 2014



# مجلة القانون والعلوم السياسية

مجلة علمية أكاديمية متخصصة تصدر كل ستة أشهر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية  
بالمركز الجامعي بالنعامة، الجزائر



2

العدد الثاني: جوان 2015 شعبان 1436

منشورات معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة

طبعة

مكتبة الزيتونة للطباعة والنشر - الجزائر

# مجلة القانون والعلوم السياسية

مجلة أكاديمية متخصصة تصدر كل سنة أشهر  
عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بالنعامة

## المحتويات

11	- القانون للمدني الجزائري ومرحلة المفاوضات العقديّة د. بن أحمد الحاج.
41	- الاختصاص القضائي في مجال المنازعات الجمركية د. مفتاح لعبد
85	- طبيعة اختصاص البرلمان في مجال الحقوق الأسرية د. شرفي الشريف
103	- مبدأ الفصل بين السلطات واستقلالية القضاء كضمانات لحماية الحريات العامة د. ساسي محمد فيصل
121	- الآليات القانونية الدولية و الوطنية لمكافحة الفساد "دراسة في ضوء إتفاقية الأمم المتحدة 2003 و القانون 01/06" د. بن عيسى أحمد
157	- واقع حرية الرأي والتعبير في التشريعات الوطنية والدولية د. براهيم سيهام أبو براهيم فايزة
183	- الجريمة المنظمة وجريمة الإرهاب. (دراسة مقارنة) أ. عمrani كمال الدين.
205	- حدود الحق في الخصوصية بالنظر للحق في الإعلام أ. محمدي بدر الدين
241	- أسباب رجوع المؤمن على المؤمن له في التأمين عن حوادث السيارات أ. خليف محمد
271	- التأمين عن الضرر البيئي على ضوء التشريع الجزائري أ. بوفلجة عبد الرحمان

285	- منظمات الأعمال وإشكالية تحقيق الأداء البيئي من منظور التشريعات الدولية أ. عبدلي مباركة
305	- الطبيعة القانونية لجريمة تلويث البيئة. أ. عبد الرحمن بركاوي
327	- الخطأ الطبي في عمليات التوليد. أ. جدوي سيدي محمد أمين
351	- النقل بين العقوبة التأديبية المقنعة والإجراء التنظيمي الداخلي أ. صديقي نبيلة
383	- صور الخطأ الطبي في التشخيص أ. حسادي شفيق
397	- الثورة وإشكالية التحول الديمقراطي في مصر أ. محمدي طيب
425	- حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الجزائري أ. عليوة كريمة
439	- مدى امتداد رقابة القاضي الإداري على القرارات التأديبية أ. الأحسن محمد
463	- آثار ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته أ. بوسحابة لعبد
479	- إعمال فكرة الوساطة القضائية في المنازعات ذات الطابع المالي بتشيم بوجمة



# أسباب رجوع المؤمن على المؤمن له في التأمين عن حوادث السيارات

خلفي محمد

أستاذ مساعد - أ -

المركز الجامعي النعامة

ملخص

يعد التأمين الإلزامي على المسؤولية المدنية لحوادث السيارات من أهم صور التأمين، لما له من أهمية بالغة في مجال حماية حقوق المضرور سواء كان هذا الأخير المؤمن له أو غيره، ولذلك أقرت تشريعات بإلزاميته نتيجة لعدة أسباب اجتماعية واقتصادية وقانونية، حيث أن طبيعة هذا التأمين تهدف لتضامين جميع المؤمن له بالمعنى في تعويض المضرور، خاصة إذا كان المؤمن له هو المسؤول عن حدوث الضرر؛ ولذلك تقتضي أحكام التأمين رجوع المؤمن على المؤمن له وفقا للحالات التي يقرها القانون أو العقد.

الكلمات المفتاحية: تأمين المسؤولية المدنية، حوادث السيارات، المؤمن، المؤمن له، دعوى الرجوع.

## Abstract

Mandatory insurance of civil liability of motor accidents is a larger example of insurance because of its importance in protecting the rights of the injured person.

insured or another. Hence, most legislation approved mandatory insurance as a result of many social, economic and legal reasons, as a measure of this insurance to the solidarity of all insured contribute to compensating the injured especially if the insured is responsible for the damage. So the insurance provisions require the Return of the insurer to the insured in accordance with the cases provided by law or by contract.

**Keywords:** civil liability insurance, car accidents, Insurer, Recourse action.

### مقدمة:

لقد ارتبط ظهور التأمين بالرغبة في الإحساس بالأمن والأمان وهذا الأمل الذي يراود الإنسان وهو يدل على الارتباط الوثيق بين التأمين والأمان، إن مصطلح التأمين مشتق من مصطلح الأمان، ومن هنا يتبادر للتأمين كفكرة تعاونية من خلال قيام مجموعة من الأفراد بالتعاون فيما بينهم بتحمل الضرر الذي يحل بأحدهم نظير اشتراكهم بمخصص قسمة قابلة للتغير، تكون في مجموعها رأس المال الذي يستقطع منه ما يكفي لجبر الضرر، وذلك بهدف إيجاد وسيلة ما للتخفيف من آثار الكوارث والأخطار التي تحل بأحدهم.

ونتيجة للتطورات الاقتصادية الراهنة التي بدأت تتطور خصوصا بعد الثورة الصناعية، وتعدد المنشآت والآلات والمعدات المختلفة، تزايد نشاط الإنسان وأصبح مهددا بالمخاطر والأضرار التي قد تصيبه من خلال هذه النشاطات، الأمر الذي دفعه إلى تحميل مسؤولية المدنية سواء كانت مهنية أو من استعماله لهذه المركبات التي قد تلحق به الضرر أو بغيره.

هذه المسؤولية من مجالات وعلاقة بالتطورات التي  
صدر في المجتمع، لقد حظيت باهتمام الفقه و القضاء، و هي التي  
تت من صنعهما، و هذا منذ أواخر القرن 19 و بداية القرن  
الستين حيث بدأت الآلات الميكانيكية و الكهربائية في الانتشار،  
تسببت لاحقا السبارة و ما نتج في بعض الأحيان من حوادث  
تسببت لتي أصابت العمال أو غيرهم من الناس نتيجة استعمال  
هذه الآلة أو تلك.

