

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

السلطة التقديرية للإدارة في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الاداري

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الدكتورة :

من إعداد الطالب :

- عيساني ريفيقة

- حيدرة محجوبة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

بوسحبة جيلالي

الأستاذ

مشرفا مقرر

عيساني ريفيقة

الأستاذة

مناقشا

بن عوالي علي

الأستاذ

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم: 2021/07/07

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما
الله سبحانه وتعالى :
" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرّة
عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

"إمي "

أطل الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيّتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي
ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي "

أطل الله في عمره

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى أستاذتي " عيساني رفيقة " و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء
وغيرهم ممن تجاوزهم قلّمي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذتي الفاضلة " عيساني رفيقة "

الذي تكرمت بإشرافها على هذه المذكرة ولم تبخل علي بنصائحها الموجهة لخدمتي فكانت لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

مقدمة

يعترف القانون الإداري للإدارة بامتيازات بغية تمكينها من تحقيق الهدف الذي تسعى له وهو المصلحة العامة ، وهذه الامتيازات هي امتيازات استثنائية اتجاه الأفراد فيم بينهم في القانون الخاص لأن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص هي فكرة المساواة بين الأفراد الخاضعين لأحكامه وبالتالي عدم تمييز فرد او هيئة خاصة بحقوق إستثنائية اتجاه فرد آخر أو هيئة خاصة أخرى.

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 وهو 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 مناسباً 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.

لقد اخترت هذا الموضوع للدراسة لأسباب موضوعية وأخرى ذاتية:

فمن الأسباب الموضوعية التي دفعتني لاختيار موضوع هذه الدراسة الأهمية البالغة التي تكتسبها الإدارة في حياة الأفراد وفي المجتمع إذ 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 وحمائتهم 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، إضافة 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.

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 وبيحثي

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 مصطفى، 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 مدى 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.

من أهم المشاكل التي يعاني منها الأفراد اتجاه الإدارة هو منحها سلطة تقديرية محضة اذ عمل المشرع على منح الإدارة سلطة أخرى تحد من سلطة الإدارة وهي السلطة المقيدة التي يجد فيها الأفراد أكبر ضمانات 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 ؟

المنهج المتبع

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.

هذا وللإجابة على الإشكالية الرئيسية الموضوع وما تفرع منها من تساؤلات فرعية اتبعنا الخطة التالية، والتي تناولنا فيها موضوعا وفق خطة التالية وهي إذ جاء الفصل نطاق السلطة التقديرية للإدارة ويتفرع عنه مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم السلطة التقديرية للإدارة أما المبحث الثاني خصصناه للاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة

وجاء الفصل الثاني بعنوان الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.والذي بدوره يتفرع عنه مبحثين، تناولنا في المبحث الأول تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة ، وأما فيما يخص المبحث الثاني. ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

الفصل الأول

نطاق السلطة التقديرية للإدارة

إذا ترك المشرع للإدارة 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 Lièe* .

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

المبحث الأول : 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 فسننتقل إلى حدود السلطة التقديرية للإدارة أما في المطلب الثالث فسننتقل إلى المقارنة بين السلطة التقديرية والسلطة 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 عناصر من عناصر قرار الإدارة ونشاطها¹.

الفرع الأول : السلطة التقديرية.

إن السلطة التقديرية لا تظهر إلا في نظام الدولة القانونية التي تأخذ بمبدأ سيادة القانون فحيث لا تكون الدولة قانونية وحيث لا يكون للقانون من سيادة فلا وجود للسلطة التقديرية للإدارة، إذ 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 واقعي أو خطأ فادح في التقدير² ويقصد إذا بالسلطة التقديرية أن الإدارة تجاه وقائع معينة تكون حرة في اتخاذ قرار ما أو في الامتناع عن اتخاذه، أو في اختيار القرار الذي تراه مناسباً فيكون للإدارة حق تقدير الوقائع واتخاذ قراراتها استناداً لهذا التقدير. ومثال على ذلك منح الأوسمة الشرفية والمكافآت فيكون للإدارة سلطة تقديرية في المنح 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.

