وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

السلطة التقديرية للإدارة و ضمانات ممارستها

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الإداري

من إعداد الطالبة :

- مهاجي حنان

تحت إشراف الأستاذ:

- درعي العربي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	بن عودة نبيل	رئيسا
الأستاذ	درعي العربي	مشرفا مقررا
الأستاذ	يحي عبد الحميد	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم:19 /06 /2023

الإهداء

بـــــســـــم الـــــلـــــه الـــــرحـــــمـــــن الـــــرحـــــيـــــم

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين أما بعد

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين : ألبسكما الله لباس الصحة و العافية ، كلمات الدنيا عاجزة عن وصف مدى امتناني لكما عسى يبلغني ربي و أتمكن من تعويض تعبكما ورد جميلكما و إلى جدتي أيضا أطال الله في عمرها و إلى كل العائلة الكريمة و خاصة إلى الأستاذ المؤطر " درعي العربي " الذي ساعدني في إنجاز و اتمام هذا العمل و إلى كل المشرفين

الشكر و التقدير

نحمد الله عز و جل الذي وفقنا في اتمام هذا العمل المتواضع

نتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى الأستاذ المشرف " درعي العربي " على كل ما قدمه من توجيهات و معلومات قيمة ساهمت في إثراء موضوع دراستنا من جوانبه المختلفة كما نتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة لقبولها الإشراف على هذا العمل المتواضع

قائمة المختصرات

ص : صفحة

ط : طبعة

د. ط : دون طبعة

ب. س .ن : بدون سنة نشر

ق. إ . م . إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق. و. ع : قانون الوظيفة العامة

مقدمـــة

يقوم جوهر القانون الإداري على مجموعة السلطات الاستثنائية الممنوحة للادارة و التي تسعى من خلالها الادارة الى تحقيق المصلحة العامة، وتلك الإمتيازات تنفرد بها الإدارة في نشاطها اتجاه الأفراد ولا يمكن لهذه الإمتيازات ان تتضمنها العلاقات بين الافراد العاديين و كل علاقة تتضمن شروط استثنائية بين الافراد تكون باطلة على اساس ان القاعدة التي العلاقات بين الافراد هي المساوات في المراكز القانونية.

ونقصد بامتيازات السلطة العامة أن الإدارة تستخدم أساليب مغايرة للأساليب المألوفة في علاقات القانون الخاص يكون من شأنها وضع هذه الأخيرة في مركز متميز وأقوي بالنسبة للأفراد ، والحكمة من هذا أن الإدارة عليها واجب تحقيق المصالح العامة للمجتمع بالذات واجب حفظ النظام العام والأمن العام وأيضا واجب إدارة المرافق العامة الأساسية بانتظام واضطراد ، وهذا الامتياز الممنوح للإدارة يجعلها في مركز أعلى من مراكز الأفراد والتي من شأنها منح الإدارة حرية أوسع من حريتهم في العمل. وسوف نقوم في هذه الدراسة بمعالجة امتياز آخر هام ألا و هو السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في مباشرة اختصاصاتها إذ نقصد بالسلطة التقديرية للإدارة أن هذه الأخيرة تتمتع بقسط من الحرية في التصرف أو الامتناع عن اتخاذه على نحو معين ، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسبا للتصرف أو السبب الملائم له ، أو في تحديد محله ، إذ السلطة التقديرية ليست سلطة تحكمية وإنما هي سلطة خاضعة لرقابة القضاء ، فالقرار الإداري التقديري كالقرار الإداري المقيد يخضع لهذه الرقابة ، كما ان هذه السلطة ليست مقيدة إذ أن كل عمل إداري يحتوي على قدر من السلطة التقديرية و الاختصاص المقيد معا ، و قد تصل السلطة التقديرية أحيانا في اطلاقها إلى حد بعيدا و قد يتضاءل أحيانا أخري لحد شديد بحيث يطغي عليها فكرة الاختصاص المقيد ، و للأفراد مصلحة في أن تتمكن الإدارة من تحقيق المصلحة العامة على أتم وجه ممكن ومن هنا ولدت السلطة التقديرية للإدارة.

و من جملة الاسباب الداعية لإختيار هذا الموضوع هناك اسباب موضوعية و اخرى ذاتية:

فمن الأسباب الموضوعية التي دفعتني لاختيار موضوع هذه الدراسة الأهمية البالغة التي تكتسيها الإدارة في حياة الأفراد وفي المجتمع اذ أنها تهدف الى تحقيق المصالح العامة ، وكذا تحقيق الأمن والنظام العام في المجتمع ، بالإضافة الى نقص الدراسات المتخصصة في هذا المجال خاصة في التشريع الجزائري.

أما الأسباب الذاتية ميولي واقتناعي إلى ضرورة تفعيل ومنح سلطة تقديرية للإدارة مع القليل من التقيد حتى يحافظ على حقوق الافراد وحمايتهم من تعسف الإدارة، وكذا أن تكون هناك دراسات متخصصة في هذا الموضوع في القانون الجزائري.

تلعب الإدارة دورا مهما في تحقيق المصلحة العامة وتحقيق الأمن والنظام العام في المجتمع، كما أن موضوع السلطة التقديرية يعتبر من أكثر المواضيع دقة في نطاق القانون الإداري، وكذا علم الإدارة الحديث وهذا بسبب ارتباطه بالعديد من المسائل الهامة ولا سيما موضوع القرارات الإدارية وممارسة صلاحيات الإدارة وتجدد وتعقد نشاط

الإدارة

تهدف هذه الدراسة إلى عرض موازنة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، وكذا حدود هذه السلطة والتي تكمن في مجال التقيد والتقدير لعناصر القرار الإداري، اضافة الى التطرق الى الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية في أعمالها ومبرراتها في ذلك دون اغفال نتائج الاعتراف بها بالإضافة إلى التطرق للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وتطورها، وتوضيح علاقة السلطة التقديرية والقضاء الإداري.

من أهم المشاكل التي يعاني منها الأفراد اتجاه الإدارة هو منحها سلطة تقديرية محضة اذ عمل المشرع على منح الإدارة سلطة أخري تحد من سلطة الإدارة وهي السلطة المقيدة التي يجد فيها الأفراد أكبر ضمانة لحريتهم وحمايتهم من تعسف الإدارة، مع العلم أن الإسراف في هذا التقيد قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى عواقب وخيمة، وقد تم تناول موضوع الدراسة وفق الإشكالية التالية:

ما مدى حدود السلطة التقديرية للإدارة ؟ وما مدى رقابة القضاء عليها ؟

وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية العديدة من التساؤلات الفرعية والتي نذكرها على النحو التالي:

- أين تكمن أوجه الشبه والاختلاف بين السلطتين التقديرية والمقيدة ؟ أين يكمن الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية في أعمالها ؟

- و ما هي مبررات ونتائج هذا الاعتراف ؟

- ما هي أم تطورات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ؟

- ما هي الجهات التي تراقبها ؟

لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي في الفصل الأول والذي يتلاءم مع هذا النوع من الدراسة بالإضافة إلى المنهج التحليلي ، أما الفصل الثاني فاعتمدت على المنهج المقارن.

لقد بذلت ما في وسعي لإنجاز هذا العمل المتواضع ، متجاوزة بذلك كل الصعوبات التي واجهتني ، والتي من بينها ضيق الوقت ، قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع وصعوبة التوصل الى المراجع.

بخصوص الدراسات السابقة وفي البحث حول موضوع السلطة التقديرية للإدارة لاحظت بأن هذا الموضوع لم يكن محل اهتمام من قبل الكتاب الجزائريين، على خلاف الدول الأخرى التي أولته اهتماما كبيرا كفرنسا ومصر والأردن...إلخ، إلا أنه وببحثي المتواصل حصلت على دراسة سابقة بعنوان السلطة التقديرية في اصدار القرارات الإدارية وهي عبارة عن مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام للطالب مخاشف مصطفي، كلية الحقوق جامعة تلمسان الجزائر حيث تناول فيها مفهوم شامل للسلطة التقديرية والتفرقة بينها وبين الاختصاص المقيد والنتائج المترتبة عليها، بالإضافة إلى حدود السلطة التقديرية، كما تطرق إلى مدي رقابة القضاء الإداري للقرار . الإداري... إلخ، إذ أنه يوجد تشابه بسيط فيم يخص تعريف السلطة التقديرية واختلاف في باقي ما تم عرضه في هذا الموضوع.

الفصل الأول

نطاق السلطة التقديرية للإدارة

وإذا ترك المشرع لإدارة قدرا من حرية اتخاذ التصرف فإنها تتمتع في هذه الحالة بسلطة تقديرية pouvoir discrètionnaire ، أما إذا أوجب المشرع عليها أن تتصرف بطريقة معينة في أحد اختصاصاتها ، فان هذا الاختصاص يكون مقيدا Competence Liée .

وتتطلب الإحاطة بهذا الموضوع أن نحدد في المبحث الأول معنى السلطة التقديرية للإدارة وفي المبحث الثاني الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية في أعمالها .

المبحث الثاني : مفهوم السلطة التقديرية للإدارة .

إن القانون يمنح الإدارة أحيانا سلطة تقديرية في مباشرة بعض اختصاصاتها، وهذا الامتياز يجعل لها حرية في الاختيار والتقدير حين إصدارها للقرارات الإدارية ، إذ أنه في بعض الاختصاصات تكون سلطتها مقيدة في إصدار قراراتها ، لهذا سوف نتطرق في المطلب الأول منه إلى تعريف السلطة التقديرية للإدارة أما في مطلبه الثاني فسنتطرق إلى حدود السلطة التقديرية للإدارة أما في المطلب الثالث فسنتطرق إلى المقارنة بين السلطة التقديرية المقيدة .

المطلب الأول : تعريف السلطة التقديرية للإدارة .

إن السلطة التقديرية للإدارة تتحقق كلما تخلي القانون الذي يشمل كل القواعد التي تحكم نشاط الإدارة أيا كان مصدرها عن تحديد وتنظيم عنصرا من عناصر قرار الإدارة ونشاطها[1]

الفرع الأول : ا لسلطة التقديرية

[1] - ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، منشأ المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص05

إن السلطة التقديرية لا تظهر إلا في نظام الدولة القانونية التي تأخذ بمبدأ سيادة القانون فحيث لا تكون الدولة قانونية وحيث لا يكون القانون من سيادة فلا وجود للسلطة التقديرية للإدارة ، وإذا أن مبدأ المشروعية والسلطة التقديرية متلازمان فالمسألة في السلطة التقديرية ليست الاختيار بين قرار مشروع وقرار غير مشروع بل الاختيار بين قرارين مشروعين ، ويشترط في القرار الذي ، اختارته الإدارة ألا يكون مشوب بخطأ قانوني أو خطأ فادح في التقديرية [1] ويقصد إذا بالسلطة التقديرية أن الإدارة تجاه وقائع معينة تكون حرة في اتخاد قرار ما أو في الامتناع عن اتخاذه ، أو في اختيار القرار الذي تراه مناسبا فيكون للإدارة حق تقرير الوقائع واتخاذ قراراتها استنادا لهذا التقدير . ومثال على ذلك منح الأوسمة الشرفية والمكافآت فيكون للإدارة سلطة تقديرية في منح من عدمه وهذا ما تنص عليه المادة 112 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الجزائري "يمكن أن يسلم الموظفون أوسمة شرفية ومكافآت في شكل ميداليات استحقاق وشجاعة وشهادات وزارية .

تحدد طبيعة الأوسمة الشرفية والمكافآت وخصائصها وكيفية منحها عن طريق التنظيم."[2]

فيكون للسلطة الإدارية حرية كاملة في تقدير اختيار العمل والقيام به في الوقت الملائم دون أن يملي عليها المشرع مسلكا محددا يتعين عليها اتباعه في هذا الخصوص ، وقد أعطيت للإدارة سلطة تقديرية لأن المشرع لا يمكنه أن يتنبأ بكل الحالات القانونية ، فترك للإدارة أمر دراسة الحالات وحرية اتخاذ القرار المناسب بشأنها بهدف تحقيق المصلحة العامة التي يرمي لها [3].

[1] - محي الدين القيسي ، القانون الاداري العام،ط1،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2007،ص 157158

[2] - القانون 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية جريدة رسمية للسنة 43 ، العدد 46 المؤرخة في 20جمادى الثانية 1427 الموافق ل.16 يوليو 2006.

[3] - **فوزي حبيش، القانون الإداري العام، الإبطال لتجاوز حد السلطة والأعمال الإدارية،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،2011،ص353.**

ويمكن التفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة التعسفية فالإدارة عند قيامها بالسلطة الأولى يكون لها حرية في تقدير ملائمة أو عدم ملائمة إصدار قرار مراعاة للظروف وللمصلحة العامة أما السلطة التعسفية فتكون عندما تصدر الإدارة قراراتها بدون أن تحترم القانون وبدون أن تراعي المصلحة العامة فالمرجع في وجود الإدارة في سلطة تقديرية هو

نص القانون، فإذا كان المشرع لا يلزمها بالتدخل في ظروف معينة ولا يلزمها حينما تتدخل أن يكون قرارها على نحو معين [1].

أما السلطة المقيدة :(الاختصاص المقيد.)

أن لا تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه ، فالقانون بفرضها عليها عند توفر شروط معينة أو قيام عناصر واقعية محددة ، إصدار قرار معين وقد يحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة أن تعمل على تحقيقه أو الوقت المناسب لإصداره ، وفي هذه الحالة تكون مهمة الإدارة مقصورة على تطبيق القانون في الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها ، فلا يترك لها أية حرية في التقدير فالاختصاص المقيد مرتبط بمبدأ المشروعية ،[2] ومثل على تعيين الناجحين المترشحين في مسابقة على أساس الاختبارات في

الوظائف العمومية هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى المادة 80 من قانون الوظائف العمومية[3].

بحيث لا يكون للإدارة حرية في الاختبار بل عليها تعيين الناجحين وفق لترتيبها في جدول الناجحين وفق ما نصت عليه المادة 81من ق و ع[1].

- محمد رفعت عبد الوهاب،مبادئ وأحكام القانون الإداري،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،2005.،ص 578[1]

[2] - مازن ليلو راضي،القانون الإداري ،ط1،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،مصر،2005ص 379

[3] -أنظر المادة 80من قانون الوظيفة العمومية ، جريدة رسمية للسنة 43، العدد 20المؤرخة في 20جمادى الثاني 1427 الموافق ل 16يوليو2006.

فالمشرع يفرض وبشكل آمر وملزم على الإدارة عند اتخاذها قرار بصدد واقعة معينة ، وكذا الغاية التي يتعين عليها تحقيقها من القرار ويحدد لها الإجراءات التي بمقتضاها يجب عليها الوصول إلى تلك الغاية [2]، فالسلطة المقيدة إذا يقصد بها عندما

تتوافر شروط معينة تلتزم الإدارة اتخاذ موقف معين بحيث يرسم القانون للإدارة مقدما طريقة مباشرة نشاطها ، ويفرض عليها القيام بعمل عند توافر الشروط المعينة ، دون أن يكون لها سبيل الاختيار ، أما إذا أصدرت قرارها خلاف لما يتطلبه القانون ، أو أنها امتنعت عن إصدار القرار الذي عينه القانون ، فإن قرارها يكون باطلا وغير مشروع لمخالفته للقانون [3]

ومن خلال ما سبق يتضح أن سلطة الإدارة تكون مقيدة إذا قيد القانون مسبقا بظروف ووقائع معينة ،إذ أن هذا الاختصاص المقيد ضمانة لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد تعسف الإدارة ، كما أن الاختلاف بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية إنما هو اختلاف في الدرجة وليس اختلافا في الجوهر والطبيعة ، إذ أن منح الإدارة سلطة التقديرية أثناء ممارستها لصلاحياتها يعد مسألة لرفع كفاءة الجهاز الإداري وزيادة فعاليته .

كما يمكن القول أن حالات السلطة التقديرية هي تلك الحالات التي تملك فيها الإدارة الخيار بين قرارين إداريين أو مسلكين على الأقل ، وقد يكون المسلكان : إما التصرف على نحو معين ، أو عدم التصرف على الإطلاق ، ومن الأمثلة على ذلك الترقية بالاختيار ، منح التراخيص بالإقامة للأجانب . أما عن الحالات السلطة المقيدة فهي الحالات التي

---

[1] - المادة 81من القانون 03/06 المتعلقة بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية "يعلن نجاح المترشحين في المسابقة على أساس الاختبارات أ و المسابقة على أساس الشهادات أو اختبار مهني من طرف لجنة تضع قائمة ترتيبية على أساس الاستحقاق " جريدة رسمية للسنة 30،العدد 30 المؤرخة في 02جمادى الثانية 1302الموافق ل16يوليو2006 .

[2] - أحمد محيو ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ط0مع ملحق 1323 ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، ص 322.323 .

[3] - إبراهيم سالم العقيلي ، اساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية ط1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان 2013، ص 192.

يفرض فيها القانون على الإدارة ضرورة التصرف بطريقة معينة إذا ما توافرت شروط معينة ، ومن الأمثلة على ذلك الترقية بالأقدمية ن الإحالة على التقاعد لبلوغ السن القانوني[1].

تعددت تعاريف السلطة التقديرية من قبل فقهاء القانون الإداري واختلفت بإختلاف الظروف والتطورات والتي شهدتها هذه الاخيرة ، لذا يجب أن نعرضها وفق للفقه المقارن بين القانون الفرنسي والمصري واللبناني وفي الأخير القانون الجزائري .

أولا : السلطة التقديرية في الفقه الفرنسي .

إن المتتبع لفكرة السلطة التقديرية للإدارة من الوجهة التاريخية ، يدرك أن النظام القانوني الفرنسي كان السباق إليها بحيث كان للفقه دورا كبيرا في تحديد معالمها ، وقد سلك الفقهاء الفرنسيين في تعريفها عدة مسالك مذكر أهمها :

إن السلطة التقديرية تعني حرية الإدارة في اختيار تصرفها ، ويمكن هنا تشبيه قدرة الاختيار بالرجل الذي يقف على مفترق الطرق فتتاح له بذلك قدرة الاختيار بين الطرق المتعددة التي يستطيع أن يتخذ أيا منها بمحض تقديرية الذاتي ، كما يعرفها الفقيه

DELOBADIR" السلطة التقديرية بأنها ذلك الجانب من التقدير الذي تتركه القوانين للإدارة لممارسة سلطتها التقديرية [2].

ويمكن الإشارة إلى مفهوم بسيط للسلطة التقديرية في القانون الإداري الفرنسي

Le pouvoir discrètionnaire : « en droit administratif français ,qui s'oppose à la compétence liée désigne le pouvoir de l'administratif d'agir , de s'abstenir ou décider avec une marge plus ou moins grande de liberté , en fonction d'une appréciation d'opportunité. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas un pouvoir arbitraire dans la mesure ou l'administration , meme dans son exercice demeure soumise ou principe de légalité, sa marge de manoeuvre ne permettant qu'un

[1] - عبد القادر عدو ، المنازعات الإدارية ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013ص 14

[2] - مخاشف مصطفى ، السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة تلمسان كلية الحقوق الجزائر 2008 ،ص 11.

nombre plus ou moins large de choix entre des mesures et comportements légaux. »[1]

ثانيا : السلطة التقديرية في القانون المصري .

لقد تأثرا شديدا بنظيره الفرنسي من خلال إعطاء تعريفا للسلطة التقديرية للإدارة ، وهذا لإبرازها كضرورة قانونية .ولعل أبرز التعاريف لهذه الأخيرة أنها " الحرية التي تتمتع بيها الإدارة في مواجهة كل الأفراد والقضاء ، لتختار في حدود الصالح العام وقت ووسيلة تدخلها، وتقدير بعض الحالات القانونية التي تحدث ، أصلح الوسائل للمواجهة "[2] .

ثالثا: السلطة التقديرية في القانون اللبناني .

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية عندما يترك القانون لها حرية تقدير اتخاذ قرار معين في الوقت المناسب الذي تراه ملائما للظروف والأحوال ، دون أن يملي عليها مسلكا محددا يتعين عليها اتخاذه[3].

وفي قرار صادر عن مجلس شورى الدولة اللبنانية رقم447بتاريخ1996/04/18 عرف السلطة التقديرية بأنها:" هي التي تتيح للإدارة اتخاذ التدابير بحرية مطلقة من كل قيد قانوني، وتنشأ إما عن نص صريح في القوانين والأنظمة التي توليها هذه السلطة ، واما عن انتفاء القواعد والأحكام القانونية التي تحد من سلطتها التقديرية في ممارسة عملها الإداري [4].

رابعا : السلطة التقديرية في القانون الجزائري .

لقد تبنى النظام القانوني الجزائري نظرية السلطة التقديرية للإدارة من خلال تأثره هو الآخر بالنظام الفرنسي ،غير أن مفهوم هذه الاخيرة كنظام مستقل بذاته ، لم يلق البحث

[1] -http://fr.wikipedia .org/wiki/pouvoir-discr%c3%A9tionnaire_en_droit_administratif_fran%c3%A7ais.daet 25/02/2014.

[2]- مخاشف مصطفى ، مرجع سابق ،ص12.

[3]- فوزي حبيش ، مرجع سابق ، ص 535 .