### أهمية الدراسة

تكتسب أهمية هذه الدراسة من الناحية العملية أي الواقعية من  
التي والناحية القانونية من جهة أخرى وذلك باعتبار التأمين  
الذي عن المسؤولية المدنية لحوادث المرور من أهم صور  
التأمين وهذا نتيجة للانتشار الواسع لمختلف أنواع المركبات  
التي استعمالها في مختلف دول العالم، وهو ما ينجم عنه العديد من  
حوادث نتيجة الأخطاء المرتكبة من طرف المؤمن لهم أو منهم تحت  
غطى التأمين، حتى أننا نجد في بعض الدول ومن بينها الجزائر  
ظاهرة الاكتظاظ الازدحام في الشوارع والطرق مما  
يعيق سير المرافق العامة، وتعطل المصلحة العامة والخاصة للأفراد  
ويعرقل من المؤسسات والشركات الخاصة.

### أهداف الدراسة

إن الغرض من هذه الدراسة هو الإحاطة بأهم جوانب المسؤولية المدنية لحوادث المرور، وذلك بمعرفة أوجه ممارسة دعوى الرجوع، أي تحديد الحالات القانونية التي يمارس فيها المؤمن (شركة التأمين) دعوى الرجوع على المؤمن له، وتحديد الأساس القانوني لدعوى الرجوع، والشروط الواجب توفرها لقبول الدعوى والفصل فيها.

### إشكالية الدراسة

يثير موضوع دعوى الرجوع التي يقوم بها المؤمن على المؤمن له في إطار التأمين الإلزامي على حوادث المرور العديد من التساؤلات، حيث تتمثل الإشكالية الأساسية فيما يلي:

\*فيما تتمثل الحالات القانونية لرفع دعوى رجوع المؤمن على المؤمن له ؟

وينبثق عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من الإشكاليات الفرعية والمتمثلة في:

- ما هي الطبيعة القانونية لعقد تأمين المسؤولية المدنية ؟  
- أين يكمن الأساس القانوني لدعوى رجوع المؤمن على المؤمن له ؟

- فيما تتمثل آثار دعوى رجوع المؤمن على المؤمن له ؟

### منهج الدراسة

طبيعة الموضوع تقتضي اتباع المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال سرد مختلف التعريفات والأحكام القانونية لعقد تأمين المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات، بالإضافة إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من خلال شرح والتعليق على النصوص القانونية ومقارنتها بأراء الفقه .

وفي هذا الإطار قسمت الموضوع إلى قسمين حيث تناولت الطبيعة القانونية لعقد تأمين المسؤولية المدنية (المبحث الأول)، الأحكام القانونية للمعوى الرجوع (المبحث الثاني) .

## المبحث الأول

### طبيعة القانونية لعقد تأمين المسؤولية المدنية

يتميز عقد تأمين المسؤولية المدنية عن غيره من عقود التأمين، فهو يضمن المؤمن له التعويض عن الأضرار التي قد تصيب الغير من أعماله المهنية أو سب استعماله لأشياء غير حية كالمركبات وتختلف صور التأمين عن المسؤولية المدنية فهناك من هو إلزامي واختياري حسب تصنيف المشرع، غير أن التأمين الإلزامي عن حوادث السيارات لا يشمل فقط ضمان محل التأمين بل يتوسع أكثر ليشمل النتائج المترتبة عليه أما الغير، ولكن في حدود الالتزامات القانونية والعقدية وذلك حماية لحق المضرور.

وفي الإطار قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تعرضت إلى مفهوم التأمين (المطلب الأول)، وخصائص عقد تأمين المسؤولية المدنية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## مفهوم عقد تأمين المسؤولية المدنية

لقد تعددت تعريفات عقد تأمين المسؤولية المدنية إلا أنها اشتركت جميعها في ضرورة حلول المؤمن أي شركة التأمين محل المؤمن له في تحمل التبعات المالية التي قد يطالبه بها الغير

### الفرع الأول

#### تعريف تأمين المسؤولية المدنية

يعرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري على أنه: «هو عقد بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية» ويستطرد هذا الاتجاه قائلا " أن التامين من المسؤولية لا يغطي فحسب الأضرار التي تلحق المؤمن له من جراء تحقق مسؤوليته نحو الغير، بل هو أيضاً يغطي الأضرار التي تلحقه من مطالبة الغير له ولو كانت هذه المطالبة خالية من الأساس<sup>1</sup>.

وهناك من يعرفه على أنه " عقد بين شخص يسمى المؤمن وشخص آخر يسمى المؤمن له بمقتضاه يتحمل المؤمن العيب المالي المترتب على الخطر الضار غير المقصود والمحدد في العقد بسبب رجوع الغير على المؤمن له بالمسؤولية لقاء ما يدفعه هذا الأخير من أقساط<sup>2</sup>"

يتضح من التعريف الأول أن عقد التأمين من المسؤولية يقوم بوظيفتين أساسيتين وهما:

الأولى أنه تأمين يغطي الأضرار التي تلحق بالمؤمن له من جراء تحقق  
مستلزمات تجاه الغير؛ والثانية أنه تأمين وقائي يغطي الضرر الذي يلحق  
المؤمن له من جراء مطالبة الغير له بالمسؤولية ولو كانت هذه المطالبة  
تستلزم من أي أساس قانوني. أما التعريف الثاني فجاء بقصد الهروب من  
الالتزامات التي وجهت للتعريف الأول وذلك من ناحية المطالبة غير المبنية  
على أساس قانوني، إذ أن هذا التعريف لم يحدد التزام المؤمن بدفع  
التكاليف التي يتكبدها المؤمن له في دفع مسؤوليته<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### صور عقد التأمين من المسؤولية المدنية

يقسم عقد التأمين من المسؤولية حسب المشرع أي من الناحية  
القانونية إلى تأمين اختياري من المسؤولية وتأمين إلزامي وهناك تقسيم  
آخر حسب رأي الفقه وذلك بالنظر إلى محله وهو الآخر ينقسم إلى تأمين  
من خطر محدد القيمة، وتأمين من خطر غير محدد القيمة.