¹ - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 05

² - محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 157 158

تحدد طبيعة الأوسمة الشرفية والمكافآت وخصائصها وكيفيات منحها عن طريق التنظيم¹.

فيكون للسلطة الإدارية حرية كاملة في تقدير اختيار العمل والقيام به في الوقت الملائم دون أن يملي عليها المشرع مسلكاً محدداً يتعين عليها اتباعه في هذا الخصوص، وقد أعطيت للإدارة سلطة تقديرية لأن المشرع لا يمكنه أن يتنبأ بكل الحالات القانونية، فتترك للإدارة أمر دراسة الحالات وحرية اتخاذ القرار المناسب بشأنها بهدف تحقيق المصلحة العامة التي يرمي لها².

ويمكن التفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة التعسفية فالإدارة عند قيامها بالسلطة الأولى يكون لها الحرية 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 معين³.

أما السلطة المقيدة (الاختصاص المقيد).

أن لا تكون الإدارة حرة في اتخاذ القرار أو الامتناع عن اتخاذه ، فالقانون يفرض عليها عند توفر شروط معينة أو قيام عناصر واقعية محددة، إصدار قرار معين و قد يحدد الهدف الذي يتعين على الإدارة أن تعمل على تحقيقه أو الوقت

¹ - القانون 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية جريدة رسمية للسنة 43 ، العدد 46 المؤرخة في 20 جمادى الثانية 1427 الموافق ل . 16 يوليو 2006.

² - فوزي حبيش، القانون الإداري العام، الإبطال لتجاوز حد السلطة والأعمال الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 ، ص 353.

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005. ، ص 578

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 المشروعية¹ ، و مثال على ذلك تعيين الناجحين المترشحين في مسابقة على أساس الاختبارات في الوظائف العمومية هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى المادة 80 من قانون الوظيفة العمومية².

بحيث لا يكون للإدارة حرية في الاختيار بل عليها تعيين الناجحين وفق لترتيبها في جدول الناجحين وفق ما نصت عليه المادة 81 من ق.و.ع³.

فالمشرع يفرض و بشكل آمر و ملزم على الإدارة عند اتخاذها قرار بصدد واقعة معينة ، و كذا الغاية التي يتعين عليها تحقيقها من القرار و يحدد لها الإجراءات التي بمقتضاها يجب عليها الوصول إلى تلك الغاية⁴ ، فالسلطة المقيدة إذا يقصد بها عندما

تتوافر شروط معينة تلتزم الإدارة اتخاذ موقف معين بحث يرسم القانون للإدارة مقدما طريقة مباشرة نشاطها، ويفرض عليها القيام بعمل معين عند توافر الشروط المعنية، دون أن يكون لها سبيل الاختيار، أما إذا أصدرت قرارها خلافا لما يتطلبه

¹ - مازن ليلو راضي، القانون الإداري، ط1 ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 379

² - أنظر المادة 80 من قانون الوظيفة العمومية، جريدة رسمية للسنة 43 ، العدد 20 المؤرخة في 20 جمادي الثانية 1427 الموافق ل 16 يوليو 2006.

³ -م 81 من القانون 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية" يعلن نجاح المترشحين في مسابقة على أساس الاختبارات أو مسابقة على أساس الشهادات أو اختبار مهني من طرف لجنة تضع قائمة ترتيبية على أساس الاستحقاق"

⁴ - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 0 مع ملحق 1323 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.323.322

القانون، أو أنها امتنعت عن إصدار القرار الذي عينه القانون، فإن قرارها يكون باطلاً و غير مشروع لمخالفته للقانون¹

ومن خلال ما سبق يتضح أن سلطة الإدارة تكون مقيدة إذا قيد القانون مسبقاً بظروف ووقائع معينة. إذ أن هذا الاختصاص المقيد ضماناً لحقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعسف الإدارة، كما أن الاختلاف بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية إنما هو اختلاف في الدرجة وليس اختلافاً في الجوهر والطبيعة، إذ أن منح الإدارة سلطة تقديرية 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، و من الأمثلة على ذلك الترقية بالاختيار، منح التراخيص بالإقامة للأجانب. أما عن حالات السلطة المقيدة فهي الحالات التي يفرض فيها القانون على الإدارة ضرورة التصرف بطريقة معينة إذا ما توافرت شروط معينة، ومن الأمثلة على ذلك الترقية بالأقدمية، الإحالة على التقاعد لبلوغ السن القانونية².