[4]- قرار رقم 417 تاريخ 1996/04/18 المجموعة الإدارية 1996ص126 .

الكافي من قبل الفقهاء الجزائريين والعدد القليل من التعاريف التي قيلت في حقها من قبل بعض الفقهاء المصريين الذين تكلمو عن النظام الجزائري [1].

يلتمس فيها بعض التأثر بتعريفاتها الفقه المصري والفقه الفرنسي ، على أنها الحرية التي تتمتع بها الإدارة في حدود الصالح العام لتختار وقت و وسيلة تدخلها ، وتقدير الحالات الواقعية التي تحدث .

الفرع الثاني: خضوع السلطة التقديرية للمشروعية الإدارية .

إن حرية الإدارة في التصرف أو الامتناع عن التصرف لا يعني تحررها من مبدأ المشروعية الذي نقصد به تطابق أعمال الإدارة مع القانون ولا بد أن يفهم القانون هنا بمفهومه العام أي كافة القاعدة القانونية السائدة في البلاد سواء تشريعية أو تنظيمية وقد يسمى بمبدأ الشرعية ، سيادة القانون التطابق مع القانون ، سمو القانون كما عبر عنه الدستور الجزائري في ديباجته ، ومن ثم يجب التأكيد أن ممارسة السلطة التقديرية لا بد أن يكون في نطاق القانون ، وفي غير ذلك لا يمكن الحدث عن سلطة تقديرية و إنما عن سلطة تحكمية [2] ومثال على ذلك : ارتكاب موظف خطأما في وظيفته ، فالهيئة الإدارية التي لها صلاحيتها التأديب لها في المقام الأول سلطة تقديرية في متابعة الموظف تأديبيا أو الامتناع عن متابعتها و إذا اختارت الادارة تملك في المقام الثاني اختيار ما تراه من عقوبة ملائمة .

الفرع الثالث: اعتبارات السلطة التقديرية .

باعتبار أن السلطة تتمتع بسلطة تقديرية عندما يترك لها القانون حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة

[1] -عبد العزيز الجوهري ، القضاء الإداري ،ط2،ديوان المطبوعات الجامعية ،1897 ،الجزائري ، ص18.
[2] - عبد القادر عدو ، مرجع السابق ، ص13 .

معينة ، أما إذا قيدها وألزمها باتخاذ القرار يتوافر ظروف واجتماع عناصر ووقائع معينة كنا أمام سلطة مقيدة ، ولوجود السلطة التقديرية اعتباران ، هما الكفاءة الإدارية والحقوق الفردية.

1 –الكفاءة الإدارية : إن حسن قيام بوظيفتها يتطلب تمتعها بقدرة من السلطة التقديرية يسمح لها بإعمال إرادتها في ممارسة اختصاصها وتطبيق القانون بما يتفق والوقائع الذي تحتك به ، إذا أن القانون مهما زادت دقته لا يقوي على الإحاطة بكل شيء أو الإلمام بجزيئات لا حصر له تؤدي المبالغة في تقييد حرية الإدارة إلى جمودها وقلة فعاليتها بل وعدم أدائها لمهامها على الوجه اللائق [1].

2- **الحقوق الفردية :** لضمان الحقوق والحريات الفردية يجب أن تكون سلطة الإدارة مقيدة خاضعة لقانون يحكم سلوكها بطريقة دقيقة بحيث ينجو الفرد من تعسفها وسوء استعمالها لسلطتها[2].

وتوفيقا بين الاعتبارين السابقين يسمح القانون للإدارة من ناحية بقدر من السلطة التقديرية يختلف زيادة أو نقصا من مجال آخر وهذه السلطة لا تكاد تنعدم في اختصاص من الاختصاصات ولا تصل إلى حد السلطة المطلقة بحال من الأحوال ومن ناحية أخرى يوجب على الإدارة احترام قواعد القانون في تصرفاتها حماية للحقوق والحريات والفردية ،وإلا جاز للقضاء الإداري بناءا على طلب الأفراد أن يحكم ببطلان ما تتخذه من قرارات إذا تجاوزت حدود ما يسمح به القانون .

المطلب الثاني : حدود السلطة التقديرية .

إذا كان القرار الإداري يتميز بأنه عمل قانوني ، نهائي بإرادة الإدارة المنفردة كسلطة إدارية وطنية تترتب عليه آثار قانونية معينة ، فإنه توجد شروط محددة لابد من توفرها لكي يصدر القرار صحيحا مشروعا ، وتتمثل هذه الشروط في الاختصاص الشكل، السبب ، المحل ،

-محمد محمد عبده إمام ، القضاء الإداري ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،ص 54[1]
- محمد رفعت عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري ، دار الجامعية ، الجديدة ، لبنان، 2009،ص 230.[2]

الغاية ، ويتعين على الإدارة عند إصدارها لقراراتها مراعاة هذه الشروط واحترامها ، وإلا أصبحت قراراتها معيبة وغير مشروعة . وعند استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في هذا المجال ، فإننا نجد أنه توجد حدود معينة تحد هذه السلطة في نطاق كل شروط من شروط صحة القرار الإداري [1] .والتي سنتناولها في الفروع التالية.

الفرع الأول : ركن الإختصاص.

يعرف ركن الاختصاص كركن من أركان القانون الإداري على أنه القدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر [2] أو أنه التأهيل القانوني لمباشرة عمل معين والجهة المختصة لإصدار القرار هي التي جعل لها المشرع صلاحية إصداره فالمشرع يوزع الاختصاص في الأجهزة الإدارية مراعيا في ذلك طبيعة الاختصاص ، وأهمية القرار الإداري وتستمد قواعد الاختصاص وجودها من النصوص الدستورية أو القانونية أو التنظيمية في الدولة إذا لركن الاختصاص عناصر تتمثل في العنصر الشخصي، الموضوعي، أزماني ، المكاني[3].

ويعد ركن الاختصاص من أهم أركان القرار الإداري وأقدمها ظهورا من الناحية التاريخية إضافة إلى ارتباطه بالنظام العام مع ما يترتب على ذلك من نتائج مثل أن على القاضي الإداري التصدي لعيب عدم الاختصاص في كل مرحلة من مراحل القضية ولو لم يثره المدعي كسبب من أسباب الإلغاء [4].

إذ أن عيب عدم الاختصاص هو أول وأقدم سبب من أسباب الحكم بالإلغاء وهو العيب الذي يصيب القرار الإداري من حيث ركن الاختصاص ، فهذا الأخير هو انعدام القدرة والأهلية أو الصفة القانونية على اتخاذ قرار إداري معين لحساب الإدارة.

[1] - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ،بط، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ،1993،ص39.

[2] - http://forum .univbiskra.net Date du 17/09/2014.Heur 16 :45

[3] -علاء الدين عشي ، مذخل القانون الإداري ،دار الهدى للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012 ،ص272.

[4] - حمدي القبيلات ،القانون الإداري ،ج2،ط1،دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2010،ص36.

العامة بصفة مشروعة ، فإذا قام موظف ما بإصدار قرار وهو ليس من اختصاصه ، يكون قراره باطل لعيب الاختصاص ويتحقق إلغاء القرار الإداري [1] .

فبالنسبة لركن الاختصاص لا يوجد للإدارة في مجاله سلطة تقديرية لأنه محدد بالقانون، والإدارة إما أن تكون مختصة فيحق لها إصدار القرار إما ألا تكون كذلك فيمتنع عليها،وليس لها في ذلك حرية الاختيار، وإن كانت الإدارة تعمل غالبا على توسيع اختصاصاتها عن طريق تفسير النصوص المحددة له تفسيرا واسعا .

الفرع الثاني :ركن الشكل .

يعتبر الشكل المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعتبر بها الإدارة عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ، وفي الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره ، كأن يشترط القانون أن يكون القرار مكتوبا أو صريحا أو وجوب استشارة جهة معينة لإصداره .وإذا كان ركن الشكل في القرار الإداري كما ثم ذكره سابقا ، فعيب الشكل هو عدم الالتزام والقيام بالشكليات والإجراءات المطلوب القيام بها عند إصدار قرار إداري ، والتوقيع عليه ، أو إهمال شكلية الكتابة .[2]

فبالنسبة لركن الشكل لا توجد للإدارة في مجاله سلطة تقديرية إذا أنها تتقيد باح ترام الأشكال أو لإجراءات الجوهرية التي يحددها القانون ، والتي تحمي مصالح الأفراد وحقوقهم، حتى لا يلحق البطلان بقراراتهم نتيجة لعيب الشكل ، بينما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية وحيدة فيما تتعلق بالأشكال غير الجوهرية التي يتوجب القانون مراعاتها ولم يرتب البطلان على مخالفتها إذا يكون في مقدورها اتخاذ الشكل الذي تراه مناسبا للإصدار قرارها فيه [3]

[1] - محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، 2008،ص94 .

[2] - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2005ص193.

[3] - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأ المعارف الإسكندرية مصر،ص338.

الفرع الثالث :ركن السبب.

هو الباعث الذي يدفع الإدارة للتعبير عن إرادتها وإصدار القرار الإداري ، أو هو تلك الحالة القانونية المستقلة عن رجل الإدارة التي تسبق العمل والتي تشكل مقدمة ضرورية لكل قرار تتخذه ، فمثلا سبب القرار بتوقيع عقوبة تأديبية على الموظف هو إخلاله بواجباته المهنية أو المساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة أثناء ممارسة خطأ مهنيا [1] ، وهذا ما نصت عليه المادة 160 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية . ويمكن ذكر أمثلة الحالة الواقعية والتي تتمثل اضطرابات [2] .

في مختلف أجزاء إقليم الدولة ، وهو ما يدفع الإدارة المعنية بالتدخل للحفاظ على الأرواح والممتلكات وللتحكم في الوضع الأمني فيصدر رئيس الجمهورية مثلا مرسوما رئيسيا يعلن فيها حالة الحصار أو الطوارئ أو يقر الحالة الاستثنائية وفق ما جاء في المادتين 91/93 من دستور الجزائر .[3] فهذه القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية في شكل مراسيم رئاسية لا تصدر هكذا دون سبب ، وإنما لمواجهة حالة واقعية ، أما عن أمثلة الحالة القانونية تقديم موظف طلب استقالة وإصدار قرار إداري بقبولها وفي هذه الحالة تصرفت الإدارة بناءا على رغبة وإرادة الموظف ولو لا رغبة صاحب الشأن لما تدخلت الإدارة وفصلت في طلب الاستقالة بما يقرره تشريع الوظيفة . ويجب التفرقة بين سبب القرار وبين تسبيبه ، فتسبيب القرار الإداري هو إجراء شكلي يتمثل في ذكر الأسباب التي يبني عليها القرار والأصل أن الإدارة ليست ملزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا تدخل المشرع وألزمها بذكر السبب الذي من أجله أصدرت قراراها ، أما سبب القرار الإداري يتمثل في لزوم قيام هذا الأخير على أسباب حقيقية ، كما أنه من أسباب إلغاء القرار ما يسمى بعيب السبب والذين

---

[1] - محمد علي خلايلة، القانون الإدار ، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان الأردن،ص219.

[2] - المادة 160 من القانون الوظيفة العمومية03/06، جريدة رسمية للسنة 30،العدد 30 المؤرخة في 02جمادى الثانية 1302الموافق ل16بوليو2006 .

[3] - المادة97من دستور2020المؤرخ30 ديسمبر 2020 يقرر رئيس الجمهورية إدا دعت الضرورة الملحة ،حالة الطوارئ أو الحصار"و98"يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إدا كانت مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسستها الدستورية أو استقلالها وسلامة ترابها.

نقصد بع انعدام الواقعية المادية أو القانونية التي استندت عليها السلطة الإدارية المختصة في إصدار قرار إداري نهائي معين [1] ويشترط لصحة وسلامة سبب القرار الإداري شرطان أساسيان هما وجوب أن السبب قائما موجودا ، وأن يكون السبب الذي استندت إليه الإدارة في إصدار قراراها مشروعا ،[2] فإذا حدد المشرع أسباب معينة لإصدار القرار فإن الإدارة تكون مقيدة بضرورة مراعاة هذه الأسباب في اتخاذ قرارها ، أما إذا لم يحدد القانون السبب التي بناءا عليها يصدر القرار،أو أن يحدد هذه الأسباب دون تعيين نوعية القرار الذي يصدر استنادا إليها ، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في هذه الحالة ،كما هو الشأن فيما يتعلق بواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند حدوث إخلال به ، وعند استعمال الإدارة لسلطتها في التقدير،فإنه لا يكفي أن يكون السبب الذي استندت إليه لإصدار قراراها موجودا، بل أن يكون صحيا من الناحية القانونية ومبررا لاتخاذ القرار الإداري[3].

الفرع الرابع:ركن المحل.

يقصد بالمحل القرار الإداري الأثر القانوني الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه [4] ،ويشترط في محل القرار على غرار سببه أن يكون ممكنا ومشروعا، فإذا كان القرار معيبا في فحواه أو مضمونة بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار مخالف للقانون أيا كان مصدره دستوريا أو تشريعيا ، ففي هذه الحالات يكون غير مشروع ومعيبا بمخالفته للقانون[5] .

فمثلا القرار بتعين موظف في وظيفة ليست شاغرة هو قرار معيب في محله لعدم إمكانية تطبيقه من الناحية الواقعية بمعنى أنه لا يتعارض القرار الإداري مع قواعد القانون ومن هنا

[1] - المادة98من دستور2020 يقرر رئيس الجمهورية إذا كانت مهددة بخطر داهم يوشك ان يصيب مؤسستها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها .

[2] - حمد عمر حمد،السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها،ط1 ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ،الأردن،2003،ص121.

[3] - نواف كنعان،القانون الإداري،ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2009،ص281.

[4] - سامي جال الدين،أصول القانون الإداري،منشأ المعارف، الإسكندرية مصر،598،2004.

[5] - محمد الغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،ص80.

فإن القرار بحرمان الموظف من إجازته السنوية على سبيل المثال هو قرار معيب في محله،ونقصد بعيب المحل هو خروج القرار الإداري عن أحكام ومبادئ قواعد القانون ومضمونه وموضوعة أو محله،إذا أن عيب مخالفة القانون هو مخالفة أثار القرار الإداري الصادر لأحكام ومبادئ وقواعد القانون،وقد تكون سلطة الإدارة بالنسبة لركن المحل مقيدة أو تقديرية،فإذا أوجب المشرع ترتيب أثر قانوني معين بصدد قرار إداري بعينه بحيث لا يكون للإدارة اختيار بديل من عدة بدائل أو حلول فلا يكون مجال للحديث عن سلطة تقديرية للإدارة بل يجب عليها ترتيب الأثر القانوني الذي حدده أليها المشرع وبالتالي تكون سلطتها مقيدة[1].

الفرع الخامس: ركن الغاية

تعرف بأنها الهدف الذي يسعى رجل الإدارة تحقيقه من وراء إصدار القرار الإداري فالأصل أن الإدارة العامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال قراراتها الإدارية ،وإذا ما خرجت عن ذلك كان قراراها معيب بعيب الانحراف باستعمال السلطة أو إساءة استعمالها [2] ، ومن هنا فالغاية ليست النتيجة المباشرة للقرار أو الأثر القانوني المترتب عليه ، وإنما المقصود هو الغرض أو الهدف الذي أراد مصدر القرار تحقيقه بإصداره [3] ، فليست الغاية من قرار تعيين موظف هي وضعه في مركز قانوني خاص بهذه الوظيفة ، وإنما القصد وراء ذلك ضمان حسن سير المرفق العام[4]

وإذا كانت المصلحة العامة هي الغاية كل قرار إداري ، فإن المشرع قد يحدد للإدارة في بعض الحالات أهدافا خاصة يجب أن تسعى لتحقيقها عند إصدار قراراتها الإدارية ، وفي هذه الحالة يجب أن تلتزم الإدارة بالسعي لتحقيق هذه الأهداف حصرا ، ولا يجوز لها التذرع بالمصلحة العامة لإصدار هذا النوع من القرارات [5].

[1]- منصور ابراهيم العتوم ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ،ط1،وائل للنشر ، عمان ،2013، ص38.

[2]- ماجد راغب الحلو،القانون الإداري دار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ،2004،ص447.

[3]- http://forum .univbiskra.net.index.php ?Topic=320710 Date 20.11.2014.Heur 21:15 .

[4]-عمار بوضياف ، القرار الإداري ،ط1 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ،2007 ،ص 165.

[5]- حمدي القبيلات، مراجع سابق ،ص65-66.

ونقصد بعيب الانحراف في استعمال السلطة إذا كانت السلطة الإدارية مصدرة القرار الإداري تستهدف غرض غير الغرض الذي من أجله منحت سلطة إصدار هذا القرار ، حيث أن لهذا العيب حالات متمثلة في حالة عامة وهي أن تستهدف السلطة الإدارية المختصة في استعمال سلطة اتخاذ قرار الإداري ، أما أغراض مختلفة تماما عن غرض المصلحة العامة في مفهوم القانون الإداري ، أما الحالة الثانية هي أن تستهدف السلطة الإدارية مصدرة القرار تحقيق هدف من أهداف المصلحة العامة ولكنه ليس هو الهدف الذي من أجله منحت سلطة اتخاذ القرارات الإدارية ، أو ليس هو الهدف المحدد لها [1] .

فسلطة الإدارة بالنسبة لعنصر الغاية تكون مقيدة حين يلزمها القانون باستهداف غاية محددة في إطار الصالح العام على وجه التخصيص ، فلا تتمتع حينها بأية سلطة تقديرية في اختيار غاية أخرى حتى ولو كانت تلك الغاية متعلقة أيضا بالصالح العام [2] ومثل على عنصر الغاية أن قرار فصل موظف عن وظيفته فالغاية منه هو الحرص على حسن سير المرافق العامة ، وضبط سلوك الموظف والتحكم فيه ،وسببه في تجلى الوقائع والتصرفات المنسوبة للموظف المسؤول تأديبيا، أما محل القرار إنهاء العلاقة الوظيفة .

إلا أنه كان من الضروري الإشارة إلى هذه حدود السلطة التقديرية بالنسبة للمشرع الفرنسي والذي وكان ينص بما يلي :

« L’action administrative ne saurait se résoudre en une simple application mécanique par l’administration des normes édictées par les autorités supérieures (Constitution , engagements interna , législateur).

Ces dernières n’ont pu envisager, en effet , toutes les situations auxquelles sera confrontée l’administration , qui devra disposer d’une certaine marge de manœuvre pour adapter ses décisions en fonction des circonstances et une autorité administrative dispose d’un pouvoir discrétionnaire lorsqu’ elle a la faculté de choisir entre plusieurs décisions, qui sont toutes conformes à la

[1] - عمار عوابدي ،مرجع سابق ص 197.

[2] - محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة التقديرية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،ص113/112.

légalité . Elle reste donc libre d'apprécier en opportunité,en fonction des circonstances la solution qui lui paraitla mieux adaptée à la situation ,le droit en vigueur lui laissant une marge d'autonomie àégard L'administration est une revanche en situation de de comportement qui est le seul possible en vertu de la légalité. »[1]

من خلال ما تم ذكره نستنتج أن ليس هناك سلطة تقديرية مطلقة ولا سلطة مقيدة مطلقة إذا نادرا أن يصدر القرار الإداري عن اختصاص مقيد بصفة مطلقة ، فكل من السلطة المقيدة والسلطة التقديرية إنما ترد على بعض أركان القرار الإداري فالأركان التي يغلب عليها طابع التقدير وهو ما يعرف بالسلطة التقديرية للإدارة بشكل واضح في ركني السبب والمحل ، إذ تتجسد أبرز معالم التقييد في ركن الاختصاص والشكل والغاية وهذا على ضوء ما تم ذكره سابقا.

المقارنة بين السلطة التقديرية والمقيدة.

في هذا المطلب سوف نتطرق إلى عرض مقارنة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة نوازن فيها بين هاتين السلطتين بهدف إبراز أوجه الشبه والاختلاف بينهما ، ويمكن حصر هذه الأوجه في الجوانب التالية :

1/ السلطة التقديرية للإدارة تكون عندما يترك لها المشرع قدرا من الحرية الاختيار، بين أن تتخذ الإجراء أ, التصرف أو لا تتخذه أو حرية اختيار الوقت المناسب أو السبب الملائم لإصداره أو في تحديد محله أو اختيار شكله ، أما السلطة المقيدة هي تلك السلطة التي لم يترك المشرع لها أي من الاختيارات السابقة بحث يلزمها بحدود واجبة الإتباع عند إصدار القرار[2]

ومن هنا يمكننا القول أن الإدارة تكون متمتعة بسلطة تقديرية في إصدار القرار الإداري حينما تكون ليست مقيدة بأي التزام تشريعي بإصداره على نحو معين أو في توقيت ما ولمنح الإدارة سلطة تقديرية حال مباشرتها لعملها أهميته الخاصة، يفرضها تشعب اختصاصها بصورة يكون معها من الأفضل لممارستها على نحو تحقق معه

[1] - Martine Lombard ,Droit Administratif ,3édition,Editions DALLOZ1999 ,p64.

[2] - عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري ،منشأ المعارف ، الإسكندرية مصر،2009،ص77.

الغاية منها ، أن تتمتع الإدارة بقدر من الحرية التقديرية في هذا الشأن.