أولاً: التقسيم التشريعي: ينقسم عقد تأمين المسؤولية المدنية إلى  
التأمين وفقاً لمعظم القوانين والتشريعات التأمين الاختياري والإلزامي

### 1- التأمين الاختياري

الأصل أن التأمين من المسؤولية يجسد الحرية الفردية في التعاقد  
التي يترك فيه للأفراد الحرية في إبرامه وتنظيمه وذلك بما لا يتعارض  
مع إرادة المشرع، ويكون الهدف منه حماية المصالح الشخصية لأطرافه،

وهو بطبيعته يشمل معظم الحالات التي يجوز التأمين عليها من المسؤولية والأمثلة عديدة في هذا الشأن ونذكر من أهمها التأمين من المسؤولية في النشاط المهني وتأمين صاحب العمارة عن حوادث المصاعد، وتأمين المستأجر من مسؤوليته عن حريق العين المؤجرة... الخ<sup>4</sup>

## 2- التأمين الإلزامي

وهو ذلك التأمين الإجباري عن المسؤولية والذي يفرضه المشرع استثناءً على القواعد العامة، وذلك بغرض تحقيق جملة من الأهداف والمقاصد الاجتماعية التي تخرج عن إطار المصالح الشخصية للمؤمن والمؤمن له، ويكون دائماً محصوراً في حالات معينة يحددها المشرع بقوانين وأنظمة خاصة، ومن أبرز أنواعه التأمين الإلزامي من المسؤولية الناجمة عن حوادث السير، وهنا سنكتفي بإبراز التقسيم الفقهي لعقد التأمين من المسؤولية تاركين معالجة التقسيم التشريعي لعقد التأمين من المسؤولية من خلال دراسة الآثار المترتبة على انعقاده<sup>5</sup>

ثانياً: التقسيم الفقهي ينقسم عقد تأمين المسؤولية المدنية وفقاً لرتبة غالبية الفقه إلى تأمين من خطر غير محدد القيمة وآخر محدد القيمة.

### 1- التأمين من خطر غير محدد القيمة.

يكون الخطر غير محدد القيمة إذا كان المحل الذي يقع عليه غير محدد القيمة وقت إبرام العقد ولكنه يتحدد عند تحقق الخطر المؤمن منه، والأصل في التأمين من المسؤولية أن يكون الخطر فيه

غير محدد القيمة، مثال ذلك التأمين من المسؤولية الناجمة عن حوادث السيارات، ذلك أنه من الصعب تحديد ومعرفة قيمة الأثار المترتبة على وقوع الحادث المنشئ للمسؤولية قبل وقوع هذا الحادث وبالتالي صعوبة تحديد مقدار التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض بشكل سبق، فالتأمين من المسؤولية يهدف إلى تأمين الذمة المالية للمؤمن له من الالتزامات المالية الناجمة عن تحقق مسؤوليته تجاه الغير، وهذه المسؤولية لا يمكن التكهن بحجم الأضرار الناجمة عنها قبل تحققها وترتيب آثارها<sup>6</sup>.

## 2-التأمين من خطر محدد القيمة.

يكون الخطر محدد القيمة إذا كان المحل الذي يقع عليه معيناً وقت التعاقد بحيث يمكن تقدير مبلغ التأمين بالاعتماد عليه وبالتالي يتم حساب قسط التأمين على أساس هذا المبلغ، فيستطيع المؤمن له في هذا النوع من التأمين أن يشترط تعويضاً كافياً لتغطية ما يصيبه من ضرر نتيجة تحقق الخطر والحالات التي يكون فيها التأمين من المسؤولية، تأميناً من خطر محدد القيمة هي حالات ضيقة يمكن حصرها في حالة قيام المؤمن له بالتأمين عن شيء يجوزته ويجب عليه أن يرده للملكه، كما في تأمين المستاجر على مسؤوليته عن حريق العين المؤجرة، أو تأمين السعير على مسؤوليته في حفظ الشيء المعار<sup>7</sup>.

### المطلب الثاني

#### الطبيعة القانونية لعقد التأمين من المسؤولية

يختلف التأمين عن المسؤولية المدنية عن شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يشبه التأمين من المسؤولية حيث أن كلا منهما يرمي في نهاية الأمر إلى دفع عبء التعويض عن المسؤول، فالاتفاق على الإعفاء

من المسؤولية يكون الهدف منه إبعاد المسؤولية عن المسئول وتحصيل عبء الضرر على عاتق المضرور وحده وذلك من خلال الاتفاق مسبقاً على إعفاء المدين من المسؤولية عن الضرر الناتج عن عدم تصيبه بالتزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم<sup>8</sup>.

يتميز عقد التأمين من المسؤولية بأنه تأمين بمعنى الكلمة يؤكد المسؤولية ولا ينفیها، ويعتبر تأميناً عن الأضرار، كما أنه يعد تأميناً من الدين أو المديونية. وهو ما سوف نتناوله في الفروع التالية

### الفرع الثاني

#### التأمين من المسؤولية عقد تأمين من الأضرار.

فهو يعتبر أحد أقسام التأمين من الأضرار هو والتأمين على الأشياء، ويترتب على ذلك التمييزان الآتيان:

أولاً : أنه يختلف عن تأمين الحوادث أو ما يسمى تأمين الإصابات الجسدية، والذي يشبه التأمين من المسؤولية من حيث أن كلا منهما يضمن إصابات تلحق بالجسم، فالتأمين على الحوادث هو تأمين على الأشخاص يغطي الأضرار التي تصيب المؤمن له في جسمه أو سلامته البدنية، أما التأمين من المسؤولية فيفترض فيه أن المؤمن له هو الذي يحدث ضرراً بالغير سواء كانت مسؤوليته ناشئة عن ضرر أصاب المضرور في جسمه أو في ماله<sup>9</sup>.

بمجرد لا يكون المضرور هو الذي يؤمن من الضرر الذي لحقه به المؤمن له المسئول، بل أن المؤمن له هو الذي يؤمن نفسه

من هذا الضرر. فالمؤمن في التأمين من المسؤولية لا يلتزم بتعويض  
غير المصاب بالضرر، ولكنه يتحمل العبء المالي الذي ألقي  
على عاتق المؤمن له نتيجة انعقاد مسؤولية الأخير تجاه الغير  
الضرر 10.