تعددت تعاريف السلطة التقديرية من قبل فقهاء القانون الإداري واختلفت باختلاف الظروف والتطورات التي شهدتها هذه الأخيرة، لذا يجب أن نعرضها وفق للفقهاء المقارن بين القانون الفرنسي والمصري والبناني وفي الأخير القانون الجزائري.

¹ - إبراهيم سالم العقيلي، اساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، ط1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2013 ، ص.192،

² - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص14

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 نذكر 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 تقديره الذاتي، كما يعرفها الفقيه

" DELOBADIR " السلطة التقديرية بأنها ذلك الجانب من التقدير الذي تتركه القوانين للإدارة لممارسة سلطتها التقديرية¹.

ويمكن الإشارة إلى مفهوم بسيط للسلطة التقديرية في القانون الإداري

الفرنسي:

Le pouvoir discrétionnaire : « en droit administratif français, qui s'oppose à la compétence liée, désigne le pouvoir de l'administratif d'agir, de s'abstenir ou de 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, même dans son exercice, demeure soumise au principe de légalité, sa marge de manoeuvre ne permettant qu'un nombre plus ou moins large de choix entre des mesures et comportements légaux. »²

¹-مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة، تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2008، ص11.

² -[http://fr.wikipedia.org/wiki/pouvoir-](http://fr.wikipedia.org/wiki/pouvoir-discr%C3%A9tionnaire_en_droit_administratif_fran%C3%A7ais)

discr%C3%A9tionnaire_en_droit_administratif_fran%C3%A7ais. Daet 25/03/2021.

ثانيا :السلطة التقديرية في القانون المصري.

لقد تأثر القانون المصري، تأثرا شديدا بنظيره الفرنسي من خلال إعطاء تعريفا للسلطة التقديرية للإدارة، وهذا لإبرازها كضرورة قانونية .ولعل أبرز التعاريف لهذه الأخيرة أنها " الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل الأفراد والقضاء، لتختار في حدود الصالح العام وقت ووسيلة تدخلها، وتقدير بعض الحالات القانونية التي تحدث، ولتقدير أصلح الوسائل للمواجهة"¹.

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 يملى عليها مسلكا محددًا يتعين عليها اتخاذه².

وفي قرار صادر عن مجلس شورى الدولة اللبنانية رقم 447 بتاريخ 18/04/1996 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"³.

رابعا :السلطة التقديرية في القانون الجزائري.

¹ - مخاشف مصطفي، مرجع سابق، ص12.

² - فوزي حبيش، مرجع سابق، ص 535

³ - قرار رقم 417 تاريخ 18/04/1996 المجموعة الإدارية 1996 ص 126.

لقد تبني النظام القانوني الجزائري نظرية السلطة التقديرية للإدارة من خلال تأثره هو الآخر بالنظام الفرنسي، غير أن مفهوم هذه الأخيرة كنظام مستقل بذاته، لم يلق البحث الكافي من قبل الفقهاء الجزائريين و العدد القليل من التعاريف التي قيلت في حقها من قبل بعض الفقهاء المصريين الذين تكلموا عن النظام الجزائري¹.