هذان النوعان من السلطة لازمان لحسن سير الإدارة ، فالسلطة المقيدة تحمي حقوق الأفراد من تعسف الإدارة ، كما يتجسم فيها أكبر ضمانة لحرية الأفراد وحمايتهم ،[1] فهنا يكفي أن يثبت الفرد الشروط المادية التي يتطلبها القانون حتى تلتزم الإدارة بإجابة طلباته ، فإذا هي انحرفت على هذا السبيل أمكن أن يردها القضاء إلى جانب الصواب دون أن يكون لها من حريتها والتي تتميز بتا السلطة التقديرية للإدارة .

من تطبيقات السلطة التقديرية الحالة التي يكون فيها المشرع قد اعترف للإدارة بسلطة الاختيار في أن تمنح الرخصة أو عدم منح ، ومثال آخر بتمثل في حالة الترقية وتوقيع العقوبات التأديبية على الموظفين ، ومن أمثلة السلطة المقيدة حالة تحديد شروط معينة بواسطة المشرع لمنح الرخصة إذا توافرت الشروط المذكورة وتعتبر السلطة مقيدة لأن الإدارة تلتزم فيها بالحدود التي رسمها القانون .ومن أمثلتها كذلك تعيين الموظفين عن طريق المسابقة على أساس الاختبارات وذلك وفق لترتيب الناجحين، ويمكن أن نذكر مثال آخر يتبناه الفقه الفرنسي للسلطة المقيدة وهو طلب ترخيص حمل أسلحة الصيد [2] ، إذ يجب على الإدارة منح هذا الترخيص إلى أي شخص قدم طلبا للإدارة المختصة إذا ما توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون دون أن يكون للإدارة الحق في البحث ملائمة الترخيص ، ودون أن يكون لها الحق اشتراط إجراء معاينة للتأكد ما إذا كان الشخص طالب الترخيص يحسن أو لا يحسن استعمال السلاح .

[1] - محمد أنس قاسم جعفر ، الوسيط في القانون القضاء الإداري ،ط2 ،دار النهضة العربية للنشر،مصر،1990،ص101 .

- ابراهيم عبد العزيز شيحا ، مرجع سابق ،ص126.[2]

يجوز للإدارة سحب القرارات متى كانت معيبة غير مشروعة سواء تنظيمية ، فردية على أساس بطلان هذه القرارات و عدم جواز الاحتجاج بتوليد الحقوق المكتسبة ،[1] ويشترط في حالة السلطة التقديرية أن يتم السحب في أي وقت دون التقيد بشرط المدة على خلاف القرارات المعيبة الصادرة عن السلطة المقيدة قيتم السحب فيها خلال المدة المحددة للطعن بالإلغاء فغي القرار الإداري المعيب أمام القضاء والمحدد بأربعة أشهر وهذا ما نصت عليه المادة 830من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2] أو أثناء النظر في الدعوى الخاصة بالإلغاء على أن يكون السحب مبنيا على ذات الأسباب.

تعتبر السلطة التقديرية هي الأصل في مزاولة الإدارة لنشاطها ،أما السلطة المقيدة فهي الاستثناء[3] ، بمعنى أنه لا يمكن تقييد
سلطة الإدارة بناءا على نص قانوني وحرية التقدير التي تتمتع بها الإدارة قد تضيق وقد تتسع بحسب الظروف والاعتبارات ،فأحيانا
تكون ضئيلة حين يكون اختصاصها مقيدا على أنه حتى في الحالات التي يبدوا فيها اختصاص الإدارة مقيدا إلى حد بعيد وتبدو فيها سلطتها التقديرية منعدمة فإنها مع ذلك تتمتع بقدر ضئيل من السلطة التقديرية.

الفارق بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة هو أن المشرع قد عجز عن تحديد الوقائع والحالات المبررة لإصدار القرار إذا سكت عن تحديدها لاعتبارات تتعلق بسياستها التشريعية، وبذلك يكون قد أحل الإدارة محله في تقدير الوقائع والحالات المبررة لإصدار القرار[4] ، وخول لها السلطة في هذا التقدير أما السلطة المقيدة فالمشرع استطاع تحديد الوقائع والحالات التي تتحقق فيها للقرار الإداري غرضه

[1] - عبد الغني بسيوني عبد الله،القضاء الإداري،مرجع سابق،ص143.

[2] - المادة380 من القانون 09/08 المؤرخ25فيفري2008 "المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية" يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري ، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية ومصدرة القرار في الأجل المنصوص فيه المادة829 ، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في25 فيفري 2008.

[3] - فوزي حبيش،مرجع سابق ،ص354.

[4] - محمد فؤاد عبد الباسط، أعما ل السلطة الإدارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية،ص110.

الموضوعي وبذلك قيد الإدارة بمراعاة هذه الوقائع والحالات ، و ألزمها باتخاذ القرار عند توافرها .

ترتبط السلطة التقديرية بفكرة الملائمة ، إذ أن القانون عندما يمنح للإدارة سلطة تقديرية فإنه بذلك يترك لها الحرية تقديرية ملائمة أعمالها ، أما السلطة المقيدة للإدارة فهي ترتبط بفكرة المشروعية ارتباطا وثيقا ، ولذلك فإن الإدارة تخضع في ممارستها للرقابة القضائية ، حيث أن مضمون الرقابة على أعمال الإدارة هي التحقق من مدى مراعاة الشروط التي يتطلبها القانون ، ويكون للقضاء أن يبطل أعمال الإدارة غير المشروعة ، أي المخالفة لما نص عليه في القانون [1] .

القرار الإداري لا يعتبر مصدرا للحق إلا إذا كان صادرا عن السلطة التقديرية للجهة التي أصدرته، وعلى العكس من ذلك نجد أنه وفي حالة السلطة المقيدة فإن القرار الإداري لا يعتبر مصدرا للحق ، والسلطة التقديرية هي التي تجعل القرار كافيا ولازما لإنشاء الحق ، وهي تعني أن رجل الإدارة قام بعمل إداري خلاف ما يستحق معه أن ينسب إليه الأثر الذي ترتب على قراره ،أما أذا لم يباشر رجل الإدارة أية سلطة تقديرية في إصدار القرار ، بل قام بتطبيق القانون آليا في حدود اختصاصه المقيد فإن الأثر الذ1ي يترتب على قراره في هذه الحالة لا يعد ناشئا عن القرار ذاته، وإنما يعد ناشئا عن القانون مباشرة إذا لم تفصل بين القانون والأثر أية قوة خلاف يمكن أن ينسب إليها هذا الأثر بصفة مباشرة .

إن اختصاص الإدارة يكون تقديريا إذا لم ينص القانون عن الأسباب التي تمارس على أساسها اختصاص بشأن قرار معين وعلى العكس من ذلك تكون سلطتها مقيدة إذا نص على تلك الأسباب ، إلا أننا نلاحظ أن القضاء حتى في الأحوال التي لا ينص القانون فيها على الأسباب التي تزاول الإدارة على أساسها اختصاصها يفسر

[1] - سامي جال الدين ،أصول القانون الإداري ،منشأ المعارف الإسكندرية 2004،ص148.

القانون على نحو يوسع من مدى رقابتها على القرار ، أي أنه يقيد اختصاص الإدارة حيث يفترض أن القانون منحها سلطة تقديرية [1].

إن إعمال عيب الانحراف بالسلطة لا يتحقق إلا إذا كانت للإدارة سلطة تقديرية إذ يكون لها في هذه الحالة نوع من الحرية في تقدير مناسبة إصدار القرار أو عدم إصداره ، وفي اختيار وقت التدخل وفي تقدير أهمية بعض الوقائع وما يناسبها من بين الوسائل المشروعة ، ومع أن للإدارة حرية في تقدير ملائمة أعمالها بمقتضي ما لها من سلطة تقديرية إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة ، وإنما هي مقيدة بضرورة استهداف الصالح العام أم الغرض الذي حدده القانون ، فإذا انحرفت الإدارة عن هذه الأهداف كان قرارها مشوب بعيب الانحراف بالسلطة مما يتعين إلغاءه[2] ، أما إذا كان اختصاص هو الذي يحدد في هذه الحالة شروطا معينة ويلزم الإدارة بالتصرف على نحو معين عند توافرها .

من خلال ما تم ذكره نلاحظ أن القرارات الإدارية لا تخلو في إصدارها من عنصري التقدير والتقيد ، إذ لا يوجد قرار إداري لا تخلو في إصدارها منعنصري التقدير والتقيد ، إذ لا يوجد قرار يستند على سلطة التقديرية بحيث تستقل الإدارة بتقدير جميع عناصره، بحيث تتواجد في القرار الواحد عناصر التقييد والتقدير،فالتقييد والتقدير في القرارات الإدارية لا يرد على جميع أركان القرار وإنما على بعض منها .

كما أن الاختصاص يعد ضمانة لحقوق الأفراد وحرياتهم ضد تعسف الإدارة إذ أن الإدارة تمتعها بنوعي السلطة التقديرية والمقيدة لا توجد سلطة مقيدة مطلقة كما لا توجد سلطة تقديرية مطلقة ويلاحظ بصفة عامة أي تصرف للإدارة لا يخلو من التقدير .

- عبد الغني بسيوني عبد الله ، نفس المرجع ،ص144.[1]
-عبد العزيز عبد المنعم خليفة ،مرجع السابق ،ص 21.[2]

المبحث الثاني:الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة.

لقد اعترفت كثير من الدول للإدارة بالسلطة التقديرية لقراراتها في أعمالها منها فرنسا،مصر الأردن،الكويت،المملكة المغربية،السودان وغيرها من الدول لهذا قد تطرقنا في هذا المبحث إلى مطلبين تطرقنا في المطلب الأول لمبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة،أما في المطلب الثاني لنتائج هذا الاعتراف .

المطلب الأول: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة .

للسلطة التقديرية العديد من المبررات من جانب المشرع تجعله يعمل على منح الإدارة بعضا من حرية التقدير ،وهناك أيضا مبررات من جانب القاضي وضعت لنفس الغرض ، هذه المبررات تنقسم إلى ثلاث أنواع سيتم عرضها وفق ثلاث فروع وهي كالتالي:

الفرع الأول:المبررات العملية.

إن المشرع لا يستطيع أن يتنبأ عند إصداره للقانون بكل ما يحدث من وقائع وأحداث مستقبلا، ولا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تثور عند تطبيق القانون،ولذلك كان لابد من إعطاء الإدارة سلطة تقديرية تستطيع أن تواجه بها الحالات التي تنشأ والتي لا يكون المشرع قد تنبأ بها [1]،وأن تضع الحلول المناسبة لها، كما أن القاضي الإداري لا يستطيع عمليا أن يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية بطريقة كاملة لأنه مهما وضع أمامه من معلومات ومهما أجري من أبحاث وتحريات حول موضوع النزاع [2] فإنه :يكون بعيدا عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة وتنقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تعرض على الإدارة ،كما أنه لا يكون ملما بالوسائل التي تتخذها الإدارة لا يستطيع وهو يصدر

[1]-علي عبد الفتاح محمد ،الوجيز في القضاء الإداري ،دار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية،2009،ص98.
[2]- علي عبد الفتاح محمد ،المرجع السابق،98.

حكمه دون أن يكون له صورة مماثلة عن الحادث وقت حدوثه ،ذلك لأنه يصدر حكمه عادة بعد مضي فترة من الزمن من وقوع الحادث.

الفرع الثاني : المبررات الفنية.

لا جدال في أن منح حرية الإدارة في ممارستها لاختصاصاتها يؤدي إلى حسن سير الإدارة ذلك لأنه يعطي الإدارة حرية التقدير ووزن الملابسات في العمل الإداري،ويساعد على غرس روح الابتكار ، ولهذا كان من واجب المشرع أن يفسح المجال للإدارة في بعض الحالات لاستخدام سلطتها التقديرية، ولهذا قد حرص المشرع والقضاء على عدم الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلا بالقدر اللازم والضروري لتحقيق أهدافها ودون أية تضحية بحقوق الأفراد وحرياتهم [1].

الفرع الثاني:المبررات القانونية.

إن المشرع حينما يخاطب الأفراد الخاضعين لقواعده العامة والمجردة ،فإنه يلجأ إلى وضع الإطار العام أو النطاق الخارجي الذي يكون أفعال الأفراد داخله مشروعة طالما بقيت في إطاره ، لكنه يترك للأفراد حرية الاختيار داخل هذا الإطار العام [2].

والإدارة بحكم كونها من الأشخاص المخاطبين بالقواعد القانونية فإنها تملك الخيار داخل الإطار الذي وضعه المشرع فإذا ما خرجت بسلطتها التقديرية عنه كان عملها غير مشروع ،أما عدم تدخل القاضي في ملائمات الإدارة فإنه يرجع إلى مبدأ الفصل بين السلطات ،فلو أن القاضي أعطى لنفسه سلطة التعقيب على ملائمة الإدارية لنصب من نفسه رئيسا إداريا أعلى وهذا غير جائز[3].

- ماجد راغب الحلو،مرجع سابق،ص445.[1]
- عمر محمد الشوبكي ، الإداري،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عثمان ،2007،ص71.[2]
- سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان 2009،ص60.[3]

من خلال ما تم ذكره نستنتج أن السلطة التقديرية لأعمال الإدارة تقوم على مبررات عملية ، فنية ،قانونية ، وهي في الواقع أمر لا غنى عنه باعتبار أن السلطة التقديرية تؤدي إلى حسن سير الإدارة ، كما تعتبر ضمانة حقيقية لحقوق الأفراد والجماعات .

مطلب الثاني: نتائج الاعتراف بوجود السلطة التقديرية في النشاط الإداري.

إن الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية يترتب عليه العديد من نتائج يمكن إجمالها في تمتع الإدارة عند ممارستها لأعمالها بقدر من الحرية في التصرف وهذا في الفرع الأول من هذا المطلب ، وفي الفرع الثاني فسوف نتطرق إلى تمتع الإدارة بسلطتها التقديرية في إطار دولة القانون.

الفرع الأول :تمتع الإدارة بقدرة من الحرية في التصرف في أعمالها .

إن الإدارة ليست بآلة صماء ، بل هي عبارة عن أفراد مبصرين يمارسون عملا معينا مواجهين في ذلك ظروفا متغيرة في كثير من الحالات تنويعا في المعاملة ، وللجماعة مصلحة في أن تكمن الإدارة من مواجهة كل حالة وفقا لظروفها الخاصة ،حتى يكمن تحقيق المصلحة العامة ،ومن هنا ولدت السلطة التقديرية التي تختلف بطبيعة الحال عن السلطة المقيدة والتي فيها لا يترك القانون للإدارة أية حرية في التقدير ،بل انه يفرض عليه بطريقة آمرة الذي يجب عليه مراعاته[1].

فالسلطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله،وما يصلح تركه،ذلك أن الإدارة بعد أن تتحقق من قيام الحالة الواقعية التي تبرر تدخلها ، وبعد أن تقوم بتكييفها التكييف القانوني الصحيح وتقدر الأخطاء التي قد تنجم

[1] - حمد عمر حمد ،مرجع سابق،ص145.

عنها،تواجه باتخاذ قرار معين وهنا تتمتع الإدارة عادة باختصاص تقديري على النحو التالي:

1 _ يكون لها الحرية في أن تتدخل أو تمتنع.

في هذه الحالة إذا لم يلزم المشرع الإدارة بالقيام بعمل معين فإنها تكون حرة في أن تتدخل أو تمتنع ولهذا فإن القاعدة المسلم بها أن الإدارة حرة في إنشاء المرافق العامة، وأن مجرد شعور الأفراد بالحاجة إلى خدمة معينة لا يلزم الإدارة بإنشاء المرافق اللازمة لإشباع تلك الحاجة [1].

2_ تتمتع بقسط من الحرية لتحديد اختيار وقل التدخل :

يعتبر هذا العنصر من أبرز عناصر السلطة التقديرية إذ أن الإدارة بما لها من سلطة تقديرية اختيار القرار الإداري المناسب منح لها القانون حرية تعيين الوقت الملائم لإصداره بلا معقب عليها [2]، بشرط ألا يكون القانون حدد لها ميعادا تصدر فيه ذلك القرار ، وإلا كان إصداره بعد الميعاد المحدد مخالفا للقانون .

غير أن سلطة الإدارة في اختيار وقت التدخل ليست مطلقة، بل تتعرض لقيود، فبجانب القيود التشريعية التي يضعها المشرع وتلتزم بها الإدارة ، تخضع الإدارة للرقابة القضائية التي يفرضها القضاء على كيفية ممارسة جميع السلطات التقديرية التي يتمتع بها الإدارة.

3_ حرية الإدارة في اختيار مضمون القرار : إذا لم يفرض المشرع على الإدارة سابقا نوعا من القرار الذي يجب اتخاذه ولم يحدد لها فحواه،فإن الإدارة تكون حرة في تضمين قرارها الأثر الذي ترغبه بشرط ألا يكون هذا الأثر ممكنا جائزا وقانونا حيث أن المشرع

[1]. - علي عبد الفتاح محمد مرجع السابق ، ص 170
[2]. -علي عبد الفتاح محمد ، مرجع نفسه ،ص 171

يكتفي برسم الخطوط العامة ويترك للإدارة حرية التصرف وفقا لكل حالة على حده باختيار التنظيم الذي ترغبه أو الوسيلة التي تواجه بها المواقف دون معقب من القضاء ، ويمكن الإشارة أنه ليست الإدارة فقط التي تتمتع بقسط من الحرية في تصرفاتها بل أن جميع السلطات العامة للدول ، السلطة التشريعية القضائية التأسيسية تتمتع هي الأخرى بقدر من الحرية في التصرف يختلف ضيقا واتساعا حسب الأحوال إلا أن حرية السلطات العامة للدولة تختلف عن الحرية التي تتمتع بها الإدارة والتي سنقوم بتوضيحه على النحو الآتي:

آ _ حرية السلطة التأسيسية وحرية الإدارة.

إن السلطة التأسيسية لا تعرف الحدود ،ولا تخضع للرقابة أيا كان نوعها وهي بذلك تكون أبعد ما تكون عن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة ،والتي هي عبارة عن فكرة قانونية محصورة في حدود مرسومة ، وتخضع لرقابة القضاء .

ب_ حرية السلطة التشريعية وحرية الإدارة :

السلطة التشريعية ، وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات تختص بالتشريع أصلا ، ومهمتها في هذا الصدد حرة ، والقيد لا يرد إلا بصفة استثنائية ، بل تنعدم هذه القيود في الدساتير المرنة ، ومن ثم فإن حرية السلطة التشريعية تكون أبعد من أن تقاس بحرية الإدارة ، فالقيد على الإدارة هو الأصل ،ومجالها محدود بالوقوف عند إرادة المشرع وهو ما يعرف بالسلطة المقيدة ، أما أهداف التشريع فلا يمكن بل ليس من المصلحة أن تحدد بصورة معينة .

ج ـ الحرية السلطة القضائية وحرية الإدارة :

ما يلاحظ مبدئيا أن عمل الإدارة والقاضي واحد ذلك كون الرقابة على ممارسة الاختصاص في الحالتين واحدة ،فالقضاء كقاعدة عامة لا يمكنه أن يعقب على ملائمة العقوبة التأديبية مثلا [1] وكذلك فإن الجهة المختصة بالنقض لا تستطيع أن تراقب تفاهة

[1] - مخاشف مصطفى ،مرجع سابق ،ص17-18.

أو القسوة العقوبة التي يوقعها قاضي الموضوع ومع ذلك فإن التمعن في هذا يؤدي إلى وجود فروق بين حرية الإدارة وحرية القاضي ،فالقاضي لا يعبر عن إرادته وإنما عن إرادة المشرع وإذا اختار تفسيرا لنص غامضا ، فإن معنى ذلك أن هذا التفسير الوحيد المشروع،وعلى العكس من ذلك فإن رجل الإدارة إذا يعبر عن إرادته الخاصة ،وإذا اختار وسيلة معينة أو حلا معينا ،فإن ذلك لا يعني أن باقي والحلول غير مشروعة .

الفرع الثاني : تمتع الإدارة بسلطتها التقديرية في إطار دولة القانون .

إن الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية في أعمالها يؤكد أن الدولة التي اعترفت بها هي دولة قانونية ويثبت اعتناقها بمبدأ المشروعية وسيادة القانون ،و منم المعلوم أن في الدولة غير القانونية يكون للإدارة سلطة واسعة غير مقيدة ، و بهذا لا تكون سلطة تقديرية وإنما هي سلطة تعسفية (تحكمية)، ومبدأ المشروعية بمعناه العام لا يعني أكثر من سيادة حكم القانون ، أي أنه يقتضي التزام الإدارة بالاحترام أحكام القانون ، فيكون عليها العمل في دائرتها حتى لا تكون محلا للإبطال أو التعويض إذ أن الالتزام بمبدأ المشروعية و إن كان يؤدي إلى حماية حقوق و وحريات الأفراد [1] ، إلا أن ذلك لا يعني تكبيل نشاط الإدارة بقيود، لأنه يؤدي حتما إلى جعل الإدارة بالآلة الصماء يسيرها القانون بما يفرض عليها من أحكام مما ينتج عرقلة وشل وجمود أعمال الإدارة [2] .