ثانياً : تطبيق مبدأ الصفة التعويضية الذي يحكم التأمين من  
الأضرار على عقد التأمين من المسؤولية ويقصد بهذا المبدأ.  
تعرض المؤمن له عما لحقه من خسائر نتيجة تحقق الخطر المؤمن  
بـ بحيث لا يجوز للمؤمن له أن يتقاضى مبلغاً يفوق مقدار ما  
لحقه من ضرر، وإلا تحول التأمين إلى وسيلة لإثراء المؤمن له بلا  
سبب يجعله في مركز أفضل مما كان عليه قبل تحقق الخطر، لذلك  
يحدد أداء المؤمن في تأمين الأضرار بقدر ما لحق بالمؤمن له من  
ضرر 11.

ولقد كان الفقه الفرنسي 12 قديماً يرفض إدراج عقد التأمين  
من المسؤولية تحت قسم التأمين من الأضرار لما له من طابع  
خاص شرط إلا يتجاوز ذلك مبلغ التأمين المتفق عليه في العقد  
كتعويض تأميني، فإذا كان مقدار الضرر اقل من قيمة التأمين التزم  
المؤمن بقيمة هذا التعويض، وإذا تجاوز مقدار التعويض مقدار  
المبلغ المحدد في العقد، انتصر التزام المؤمن على ذلك دون زيادة.

إن مبدأ الصفة التعويضية يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز  
الاتفاق على خلافه وذلك حتى لا يعتمد المؤمن له إحداث

الخطر المؤمن منه فيستولي على مبلغ التأمين وكذلك حتى لا يستطيع المضاربة من أجل تحقيق الربح لأنه لن يحصل إلا على تعويض يعادل الضرر الفعلي<sup>13</sup>.

ويرتب على أعمال مبدأ الصفة التعويضية عدة نتائج أهمها أنه لا يجوز للمؤمن له الجمع بين مبلغ التعويض التي يلتزم به المؤمن وبين مبلغ التعويض الذي يلتزم به المسئول عن إحداث الضرر إن وجد بل يكون ذلك التعويض الأخير من حق المؤمن من خلال حلوله محل المؤمن له في الدعاوى التي تكون له تجاه المسئول عن الضرر<sup>14</sup>.

كما يترتب على هذا المبدأ أيضاً عدم جواز تأمين المؤمن له على ذات الخطر أكثر من مرة لدى أكثر من مؤمن، وفي حال تعددت عقود التأمين فإنه لا يجوز أن يتجاوز مقدار التعويض المستحق بموجبها مقدار ما لحق المؤمن له من ضرر.

### الفرع الثالث

التأمين من المسؤولية تأميناً من الدين أو تأميناً من المديونية

يعتبر التأمين من المسؤولية تأميناً من الدين يضمن تأمين الجانِب السلبِي للذمة المالية للمؤمن له أي تغطية الزيادة التي قد تصيب العنصر السلبِي للذمة المالية للمؤمن له والمتمثلة فيما على المؤمن له من التزامات مالية تجاه الغير، وذلك بعكس الحال في

التأمين على الأشياء الذي يضمن تأمين الجانب الايجابي للذمة  
للتأمين للمؤمن له والمتمثلة فيما للشخص من حقوق مالية 15

الأساس الذي يجب الاعتماد عليه عند التفرقة بين  
التأمين على الأشياء والتأمين من المسؤولية فعبارة "تأمين الأضرار  
تطوي على التأمين من الأضرار التي تلحق بالأموال بطريقة  
مباشرة أو غير مباشرة، فالتأمين على الأشياء هو تأمين على  
شيء من الأضرار التي تلحق به، بخلاف الحال لو قلنا التأمين  
من الشيء أي التأمين من الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء للغير  
سواء كان مملوكا للمؤمن له أو كان في حفاظة، فهذا يعد من باب  
التأمين من المسؤولية المدنية، لذلك يفترض دائما في التأمين من  
المسؤولية وجود ثلاثة أشخاص هم المؤمن والمؤمن له والشخص  
الثالث المضرور، على عكس الحال في التأمين على الأشياء الذي  
يصف بوجود طرفين فقط هما المؤمن والمؤمن له 16.

## المبحث الثاني

### الأحكام القانونية لرجوع المؤمن على المؤمن له.

باعتبار التأمين الإلزامي على السيارات يغطي المسؤولية المدنية  
للمؤمن له ومالك السيارة وسائقها، عن الأضرار التي تسببها  
السيارة للغير، وكذلك يغطي الأضرار التي تلحق المؤمن له نفسه  
أو المالك أو السائق من جراء حادث السيارة المؤمن عليها، فإن

المؤمن يلزم بسداد مبلغ التأمين لمن يستحقه، سواء كان هو المؤمن له نفسه أو شخصاً غيره ممن يستفيد من التأمين الإلزامي على السيارة المؤمن عليها.

## المطلب الأول

### الأساس القانوني لدعوى الرجوع

تقوم دعوى الرجوع على أساس سقوط حق المؤمن له في الضمان، وذلك استناداً إلى القانون أو العقد المبرم بينهما أي بين المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له. إن ممارسة دعوى الرجوع من طرف المؤمن (شركة التأمين) على المؤمن له تتوقف على مجموعة من الأسباب الواردة في سقوط حق الضمان، والتي تؤدي إلى حق رجوع المؤمن على المؤمن له بالتعويض الذي أداه للمضرور، أما إذا لم يتوافر هناك سبب من أسباب سقوط حق المؤمن له في الضمان، فليس للمؤمن الحق في الرجوع عليه بما أداه من تعويض للمضرور. وأسباب السقوط قد يكون مصدرها القانون أو العقد<sup>17</sup>.

## الفرع الأول

### السقوط القانوني لحق المؤمن له في الضمان

تطبيقاً لنص المادة 05 من المرسوم رقم 80-34 المؤرخ في 16 فيفري 1980 المحدد لشروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم 74-

التورخ في 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية تأمين السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، يسقط الحق في التعويض عن:

1- السائق المدان بسبب السياقة في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو المخدرات أو المهلوسات المحظورة.

إلا أن هذه الأحكام لا تطبق على ذوي الحقوق في حالة التوقف كما لا يطبق سقوط الحق هذا على السائق عندما يكون صاحب بعجز جسماني دائم يفوق نسبة 66% نتيجة حادث مرور.

2- السائق و/ أو المالك بسبب نقله لأشخاص مقابل أجره بدون ترخيص قانوني مسبق خلال وقوع الحادث.