يلتمس فيها بعض التأثير بتعريفات الفقه المصري و الفقه الفرنسي، على أنها الحرية التي تتمتع بها الإدارة في حدود الصالح العام لتختار وقت و وسيلة تدخلها، و تقدير 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 و لا بد أن يفهم القانون هنا بمفهومه العام أي كافة القاعدة القانونية السائدة في البلاد سواء تشريعية أو تنظيمية و قد 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 الحديث عن سلطة تقديرية و إنما عن سلطة تحكيمية² و مثال على ذلك: ارتكاب موظف خطأ ما في وظيفته، فالهيئة الإدارية التي لها صلاحيته التأديب لها في المقام الأول سلطة تقديرية في متابعة الموظف تأديبياً أو الامتناع عن متابعته و إذا اختارت الإدارة الخيار الأخير، و كان القانون يقرر عقوبات متعددة لهذا الخطأ فإن الإدارة تملك في المقام الثاني سلطة اختيار ما تراه من عقوبة ملائمة.

¹ - عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1897، الجزائر، ص 18.

² - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 13.

الفرع الثالث : إعتبرات السلطة التقديرية.

باعتبار أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما يترك لها القانون حرية تقدير الظروف وتكييف الوقائع المعروضة أمامها ولا يلزمها بإصدار قرار محدد بمضمون معين خلال مدة معينة، أما إذا قيدها وألزمها باتخاذ القرار بتوافر ظروف واجتماع عناصر ووقائع معينة كنا أمام سلطة مقيدة، ولوجود السلطة التقديرية اعتباران، وهما الكفاءة الإدارية والحقوق الفردية.

1- الكفاءة الإدارية : ان حسن قيام الإدارة بوظيفتها يتطلب تمتعها بقدر من السلطة التقديرية يسمح لها بإعمال إرادتها في ممارسة اختصاصاتها وتطبيق القانون بما يتفق والواقع الذي تحتك به، إذ أن القانون مهما زادت دقته لا يقوي على الإحاطة بكل شيء، أو الإلمام بجزئيات لا حصر له تؤدي المبالغة في تقييد حرية الإدارة الى جمودها وقلة فعاليتها بل وعدم أدائها لمهامها على الوجه اللائق¹.

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 لسلطتها².

وتوفيقا بين الاعتبارين السابقين يسمح القانون للإدارة من ناحية بقدر من السلطة التقديرية يختلف زيادة أو نقصا من مجال الى آخر وهذه السلطة لا تكاد

¹ - محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري، ط1 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 54

² - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعية، الجديدة، لبنان، 2009 ، ص 230

تتعدم في اختصاص من الاختصاصات ولا تصل الى حد السلطة المطلقة بحال من الأحوال ومن ناحية أخرى يوجب على الإدارة احترام قواعد القانون في تصرفاتها حماية للحقوق والحريات الفردية، وإلا جاز للقضاء الإداري بناء 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 لا بد من توفرها لكي يصدر القرار صحيحا مشروعاً، وتتمثل هذه الشروط في الاختصاص الشكل، السبب، المحل، الغاية، ويتعين على الإدارة عند اصدارها 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 شرط من شروط صحة القرار الإداري¹. والتي سنتناولها في الفروع التالية.

الفرع الأول : ركن الاختصاص.

يعرف ركن الاختصاص كركن من أركان القانون الإداري على أنه القدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر² أو انه التأهيل القانوني لمباشرة عمل معين و الجهة المختصة بإصدار القرار هي التي جعل لها المشرع صلاحية إصداره فالمشرع يوزع الاختصاص في الأجهزة الإدارية مراعيًا في ذلك طبيعة الاختصاص، و أهمية القرار الإداري

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ب ط، دار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1993، ص 39.

² - <http://forum.univbiskra.net> Date du 17/04/2021. Heur 16 :45

وتستمد قواعد الاختصاص وجودها من النصوص الدستورية أو القانونية أو التنظيمية في الدولة إذ لركن الاختصاص عناصر تتمثل في العنصر الشخصي، الموضوعي، الزماني، المكاني¹.

ويعد ركن الاختصاص من أهم أركان القرار الإداري وأقدمها ظهوراً 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 الإلغاء².

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.

العامة بصفة مشروعة، فإذا قام موظف ما بإصدار قرار وهو ليس من اختصاصه، يكون قراره باطلاً لعيب الاختصاص ويتحقق إلغاء القرار الإداري³.