ولا يتعلق مبدأ المشروعية بشكل الدولة فهو مستقل عنها تماما ، إذ أنه يسري في الدولة الديمقراطية كما يسري على الدولة التي تأخذ بالملكية المطلقة أو بأي صورة من صور الحكم، ولكن تكون الدولة قانونية وحتى يسود مبدأ المشروعية ، ويحقق جميع نتائجه يجب أن تقوم الدولة على الأسس التالية:

مبدأ الفصل بين السلطات.

[1] - محمد تقية ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقي قضاة الغرفة الإدارية، ، الديوان الوطني للأشعال التربوية ، الجزائر ، 1992،ص 139-140.

[2] - علي عبد الفتاح محمد ،مرجع سابق ، ص 51.

هذا المبدأ هو الذي يرسم لكل سلطة في الدولة حدود اختصاصاتها ويقوم كضمان فعال لكفاءة الحرية الفردية ، وسيادة مبدأ المشروعية لأن كل سلطة من السلطات الثلاث ،تعمل على إيقاف السلطتين الأخيرتين عند حدهما إذا تجاوزا حدود اختصاصهما.

خضوع الإدارة للقانون.

إن السلطة التنفيذية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات تقتصر على تنفيذ القانون فيجب على السلطات التنفيذية في أدائها لوظيفتها الإدارية أن تحترم إدارة المشرع ، فلا تخرج على نصوص القانون،ولا تعمل على إهمالها بعدم تطبيقها من جانبها [1].

تحديد الاختصاص الإداري بصورة واضحة .

إن هذا التحديد يعين الأفراد والقضاء على رقابة الإدارة في أداء وظيفتها الإدارية ، وقد ترتب على هذا المبدأ نتيجة أساسية وهي بطلان التفويض المطلق و الصادر من المشرع لمصلحة الإدارة وبهذا فالقضاء يعمل على الحكم ببطلان مثل هذا التفويض الذي لا يضع حدودا على نشاط الإدارة لتحديد مدته أو لغرض منه ،هذا فيم يتعلق بتفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في ممارسة اختصاصاتها ،أما فيم يتعلق بتفويض سلطة إدارية أخرى في مزاولة بعض الوظائف الإدارية لا يجوز إلا إذا نص عليه المشرع صراحة ، إذا السلطة التقديرية للإدارة يجب أن تحصر في حدود ضيقة ،وتقتصر على القدر اللازم للإدارة لمواجهة الظروف المتغيرة ، ومن ثم فقد وضع القضاء على ممارسة تلك السلطة قيدا عاما يلازم السلطة التقديرية في جميع الظروف وهو المصلحة العامة.

إخضاع الإدارة لرقابة القضاء .

[1] - حمد عمر حمد ،مرجع سابق ، ص 151-152-153.

إن مبدأ المشروعية والأسس العامة المتعلقة به تكون لا قيمة لها إلا إذا ألزمت بها الإدارة بإحترامها ، وهذا الإلزام لا سبيل لتحقيقه إلا بإخضاع الإدارة لرقابة فعالة من قبل القضاء.

كما أن هذا يستوجب البحث في مسألة في غاية الأهمية ألا وهي رقابة القضاء على التصرفات الإدارية ، وبعبارة أخرى مدى خضوع السلطة التقديرية والسلطة المقيدة لرقابة القضاء . لا خلاف في أن الإدارة عند ممارستها لاختصاصاتها المقيدة لرقابة القضاء ، وهذا ما هو متفق عليه أيضا حين ممارستها لاختصاصاتها التقديري ، مع العلم أن من المتعارف عليه أنه ليس القضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة ما دام خال من إساءة استعمال السلطة ،وكان هدفه تحقيق المصلحة العامة ، لكن في الحقيقة أن الإدارة لا تفلت في ممارستها لاختصاصها التقديري كلية من الرقابة القضاء ، ففي كل الأحوال يشترط في ممارستها لاختصاصها التقديري عدة شروط يتأكد القضاء منها وهي :

1 – أن يكون هدف الإدارة عند ممارستها لاختصاصها التقديري تحقيق المصلحة العامة ، ومن ثم لا يتعرض القضاء للاختصاص التقديري ، ولكن التأكد من استخدامه في الغرض الذي شرع من أجله.

2 – يجب أن تكون الإدارة في أفضل الظروف والأحوال لقيامها بسلطتها التقديرية، التحلي بروح الموضوعية ، والتخلي عن ذاتية (البواعث الشخصية) ، بالإضافة إلى توفر العناصر ألازمة ،وبهذا لا يمكن للقضاء أن يتعرض للتقدير في ذاته ولكن لكيفية ممارسته والظروف المحيط به [1].

[1] - إبراهيم عبد العزيز شيحا ،مرجع سابق ،ص 138-139.

3 – يجب أن تلتزم الإدارة عند ممارستها الاختصاص التقديري الحدود التي وضعها ورسمها القانون فإذا أعطيت الإدارة السلطة التقديرية لترقية الموظفين من الدرجة بها إلى الدرجة الأعلى منها مباشرة ، أي أن تلتزم الإدارة بأن يكون الانتقال من الفئة المحددة قانونا [1].

4 – يجب أن يتناسب القرار المتخذ من قبل الإدارة استنادا على سلطتها التقديرية مع أهمية الوقائع التي بني عليها الإجراء.إذا هذه القيود الأربع التي تجعل من سلطة الإدارة التقديرية مجالا لرقابة القضاء ، بمعنى أن الرقابة القضاء تكمن عندها تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اتخاذ القرار، وكذلك عندما تمارس اختصاصها المقيد لكن هذا لا يكون إلا بتةفر القيود سابقة الذكر .

[1] -حمد عمر ، المرجع السابق ،ص 155.

خلاصة الفصل الأول :

من خلال ما تم ذكره في هذا الفصل نلاحظ أن السلطة التقديرية تظهر في حالة ترك قدرا من حرية اتخاذ التصرف للإدارة وكذا حرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها من عدمه ، أو حينما تملك حق اختيار التصرف الذي تراه ملائما لمواجهة ظروف معينة ، وكذلك عندما يكون في مقدورها تحديد الوقت المناسب للتدخل ، وقد تتمتع الإدارة بكل هذه الحريات في التصرف ، و هذا ما لا يحدث إلا نادرا في الواقع العملي ، إذا أن الغالب من الأمر أن الإدارة تملك حرية التصرف في معظم الجوانب العمل الإداري ، أو في جانب واحد منه ، أما إذا أوجب المشرع على الإدارة أن تتصرف بطريقة معينة في أحد اختصاصاتها ، فإن هذا الاختصاص مقيدا لأن القانون يشترط توافر أو ظروف معينة لكي تمارس نشاطاتها ، أو يلزمها بمباشرة عمل معين عند توافر أوضاع بعينها ، أو يحدد لها الوقت المناسب الذي تمارس فيه عملها ، وقد تتقيد الإدارة بأكثر من قيد من هذه القيود.

فالتمييز بين السلطة التقديرية والمقيدة يرتكز أساس على التمييز بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم من قواعد القانون ولذلك فإن التصرف القانوني يكون خاليا من كل عناصر التقدير متى كان قد تحدد وبطريقة آمرة وملزمة في القواعد القانون من حيث موضوعه وغايته وسببه وشكله ، أما حين يختلف هذا التحديد الآمر الملزم لركن من أركان التصرف القانوني فإننا في هذه الحالة نكون أمام سلطة تقديرية تتسع وتضيق بالقدر الذي يكون فيه التحديد الملزم قد تخلف دون أن يتعداه ، وفي كثير من الأحيان نجد أن القوانين التي تضم المسائل الإدارية يعتريها الغموض والإبهام ، كما أنها مثيرا ما تسكت عن معالجة المطلوبة ولا يكون نص صريح يعالج المسألة الإدارية المطروحة ، ومن هذا تظهر أهمية السلطة التقديرية في سد الثغرات ومعالجة المسائل لما تتبع الإدارة في ظل هذه السلطة من مرونة وحرية تقدير يجعلانها أقدر من الإدارة التي تمارس سلطة مقيدة في حسم هذه المسائل وللسلطة التقديرية حدود تظهر أساس في أركان القرار الإداري ألا وهي : ركن الاختصاص

، ركن المحل ، ركن السبب ، ركن الشكل ، ركن الغاية ، وفي كل هذه الأركان تكون سلطة الإدارة إما تقديرية أو مقيدة إلا أنه ما يلاحظ أنه يمكن أن تكون سلطة الإدارة في الركن الواحد مقيدة عندما يفرض عليها المشرع أمرا معين ، كما قد تكون تقديرية عندما يترك لها قدر من حرية التقدير.

كما تملك هذه السلطة اعتبارين وهما الكفاءة الإدارية والحقوق الفردية بالإضافة إلى وجود مبررات لهذه السلطة تكمن في المبررات العملية والمبررات الفنية والمبررات القانونية ، وهما ما يمكن ذكره كذلك أن هناك العديد من الدول معترفة بالسلطة التقديرية ولهذه الدول مبررات لذلك كما أنه ينتج على هذا الاعتراف العديد من النتائج المترتبة عليه.

أن احترام مبدأ المشروعية يقتضي أن تخضع جميع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية ، لأن وجود التشريعات لا معنى له إذا ترك أمر تطبيقها لمحض إرادة الإدارة لذلك فإن القضاء يبسط رقابته من حيث المبدأ على القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة تطبيقا للتشريعات الإدارية .ونتطرق في هذا الفصل إلى تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة وهذا في المبحث الأول منه والذي تناولنا فيه ثلاث مطالب ، الأول تحت عنوان نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، والثاني بعنوان مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار، أما الثالث بعنوان مبدأ التناسب ، بالإضافة إلى المبحث الثاني الذي تطرقنا فيه إلى ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، إذ تناولنا فيه مطلبين اثنين ، الأول تحت عنوان السلطة التقديرية للإدارة وقضاء الإلغاء ، والثاني بعنوان السلطة التقديرية وقضاء التعويض .

المبحث الأول : تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة:

مع تزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة ، والناجمة عن تخلي المشرع أو عجزه عن تقييد الإدارة عند اتخاذها قراراتها الإدارية ، لجأ القضاء الإداري إلى حل آخر للدفاع عن حقوق والحريات العامة للأفراد ضد أي تعسف ، بادر إلى مراقبة تقدير الإدارة ، ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلا مما يعني أن السلطة التقديرية لا زالت تلفت من رقابة القضاء ، إذ تبقى حالات كثيرة وهامة تدخل في مطلق حرية الإدارة ، حيث تباشرها دون أي رقابة عليها من جانب القضاء .

هذه إذن القاعدة العامة التي أقرها القضاء الإداري في أغلب الأحوال ، إلا أنه لم يجعل من هذه القاعدة قاعدة مطلقة ، إذ أنه بعد ذلك أورد عليها بعض الاستثناءات ، وذلك عن طريق خلقه بعض الاجتهادات للحد من هذه السلطة في مجال مراقبة ملائمتها ، والتي تتمثل في نظرية الخطأ الظاهر في التقدير ، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ، ونظرية التناسب[1] .

المطلب الأول : نظرية الخطأ الظاهر في التقدير .

إن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، رقابة حديثة نسبيا في المنازعات الإلغاء ، فإن كان القضاء الإداري الفرنسي ولمدة طويلة من الزمن يرفض القيام برقابة التقدير للإدارة لأهمية الوقائع المادية وخطورتها . إلا أنه سرعان ما غير موقفه وهذا بفضل الخطوات الهامة التي خطاها القضاء الإداري خاصة في الآونة الأخيرة وبالضبط عام 1960، إن هذا التطور شكل ثورة حقيقة في مجال رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة من اختصاصاتها ولتقييد مجالات نشاطها وإنما ثورة لضبط وإقرار التوازن بين تمكين الإدارة من مباشرة مرافقها والمحافظة على النظام العام ،[2] فسوف نتناول فيه ثلاثة فروع تناولنا في الفرع الأول مضمون هذه النظرية ، وفي الفرع الثاني أهميتها ومجالاتها ، أما في الفرع الثالث تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في القانون المقارن.

الفرع الأول : مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير .

يمكن اعتبار الخطأ في التقدير وجها جديدا لقبول الطعن من أجل تجاوز السلطة ، إذ أصبح يمثل في الحقيقة نظرية قانونية لها مكانتها في المنازعات الإدارية ، ويعرف الخطأ الظاهر في التقدير بأنه الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار الإداري في تقدير الوقائع

[1] - مصلح صرايرة، مدي تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، كلية الحقوق ،منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد52،العدد2009،1 ص 176.

[2] - مخاشف مصطفى، مرجع سابق ،ص 114.

والتي تبرر القرار الصادر [3] وقد حاول جانب من الفقه تعريفه حيث عرفه الفقيه"VEDEL " الخطأ الظاهر في التقدير بأنه الخطأ الظاهر للعيان دون الحاجة للتدخل من أي متخصص لتأكيده وعرفه الفقيه "BRABANT"بأنه الخطأ الحقيقي، الذي يثار بواسطة الخصم ومعروف بواسطة القاضي، والذي لا يثير أي شك من قبل أي ذي عقل نير، أما الفقه " DEBAUCH " فإنه يري أن الخطأ الظاهر في التقدير هو الخطأ الذي يكون ظاهرا عندما يكون المقصود منه تجاهلا أو إنكار خطير للمنطق وللعقل السليم ، إلا أن الفقه "DRAGO AUBY "يرى أن الخطأ الظاهر إجراء يهدف إلى توسيع مجال رقابة الحد الأدنى الذي يعد الإطار الذي ينحصر في رقابة القاضي ، ويقع الخطأ الظاهر ضمن مجال متطور في الرقابة يهدف إلى الحد من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة ، وللخطأ الظاهر شرطين :

أن يكون جسيما وفاحشا[4] ، وأن يكون بينا في التقدير يسمح للقاضي بالرقابة على التكييف القانوني للوقائع ، كما يعد معيارا قانونيا يتضمن تغييرا في السياسة القضائية ويجب أن يستخدم بحذر لأن القاضي الإداري مطالب برقابة الحد الأدنى ، وإلا سوف يقع في التناقض كما يرى الفقيه. "ODENT " ومما لا شك فيه أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، تعد وسيلة قضائية تستهدف توسيع الرقابة الحد الأدنى ونطاقها فهي الإطار العام الذي يتحرك القضاء ضمنه لتضييق مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة ، وبمعنى أخر فإن الأخذ بنظرية الخطأ الظاهرة يسمح للقاضي الإداري بممارسة نوع من الرقابة ، كما أن عملية إثبات الخطأ الظاهر في التقدير هي في غاية الصعوبة والدقة إذ أنها تتطلب وتقتضي ثقافة عملية تخصيصية عالية ،لتحديد فيما إذا كان التكييف القانوني للوقائع المشوب في الخطأ الظاهر في التقدير أم لا .

[3] - فوزي حبيش ، مرجع السابق ،ص 366.
[4] - مصلح صرايرة ، مرجع سابق ،178.

وقد استبعد القضاء هذا النوع من الرقابة بخصوص نوعين من المسائل :

1 – النوع الأول:المسائل الفنية المتخصصة حيث يتعلق الأمر بتقديريات تقنية صرفة تستقل بها الإدارة ولا يمكن للقاضي الإداري أن يراقبها ، ولو عن طريق ندب الخبرة والاختصاص ، ومن ذلك تقدير الطابع السام لمنتوج صيدلاني ، تقدير معادلات الوظائف والمؤهلات العلمية ، تقييم إجابات الطلبة في المدارس والجامعات [5] .ولقد منحت الفرصة لقضائنا في استبعاد هذه المسائل من نطاق الرقابة القضائية ، حيث رفض مجلس الدولة طعنا رفعته النقابة الجزائرية للصناعة الصيدلانية ، ضد قرار صادر عن وزير العمل يحدد فيه قائمة المنتوجات الصيدلانية القابلة للتعويض من طرف الضمان الاجتماعي ، وقد برر المجلس قضاءه "رأي اللجنة التقنية للتعويض بشأن معايير انتقاء واختيار الدواء الواجب إدراجه في قائمة الأدوية للتعويض هو رأي لا يجوز للقاضي الإداري مناقشته ، عندما لا يأتي مشوبا بخطأ قانوني ولا يتجاوز السلطة ، وأن هذا الرأي يخضع لمصلحة تقنية لا يجوز للقاضي مراقبتها [6]."

2- النوع الثاني:المسائل التي تستقل بها الإدارة بتقدير خطورة الوقائع المادية التي تسوغ القرار، ومن هذه المسائل تقدير خطورة الأفعال التي تسوغ إبعاد الأجانب.[7]

الفرع الثاني أهمية ومجالات الخطأ الظاهر في التقدير .

أولا : أهمية نظرية الخطأ الظاهر في التقدير .

إن الأخذ بهذه النظرية أمر في غاية الأهمية ، إذ أنه يفرض على رجل الإدارة التزاما بأنه يكون حذرا عند ممارسته سلطة التقدير الإداري ، وذلك بأن لا يرتكب خطأ جسيما،

-عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 171.[5]
- مجلة مجلس الدولة عدد7،15 فبراير 2005،ص 120، مأخوذة من عبد القادر عدو ،نفس المرجع ،ص 177.[6]
- نفس المرجع، ص 178.[7]

أو خطأ بديهي ، أو خطأ فدحا[8]كما أن الأخذ بهذه النظرية من سأنه لأت يستعمل في الكثير من المجالات الجد حساسة ، وهذا بالنظر لمدى أهميتها بالإضافة إلى ما يتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية واسعة في القرارات المتعلقة بالأجانب، وإعطاء الرخص ، وقرارات الطرد وكل أنواع القرارات التي تحتكر الإدارة سلطة تقدير ملائمتها.[9]

ثانيا : مجالات الخطأ الظاهر في التقدير .

يلجأ القضاء الإداري لرقابة خطأ الظاهر في التقدير للتحقق من الاستخدام الصحيح والسليم للسلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في الكثير من المجالات ولعل أهم مجالات الخطأ الظاهر في التقدير ما يلي :

أ – مجالات الوظيفة العامة :

يعتبر مجال الوظيفة العامة ، أول مجال طبق فيه الخطأ الظاهر في التقدير خصوصا في المجال التأنيب [10] ، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في قرار مجلس الدولة بتاريخ 1998/07/27 ، الذي ألغي القرار التأديبي الصادر عن مجلس الأعلى للقضاء ، إذ تضمن عزل قاضي من منصبه وأسس قضاؤه على أن عقوبة العزل لا تتناسب مع الخطأ الثابت ماديا، ويتمثل هذا الخطأ في غياب مبرر عن العمل [11].

ب المجالات الإقتصادية :

تعتبر رقابة الخطأ الظاهر في تقدير المجالات الاقتصادية ، الأداة المناسبة لتقدير مشروعية أعمال الإدارة المتداخلة في الحياة الاقتصادية ويتحقق القضاء الإداري

[8] -J khan ; le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge administratif ; colloque du 5mars 1977 ; édition Cujas paris ;p15

[9]- مخاشف مصطفى ، مرجع سابق ، ص 113.

-إبراهيم عبد العزيز شيحا ، مرجع السابق ، ص 156.[10]

- عبد القادر عدو ، مرجع السابق ، ص 178.[11]

في بعض الأحيان فيما إذا كانت القرارات الصادرة في هذا المجال غير مشوبة بعيب الخطأ البين في التقدير أم لا [12] .

الفرع الثاني : تطبيقات رقابة الخطأ الظاهرة في التقدير في القانون المقارن .

إن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير سادت في العديد من الدول ، وسوف نحاول في هذا الفرع إدراج بعض الدول على سبيل المثال : فرنسا ، الجزائر ، مصر ، الأردن.

أولا : تطبيقات الخطأ الظاهر في التقدير في أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

ظهرت نظرية الخطأ الظاهر عام 1210، حيث أوضح مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في القضية "GESBERT" بعدم وجود خطأ ظاهر في التقدير من قبل الإدارة ، وقد أكد ذلك في حكمه في القضية "LAGRANGE" حيث قرر مجلس الدولة أنه لا وجود للخطأ الظاهر في التقدير " غياب ظاهر بين أعمال النظارة وأعمال الطرق ، أن أول حكم ألغي فيه قرار إداري من أجل ارتكاب الإدارة خطأ ظاهر لعدم المساواة بين عاملين في أعمال الصيانة والأعمال المهنية ، وقد طبقت نظرية الخطأ في التقدير في العديد من المجالات الاقتصادي ، الطبي ، التأديبي ، ونتيجة لهذا التطور أصبح الخطأ الظاهر في التقدير يستخدم في القضاء الإداري إلى جانب الخطأ في الوقائع و الخطأ في القانون وتجاوز السلطة حيث يستخدم مجلس الدولة الفرنسي في الغالب التعبير الآتي " إذا مارست السلطة الإدارية المختصة حرية التقدير في أعمالها في حالة تمتعها بالسلطة التقديرية ، فإن القرارات التي تتخذها يجب ألا يشوبها انعدام للوجود المادي للوقائع ، أو الخطأ في القانون ، أو خطأ ظاهر في التقدير ، أو انحراف في السلطة [13].

ثانيا : تطبيقات الخطأ الظاهر في التقدير في أحكام مجلس الدولة الجزائري.