3- السائق و/ أو المالك المدان بسبب نقله أثناء وقوع الحادث لأشخاص أو أغراض لا تتطابق مع شروط الأمن المحددة بموجب الأحكام القانونية والتنظيمية السارية المفعول.

ولاً: السياقة في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو المخدرات .

يتبين لنا من خلال نص المادة السابقة الذكر أن سقوط حق التأمين في حالة سكر تتطلب مجموعة من الشروط المتمثلة في ضرورة وجود سائق في حالة سكر أو تحت تأثير المخدرات لحظة وقوع الحادث وكذلك ضرورة صدور حكم جنائي نهائي

بالعقوبة لحالة السكر، وجود علاقة سببية بين حالة السكر وتوقيع الحادث 18.

### 1- وجود قائد السيارة في حالة سكر أو تحت تأثير المخدرات لحظة وقوع الحادث

ينبغي أن يكون قائد السيارة سواء كان المؤمن له أو شخص آخر سمح له بقيادتها، ارتكب الحادث وهو في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو المخدرات أو المنومات المحظورة.

فسقوط حق السائق في الضمان ليس مقصوراً على حالة السكر أو تناول الخمر، بل يمتد ليشمل أموراً أخرى تتجاوز نطاق الكحوليات إلى نطاق آخر قد يكون قريباً منه وهو تناول المخدرات أو المنومات المحظورة، فيحق للمؤمن الرجوع على السائق في حالة تناوله تلك المواد، لما يترتب عليها كذلك من فقدان الشخص لحالته الطبيعية وعدم قدرته على التحكم في قيادة السيارة، وذلك لانحداد العلة في الحالتين، وهي فقدان الشخص لحالته الطبيعية 19.

ولقد نص المشرع الجزائري بمعياري موضوعي في قانون المرور إذ نص في المادة 76 منه على معاقبة كل شخص يقود مركبة وهو تحت تأثير مشروب كحولي يتميز بوجوده في الدم بنسبة تعادل أو تزيد على 0.10 غ في الألف، بالحبس من شهرين إلى

تسوية عشر شهراً وبغرامة من 5000 إلى 50000 دج أو بإحدى العقوبتين، وطبق نفس العقوبة على كل شخص يقود مركبة وهو تحت تأثير مواد أو أعشاب تدخل ضمن أصناف المخدرات.

2- صدور حكم جزائي نهائي بالإدانة عن السياقة في حالة سكر أو تناول المخدرات.

يشترط لسقوط حق الضمان صدور حكم نهائي بإدانة السائق على ارتكابه جنحة السياقة في حالة سكر والمعاقب عليها في نص المادة 68 من القانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 أوت 2001 والمتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها بالحبس من شهرين إلى ثمانية عشر شهراً وبغرامة من 5000 إلى 50000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يقود مركبة وهو تحت تأثير مشروب كحولي يتميز بوجوده في الدم نسبة تعادل أو تزيد عن 0.10 غرام في الألف، أو تحت تأثير مواد أو أعشاب تدخل ضمن أصناف المخدرات.

لما إذا ارتكب السائق جريمة الجرح أو القتل الخطأ وهو في هذه الحالة فقد نصت المادة 288 قانون العقوبات على الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 50000 إلى 150000 دج 20.

3- وجود علاقة سببية بين حالة السكر أو تناول المخدرات ووقوع الحادث.

لا يكفي لسقوط حق الضمان في الرجوع المؤمن عليه بما دفعه للمضروب، مجرد سكره أو تناوله الخمر أو المخدرات أو المنومات المحظورة، وصدور حكم جزائي نهائي

بإدانتته، بل فضلا عن ذلك يتعين أن يكون لذلك دور في وقوع الحادث الذي نجم عنه الضرر، بمعنى يجب توافر علاقة سببية بين حالة السكر أو تناول الخمر أو المخدرات ووقوع الحادث. انتفت هذه العلاقة، فلا يسقط حق المؤمن له في الضمان<sup>21</sup>

### ثانيا: نقل أشخاص بدون رخصة

في حالة قيام السائق أو المالك بنقل أشخاص بمقابل وضوح رخصة لأن طبيعة هذا العمل غير قانوني ومخالف للنصوص التنظيمية وبالتالي يسقط حقه في الضمان مما يجعل من حق المؤمن الرجوع عليه مما دفعه من تعويضات للأشخاص المتضررين، كما أن القانون يعاقب على هذا التصرف<sup>22</sup>.

### ثالثا : نقل أشخاص أو أشياء بصورة غير مطابقة لشروط

#### المحافظة على السلامة.

يجب على المؤمن له أن يأخذ بجميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لأمن وسلامة المركبة لتحقيق سلامة الركاب ولحفظ الأشياء والأغراض المحمولة وذلك بإتباع واحترام النصوص القانونية والتنظيمية في هذا الشأن نذكر المادة رقم 44 من القانون رقم 01-44 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها على ما يلي: يجب أن تستجيب كل تجهيزات وهياكل المركبات ذات الصلة بالسلامة للمقاييس المحددة عن طريق التنظيم<sup>23</sup>.

ونصت المادة 16 من نفس القانون على ما يلي: "يجب اتخاذ كل الاحتياطات حتى لا يتسبب حمولة السيارة أو مقطورة في إلحاق الضرر بالغير أو تشكل خطراً عليهم. تتم كل حمولة وأيا كان المتوج المنقول وفقاً للشروط المحددة عن طريق التنظيم."

## الفرع الثاني

### السقوط الاتفاقي لحق المؤمن له في الضمان

السقوط الاتفاقي هو وسيلة أو دفع يسمح للمؤمن عند تحقق الخطر المؤمن منه، أن يرفض تنفيذ تعهده بالضمان بسبب عدم تنفيذ المؤمن للالتزامات التي يفرضها عليه القانون أو العقد. وأسباب سقوط الضمان تتمثل فيما يلي:

يمكن تقسيم أسباب السقوط الاتفاقي لحق المؤمن له في الضمان بالرجوع إلى مصدر الالتزام، موضوع المخالفة إلى قسمين: فإما أن يكون هذا السقوط نتيجة الإخلال بالالتزام قانوني، أو مخالفة أحد الالتزامات الواردة في العقد. لهذا يتعين تحديد مدى سلطان إرادة التعاقدين في اشتراط السقوط في عقد التأمين، خاصة وأنه يعتبر من الناحية العملية من عقود الإذعان.