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

الفرع الثاني: ركن الشكل.

¹ - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 272

² - حمدي القبيلات، القانون الإداري، ج 2، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2010، ص 36.

³ - محمود خلف الجبوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 94

يعتبر الشكل المظهر الخارجي أو الإجراءات التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها المنفردة والملزمة للأفراد، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تعبر عن إرادتها بشكل معين إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ القرار الشكلية المقررة لصدوره، كأن يشترط القانون أن يكون القرار مكتوباً أو صريحاً، أو وجوب استشارة جهة معين لإصداره. وإذا كان ركن الشكل في القرار الإداري كما تم ذكره سابقاً، فعيب الشكل هو عدم الالتزام والقيام بالشكليات والإجراءات المطلوب القيام بها عند إصدار قرار إداري، والتوقيع عليه، أو إهمال شكلية الكتابة¹.

فبالنسبة لركن الشكل لا توجد للإدارة في مجاله سلطة تقديرية إذ أنها تتقيد بأحكام الأشكال ولإجراءات الجوهرية التي يحددها القانون، والتي تحمي مصالح الأفراد وحقوقهم، حتى لا يلحق البطلان بقراراتها نتيجة لعيب الشكل، بينما تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية وحيدة فيما يتعلق بالأشكال غير الجوهرية التي يتوجب القانون مراعاتها ولم يرتب البطلان على مخالفتها إذ يكون في مقدورها اتخاذ الشكل الذي تراه مناسباً للإصدار قرارها فيه².

الفرع الثالث: ركن السبب.

هو الباعث الذي يدفع الإدارة للتعبير عن إرادتها وإصدار القرار الإداري، أو هو تلك الحالة القانونية أو الواقعية المستقلة عن ركن الإدارة التي تسبق العمل والتي تشكل مقدمة ضرورية لكل قرار تتخذه الإدارة، فمثلاً سبب القرار بتوقيع عقوبة تأديبية على الموظف هو إخلاله بواجباته المهنية أو المساس بالانضباط وكل

¹ - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 193

² - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأ المعارف الإسكندرية مصر، ص 338

خطأ أو مخالفة أثناء ممارسة مهامه خطأ مهنيا¹، وهذا ما نصت عليه المادة 160 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. ويمكن ذكر أمثلة الحالة الواقعية والتي تتمثل في اضطرابات²، 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 و 93 من دستور الجزائر³.

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 واطار قرار اداري بقبولها وفي هذه الحالة تصرفت الادارة بناء على رغبة وارادة الموظف ولو لا رغبة صاحب الشأن لما تدخلت الادارة وفصلت في طلب الاستقالة بما يقره تشريع الوظيفة. ويجب التفرقة بين سبب القرار وبين تسببيه، فتسبب القرار الإداري هو اجراء شكلي يتمثل في ذكر الأسباب التي يبني عليها القرار والأصل أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا تدخل المشرع وألزمها بذكر السبب الذي من أجله أصدرت قرارها، أما سبب القرار الإداري يتمثل في لزوم قيام هذا الأخير على أسباب حقيقية، كما أنه من أسباب إلغاء القرار ما يسمى بعيب السبب والذين نقصد به انعدام الواقعة المادية أو القانونية التي استندت عليها السلطة الإدارية المختصة في إصدار قرار إداري

¹ - محمد علي خلايلة، القانون الإداري، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 219.

² - المادة 160 من قانون الوظيفة العمومية، جريدة رسمية للسنة 30 ، العدد 30 المؤرخة في 02 جمادي الثانية 1302 الموافق ل 16 يوليو 2006

³ - المادة 91 من دستور 96 المؤرخ 28 نوفمبر 1996 يقرر رئيس الجمهورية اذا دعت الضرورة الملحة ، حالة الطوارئ او الحصار " و 93 " يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية اذا كانت مهددة بخطر داهم يوشك ان يصيب مؤسستها الدستورية او استقلالها او سلامة ترابها.