لقد طبق مجلس الدولة الجزائري نظرية الخطأ الظاهر في التقدير خصوصا في مجال

- عبد القادر عدو ، مرجع سابق ، ص 171.[12]
- مصلح الصرايرة، مرجع سابق ، ص 178.[13]

التأديب ، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في فرار مجلس الدولة بتاريخ 1998/07/27 [14] الذي تضمن عزل قاض من منصبه وأسس قضاؤه على أن عقوبة العزل لا تتناسب مع الخطأ الثابت ماديا ، ويتمثل هذا الخطأ في غياب غير مبرر عن العمل واستند المجلس الدولة في إلغاء القرار التأديبي الصادر عنه على ثلاث مواقف أساسية :

1 – اعتبار القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء ن قرارات ذات طابع إداري .

2 – تمسكه باختصاصه للفصل في الطعون بإبطال القرارات بالرغم من أن المادة 99 الفقرة 2 من القانون الأساسي للقضاء كانت تنص على أن هذه القرارات لا تقبل أي طريق من طرق الطعن .

3 – استناده ولأول مرة على الوجه المأخوذ من نظرية الخطأ الظاهر في التقدير كأساس لإلغاء القرارات المطعون فيها ، والذي يعد صمام الأمان بالنسبة للحالات التي تتعسف فيها الإدارة صراحة بسلطتها التقديرية .

ثالثا: تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في أحكام القضاء الإداري المصري .

استخدم القضاء الإداري المصري تعبير " عدم الملائمة الظاهرة " في أحكامه بدلا من الخطأ الظاهر في التقدير وذلك للدلالة على عدم مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بتأديب الموظفين ، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصري في حكم لها 1953/01/01 بأنه وقد بان من ظروف إتهام المدعي في القضيتين المنسوبتين إليه أن هذا الاتهام لم يكن يبرر فصله من وظيفته ومتى كان القرار المطعون فيه قد استند فيما استند إليه من أسباب الفصل إلى ما اتهم به في هاتين القضيتين كان في ذلك عدم ملائمة ظاهرة في القرار مما يجعله

[14] - قرار مجلس الدولة رقم 172994 ، منشور في مجلة الدولة ، عدد 1 ، منشورات الساحل ، الجزائر، 2002ص 86

مشوب بعيب انحراف في السلطة [15].

وقضت كذلك بأنه ....." : ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى عقوبة الفصل وهي أشد الجزاءات إلا من أجل تهم جسمية أتاها العمد ومن أجل ذلك ، تبدو عدم الملائمة الظاهرة بين التهم المنسوبة للمدعي والعقوبة التي تضمنها القرار المطعون فيه ، مما يجعله مشوبا بعيب الانحراف وسوء استعمال السلطة ويتعين لذلك إلغائه" [16]

رابعا : تطبيقات نظرية الخطأ الظاهرة في التقدير في أحكام محكمة العدل العليا الأردنية .

لقد طبقت محكمة العدل العليا الأردنية مفهوم الخطأ الظاهر في التقدير في أحكامها مستخدمة بذلك مصطلح " عدم الملائمة الظاهرة " مقتدية بذلك بالقضاء الإداري المصري، وذلك للدلالة على عدم ملائمة الإجراء المتخذ من قبل الإدارة ، ويظهر ذلك في أحكامها المتعلقة بتأديب الموظفين ، ومن أحكامها من ذلك ما قضت به " للسلطة التأديبية صلاحية تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك ، إلا أن مشروعية هذه السلطة التقديرية رهن بأن لا يشوب استعمالها غلو ، ومن صور هذا الغلو عدم ملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الخطأ الإداري وبين نوع الجزائر ومقداره "[17].

ففي هذه الصورة تتعارض عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي توخاه، كما أن الهدف من التأنيب هو التأمين انتظام سير المرافق العامة لا يأتي إلا إذا انطوي الجزاء على القسوة الشديدة أو الإفراط المسرف في الشفقة ، فكل من

- سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، مرجع سابق ن ص 216.[15]
- سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري مرجع سابق ، ص 217.[16]
- نواف كنعان ، مرجع سابق ، 171.[17]

طرفي النقيض لا يؤمن بانتظام سير المرافق العامة ،وبتعارض مع الهدف الذي توخاه المشرع من التأنيب ،وعليه فإذا كان الجزاء مشوب بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية ،ومن ثم يخضع لرقابة محكمة العدل العليا [18].

المطلب الثاني: مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار.

بعدما استقرت رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على هذا النحو ، كاتجاه حديث في القضاء الإداري ، ظهر اتجاه قضائي أخر لا يقل عنه أهمية في مراقبة ملائمة القرارات الإدارية ، وهذا الاتجاه يتمثل في رقابة الموازنة بين المنافع والإضرار (الموازنة بين التكاليف والمزايا) ، فالقاضي هنا يعمل على الحد من احتمالات تعسف وتسلط الإدارة عند ممارسة سلطتها التقديرية ، خاصة عندما يتصل الأمر بالأموال والعقارات ولدراسات هذه النظرية يجب التطرق أولا إلى مضمون هذه النظرية في الفرع الأول ثم التطرق بعد ذلك إلى مجال تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار وأهم معاييرها في الفرع الثاني ، أما الفرع الثالث فتطرقنا فيه إلى تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

الفرع الأول : مضمون مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار .

إن هذا النوع من الرقابة يتعلق بنتائج القرار وليس بأسبابه هو أن القرار الإداري لا يكون مشروعا إلا إذا كانت ايجابياته تفوق سلبياته فالقاضي في هذه الفرضيات يجري موازنة بين ايجابيات القرار وسلبياته ، فإذا كانت النتيجة ايجابية يكون القرار مشروعا [19] .

- نواف كنعان ،مرجع سابق ، 177.[18]
- عبد القادر عدو، مرجع سابق ،ص 172.[19]

فرع الثاني: مجال تطبيق الموازنة بين المنافع والأضرار ومعاييرها.

إن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار تطبق في العديد من المجالات والتي سوف نتطرق لها لاحقا، بالإضافة إلى بعض المعايير لتطبيقها.

أولا : مجال تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

ينصب تطبيق هذه النظرية أساس في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في حكم مجلس الدولة الفرنسي، الصادر بتاريخ 1971/05/28

في قضية.Ville nouvelle Es . التي تتخلص وقائعها في أن مشروعا عاما يستهدف إعداد منطقة جامعية ومدينة جديدة تطلب نزع ملكية عدد كبير من المنازل ،وكان الكثير منها قيد شيد حديثا .[20]

وللحكم على مدي مشروعية القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العمومية ، طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية الجديدة التي تقوم على أساس الموازنة بين المنافع والأضرار بقوله :" لا يمكن اعتبار عملية محققة للنفع العام ، المبرر لنزع الملكية إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق بالأملاك الخاصة من جراءها وتكلفتها ومضارها الاجتماعية المحتملة، لا تفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تنجد عنها "[21] .

من خلال هذا الاستنتاج القضائي يتضح أنه يعبر في الوقائع عن تطور هام أصاب الرقابة القضائية في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة حيث كان القاضي الإداري سابقا يقتصر فقط على التأكد من أن هناك مصلحة أو منفعة عامة أم لا ، إلى حين أصبح القاضي الإداري يراقب إضافة إلى ذلك ما إذا كان المشروع الذي تطالب الإدارة نزع الملكية

[20] -D LABETOUL ; le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économque1977.

- محمد بكر حسن، الوسيط في القانون الإداري ، ط1 دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص [21]453

من أجل اتجاه يحقق مزايا وفوائد تفوق ما قد يترتب عليه من أضرار ، وهي رقابة في الحقيقة تجسد رغبة القاضي الإداري ،وحرصه إلى الوصول لتحقيق هدف أسمى يسعى دائما إلى تحقيق والمتمثل في رقابة الملائم ، وأهمية الحالة التي تدخلت الإدارة على أساسها .

ثانيا : معايير الموازنة بين المنافع والأضرار.

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

1 / معايير التكاليف المالية لعملية نزع الملكية لمنفعة عامة .

يأخذ القاضي الحسبان عند تقييم العملية ، التكاليف التي ستتحملها الجهة المنفذة للمشروع وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ ، فالقاضي الإداري لا يكتفي تقدير هذه التكاليف وإنما يأخذ في الحسبان المقدرة الملية للجهة المنفذة للمشروع .

2 / معيار حق الملكية الخاصة :

يقارن القاضي في هذه الحالة بين الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الحق نتيجة نزع الملكية وبين الفوائد التي قد تترتب على عملية المشروع المراد انجازه [22].

3 / معيار التكاليف الاجتماعية للمشروع:

إن هذا المعيار لا يقل أهمية عن المعايير الأخرى، بحيث يتمثل في معرفة الآثار الاجتماعية التي قد يتسبب المشروع إلحاقها سواء بالأفراد أو بالبيئة [23].

- محمد بكر حسن ،المرجع السابق ،ص 457.[22]
- محمد بكر حسن ،المرجع سابق ،ص 457.[23]

ما يمكن استنتاجه من خلال المعايير سابقة الذكر أن القاضي الإداري أراد أن يوازن بين المنافع والأضرار الناجمة عن العملية لإعلان المنفعة العامة ، وهذا ما يراه مناسبا ، وملائما لحقيقة الواقع الاجتماعي ، إذ أن القاضي الإداري عندما يراقب السلطة التقديرية عن طريق مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار (التكاليف والأضرار) ، إنما يريد الوصول إلى إرساء توازنا جديدا لهذه السلطة ، ومن ثم الحد لها على التوالي :

أولا : تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الإداري الفرنسي :

طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار أول مرة بمناسبة رقابته على القرارات إعلان المنفعة العامة في نزع الملكية بعد أن كان يرفض الرقابة على ذلك ، تاركا أمر تقدير المنفعة العامة للسلطة التقديرية التامة للإدارة ، إذ كان دور القاضي يقتصر على التأكد من الأعمال المراد انجازها تهدف إلى تحقيق منفعة عامة رافضا البحث في مضمون المشروع وخصوصا اختيار الأجزاء الممتلكة من الأراضي ، فمثلا بمناسبة نزع الملكية من أجل فتح طريق خارجي ، فإن دور القاضي يتمثل في التحقق من إنشاء الطريق يشكل في حد ذاته منفعة عامة رافضا البحث في مسار الطريق المقرر من الإدارة ، يمكن أن القاضي الإداري يحدد مشروعية إعلان المنفعة العامة بصورة مجردة دون البحث في الظروف الخاصة بكل عمل لمجرد أن اللجوء إلا أن نزع الملكية من

أجل أعمال هي بطبيعتها منفعة عامة [24]، مثل إنشاء طرق عامة ، مستشفيات ، مدارس،...الخ وقد استوحي مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في الحكم المشهور Ville nouvelle Est. بأنه يجب على القاضي من أجل تقدير المنفعة العامة أن يوازن بين المنافع والأضرار التي تنتج عن الأعمال التي تتولى الإدارة إنجازها والذي تم عرضه سابقا.

وفي الأخير فإن مجلس الدولة الفرنسي طبق مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في مجالات أخرى خارج مجال نزع الملكية مثل : القرارات التي تتضمن مخالفة لقواعد التنظيم ، والقرارات المتعلقة بتوزيع بلدية ، إنشاء مركز بلدي لمكافحة الحريق ، قرارات إنشاء أبراج لخطوط الكهرباء ، قرارات سحب التراخيص ، قرارات إفراز الأراضي داخل البلديات .

ثانيا : تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الإداري المصري .

لم يأخذ القضاء الإداري المصري بمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي ، حيث لم تمتد رقابته إلى موازنة بين القرارات إعلان المنفعة العامة بين المنافع التي تعود على المصالح العام والأضرار التي يمكن أن تنتج عن ذلك ، كما لم تطل رقابته حرية الإدارة في اختيار العقارات الأزمة للمشروع أو مساحتها ، حيث ترك ملائمة ذلك للسلطة التقديرية للإدارة ومن أحكامه في ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا " إن ما اشترطه القانون رقم 577 لسنة 1954 المشار إليه لإجازة نزع الملكية هو أن يكون ثمة منفعة عامة يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وقد أطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن للسلطة التنفيذية طبقا للمادة 12 منه أن تجدد العقارات اللازمة مباشرة للمشروع الأصلي الذي قررت له صفة المنفعة العامة وكذلك العقارات التي ترى أنها مكملة لإغراض المشروع"، وقضت كذلك بأنه " من المقرر قانونا أن

[24] - مصلح الصرايرة، مرجع سابق ،ص 181.

للجنة الإدارة سلطاتها في اختيار الموقع وتحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما يراه محققا للمصلحة العامة وبما يجتمع لها من مقومات الخبرة الإدارية ، والاختصاص الصحيح[25]."

ثالثا: تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام محكمة العدل العليا الأردنية .

لم تأخذ محكمة العدل العليات الأردنية بمبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار الذي طبقه مجلس الدولة الفرنسي على قرارات إعلان المنفعة العامة في الموضوع نزع الملكية ، فعلى الرغم من اختصاصاتها بالنظر في الطعون المتعلقة بقرارات نزع الملكية ، إلا أن قضاءها قد استند إلى أن الطعون متعلقة بإعلان المنفعة العامة غير مقبولة على اعتبار أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية تقرير النفع العام للمشروع ولا معقب عليها في ذلك ، ومن أحكامها في ذلك قولها :" إن النص على نشر قرار مجلس الوزراء يعد بينة قاطعة على أن المشروع للمنفعة العامة لا يحعل قرار مجلس الوزراء بنزع الملكية قرارا غير خاضع للطعن وإنما يجعل الطعن يكون المشروع ليس للمنفعة العامة غير مسموع " . وقولها :" لا يعد قرار نزع الملكية منعدما لا يتقد بميعاد الطعن به بحجة أنه لم يصدر لتحقيق منفعة عامة ما دام نشره في الجريدة الرسمية يعد بينة قاطعة على أن المشروع الذي يراد الاستملاك من أجله هو مشروع للمنفعة العامة [26] ." بالإضافة كذلك قررت في أحكامها بأنه :" لا يسمح أي ادعاء بأن نزع الملكية لم يكن للمنفعة العامة بعد أن اقترن قرار نزع الملكية بموافقة جلالة الملك وأعلن في الجريدة الرسمية لأن ذلك بينة قاطعة على أن نزع الملكية كان للمنفعة العامة ولا تسمع أية بينة ضد هذه البينة القاطعة "[27] .

- محمد أنس قاسم جعفر،مرجع السابق ، ص 113. [25]
-مصلح الصرايرة ،مرجع سابق،ص 183.[26]
- مصلح الصرايرة ،مرجع سابق ،ص،184.[27]

من خلال ما سبق يمكن أن نستنتج أن موقف محكمة العدل العليا في هذه الأحكام يترك للإدارة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الحاجة لإعلان المنفعة العامة وتحديد مكان ومساحة القطع المستملكة دون معقب عليها في ذلك ، وأنه من المستحسن اللجوء إلى التطوير من خلال تطبيق مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار دون المساس طبعا بحق الإدارة في تحديد المشروعات التي يتطلبها النفع العام ، مثل نزع الملكية من أجل بناء مدرسة التي يفترض أنها نفع عام .

رابعا : تطبيقات مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار في أحكام القضاء الإداري الجزائري .

يظهر موقف المشرع الجزائري بالنسبة لنزع الملكية للمنفعة العامة من خلال قانون 11/91 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة إلى الأعمال التي تعتبر ذات منفعة عمومية و هي الأعمال المتعلقة بأدوات التعمير ، والأعمال المتعلقة بالتهيئة العمرانية ، أعمال ومشاريع مرتبطة بالتخطيط بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبري ذات منفعة عامة [28] ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري نص على تلك الأعمال في ظل قانون 11/91 خلافا لما كان معمول به في ظل الأمر إذا كانت المسارات التي تقوم بيها المؤسسات الاقتصادية تعتبر عمومية تجهيز وتبرر نزع ملكية الأفراد لذلك فالمشرع الجزائري أشار للأعمال المعتبرة ذات منفعة عمومية بصفة عامة وشاملة ، عكس ما قامت به التشريعات المقارنة حيث نصت عليها بنوع من التفصيل والتدقيق [29] .

[28] - المادة 2 من القانون رقم 11/91المؤرخ في 12شوال الموافق ل 27أفريل 1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ،جريدة رسمية عدد2 المؤرخة في 23 شوال 1411.

[29] - إبراهيم سهام ، فكر والمنفعة العمومية في نزع الملكية ، شهادة الماجستير في القانون العام ،تخصص إدارة ومالية عامة الجزائر ، اجيزت للنشر بتاريخ 2012/03/26.

المطلب الثالث : مبدأ التناسب .

يعتبر مبدأ التناسب آخر مبدأ مرت به الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، فسنتناول في هذا المطلب مضمون مبدأ التناسب في الفرع الأول منه ،ومدى تطوره في

الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث سنعرض التطبيقات التي مر بها هذا المبدأ في كل من فرنسا، الجزائر ،مصر الأردن.

فرع الأول: مضمون مبدأ التناسب.

إن فكرة التناسب فكرة أساسية من أفكار القانون الإداري ، ويمكن تحليلها إلى ثلاث عناصر وهي القرار الصادر والحالة الواقعية والغاية المستهدفة والتناسب يمكن أن ينشأ من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين ، والتناسب بهذا المفهوم يمكن أن يتغير تبعا للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمضار المتحصلة [30].

إن هذه المفاهيم عن التناسب يجمعها فكرة لا يمكن إرجاعها إلى صيغة ذات نمط ثابت، فهي ليست أكثر من مجرد عنصر أو دليل قضاء وهي تختلط مع فكرة الموازنة بين المنافع والأضرار والتي سبق وتعرضنا لها سابقا، كما يمكن أن نقصد بالتناسب (الملائمة) هو أن التصرف الذي قامت به الإدارة كان مناسبا وملائما للاعتبارات المحيط به من حيث الزمان والمكان والواقع.[31]

والأصل 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 وخطورة السبب وتقدير مدى التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه، أي محل

[30] - عبد العالي حاجة أمال يعيش تمام ، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحله في دعوى الإلغاء، منشورة في مجلة المنتدى القانوني ، العدد5 ، جامعة بسكرة ، ب س ن ، ص 136.

[31] - محمد أنس قاسم جعفر ، مرجع سابق، ص113.

هذا القرار الإداري ومضمونه لأنت القاضي الإداري بهذا التصدي يكون قد خرج عن مقتضي وظيفته وتدخل في صميم العمل الإداري ومن ثم يغدو الرئيس الأعلى لجهة الإدارة.

ولذلك استقر القضاء الإداري على الاعتراف للإدارة بسلطة تقدير الملائمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها[32].

و مع ذلك فإن القضاء لم يلتزم بهذه القاعدة في الحالات التي رأي فيها ضرورة التزام الإدارة بمراعاة التناسب بين الوقائع المبررة لاتخاذ القرار الإداري ومحل هذا القرار، تأسيسا على أن مبدأ التناسب في هذه الحالات من المبادئ القانونية العامة التي يتوجب على الإدارة الالتزام بها في تصرفاتها دون الحاجة إلى وجود نصوص صريحة تتضمنها [33]، وبذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدي تحقيق هذا التناسب دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاضي مشروعية ، حيث يقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار وأحد المبادئ القانونية العامة وهو مبدأ التناسب [34].

فرع الثاني : تطبيقات الرقابة على التناسب في القضاء الإداري :

سنقتصر في هذا الفرع على بيان تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي ، الجزائري ، المصري ، الأردني ، وقد طبق القضاء الإداري الرقابة على التناسب في مجالين أساسيين هما مجال القرارات التأديبية ، قرارات الضبط الإداري.

أولا : في مجال القرارات التأديبية .

نقصد بالتناسب في المجال القرارات الإدارية هو تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحله أو هو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها ، إذ أن القضاء الإداري

- محمد أنس قاسم،جعفر ،مرجع سابق، ص114.[32]
- عبد العالي حاجة، أمال يعيش تمام ، مرجع سابق ، ص 137.[33]
- علي عبد الفتاح محمد ، مرجع سابق ، ص 112.[34]

طبق على مجال القرارات التأديبية الرقابة على التناسب ، وسوف نعرض ذلك في العديد من الدول فرنسا، الجزائر،مصر .

1_ رقابة القضاء الإداري الفرنسي على عدم التناسب :لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في قضاءه التقليدي مبدأ التناسب في مجال الوظيفة العامة و إلى غاية 1978 كان مجلس الدولة الفرنسي يرفض مد نطاق رقابته على القرارات التأديبية إلى بحث التناسب أو بالأحرى الملائمة في هذه القرارات ، على أساس أن اختيار العقوبة التأديبية هو من إطلاقات السلطة التأديبية التي لا يجوز التعقيب عليها إلا أن الفقه الفرنسي لم يقتنع بأن تصل حرية تقدير الإدارة إلى حد التفاوت الواضح في توقيع العقوبات التأديبية مما يقلل إلى حد كبير من قيمة الضمانات التأديبية وغايتها التي كفلها المشرع والقضاء في هذا الصدد وفي سنة 1978 سارت فرنسا للتقدم نحو تقييد السلطة التقديرية للإدارة من أهم معاقلها وهو مجال التأديب ليبسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية ودرجة جسامة أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام[35].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن قضية "LEBON" حيث راقب مجلس الدولة الفرنسي تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع المسببة لها من خلال الالتجاء إلى فكرة الخطأ الظاهرة في التقدير تتخلص وقائع هذه القضية في أن السيد" LEBON" رفع دعواه أمام محكمة تولوز الإدارية طالبا إلغاء القرار ومنازعا ليس في ماديات الوقائع وإنما في جسامة الجزاء ، وقد استندت الأكاديمية في إصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعي هو معلم أفعال مخلة بالحياء مع تلميذته في الفصل والتي ثبتت من خلال التحقق معه ورفضت المحكمة الإدارية إلغاء القرار ، وذلك لكفاية السبب الذي قام به ، المدعي في هذا الحكم

35 - خليفة سالم الجهمي ، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (قرابة التناسب)، 2012، ص 4 .