### أولاً: السقوط الناتج عن مخالفة الالتزامات

تتمثل الالتزامات القانونية في تلك الواجبات المنصوص عليها في قانون التأمين، حيث يلتزم بمقتضاها المؤمن له القيام بها إلا أن هذه الشروط يجب أن تكون محددة قانوناً في عقد التأمين، حيث

تتطلب من الناحية الشكلية الوضوح ، ومن الناحية الموضوعية عدم مخالفة الأحكام العامة للقانون 23

وتشتمل هذه الالتزامات على ما يلي:

- 1- واجب الإخطار بالحادث.
- 2- مخالفة القوانين واللوائح.
- 3- السقوط بسبب التأخر في تقديم المستندات.

### 1- واجب الإخطار بالحادث

يلتزم المؤمن له بتبليغ المؤمن بتحقق الخطر المؤمن منه، ويزوده بجميع الإيضاحات المتعلقة بالحادث من أسبابه، والظروف التي وقع فيها ووضعيات السيارات التي تدخلت في إحداث الضرر، ويقدم كل الوثائق الضرورية التي يطلبها منه المؤمن 24

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم أن المشرع أوجب أن يكون كل حادث مرور يتسبب في أضرار جسمية موضوع تحقيق يقوم به ضباط الشرطة أو أعوان الشرطة أو أعوان الأمن العمومي، أو كل شخص آخر يؤهله القانون لذلك، لأن الحادث الذي يخلف أضرار جسمية يكون التحقيق فيه وجوبي على عكس الحادث الذي يرتب أضرارا مادية. ولقد ألزم القانون السلطة التي قامت بالتحقيق أن ترسل نسخة من محضر التحقيق إلى المؤمن خلال مهلة لا تتجاوز عشرة أيام ابتداء من تاريخ انتهاء التحقيق، فإن ذلك لا يعني إعفاء إلتزام بالإخطار عن الحادث من طرف المؤمن له 25

كما أن المشرع لم يحدد شكل وطبيعة وسيلة الإخطار ومن الأحسن أن يكون كتابيا عن طريق البريد الموصى عليه من أجل إثبات الإخطار، خاصة إذا كان الحادث بعيدا عن موطن المؤمن، ولقد حدد القانون مهلة الإخطار التي لا يجب أن تتجاوز سبعة أيام من يوم اطلاع المؤمن له بالحادث إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة<sup>26</sup>.

## 2- مخالفة القوانين والتنظيمات.

إذا تضمنت وثيقة التأمين شرطا يسقط حق المؤمن له في الضمان للعمل الذي يأتيه مخالفا للقوانين والتنظيمات فإن هذا الشرط يعتبر باطلاً، وقد تستر شركات التأمين لتبرير هذا الشرط وراء الرغبة في حث عملائها على احترام القوانين واللوائح، في حين أنها لا تقصد سوى تضيق مجال الضمان، خاصة في مجال حوادث السيارات، حيث أن أغلب هذه الحوادث تقع بسبب مخالفة قوانين المرور<sup>27</sup>.

إلا أن المادة 622 من القانون المدني تؤكد على أن سقوط حق الضمان يكون مخالفا للقوانين والتنظيمات إذا كانت بسبب جناية أو جنحة عمديه، فإن شرط السقوط يكون صحيحاً، وبناء على هذا النص فإن المؤمن ملزم بحسب الأصل بتعويض المضرور إلا إذا ارتكب جناية أو جنحة عمديه.

ولكن هذا يتعارض مع نص المادة 03 من المرسوم رقم 34-80 من ضمان الأضرار التي تسبب فيها المؤمن له قصداً، إلا أنه من الأفضل أن يعدل المشرع في صياغة هذه المادة لأن هذا الشرط يؤدي إلى استبعاد التأمين أصلاً، أو يقصر صحة السقوط

على المخالفة الجسيمة للقوانين واللوائح التي تؤدي مباشرة إلى حدوث الضرر<sup>28</sup>

### 3- التأخر في تقديم المستندات.

لقد أزم المشرع الجزائري وفقا للقواعد العامة لعقد التأمين الالتزام بتقديم الوثائق الضرورية والمستندات التي يطلبها المؤمن من المؤمن له للقيام بالإجراءات التي يراها مناسبة وفي الوقت المناسب، فتأخر وتماطل وتهاون المؤمن يؤدي إلى ضياع حقه وسقوطه في الاستفادة من الضمان<sup>29</sup>.

ولا يمكن تحديد المستندات على سبيل الحصر، فهي تختلف بحسب نوع التأمين، ويمكن القول بأن ما يهم المؤمن أن تصل إليه أو أن يحاط علماً بها، فهي في التأمين من المسؤولية كل ما يمكن المؤمن من حسن إدارة دعوى المسؤولية المرفوعة على المؤمن له مثل أوراق الدعوى على هذا الأخير ومحضر التكليف بالحضور، ومختلف الوثائق المرفقة بالعريضة المسلمة إليه وغيرها مما يفيد المؤمن في دفع هذه الدعوى<sup>30</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط ممارسة دعوى الرجوع

تتطلب ممارسة دعوى رجوع المؤمن على المؤمن له مجموعة من الشروط القانونية التي يستلزم الأمر ذكرها على

الترتيب مع تحديد دورها في تحقيق نتيجة الرجوع ودفع التعويض من طرف المؤمن له والامتناءات الواردة على سقوط حق المؤمن له في الضمان.

## الفرع الأول

### التزام المؤمن بالتعويض تجاه المضرور

إن أهمية عقد التأمين لا تكمن فقط في حماية محل التأمين من أضرار، بل ضمان ما يترتب عليه من مسؤولية مدنية اتجاه الغير وحماية المضرور، ولقد تضمنت أغلب التشريعات نصوصاً تحظر على المؤمن الاحتجاج بسقوط الحق في الضمان لمواجهة الضرورين من حوادث السيارات، لأن حق المضرور اتجاه المؤمن من وقت وقوع الحادث، فلا يتأثر بالدفع الناشئة للمؤمن بعد وقوع الحادث<sup>31</sup>.