أمام مجلس الدولة هذا الأخير الذي وضح في حكمه أن الوقائع التي ارتكبها المدعي وقام عليها قرار الفصل كافية

لتبريره ، وأن [36] تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوبا بغلط ظاهر (بين واضح) وقد كانت هذه الوقائع أيضا سببا كافيا لرفض محكمة تولوز الإدارية بإلغاء قرار الفصل وهذا النصر الذي حققه مجلس الدولة في الحكم السابق تأيد بحكم لاحق أصدره المجلس في قضية VINOLAY" في حكمه الصادر 1978/05/26 و هذا الحكم تعتبر أول تطبيق لحكم LEBON

وألغي مجلس الدولة لأول مرة الجزاء التأديبي الموقع على مدير للخدمات بغرفة الزراعة وذلك لعدم تناسبه مع المخالفة المرتكبة وهكذا تعددت تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال ، لتؤكد المبدأ الذي أرسه حكم ليبون في إقرار حق المجلس ورقابته التناسب بين الخطأ والجزاء في المجال التأديبي [37].

2 – رقابة القضاء الإداري المصري على مدى تناسب القرارات التأديبية .

لقد باشر مجلس الدولة المصري منذ نشأته الرقابة في مجال التأديب على الوجود المادي للوقائع المتخذة سببا للقرار الإداري ، وذلك في جميع الحالات كما أكد حقه في فرض رقابته على التكييف القانوني للوقائع وهذا هو الحد الذي يجب أن تتوقف عنده رقابة القضاء ، دون أن تتعداه إلى تقدير أهمية وخطورة الجزاء ومدى تناسبه مع الذنب الإداري المرتكب ، لأن تقدير ذلك يخرج بوصفه أحد عناصر ملائمة القرار عن نطاق سلطة القاضي باعتباره من إطلاقات الإدارة المتروكة لتقديرها ، ولقد جرحت محكمة القضاء الإداري منذ نشأتها ، على أن اختيار العقوبة الملائمة للجريمة التأديبية مما تترخص فيه

- عبد العالي حاجة، أمال يعيش تمام ، مرجع سابق ، ص 138.[36]
- عبد العالي حاجة ، أمال يعيش تمام ، مرجع سابق ، ص [37]139

جهة الإدارة بغير معقب عليها فليس لمحكمة الإداري أن تتعرض لملائمة وتقدير الجزاء إذ أن ذلك لسلطة الإدارة التقديرية [38]

غير أنه أمام عدم التناسب الظاهر بين الجزاءات والمخالفات لم تجد المحكمة الإدارية العليا مقرا في رقابة الملائمة بين الجزاء والمخالفة ، وذلك من خلال قضائها في الغلو في الحالة عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره ، إذ يكون استعمال سلطة تقدير الجزاء مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية ومن ثم يخضع لرقابة القضاء ، وقد كانت بداية القضاء في حكم المحكمة الإدارية الصادرة في 1961/11/11 والذي صاغت فيه لأول مرة نظريتها الشهيرة بشأن الغلو في الجزاء التأديبي وجاء في الحكم " لئن كانت للسلطة التأديبية ومن بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري ومت يناسبه من جزاء بغير معقب من ذلك ، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري وبين الجزاء ومقداره ، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القانون "[39]

ومع أن المحكمة الإدارية ظلت تطبق قضاءها في الغلو إلا أنها خرجت عليه في بعض أحكامها، فذهبت إلى استقلال جهة الإدارة بتقدير التناسب بين الجزاء والمخالفة دون معقب عليها ، وقد يبدو هذا تعارض ولكن يري البعض أنه لا يوجد تعارض بين حرية تقدير الجزاء المناسب وبين رقابة المحكمة لهذا التناسب ،فرقابة الغلو لا تلغي حرية التقدير وإنما تمنع الشطط والشطط خارج عن النطاق التقدير ومناقض له [40]، ولذلك فإن منع الشطط لا

- إبراهيم عبد العزيز شيحا ، مرجع سابق ، ص 156.[38]
- محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع السابق ص 121.[39]
- إبراهيم عبد العزيز شيحا ، مرجع السابق ،ص 157.[40]

يمثل تقييد على حرية التقدير ،ومن المسلم به أن حرية الإدارة في اختيار الجزاء الملائم للذنب الإداري ليس مطلقة ولا تحكمية ، وإنما تدور في نطاق جزاءات متعددة، ويكون لذلك أمام سلطات التأديب أكثر من جزاء يجوز توقيعه ويكون ما يوقع منها معقولا ومناسبا للذنب، فإذا اختارت سلطة التأديب من بين هذه الجزاءات ما تعاقب به عن الذنب ، كانت في حدود

ما هو جائز لها أما إذا تجاوزت سلطة التأديب التقدير السليم والمعقول وركبت متن الشطط في اختيار الجزاء فإنه لا تكون في إطار ما هي حرة فيه هو ما يسمح لها[41].

3- رقابة القضاء الإداري الجزائري على تناسب القرارات التأديبية .

إن مبدأ التناسب وإن كان لم يستقر بعد في القضاء الإداري إلا أن هذا الأخير، أخذ ببعض أحكام ومبادئ في نظرية التناسب في مجال القرارات التأديبية قدوة بالقضاء الفرنسي والمصري ، فراقب مجلس الدولة الجزائري تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع ، ومن أحكام القضاء الإداري في الصدد ما تم الحكم به في القضية المعروضة بالمحكمة العليا

(قضية س) ضد (وزير العدل والمجلس الأعلى للقضاء)، فقد تم في هذه القضية عزل (س) بسبب ارتكابه حسب الوزير أفعالا ماسة بمهنة القاضي ، وكان القاضي الجواب على مسألة أولى تضمنتها إحدى مقتضيات القانون الأساسي للقضاء وتمنع بأي طعن في القرارات المجلس الأعلى للقضاء [42]. و قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا تبعا لاجتهاد قضائي :" بأن الطعن من أجل تجاوز السلطة موجودة حتى بدون نص ويستهدف طبقا للمبادئ العامة للقانون احترام القانونية (المشروعية)، وأنه لا يمكن للمقتضيات المقرر في المادة 99 من القانون الأساسي للقضاة حرمان الطاعن من الطعن من أجل تجاوز السلطة المفتوح له في هذا المجال على غرار المجالات الأخرى عملا بالمبادئ العامة للقانون ".

[41] - إبراهيم عبد العزيز شيحا ،مرجع سابق ،ص 158.

[42] - فريد أبركان ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد1 ، الجزائر،2002 ص40 .

كما نجد قرار مجلس الدولة الصادر 1999/06/26 قد أقر مبدأ التناسب في المجال القرارات التأديبية ، حيث مما جاء في تسبيب هذا القرار ما يلي : " حيث يثبت من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق ، و أدين بعقوبة سالبة للحرية تتمثل في تسليط عليه شهرين حبس نافذا ، وغرامة قدرها 2000 دج ، حيث أن المستأنف يعمل في

حقل التربية والتعليم ، وإن كان يشغل منصب مقتصد، مما يفترض معه أن يكون هذا القضاء سليما من كل السلوكيات غير السوية حيث أن العقوبة المفروضة على المستأنف جزائيا وهو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة ككل ، فضلا عن كونها تدل على إخلال بالسلوك الواجب التحلي من طرف الموظف العمومي و ترتيبا على ذلك فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهني ثابت مما يبرر تسليط العقوبة التأديبية عليه ، ومن جهة أخرى فإن من التناسب فقها وقضاءا أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى نسبة ودرجة العقاب ، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ و العقوبة وهو أمر غير متحقق في القضية الحالة بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف حيث أن العقوبة المفروضة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع والقانون"[43]

ثانيا : في مجال الضبط الإداري.

إن القضاء الإداري طبق على مجال الضبط الإداري الرقابة على التناسب، وسوف نعرض ذلك في العديد من الدول :فرنسا ، الجزائر ، مصر .

- لحسن ابن الشيخ أث ملويا، المنتقي في قضاء مجلس الدولة ، ج1 ، دار هومة ، الجزائر، 2002 ، ص 183.[43]

1 – رقابة القضاء الإداري الفرنسي على قرارات الضبط الإداري :

لقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على القرارات المتصلة بالحريات العامة ليحدد مدى المراقبة والتناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت بالإدارة إلى اتخاذ هذا القرار للحد من ممارسة حرية من الحريات العامة.[44]

وأول المبادئ الأساسية في هذا الصدد أرساها مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الشهير "BENJAMIN" الصادر بخصوص حرية المواطنين في عقد الاجتماعات ،وقد ألغى المجلس في هذا الحكم القرار الصادر من عمدة مدينة "NEVES" بمنع عقد أحد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام [45].

وقد قام المجلس بفحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوى إلى عقد الاجتماع ، وتبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع بواسطة استخدام قوات البوليس المتوفرة لديها المحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع ، ولذلك حكم المجلس بإلغاء قرار العمدة لأنه قد اتضح من التحقيقات أن الاضطرابات المحتملة التي تذرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس للمحافظة على النظام العام مع السماح يعقد الاجتماع .

من خلال ما سبق ذكره يمكن أن نشير إلى أنه هناك العديد من الأحكام توالت ووردت نفس المبادئ التي جاءت في الحكم السابق ، والتي تلتزم الإدارة بأدائها لواجباتها في المحافظة على النظام العام بضرورة احترام حرية المواطنين في عقد الاجتماعات والتوفيق بينهما وبين ضرورة المحافظة على النظام العام .مما يقتضي عدم التعرض لحرية المواطنين في عقد هذه الاجتماعات إلا في حالة وجود اضطرابات خطيرة تهدد النظام العام وتعجز السلطات المحلية بما لديها من قوات البوليس وإجراءات الأمن عن تفاديها مع السماح بعقد

- عبد القادر عدو، مرجع السابق ، ص 175.[44]
- عبد العالي حاجة ، أمال يعيش تمام ، مرجع السابق ،ص 144.[45]

الاجتماع ويخضع تقدير الإدارة لأهمية وخطورة السبب في كل الحالات لرقابة المجلس ، ولقد سلك مجلس الدولة الفرنسي نفس المسلك في خصوص حماية حرية العبادة وحرية الصناعة وحرية النشر والصحافة ....إلخ .[46]

كما راقب المجلس مشروعية الوسائل المستخدمة من جانب سلطة الضبط من ناحية ، ومدى تناسبها مع الظروف التي دفعت الإدارة إلى استخدامها من ناحية ، إذ يجب ألا تصل الوسائل الضبطية المستخدمة إلى درجة تعطيل

حرية من الحريات العامة تعطيلا تاما ، كما يجب أن تتناسب الوسائل المستخدمة من جانب الإدارة مع الظروف المادية التي دفعتها إلى التدخل [47].

2 – رقابة القضاء الإداري المصري على قرارات الضبط الإداري :

لقد القضاء المصري بنظيره الفرنسي وأخضع ملائمة القرارات المتصلة بالحريات العامة لرقابته ، غير أنه في بداية الأمر لم يطبقها في جميع الأحوال فقد اقتصر ذلك على قرارات الضبط الإداري الصادرة في الظروف الاستثنائية ، حيث قرر الحاكم العسكري العام ، كأي قرار أخر ينبغي أن يكون له سبب بل تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعوا الإدارة إلى التدخل وأن هذا السبب يخضع لرقابة المحكمة ، ثم أوضحت المحكمة عن إخضاع ملائمة قرارات الحاكم العسكري لرقابتها فقررت : " وإن كانت الإدارة تملك حرية التقدير بمعنى أنها تملك سلطة تقديرية في وزن مناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي ترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإداري بشرعيته .... وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره فلا يكون العمل الإداري

- عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، مرجع السابق ، ص 43.[46]
- عبد الغني بسيوني عبد الله ،القضاء الإداري ، مرجع سابق ،ص 44.[47]

عندئذ مشروعا إلا إذا كان لازما و هو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة "[48] فإذا ثبت جدية الأسباب التي بررت هذا التدخل كان سليما من أي طعن أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ولم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة كان القرار باطلا ، إلا أن أحكام القضاء المصري توسعت فيما بعد لتشمل جميع مجالات الضبط الإداري سواء الصادرة في الظروف العادية والاستثنائية ، إذ أن القضاء الإداري المصري هنا عمل على تعدي الحدود الطبيعية لرقابة السلطة التقديرية للإدارة فامتدت برقابته إلى حد التدخل في تقدير ملائمة إصدار هذه القرارات وذلك يهدف لضمان حرية الأفراد التي تمس هذه القرارات بطريقة مباشرة [49].

3 – رقابة القضاء الجزائري على القرارات الضبطية :

إن القضاء الإداري الجزائري رغم إخضاعه ملائمة القرارات التأديبية وقرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة لرقابته ، إلا أنه امتنع عن مد هذه الرقابة إلى مجال الضبط الإداري ، ولعل حداثة مجلس الدولة ونظام ازدواج القضاء بالإضافة إلى الاضطرابات الأمنية الخطيرة التي تعيشها البلاد من إعلان حالة الطوارئ بمقتضي المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ 1992/02/09 هي السبب في امتناع مجلس الدولة الجزائري عن مد رقابته إلى هذا النوع من القرارات ، كما أن هذا المرسوم قد منح لهيئات الضبط الإداري سلطات تقديرية واسعة في مجال تقييد الحريات العامة ، إلا أنه بالمقابل لم يؤمن حماية حقوق وحريات الأفراد في تعسف سلطات الضبط الإداري في استعمال سلطاتها ، وهذا الذي حدث فعلا حيث شهدنا الكثير من التجاوزات خلال السنوات السابقة فرغم اتساع سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية إلا أن الفقه والقضاء الإداري اتفق على اخضاع أعمال وقرارات الهيئة الإدارية لرقابة القضاء الإداري فمهما كانت صلاحية الإدارة متسعة في هذه الظروف إلا أنها ليست صلاحيات مطلقة تفلت من رقابة القضاء الإداري ، فالقضاء الجزائري رغم تسليمه

- محمد فؤاد عبد الباسط مرجع سابق ، ص 121. [48]

- إبراهيم عبد العزيز شيحا ، مرجع السابق ، ص 100.[49]

بالرقابة على الوجود المادي والتركيب القانوني للوقائع ، إلا أنه لا يراقب مدى تناسب الإجراء الضبطي مع الظروف والملابسات الواقعية [50] .

1 – تطبيقات القضاء الإداري لمبدأ التناسب في الأردن:

لم تأخذ محكمة العدل العليا الأردنية في البداية لمبدأ التناسب تاركة أمر تقدير ملائمة التصرف للإدارة في الحالات التي تتمتع بها السلطة التقديرية ويظهر ذلك في أحكامها ، حيث قضت بأنه : " إذا كان الوزير قد اقتنع بما جاء في التقدير الذي قدمه له رئيس الدائرة، ومن التقارير المحفوظة في الملف أن الموظف المستدعى لائق للخدمة في الوظيفة التي يشغلها، ورأي أن المصلحة العامة تقتضي تنحيته كما جاء في القرار المشكو منه ، فإن محكمة العدل العليا لا تتدخل فيس هذه القناعة [51]".

وقضت محكمة العدل العليا كذلك بأنه :" لبا رقابة لمحكمة العدل على قناعة مجلس الوزراء بصحة ما جاء في التقرير ما دامت سلطته بهذ1ا الشأن هي سلطة تقديرية [52].

" كذلك قضت بأن : " تقدير العقوبة مقدار العقوبة فرضها على المشتكي عليه متروك أمره للمجلس التأديبي دون رقابة عليه من محكمة العدل العليا [53]".

بالإضافة إلى مجال الضبط الإداري ترى محكمة العدل العليا أن سلطة الإدارة العامة تهدف إلى صيانة النظام العام والمحاكمة عليه هي السلطة تقديرية منحها إياها القانون حفاظا على أمن الدولة وسلامتها وهذا الأمر وتقدير مناسبته والنتائج التي تترتب عليه هي من الجوانب التي تستقل الإدارة بالترخيص بها باعتبارها متروكة لتقديرها وقناعتها بما تراه

- عبد العالي حاحة ، أمال يعيش تمام ، مرجع السابق ،ص 145-146.[50]
- قرار محكمة العدل العليا ،رقم 57/2 عدد3 ، سنة 5 مجلة نقابة المحامين ، ص 169.[51]
- قرار محكمة العدل العليا ، رقم 59/73 عدد 4/3 سنة 15 مجلة نقابة المحامين ص 103.[52]
- قرار محكمة العدل العليا ،رقم 67/57 عدد 10 سنة 15 ص 10/58 .[53]

متفقا مع الصالح العام فضلا عن ذلك " أن قرار فرض الإقامة الجبرية مدة ستة أشهر على المستدعي وتكليفه بتقديم تعهد على حسن السيرة يدخل في نطاق سلطتها المحافظة التقديرية[54] ".

بالإضافة إلى أن محكمة العدل العليا عدلت عن موقفها في 1272 واقتدت بالقضاء الإداري المصري باشتراطها لمشروعية القرارات التأديبية الصادرة بحق الموظفين ألا يكون هناك غلو في توقيع العقوبة .أي أن هناك تناسب ما بين الفعل المرتكب والعقوبة المتوقعة على مرتكبه حيث قضت بأنه : " وإن كانت للسلطة تقدير خطورة الذنب بين ألا يشوب استعمال هذه السلطة غلو في توقيع العقوبة إذ يجب أن تكون هناك ملائمة بين خطورة

الذنب وبين نوع الجزاء ومقداره ولمحكمة العدل العليا الحق في مراقبة مقدار العقوبة ، وما إذا كانت العقوبة تتلائم والذي اقترافه الموظف ".

وحكمها : " أن المجالس التأديبية تستقل بتقدير العقوبة الملائمة للذنب المقترف ولا سبيل للتدخل في ذلك ما دمت العقوبة المفروضة تتناسب وجسامة الذنب المنسوب للموظف [55]"

.

وغيرها من الأحكام التي حكمت بها محكمة العدل العليا في هذا المجال.

من خلال ما تم عرضه من أحكام محكمة العدل العليا الأردنية يتضح أن تطبيق مبدأ التناسب اقتصر على القرارات الإدارية المتعلقة بالتأديب ولم يمتد لتشمل المجالات الأخرى التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية حيث تقتصر رقابتها في هذه المجالات على عدم ارتكاب الإدارة للإساءة استعمال السلطة أو التعسف فيها دون ذلك إلى تطبيق المبادئ التي أقرها القضاء الإداري وهي مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير ومبدأ الموازنة بين المنافع

[54] - قرار محكمة العدل العليا ، رقم 262 / 1 990 بتاريخ 1990/02/26 مجلة نقابة المحامين ، عدد 21 / 1998/01/01 ،ص 322.

- محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 120 .[55]

والأضرار فضلا عن مبدأ التناسب ، ومن أهم هذه المجالات : قرارات الإحالة على التقاعد قرارات الإحالة على الاستيداع.

كما يمكن الإشارة إلى أن الملائمة ليست داخلة في مجال السلطة التقديرية بل توجد حالات ملائمة ليست متروكة تماما لتقدير الإدارة ، ومن ثم يمكن للقضاء مراقبة عمل الإدارة في مثل تلك القرار ، ومن أهم مثال لتلك الحالات القرارات الإدارية المقيدة للحرية ، وهذا أدته المحكمة الإدارية العليا وذلك بإخضاع السلطة التقديرية لرقابة القضاء عندما يكون التقديرية لرقابة القضاء عندما يكون التقدير عنصرا من عناصر المشروعة وقد ورد أحد أحكامها . وما يمكن استخلاصه من كل ما تقدم أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة لرقابة القضاء وحدود تلك السلطة التقديرية يتمثل في أوجه المشروعية المختلفة التي يجب على الإدارة احترامها وعدم تجاوزها ، وأنه لا تتعارض بين مبدأ المشروعية والسلطة

التقديرية ، ما دام أن هذا المبدأ يوقف السلطة التقديرية عند حدودها الطبيعية ، فحرية الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية ليست طليقة من كل قيد ، بل تظل تلك الحرية خاضعة لرقابة القضاء الذي يرد الإدارة إلى المشروعية كلما تجلى الانحراف فيها .

المبحث الثاني : ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .

تعتبر الرقابة القضائية أهم وأفضل أنواع الرقابة لتحقيق مبدأ المشروعية ، وبفضلها الأفراد لأنها تضمن حقوقهم وحرياتهم فالقضاء باعتباره سلطة مستقلة عن الإدارة لا سلطان عليه لغير القانون ،وفي ظله يتحقق الأفراد على الحيدة والنزاهة والاستقلال ، لذلك تعتبر هذه الأخيرة ضمانة حقيقة لحريات الأفراد وحقوقهم ، كما أنها تقيم حماية وضمانة لحقوق الإدارة [56] .

- محمد أنس قاسم جعفر ، مرجع سابق ص 126 .[56]

لذلك توصف بأنها أكثر عدالة من غيرها ، ويتم بناءا على إلغاء قرارات الإدارة المخالفة للقانون والتي تكون قد سببت ضررا للأفراد والحكم عن ذلك الضرر بالتعويض من جراء سير المرافق العامة ، أو يفعل الموظفين العموميين ، ولكنها تعتبر تنبيها وتحذيرا للإدارة مما يدفعها إلى احترام القانون والخضوع له ، ويجب الإشارة إلى أن القضاء الإداري ينقسم بطبيعة الحال إلى قضاء إلغاء وقضاء تعويض فإننا نتناول موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في هذين النوعين كلا على حدى وبشيء من التفصيل وذلك في مطلبين الأول تناولنا فيه السلطة التقديرية وقضاء الإلغاء ، والثاني السلطة التقديرية وقضاء التعويض وقبل تناولنا لهذا الموضوع يجب الوقوف على مدى تدخل القاضي في مراقبة أعمال الإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية ، ولهذا آراء متعددة نحاول طرح البعض منها، أولها يجيز للقاضي أن يتدخل في مراقبة السلطة التقديرية لإدارة على أساس ما يتمتع به القاضي الإداري من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري وقد كان هناك تضارب

بين هذين الرأيين كان هناك رأي سائد ألا وهو لا بد من اتخاذ رأي وسط يتخلص في أن الإدارة لا يمكن أن تتمتع بسلطة تقديرية في ممارسة سلطتها التقديرية ، إلا أن هناك رأي نقيض للرأي السابق وهو الرأي السائد هو أن القاضي لا يحق له أن يتدخل في إطار سلطتها التقديرية و ذلك انطلاقا من كون القاضي مكلف بمراقبة المشروعية وليس الملائمة ، إذا مارست الإدارة سلطتها التقديرية في هذه الحالة تكون قد استندت على ارادة المشرع الذي منح لها السلطة التقديرية وتطبيقا لذلك فان القاضي لا يمكن له أن يتدخل ليقوم مقام المشرع وذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات [57].

- حمد عمر حمد ، مرجع سابق ، ص 169/168.[57]

المطلب الأول : السلطة التقديرية وقضاء الإلغاء .

إن القاضي الإداري في هذا المجال لا يزال يلتزم بعدم التضييق على الإدارة مع حماية الحرية الفردية ، ولهذا فإن مهمة القضاء في مثير من الحالات تكون عسيرة لأن عليه أن يجد حلا مرضيا للتوفيق بين الرغبة في أعمال السلطة العامة والتمكين للحريات الفردية ومن ثم فإن القضاء الإداري لا يلغي القرار الإداري لعدم ملائمته ، ولكنه قد يفرض على الإدارة رقابة في كيفية ممارستها لاختصاصها التقديري، وقد يخضع الملائمة ذاتها لرقابته إذا كانت الملائمة شرط من شروط المشروعية [58].

ولهذا سنناقش في المطلب الأول فرعين اثنين ، الأول تحت عنوان مدي رقابة القضاء الإداري الفرنسي على الاختصاص التقديري والملائمة .

الفرع الأول : مدى رقابة القضاء الإداري الفرنسي على الاختصاص التقديري والملائمة .

سنتناول في هذا الفرع نقطتين مهمتين والتي كنا قد تطرقنا لها في المبحث الأول من هذا الفصل وذلك ضمن عنوان تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .

أولا : الرقابة على الإدارة في كيفية ممارسة الاختصاص التقديري :

بالرغم من أن الإدارة حرة في تقدير مناسبة القرار الإداري وملائمته فإن القضاء الإداري في فرنسا يفرض عليها التزاما قانونيا في هذا الصدد وهو أن تضع الإدارة نفسها في أفضل الأحوال والظروف للقيام بهذا التقدير ، والتحلي بروح الموضوعية وبعيدا عن البواعث الشخصية بشرط أن تكون لديها العناصر اللازمة لإجرائه [59] ونقصد بهذا أن القضاء الفرنسي لا يتعرض لتقدير الإدارة في ذاته ولكنه للظروف التي أحاطت به فإذا ما تبين له أن تلك الظروف لا يمكن معها إجراء تقدير سليم تكون الإدارة قد خرجت عن التزام قانوني .

---

[58] - عمر محمد الشوبكي ،القضاء الإداري ، مرجع السابق ، ص ، 63.

[59] - حمد عمر حمد ،مرجع السابق ،ص 172.

إذ أن مجلس الدولة قد توصل إلى أحكام عديدة في هذا الصدد نذكر منها على سبيل المثال :

" لئن كان مجلس الكلية هو صاحب السلطة التقديرية في تقدير منح الدرجة أو منعها ، وتقديره الموضوعي في هذا الشأن لا معقب عليه من هذه المحكمة ما دام خاليا من إساءة استعمال السلطة التقديرية ، إلا أنه يجب أن يكون هذا التقدير مسبوقا أو مقرونا باستفاء جميع الإجراءات والضمانات التي يتطلبها القانون من ذلك وهو معتبر من مقتضيات وظيفة المجلس في هذا الخصوص و

مستلزماتها [60] . " وتعتبر الإدارة مخالفة للقانون إذ استعملت اختصاصها التقديري دون أي بحث جدي ، ولهذا حكم مجلس الدولة الفرنسي " أن القرار الذي تتخذه مصلحة النقل برفض طلب ترخيص في تسيير سيارات مبدئيا وقبل أن تجري في شأنه أي بحث أنما هو قرار صوري لا ينتج أثر إذ العبرة هي بالرفض الموضوعي الذي يبني على الدرس والتمحيص"[61].

وتطبيقا لما سبق قررت المحكمة الإدارية العليا الفرنسية في حكم لها :" لئن كان الاختيار حقا لجهة الإدارة تترخص في حدود سلطتها بلا معقب عليها ما دام تصرفها غير مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة ، إلا أن شرط ذلك أن تكون قد استمدت اختيارها من عناصر صحيحة ، فإذا لم يتم الأمر على هذا الوجه بطل الاختيار وبطل القرار الذي اتخد على أساس "[62] .

ثانيا : مدى سلطة قاضي الإلغاء في مراقبة ملائمة القرارات الإدارية .

أن مجلس الدولة الفرنسي قد أخضع الإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية في بعض الحالات لا على أساس الحكم على الظروف الخارجية التي ثم التقدير من خلالها ولكن على

- حكم المجلس الدولة ، إصدار في 1951/02/06 ، لسنة الخامسة ، ص 566 .[60]
- حكم الدولة ، إصدار في 1951/04/07 ، لسنة الخامسة ، ص 566 .[61]
- حكم الدولة ، إصدار في 1951/02/07 .[62]

أساس مراقبة التقدير في حد ذاته مما يتنافى مع جوهر السلطة التقديرية وهذا ما أدي ببعض الفقهاء إلى القول بأن القضاء الإداري ليس قضاء مشروعية فحسب ، بل أنه قضاء ملائمة أيضا ، وأنه يمارس بالتالي اختصاصات رئاسية على الإدارة بحكم نشأته الأولى ، وبالرغم من انتقاد كثير من الفقهاء لهذا الاتجاه ، فإن مجلس الدول الفرنسي قد مضي فيه مجالات عديدة أهمها : المجال التأديبي رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار. ولقد تم التعرض لهذين النوعين بشيء من التفصيل في المبحث الأول من هذا الفصل.

الفرع الثاني : مدي رقابة القضاء الإداري المصري على الاختصاص التقديري والملائمة.

لم يختلف مجلس الدولة المصري عن الدولة الفرنسي في هذا المجال، ولقد أخضع مجلس الدولة المصري ممارسة الإدارة لاختصاصاتها التقديرية لرقابته في ثلاثة مجالات والتي سنقوم بعرضها كالآتي:

أولا إخضاع ملائمة بعض القرارات التأديبية لرقابة القضاء الإداري .

لقد استقر القضاء الإداري المصري منذ إنشاءه على أن ملائمة العقوبة التأديبية هو أمر تستقل الإدارة بتقديره في حدود فكرة الانحراف ، غير أن محكمة القضاء الإداري المصري قد خرجت على هذا المبدأ جزئيا في بعض الحالات ، وذلك بداية فيما يتعلق بالقرارات التأديبية الصادرة بفصل العمد ، وفي هذا الصدد أصدرت محكمة القضاء الإداري المصري الحكم الصادر في 1954/01/14 والمتضمن ....." ولما كان من المفروض على لجنة الشياخات التزام التدرج فيما يجوز للجنة الشياخات أن توقعه من جزاءات قد وضعته المادة 24 من قانون رقم 141 لسنة 1947 الخاص بالعمد والمشايخ ".

وهذا يدل على أن المشرع قصد أن الجزاء يقاس بما يثبت من الخطأ ، و لم يقصد منح اللجنة سلطة فصل العمد مهما كانت التهمة الموجه ، أو مهما يكن الخطأ الذي وقع ، وبهذا لا يجوز اللجوء إلى عقوبة الفصل والتي تعتبر أشد الجزاءات إلا من أجل تهم جسيمة أقامها

العمد، إذ أن هذا المبدأ لم ينحصر إلا في مجال تأديب العمد فقط بل امتد إلى تأديب بعض الفئات

الأخرى، ومثال على ذلك العقوبات التي توقع على طلبة الكلية الحربية ومفادها أن المشرع قصد بهذا التدرج في ذلك العقوبات أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ ، فلا يفصل الطالب مهما تكن التهمة المنسوبة إليه ، وإنما يجب أن يقاس الجزاء بمقياس الخطأ الذي وقع منه، والحجة الرئيسة في ذلك سمحت للمجلس بأن يحل تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة[63].

إذ ما يلاحظ أن هذه الحجة غير سليمة وتقوم على عدم فهم الجريمة التأديبية ، فالجريمة التأديبية تمتاز عن الجريمة الجنائية بأنها لا تخضع لقاعدة " لا جريمة إلا بناءا على نص " بل يجوز لسلطة التأديب أن تري في كل عمل يرتكبه الموظف جريمة تأديبية إذا كان لا يتفق وواجبات المهنة ، بالإضافة أنه لا يمكن حصر الجرائم التأديبية مقدما كما هو الحال في الجرائم الجنائية مما يترتب وجود اختلاف بين الجريمة التأديبية والعقوبة التأديبية كما أن المشرع لم يترك السلطة المختصة بالتأديب حرة في توقيع أي عقوبة تشاء واكتفي بأن يحدد لها نوع من العقوبات التي يجوز توقيعها يكون المشرع ملزم بأن يبدأ من الأبسط وينتهي بالأشد، إذ لا يعقل أن يورد العقوبات دون ترتيب إذ أن غالبية الأحكام انصبت على ملائمة العقوبة للجريمة التأديبية فإذا لم تكن كذلك لا مجال للطعن فيها إلا عن طريق إثبات التعسف باعتبار أن الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة [64].

ثانيا : إخضاع ملائمة القرارات الإدارية المقيدة للحرية لرقابة القضاء .

إن أوضح مجال يعبر عن هذا العنصر هو مجال الضبط الإداري فلا يكفي أن يكون لتدخل الإدارة سبب مشروع بل يجب أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع

- حمد عمر حمد ، مرجع السابق ، ص 181.[63]
- حمد عمر حمد ، مرجع السابق، ص 182.[64]

الأسباب التي من أجلها تدخلت ، فإذا لم يكن الإجراء المتخذ ضروريا .لحماية النظام العام (الصحة ،السكينة، الأمن) كان مجلس الدولة بحكم إلغاءه ، وقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يتعلق بقرارات البوليس التي تصدر بمنع الاجتماعات العامة بحجة خطورتها على النظام العام والقاضي الإداري في هذا الخصوص هو قاضي ملائمة لا

قاضي مشروعية ، ولكن الحقيقة غير ذلك ، فالقاضي الإداري لا يزال قاضي مشروعية لا ملائمة لأن ملائمة القاضي الإداري في مثل هذه الحالات هو شرط من شروط صحته ، ولذا قيل أن سلطات البوليس (الضبط) هي سلطات مقيدة باستمرار، وبخصوص أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال قد تم التطرق إليها سالفا في المبحث الأول من هذا الفصل بالإضافة إلى أحكام مجلس الدول المصري تم ذكر أحكام كثيرة لكن اكتفينا منها بحكمين لكل من محكمة القضاء الإداري و المحكمة الإدارية العليا[65] .

إذ ما يمكن إضافته هو الحالات التي نضمها المشرع المصري والتي يجوز فيها للبوليس أن يلجأ إلى استعمال السلاح أو القوة وحرص في الحالتين على أن يشترط على الإدارة عدم الالتزام إلى تلك الوسيلة إلا إذا كانت الوسيلة الوحيدة لأداء واجبها وقد حصر القانون المصري حالات استعمال السلاح على سبيل الحصر وهي : القبض حراسة السجون فض التجمهر والتظاهر وذلك في المادة 102 من القانون رقم القانون 71/109 المتضمن قانون الشرطة المصري[66].

من خلال ما تم ذكره يلاحظ أنه في جميع الأحوال السابقة يجب أن يكون إطلاق النار هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغرض ،ويبدأ رجل الشرطة بالإنذار بأنه سيطلق النار، ثم يلجأ

[65] - حمد عمر حمد، مرجع السابق، ص 184.

[66] - المادة 102 من قانون 71/109 المتضمن قانون نظام الشرطة المصري، المؤرخ في 1 نوفمبر 1971 ،" لرجل الشرطة استعمال القوة إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة لأداء هذا الواجب وقد قصر استعمال على الحالات محددة الحصر وهي القبض ، حراسة فض التجهيز والتظاهر.

بعد ذلك إلى إطلاق النار، ولجميع الحالات إجراءات يجب أن تتبع ، وكيفية توجيه الإنذار وإطلاق النار كل يحدده وزير الداخلية بقرار منه .

ثالثا : الرقابة على ملائمة اختيار الوقت في القرارات الإدارية .

من أبرز عناصر القدير في القرارات الإدارية عنصر الزمن ، ولا تخضع الإدارية فيه إلا لقيد التعسف والانحراف ، وبمعنى أن اختيار الوقت في ذاته هو مسألة موضوعية يترك تقديرها للإدارة إلا إذا ثبت أن الإدارة كانت مدفوعة في اختيار ذلك الوقت بعوامل لا تتم إلا بسبب المصلحة العامة ، ومن التطبيقات السليمة لهذا المبدأ حكم مجلس الدولة المصري الذي جاء فيه : " أنه وإن كان اختيار الوقت الذي تجري فيه الترقية من الملائمات التي تستقل الإدارة بها ولا معقب عليها في ذلك إلا أنه إذا وضح ،

271 المتضمن قانون نظام الشرطة المصري، المؤرخ في 1 نوفمبر 1271،" لرجل الشرطة استعمال القوة ها كانت هي الوسيلة الوحيدة لأدائها /المادة 105 من قانون 102

الواجب وقد قصر استعمال السلاح على حالات محددة على سبيل الحصر وهي القبض حراسة السجون فض التجمهر والتظاهر".

أن تراخي الوزراء في إجراء الترقيات لم يكن مبعثه تحقيق مصلحة عامة، بل الغرض منه تفويت حق الموظف في الترقيات التي يستحقها ، فإن تصرفها على هذا الوجه يخضع ولا شك لرقابة المحكمة باعتباره تصرف غير مشروع "[67].

المطلب الثاني: السلطة التقديرية وقضاء التعويض.

إن القاعدة العامة في القضاء الإداري لا تزال تمنع قاضي الإلغاء من التعرض للجوانب التقديرية في القرارات الإدارية ولكن قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث نسبيا قد رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال التعويض. وسنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع

- حكم مجلس الدولة المصري ، الصادر 18 يناير 1954.[67]

الأول تحت عنوان الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ القرار، أما الفرع الثاني تحت عنوان الحكم على الإدارة بالتعويض لتجعلها في اتخاذ القرار، أما الفرع الثالث فسنتطرق إلى الحكم على الإدارة لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة.

فرع الأول: الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ القرار.

إن الإدارة بطبيعة الحال تقوم بإصدار قرارات إدارية، ويكون الحكم عليها بالتعويض عند تراخيها في إصدار تلك القرارات، كما أن مظاهر السلطة التقديرية تتمثل في حرية الإدارة في تقدير الوقت المناسب لاتخاذ قراراها.

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي حكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار بمنع أحد الأفراد مزاولة مهنته الخطرة وهي تمرين الراغبين في الأعياد على إطلاق النار وإصابة الهدف لأن ذلك يعرض سلامة الجمهور للخطر، وقد حدث بالفعل أن أصيب إحدى المارات برصاصة طائشة في رأسها فقضي لها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص بالتعويض .

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي حكم على هذه القاعدة ، فحكم في حالات أخرى بمسؤولية الإدارة لتراخيها في إصدار قرار بإعفاء شاب من تطوعه للخدمة في الفرقة الأجنبية مما أدى إلى وفاته في إحدى المعارك ، وتراخي سلطات البوليس في الإفراج عن كلب رغم مطالبة صاحبه به مما أدى إلى إعدام الكلب ، وكذلك تأخر الإدارة أكثر من سنة دون مبرر في تسليم أحد الأفراد ترخيصا بالبناء ، أو ربط معاش أحد الموظفين ....إلخ[68].

فرع الثاني : الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار .

عند إصدار الإدارة لقراراتها وهي في حالة تعجل ، يحكم عليها بالتعويض ، وهذه

[68] - حمد عمر حمد ، مرجع سابق، ص ، 192.

الحالات السابقة، وأشهر مثال ما ورد في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 22 نوفمبر 1929 في قضية " Compagnic des mines de Siguiri والذي تتلخص ظروفه فيما يلي :

حيث نظم القانون الفرنسي طريقة استغلال مناجم الذهب في أحد المستعمرات وقضي بأن يحتفظ باستغلال الطبقات العليا لأهالي تلك المستعمرة ، على أن يكون للشركات حق استغلال الطبقات السفلى، والتي لا يصل إليها الأهالي بوسائلهم البدائية، على أن يكون لحاكم المستعمرة حق منع وسحب رخص الاستغلال ، وحدث أن اعتدت شركة " GEZRE" على الطبقات المخصصة للأهالي وتم ذلك بعلم الإدارة ولكنها تركتها تستغل ثم فاجأتها بدون سابق إنذار بأمر يتضمن وقف هذا الاستغلال غير المشروع ، ولذلك لم بلغي مجلس الدولة الفرنسي القرار السابق ولكنه حكم بالتعويض عنه بناءا على أن الإدارة قد أساءت اختيار وقت تدخلها فتعجلت في اتخاذ القرار بالرغم من أن أحدا من الأهالي لم يطلب وقف استغلال الشركة [69].

فرع الثالث: الحكم على الإدارة لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة.

إن ملائمة العقوبة التأديبية للجريمة التأديبية هي مسألة تستقل الإدارة بتقديرها، ولكن مجلس الدولة الفرنسي قد أخضع ملائمة الجزاءات التأديبية لرقابتها في مجال قضاء التعويض دون الإلغاء وأشهر مثال لذلك حكمه الصادر في 25 يوليو 1913 في قضية

"MAREK"، فلقد كان السيد مارك يشغل منصب مدير حديقة النباتات في مدينة رن بفرنسا، وفصلته الإدارة من منصبه لأسباب رأي أنها تعسفية، فرفع دعوى يطلب إلغاء القرار الخاص بالفصل، و طالب في نفس الوقت تعويضه عن ذات القرار، ولكن مجلس الدولة رفض طلب

[69]. - حمد عمر حمد ، مرجع سابق،ص193

الإلغاء لأن عيب التعسف لم يثبت ولكن حكم بالتعويض لأن الأخطاء التي ارتكبها"MAREK" لا تبرر القرار الصادر بفصله ، وحكم بالتعويض أيضا في إصدار الإدارة لقرارات قاسية لا تتناسب مع أسبابها كما لو اتخذت إجراءات عنيفة في سبيل تحصيل بعض الضرائب من أحد المواطنين حسن النية مما أدي إلى إشهار إفلاسه في قضية "BARNEGAT"،" DALEUZ ".

وعلى أساس الأحكام السابقة التي يتصدى فيها مجلس الدولة الفرنسي للعناصر الداخلية للسلطة التقديرية ، أنشأ بعض الفقهاء وعلى رأسهم " BOUNAER"نظرية التعسف في استعمال الحق الإدارية بجوار نظرية الانحراف بالسلطة ، فنظرية الانحراف مجالها قضاء الإلغاء ويقتصر دور القاضي فيها على مراقبة الحدود الخارجية للسلطة التقديرية وهي الأغراض والأهداف ، أما نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية فمجالها قضاء التعويض ، وتتعدى فيها رقابة القضاء إلى العناصر الداخلية للسلطة التقديرية ،لأن القضاء يحاسب الإدارة على الأخير في إصدار قراراتها أو إصدارها فجأة ، وبالرجوع إلى قضاء مجلس الدولة المصري نجد أنه قد تطوع في هذا المجال فلقد أخضعت محكمة القضاء الإداري القرارات الصادرة بفصل بعض الموظفين لرقابتها حتى لو انتهت في مجال قضاء الإلغاء إلى رفض الدعوى[70].