يلتزم المؤمن بدفع التعويض للمضرور وليس له الحق في أن يتسك بسقوط حق المؤمن له لمواجهة المضرور أو ذوي الحقوق، الذين يبقى لهم حق الادعاء مباشرة في مواجهة المؤمن أي شركة التأمين لأن التأمين على السيارات ذو طابع عملي، حيث يرتبط بالثبوت الناشئة عن السيارة ذاتها، وليس بمسؤولية شخص معين عن الضرر الناشئ عن السيارة، فالعلاقة الجوهرية في هذا التأمين هي علاقة بين المؤمن والسيارة، وليس بين المؤمن له والسيارة ولا بين المؤمن والمؤمن له<sup>32</sup>.

## الفرع الثاني

### سقوط حق المؤمن له في الضمان

إذا تحققت حالة من حالات السقوط القانوني أو الاتفاقي للحق في الضمان والتي سبق وأن ذكرناها يؤدي ذلك إلى رجوع المؤمن على المؤمن له، كما أن إثبات مسؤولية المؤمن له أو من يشتملهم التأمين ككثير سببا في وقوع الضرر الحاصل، لأن هذا الأخير يصبح المسؤول الوحيد عن الضرر فيكون بذلك المتحمل النهائي لعبء التعويض.

ويكون التزام المؤمن بالتعويض فقط في مواجهة المضرور تحقيقا لحماية قررها المشرع لهذا الأخير لذلك فإن وفاء المؤمن بالتعويض للمضرور في هذه الحالة يميز له الرجوع على المؤمن له إعمالا للقواعد العامة في الحلول، حيث يقتصر واجبه على أداء مبلغ التعويض الذي دفعه المؤمن أي شركة التأمين للمضرور حسب الحدود والمعايير التي وضعها قانون التأمين.

إذا تحمل سائق المركبة جزء من المسؤولية عن أي خطأ باسئته السياقة في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول والمخدرات أو المهلوسات التي يحظرها القانون، والتي يتم إثباتها بموجب محضر تحقيق تحرره مصالح الأمن، فإن التعويضات الممنوحة له تنخفض تناسبا مع الحصة المعتادة للمسؤولية الملقاة على عاتقه، إلا في حالة العجز الدائم الذي يعادل أو يفوق 50%، ولا ينطبق هذا التخفيض على ذوي حقوقه في حالة الوفاة.

إن التأمين الإلزامي على المسؤولية المدنية لحوادث السيارات له أهمية بالغة في مجال حماية حقوق المضرور سواء كان هذا الأخير المؤمن له أو غيره، فلقد أقرت أغلب التشريعات بالتزاميته نتيجة لعدة أسباب نذكر من أهمها كثرة الاستعمال اليومي للسيارات وما ينجم عنه من حوادث وأضرار، كما أن تعويض الضرر من طرف المؤمن أي شركة التأمين يعد ضماناً كبيرة في حق الغير المضرور، لأنه يتعذر على المؤمن له إذا قامت مسؤوليته أن يقوم بتحمل عبء التعويض لوحده خاصة إذا كان معسراً.

ولهذه الأسباب أقر المشرع بإلزامية التأمين على المسؤولية المدنية لحوادث السيارات، فالأصل فيه حق المضرور في رفع الدعوى المباشرة ضد شركة التأمين وليس رفع دعواه ضد المؤمن له، لأن عقد التأمين عن المسؤولية المدنية يجب أن يحل المؤمن محل المؤمن له، إلا نجد أحياناً في بعض الأحكام القضائية المتعلقة بالمسؤولية المدنية لحوادث السيارات تحمّل المؤمن له للتعويض خاصة إذا كان الحادث مادي وتم فيه محضر من طرف الضبطية القضائية.

إلا أنه في حقيقة الأمر سواء كان الحادث مادي أو جسماني يتحمل المؤمن المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات سواء اتجه المؤمن له أو الغير المضرور، وبعدها يقوم المؤمن أي شركة التأمين

برفع دعوى الرجوع على المؤمن له إذا ثبتت مسؤوليته الكاملة عن خطئه، إلا في الحالات التي استثنائها المشرع الجزائري خصوصا في حالة العجز الكلي أو وفاته.

ومن أهم التوصيات في هذه الدراسة:

\*على المشرع الجزائري إعادة النظر في مسألة تقدير التعويض وفقا لضوابط قانونية وموضوعية تتناسب وحجم الضرر الذي أصاب المضرور، سواء كان هذا الأخير المؤمن له أو الغير.

\*يجب تسهيل وتبسيط الإجراءات الخاصة باستلام التعويض من طرف المؤمن في أقل مدة زمنية ممكنة حتى يتسنى للمضرور جبر وإصلاح الضرر.

\*العمل على مراعاة ظروف وقدرة المؤمن له في دفع التعويض بعد رجوع المؤمن عليه، أي شركة التأمين عندما يكون هو المسؤول عن الحادث، لأن طبيعة هذا النوع من التأمين تقتضي ذلك وإلا ما لفائدة منه.

## الإحالات والمراجع

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 1641.

<sup>2</sup> أبو السعود رمضان، أصول الضمان لعقد التأمين، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص 221.

<sup>3</sup> واختلاف الفقه بشأن تعريف عقد التأمين من المسؤولية هو اختلاف ناشئ عن مسألة تحديد طبيعة الخطر المؤمن منه في التأمين من المسؤولية المدنية. فرج توفيق حسن، أحكام عقد التأمين، الإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 78.

<sup>4</sup> بهاء الدين مسعود سعيد، الأثار المترتبة على عقد التأمين من المسؤولية المدنية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 22.

<sup>5</sup> أغلب التشريعات العربية نصت على التأمين الإلزامي في مجال المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات وتذكر منها المشرع الجزائري في الأمر رقم 15-74 تضمن إلزامية المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات والتعويض عن الأضرار ونظمه المشرع المصري في القانون رقم 652 لسنة 1955 بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات؛ المشرع الأردني في نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناجمة عن استعمال المركبات قانون رقم (32) لسنة 2001.

<sup>6</sup> مصطفى محمد الجمال، أصول التأمين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1999، ص 77.

<sup>7</sup> بهاء الدين مسعود سعيد، المرجع السابق، ص 29.

<sup>8</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1657.

<sup>9</sup> أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 227.

<sup>10</sup> بهاء الدين مسعود سعيد، المرجع السابق، ص 32.

<sup>11</sup> بهاء الدين مسعود سعيد، المرجع السابق، ص 33.