- حمد عمر حمد ، مرجع سابق، ص 193/194.[70]

خلاصة الفصل الثاني :

مما سبق يمكن القول أن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة لا تظهر إلا من خلال تبيان تطور هذه الأخيرة ، إذ أنها مرت بالعديد من التطورات وذلك وفق ثلاثة نظريات أولهما نظرية الخطأ الظاهر في التقدير والذي نقصد به الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار، ومما لا شك فيه أن هذه النظرية تعد وسيلة قضائية تستهدف توسيع رقابة الحد الأدنى ونطاقها ، بالإضافة إلى مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار إذ هذا النوع من الرقابة يتعلق بنتائج القرار وليس بأسبابه ، كما أنه هناك نوع آخر وهو مبدأ التناسب والذي نقصد به أن يكون التصرف الذي قامت به الإدارة مناسبا وملائما للاعتبارات المطبقة به من حيث الزمان والمكان والواقع ، بالإضافة إلى عرض ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة .

خاتمة

من خلال ما سبق يمكن القول ان السلطة التقديرية هي تمنع الإدارة بقسط ن حرية التصرف لمواجهة اعمالها ، فان وجودها هو الحقيقة واقعية ، وهو أمر عنه ، بسبب مقتضيات النشاط الاداري ، و اذا كان من شأن السلطة المقيدة قيق اكبر ضمانة لحقوق الافراد وحرياتهم من تعسف الإدارة ، إلا ان الاشراف التقييد يؤدي إلى عواقب وخيمة ، إذا يترتب عليه حرقة الإدارة والقضاء على روح الابداع والابتكار فيها خاصة وان الإدارة اليوم تواجه حركة تحول اساسية تلف الجوانب الاقتصادية والسياسية ، إضافة الى الثورة التقنية والتكنولوجية يشهدها العالم اليوم.

ولا شك في ان هذه التطورات التي تستلزم التغيير الدائم ، تتطلب أعلى ستوى من الاداء والفعالية ومن ثم فان المصلحة العامة لا تتوافق مع إدارة صماء ماء لابد من ان تكون الإدارة حرة في تدبير شأنها لو بقدر كافي لمواجهة تلك لورات ، وهذا بهدف ضمان حسن سير العمل الاداري مما ينعكس هذا يجاب على حقوق وحريات الأفراد وكذا توفير الخدمات الضرورية لهم ومن ا تبدو أهمية السلطة التقديرية كضرورة إجتماعية لاغنى عنها ، كما يمكن القول السلطة التقديرية للإدارة تعد سلطة قانونية يتوافق وجودها مع وجود مبدأ شروعية ، وما يؤكد قانونية هذه السلطة هو ان القضاء الاداري يسهر كذلك على ايتها وضمانها ، وعليها فان مباشرة السلطة التقديرية ، لا تعني بأي حال من حوال ان الإدارة ارتكبت مخالفة لمبدأ المشروعية ذلك لان هذه السلطة في فيقة الأمر هي وسيلة لتطبيق القانون وبتالي فعلى الإدارة الالتزام بمبدأ روعية عند تمتعها بسلطة تقديرية بنفس الطريقة التي يكون اختصاصها مقيدا ل ما في الأمر هو ان المشرع قد منح قدرا من حرية التصرف للإدارة في نوع ما ومن ثم يتخلى على تحديد نشاط الإدارة بشأن هذا الموضوع كله ، أو بعض جوانبه ، تاركا للإدارة حرية التصرف والتقدير بموجب خبرتها ، غير لا يفهم من هذا التخلي امتناع المشرع عن التدخل لتقييد نشاط الإدارة بالنسبة ضوعات معينة ، باعتبار موضوعات نخصصه للسلطة التقديرية للإدارة

ما يرجع السبب في عدم التدخل لاعتبارين إلا وهو اعتبرت فني ، والأخر بار عملي ، كما يمكن ان نستنتج مما سبق ان ليست جميع تصرفات الإدارة من ان تصنف إلى مجرد طائفتين قرارات تقديرية ، وأخرى مقيدة بل يجب إلى ب ذلك اعتماد طاقة أخرى ، ولعلها اهمها وأكثرها شيوعا ، وهي تلك القرارات يكون جانب منها تقديرية وجانبها الاخر مقيد ، أو بالأحرى ينصب التقدير لى بعض العناصر أو احدهما دون الآخر ، دون ان يكون هناك أو تناقص في مثل القرارات.

وفي الاخير لا ننسى الدور الذي يلعبه الفقه ، وهذا من خلال وضع بعض بود الهامة لممارسة هذه السلطة والتي تتمثل في مراعاة عدم الانحراف باستعمال هذه السلطة ، وضرورة ان تضع الادارة نفسها في أفضل الظروف لإصدار اراتها الإدارية ، وضرورة الالتزام بملائمة القرارات وإصدارها . كما لا ننسى أيضا الدور الذي لعبه القضاء الاداري في مجال الرقابة ضائية وذلك سعيا منه لتحقيق نقطة التوازن التي بمقتضاها تتمكن الإدارة من تخدام سلطتها لتحقيق الصالح العام من جهة وحماية الأفراد من جهة أخرى ، عد ان استقرت الرقابة على السلطة التقديرية من خلال استنباط فكرة رقابة الخطأ لاهرة في التقدير ، ورقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ، باعتبارها من سباب الحديثة لرقابة السلطة التقديرية والحد من استعمالها ، بالإضافة إلى مبدأ ى مبدأ التناسب الذي هو الآخر حظي برقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة من خلال ان يكون التصرف الذي قامت به الإدارة مناسبا وملائما للاعتبارات حيط بت من حيث الزمان والمكان والواقع.

من النتائج التي توصلنا إليها خلال دراستنا لموضوع السلطة التقديرية

دارة ما يلي :

ان الإدارة عند للسلطة التقديرية تكون تتمتع بقسط من حرية التصرف يمكنها ذا من أداء واجباتها أما عندما يشترط عليها المشرع شروطا معينة لكي تمارس دارة نشاطها تكون سلطة مقيدة

2- ان الدولة التي تطبق السلطة التقديرية للإدارة تكون دولة قانونية في حين ان الدولة التي تطبق السلطة المقيدة تعتبر دولة استبدادية (لا قانونية).

3- ان الدولة التي تعترف للإدارة بسلطة تقديرية في اعمالها تكون أقدر من غيرها من الدول التي تطبق السلطة المقيدة في حسم النزاعات الإدارية التي تعرض عليها بسبب تمتع مثل هذه الدول بقدر من المرونة وحرية التقدير 4- ان القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر والأردن ، تأخذ بالنظريات المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة بدرجات متفاوتة فالقضاء الإداري الفرنسي يطبق الخطأ الظاهر في التقدير ، نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار باعتباره هو الذي أوجدهما إلا أنه لا يأخذ بمبدأ التناسب بصورة صريحة ، مستعيضا عنه مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير ، في حين ان

القضاء الاداري في مصر و الاردن اخذ مبدأ عدم الملائمة الظاهرة عوضا من الخطأ في التقدير، ومبدأ التناسب دون الاخذ بمبدأ الموازنة بين المنافع الاضرار .

وفي الاخير نتمنى إلا يتأخر القضاء الاداري الجزائري عن مسايرة ركب التطور الذي حققه نظيره الفرنسي في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، ولا يترك رقابته تقتصر على الرقابة وقائع القرارات الإدارية من حيث جودها المادي وصحة تكييفها القانوني إذا ان الاساليب الحديثة في الرقابة لم يتبنها القدر الكافي ، وخاصة ان القضاء الجزائري اليوم يعيش ازدواجية قضضائية وهذا ن خلال التوصيات التالية:

- مراعاة عدم الانحراف الإدارة من خلال ممارستها للسلطة التقديرية

-- ضرورة التشديد على الإدارة في ان تضع نفسها في أفضل الظروف لإصدار

واراتها الإدارية .

- تنظيم المشرع مجالات السلطة التقديرية والاختصاص المقيد.

أولا: المصادر

1 – النصوص القانونية

1 –مرسوم رئاسي رقم 20–442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بتعديل الدستوري مصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020 جريدة رسمية عدد 82 صادرة في 30 ديسمبر 2020.

2 – القوانين:

1 – الأمر 66 رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري2008 ، جريدة رسمية 21المؤرخة 23أفريل2008 .

2 – قانون 03/06 ، المؤرخ في 18 يوليو 2006 ، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للسنة 43، العدد 46، المؤرخة في الأحد 20جمادى الثانية 1428 الموافق ل 16 يوليو 2006/3 .القانون رقم 11/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أفريل المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، جريدة الرسمية عدد 12 المؤرخ في 23 شوال 1411 .

3 – قانون 71/09 المتضمن قانون الشرطة المصري ، المؤرخ في 1 نوفمبر 1971.

3 – القرارات:

1 – قرار مجلس الدولة رقم 172994 ،عدد 1 ، منشور في مجلة الدولة ، منشورات الساحل ، الجزائر 2002 .

2 – قرار المحكمة العدل العليا الأردنية ، رقم 1990/262 ، بتاريخ 26 فيفري 1990 ، منشور بمجلة نقابة المحامين .

3 – قرار المحكمة العدل الأردنية، رقم 67/57، عدد 10، منشور نقابة المحامين.

4 – قرار محكمة العدل الأردنية رقم 59/37، عدد 4/3 سنة 15 منشور في مجلة نقابة المحامين.

ثانيا : الكتب باللغة العربية :

الكتب العامة

1 – أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ، ط3 مع ملحق 1979 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر .

2 – إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القضاء الإداري، " مبدأ المشروعية ، تنظيم إلقاء الإداري " توزيع منشأة الإسكندرية ، 2003.

3 – إبراهيم سالم العقيلي ، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية ، ط1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2013 .

4 – حمدي القبيلات ، القانون الإداري ج2،ط1 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010 .

5 – سامي جال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأ المعارف الإسكندرية مصر ، 2004 .

6 – سالم بن راشد العلوي ، القضاء الإداري " دراسة مقارنة " مبدأ المشروعية ، ديوان المظالم في الدولة الإسلامية ، مجلس الدولة الفرنسي ، مجلس الدولة المصري ، محكمة

القضاء الإداري بسلطة عمان ، ج1 ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 .

7 – عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ب ط ، الدار الجامعية للطابعة والنشر، الإسكندرية .

8 – عبد العزيز الجوهري ، القضاء الإداري ،ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائري 1897 .

9 – عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر ، منشأة معارف الإسكندرية ، 2003.

10 – عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بن علم الإدارة العامة والقانون الإداري ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005 .

11 – عمار بوضياف ، القرار الإداري ، ط1 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 .

12 – عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2007 .

13 – محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعية، الجديدة لبنان، 2009.

14، على عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، دار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2009 .

15 – علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للنشر والتوزيع،الجزائر،2012

16 – عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، "مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، دعوى إلغاء القرارات الإدارية التحقيق المنازعة الإدارية، تنفيذ الأحكام الإدارية، المسؤولية الإدارية ، دار، هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 .

17 – محمد علي خلايلة، القانون الإداري، ط2 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، .....

18 – محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية .

19 – محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام القضاء الإداري، ط2، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 1990 .

20 – محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.

21 – ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر، 2004،.....

22 – ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2000 .

23 – محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقيقية،2005 الإسكندرية .

24 – مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، ط1 ، دار الجامعي ن الإسكندرية ، 2007

25 – محمد بكر حسن، الوسيط في القانون الإداري، ط1 ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .

26 – محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

27 – محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية .

28 – محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2005.

29 – منصور إبراهيم العتوم، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، ط1 دار وائل للنشر ، عمان، 2013 .

30 – فوزي حبيش، القانون الإداري العام، الإبطال لتجاوز حد السلطة والأعمال الإدارية، والمؤسسات الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 .

31 – نواف كنعان ، القانون الإداري ، ط2 دار الثقافة للنشر ةالتوزيع ، عمان الأردن،2009 .

الكتب المتخصصة:

_ حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط 1،الرياض2003

المذكرات:

1 – إبراهيم سهام، فكر المنفعة العمومية في نزاع الملكية، شهادة الماجستر في القانون العام، تخصص إدارة ومالية عامة، الجزائر أجيزت للنشر بتاريخ 2012/03/26

2 – مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستر في القانون العام، جامعة، تلمسان، كلية الحقوق ، الجزائر،2008 .

المقالات:

1 – خلفية سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة تقديرية للإدارة (قرابة التناسب)، 2012 .

2 – عبد العالي حاحة أمال يعيش تمام، الرقابة على التناسب القرار الإداري ومحله في الدعوى الإلغاء ، منشور في مجلة المنتدى القانوني ، العدد5 ، جامعة بسكرة الجزائر.

3 – مصلح صرايرة ، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ، كلية الحقوق ، منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد 52 ، العدد 1 ،2009 .

4 – فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، الجزائر، 2002.

ملتقيات :

1 – محمد تقية، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرفة الإدارية، منشورة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائ، 1992.

ب – الكتب باللغة الأجنبية :

1 – Marie Christine Rouault,Vanessa Barbé,Guillaime Canel,Droit Administratif,Halion Editeur Eha,Paris,2007.

2 – J khan ; le pouvoir discrétionnaire de l’administration et le juge administratif ; colloque 5 mars 1977

3 – D LAMETOUL ; le pouvoir discrétionnaire en matière d’urbanisme et d’interventionnisme économque1977

ج – المواقع الالكترونية :

1) http:// forum.univbiskra.net

2) http:// forum.univbiskra.net.index.php?Topic=32710

3)http://fr.wikipedia.org/wiki/pouvoir_discr%A9tionnaire_en_droit_admini stratif_fran%c3%A7ais.

3 – قرار المحكمة العدل الأردنية، رقم 67/57، عدد 10، منشور نقابة المحامين.

4 – قرار محكمة العدل الأردنية رقم 59/37، عدد 4/3 سنة 15 منشور في مجلة نقابة المحامين.

ثانيا : الكتب باللغة العربية :

الكتب العامة

1 – أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ، ط3 مع ملحق 1979 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر .

2 – إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القضاء الإداري، " مبدأ المشروعية ، تنظيم إلقاء الإداري " توزيع منشأة الإسكندرية ، 2003.

3 – إبراهيم سالم العقيلي ، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية ، ط1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2013 .

4 – حمدي القبيلات ، القانون الإداري ج2،ط1 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010 .

5 – سامي جال الدين ، أصول القانون الإداري ، منشأ المعارف الإسكندرية مصر ، 2004 .

6 – سالم بن راشد العلوي ، القضاء الإداري " دراسة مقارنة " مبدأ المشروعية ، ديوان المظالم في الدولة الإسلامية ، مجلس الدولة الفرنسي ، مجلس الدولة المصري ، محكمة

القضاء الإداري بسلطة عمان ، ج1 ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 .

7 – عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ب ط ، الدار الجامعية للطابعة والنشر، الإسكندرية .

8 – عبد العزيز الجوهري ، القضاء الإداري ،ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائري 1897 .

9 – عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر ، منشأة معارف الإسكندرية ، 2003.

10 – عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بن علم الإدارة العامة والقانون الإداري ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005 .

11 – عمار بوضياف ، القرار الإداري ، ط1 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 .

12 – عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2007 .

13 – محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعية، الجديدة لبنان، 2009.

14، على عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، دار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2009 .

15 – علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للنشر والتوزيع،الجزائر،2012

16 – عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، "مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، دعوى إلغاء القرارات الإدارية التحقيق المنازعة الإدارية، تنفيذ الأحكام الإدارية، المسؤولية الإدارية ، دار، هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 .

17 – محمد علي خلايلة، القانون الإداري، ط2 ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن، .....

18 – محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية .

19 – محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام القضاء الإداري، ط2، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 1990 .

20 – محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.

21 – ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر، 2004،.....

22 – ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2000 .

23 – محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقيقية،2005 الإسكندرية .

24 – مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، ط1 ، دار الجامعي ن الإسكندرية ، 2007

25 – محمد بكر حسن، الوسيط في القانون الإداري، ط1 ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 .

26 – محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

27 – محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية .

28 – محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2005.

29 – منصور إبراهيم العتوم، القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، ط1 دار وائل للنشر ، عمان، 2013 .

30 – فوزي حبيش، القانون الإداري العام، الإبطال لتجاوز حد السلطة والأعمال الإدارية، والمؤسسات الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 .

31 – نواف كنعان ، القانون الإداري ، ط2 دار الثقافة للنشر ةالتوزيع ، عمان الأردن،2009 .

الكتب المتخصصة:

_ حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط 1،الرياض2003

المذكرات:

1 – إبراهيم سهام، فكر المنفعة العمومية في نزاع الملكية، شهادة الماجستر في القانون العام، تخصص إدارة ومالية عامة، الجزائر أجيزت للنشر بتاريخ 2012/03/26

2 – مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستر في القانون العام، جامعة، تلمسان، كلية الحقوق ، الجزائر،2008 .

المقالات:

1 – خلفية سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة تقديرية للإدارة (قرابة التناسب)، 2012 .

2 – عبد العالي حاحة أمال يعيش تمام، الرقابة على التناسب القرار الإداري ومحله في الدعوى الإلغاء ، منشور في مجلة المنتدى القانوني ، العدد5 ، جامعة بسكرة الجزائر.

3 – مصلح صرايرة ، مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة ، كلية الحقوق ، منشورة في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، مجلد 52 ، العدد 1 ،2009 .

4 – فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، الجزائر، 2002.

ملتقيات :

1 – محمد تقية، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرفة الإدارية، منشورة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائ، 1992.

ب – الكتب باللغة الأجنبية :

1 – Marie Christine Rouault,Vanessa Barbé,Guillaime Canel,Droit Administratif,Halion Editeur Eha,Paris,2007.

2 – J khan ; le pouvoir discrétionnaire de l’administration et le juge administratif ; colloque 5 mars 1977

3 – D LAMETOUL ; le pouvoir discrétionnaire en matière d’urbanisme et d’interventionnisme économque1977

ج – المواقع الالكترونية :

1) http:// forum.univbiskra.net

2) http:// forum.univbiskra.net.index.php?Topic=32710

3)http://fr.wikipedia.org/wiki/pouvoir_discr%A9tionnaire_en_droit_admini stratif_fran%c3%A7ais.

الفهرس

مقدمـــــة	01
الفصل الاول نطاق السلطة التقديرية للإدارة	
المبحث الثاني : مفهوم السلطة التقديرية للإدارة	04
الفرع الأول : السلطة التقديرية	04
الفرع الثاني: خضوع السلطة التقديرية للمشروعية الإدارية	10
الفرع الثالث: اعتبارات السلطة التقديرية	10
المطلب الثاني : حدود السلطة التقديرية	11
الفرع الأول : ركن الإختصاص	12
الفرع الثاني :ركن الشكل	13
الفرع الثالث :ركن السبب	14
الفرع الرابع:ركن المحل	15
الفرع الخامس: ركن الغاية	16
المبحث الثاني:الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة	23
المطلب الأول: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة	23
الفرع الأول:المبررات العملية	23
الفرع الثاني : المبررات الفنية	24
الفرع الثاني:المبررات القانونية	24
مطلب الثاني: نتائج الاعتراف بوجود السلطة التقديرية في النشاط الإداري	25
الفرع الأول :تمتع الإدارة بقدرة من الحرية في التصرف في أعمالها	25
الفرع الثاني : تمتع الإدارة بسلطتها التقديرية في إطار دولة القانون	28
خلاصة الفصل الأول	32

مـلخص مذكرة الماستر

تستمد الإدارة جوهر نشاطها من جملة السلطات و الامتيازات المحولة لها لتحقيق أهدافها و المتمثلة في المصلحة العامة كما أن مباشرة ذلك النشاط يعود إلى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في اتخاذ موقف معين فطبيعة النشاطات الإدارية و تجدها تفرض على الإدارة حرية في ممارسة تصرف معين وفق ما تمليه علينا سلطتها التقديرية في حدود ما يرسمه القانون ، وعليه فإن كل ضبط أو تجديد لتصرف معين قد يغل يد الإدارة في ممارسة وظائفها كما أن تطلق ذلك السلطة محدد براقابة القضاء لأجل حماية حقوق و حريات الأفراد

الكلمات المفتاحية:

1- السلطة التقديرية 2- السلطة المقيدة 3- النشاط الإداري. 4- حقوق الأفراد 5- رقابة القضاء

Abstract of The master thesis

The administration derives the essence of its activity from the totality of powers and privileges transferred to it to achieve its objectives, which are in the public interest. Moreover, undertaking that activity is due to the discretionary authority enjoyed by the administration in taking a certain position. The nature of administrative activities imposes on the administration the freedom to exercise a certain action according to what It is dictated to us by its discretionary authority within the limits of what is determined by the law. Accordingly, every control or renewal of a specific act may restrict the administration's hand in exercising its functions, and the release of this authority is limited to judicial oversight in order to protect the rights and freedoms of individuals.

key words:

1- Discretionary authority 2- Restricted authority 3- Administrative activity. 4- Individual rights 5- Judicial oversight