<sup>12</sup> ولقد نص المشرع المصري على هذا المبدأ بشكل صريح في المادة (751)

(من القانون المدني المصري التي نصت على أنه لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يتجاوز ذلك قيمة التأمين فرج توفيق حسن، مرجع سبق ذكره، ص 291.

<sup>13</sup> مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 78.

<sup>14</sup> فرج توفيق حسن، المرجع السابق، ص 80.

<sup>15</sup> بهاء الدين مسعود سعيد، المرجع السابق، ص 34.

<sup>16</sup> فرج توفيق حسن، المرجع السابق، ص 81.

<sup>17</sup> ريم إحسان محمود موسى، الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية المدنية

دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطني، نابلس، 2010، ص 49.

<sup>18</sup> كيجل أحمد، الاتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات

ودور التأمين، أطروحة الدكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007

ص 299.

<sup>19</sup> كيجل أحمد، المرجع السابق، ص 301.

<sup>20</sup> نصت المادة 66 من القانون رقم 14-01 على نفس العقوبة.

<sup>21</sup> كيجل أحمد، المرجع السابق، ص 305.

<sup>22</sup> المادة 64 من القانون رقم 01-13 المؤرخ في 07 أوت 2001 المتضمن

توجيه النقل البري، الجريدة الرسمية العدد 44 تعاقب على ممارسة نشاط نقل

الأشخاص دون الترخيص المطلوبة بالغرامة من ثمانية آلاف إلى ثمانية ألف دينار

<sup>23</sup> نص المادة 622 الفقرة الثانية من القانون المدني على بطلان كل شرط

مطبوع يرد في وثيقة التأمين لم يبرز بشكل ظاهر، وكان متعلقاً بحالة من الأحوال

التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

<sup>24</sup> عماد بعجي، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، أطروحة

دكتوراه، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2007-2008، ص 351.

<sup>25</sup> كيجل أحمد، المرجع السابق، ص 311.

<sup>26</sup> نص المادة 15 الفقرة الخامسة من قانون التأمينات " يلتزم المؤمن له بتبليغ

المؤمن عن كل حادث ينجر عنه الضمان بمجرد إطلاعه عليه، وفي أجل لا يتعدى

سبعة أيام إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة "

<sup>27</sup> نص المادة 622: فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

'يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: الشرط الذي يقضي

بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم، إلا إذا كان ذلك الخرق

جناية أو جنحة عمديه.'

<sup>28</sup> كيجل أحمد، المرجع السابق، ص 323.

<sup>29</sup> نص المادة 622 من القانون المدني " كل شرط يؤدي إعماله إلى سقوط حق المؤمن  
له في الضمان بسبب تأخره بعذر مقبول في تقديم المستندات إلى المؤمن.

<sup>30</sup> نص المادة 15 من قانون التأمينات.

<sup>31</sup> محمد بعجي، المرجع السابق، ص 358.

<sup>32</sup> نص المادة 08 و 13 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974  
والتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتم  
بأحكام القانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 أوت 1988. "تضمن شركة التأمين  
التعويض عن الأضرار الجسمانية لكل ضحية أو لذوي حقوقها حتى ولو لم تكن لها  
صفة الغير تجاه الشخص المسؤول مدنيا.

<sup>33</sup> علي بوقرة، نفي المسؤولية المدنية عن حوادث المرور بفعل الغير، مجلة  
التواصل، جامعة عنابة، العدد 26 سنة 2010، ص 10.

<sup>34</sup> محمد بعجي، المرجع السابق، ص 360.

# REVUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

Centre Universitaire de Naama - Algérie

Juin 2015  
Chaban 1436



N° 2

ردمك: 2437-0452-ISSN  
الإيداع القانوني: 2015-5244

كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة الجزائر

شعبة الأبحاث القانونية / سبدي بلعاش / الجزائر

048 54 66 07

040 41 17 96

07 73 394265

الهاتف والفاكس

الهاتف

التمويل

## ملخص

إن ممارسة السلطة الإدارية لمختلف الأعمال الإدارية والقانونية، منها خاصة القرارات الإدارية الصادرة عنها لتنظيم سير النشاط الإداري، سواء تعلق الأمر بالمرافق العامة أو الضبط الإداري، تقوم بها الإدارة بناء على السلطة التقديرية المعترف بها لها قانوناً، وذلك راجع للمعدي من الأسباب والمبررات القانونية والتنظيمية من أجل تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام. غير أن ممارسة هذه السلطة التقديرية يجب أن تتماشى مع مبدأ المشروعية وتخضع لرقابة القاضي الإداري من خلال استعماله لوسائل وضوابط قضائية في هذا المجال، وهو ما يعبر عنه برقابة الملاءمة تحقيقاً للتوازن بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات العامة.

الكلمات المفتاحية: سلطة تقديرية، مبدأ المشروعية، ضوابط قضائية، رقابة الملاءمة.

### Résumé :

L'usage de l'autorité administrative dans les diverses décisions administratives et juridiques, en particulier les actes administratifs qu'elle a pris afin d'arrêter la conduite de l'activité administrative rentrant dans le cadre des services publics ou de la police administrative, se base sur le pouvoir discrétionnaire que le législateur lui a reconnu. Ce pouvoir se justifie par plusieurs raisons tant législatives que réglementaires afin de parvenir à assurer l'intérêt public et de maintenir l'ordre public. Cependant, l'usage de ce pouvoir discrétionnaire doit être conforme au principe de légalité et soumis à la supervision du juge administratif, lequel emploie des moyens de contrôle judiciaire dans ce domaine. Il s'agit là de la censure de commodité engendrant l'équilibre entre l'intérêt public et la protection des droits et des libertés publiques.

Mots clés: pouvoir discrétionnaire, principe de légalité, contrôles judiciaires, la censure de la commodité.

### Abstract:

The use of administrative authority in the various administrative and legal decisions, especially administrative acts it has taken to stop the conduct of administrative activity within the scope of public services or administrative police, based on the discretion that legislator has recognized him. This power is justified by several reasons both legislative regulations in order to ensure the public interest and to maintain public order. However, the use of this discretion power must comply with the principle of legality and subjected to the supervision of the administrative judge, who uses the means of judicial review in this area. This is censorship convenience engendering a balance between the public interest and the protection of rights and public freedoms.

Keywords: discretion power, principle of legality, judicial controls, censorship of convenience.