نهائي معين¹ ويشترط لصحة و سلامة سبب القرار الإداري شرطان أساسيان هما وجوب أن يكون السبب قائماً موجوداً، و أن يكون السبب الذي استندت إليه الإدارة في إصدار قرارها مشروعاً،² فإذا حدد المشرع أسباباً معينة لإصدار القرار فإن الإدارة تكون مقيدة بضرورة مراعاة هذه الأسباب في اتخاذ قرارها، أما إذا لم يحدد القانون السبب التي بناء عليها يصدر القرار، أو أن يحدد هذه الأسباب دون تعيين نوعية القرار الذي يصدر استناداً إليها، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في هذه الحالة، كما هو الشأن فيما يتعلق بواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند حدوث اختلال به، و عند استعمال الإدارة لسلطتها في التقدير، فإنه لا يكفي أن يكون السبب الذي استندت إليه لإصدار قرارها موجوداً، بل أن يكون صحيحاً من الناحية القانونية و مبرراً لاتخاذ القرار الإداري³.

الفرع الرابع: ركن المحل.

يقصد بمحل القرار الإداري الأثر القانوني الحال والمباشر الذي يحدثه القرار مباشرة سواء بإنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إنهائه⁴، ويشترط في محل القرار على غرار سببه أن يكون ممكناً ومشروعاً، فإذا كان القرار معيباً في فحواه أو مضمونه بأن كان الأثر القانوني المترتب على القرار مخالف للقانون أياً كان مصدره دستورياً أو تشريعياً، ففي هذه الحالات يكون غير مشروع ومعيباً بمخالفته للقانون⁵.

¹ - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الأردن، 2003، ص 121.

² - نواف كنعان، القانون الإداري، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009، ص 281

³ - سامي جال الدين، أصول القانون الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية مصر، 2004، 598.

⁴ - محمد الصغير بعلی، القرارات الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 80

⁵ - علاء الدين عشي، مرجع سابق، ص276.

فمثلا القرار بتعيين 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 و من هنا فإن القرار بحرمان الموظف من اجازته السنوية على سبيل المثال هو قرار معيب في محله، و نقصد بعيب المحل هو خروج القرار الإداري عن احكام ومبادئ قواعد القانون و مضمونه وموضوعه أو محله، إذ أن عيب مخالفة القانون هو مخالفة آثار القرار الإداري الصادر لأحكام ومبادئ و قواعد القانون، و قد 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 إليها المشرع و بالتالي تكون سلطتها مقيد¹.

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، و إذا ما خرجت عن ذلك كان قرارها معيب بعيب الانحراف باستعمال السلطة أو اساءة استعمالها²، و من هنا فالغاية ليست النتيجة المباشرة للقرار أو الأثر القانوني المترتب عليه، و إنما المقصود هو الغرض أو الهدف الذي أراد مصدر القرار تحقيقه بإصداره³ ، فليست الغاية من قرار تعيين موظف هي

¹ - منصور ابراهيم العتوم، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط1 ، دار وائل للنشر، عمان، 2013، ص 38 .

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

³ - <http://forum.univbiskra.net.index.php?Topic=320710> Date 20.03.2021. Heur 21: 15.

وضعه في مركز قانوني خاص بهذه الوظيفة، و إنما القصد من وراء ذلك ضمان حسن سير المرفق العام¹ .

وإذا كانت المصلحة العامة هي غاية 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 القرارات² .

و نقصد بعبء الانحراف في استعمال السلطة إذا كانت السلطة الإدارية مصدرها القرار الإداري تستهدف غرضا غير الغرض الذي من أجله منحت سلطة إصدار هذا القرار، حيث أن لهذا العيب حالات متمثلة في حالة عامة و هي أن تستهدف السلطة الإدارية المختصة في استعمال سلطة اتخاذ قرار إداري تحقيق أغراض مختلفة تماما عن غرض المصلحة العامة في مفهوم القانون الإداري، أما الحالة الثانية هي أن تستهدف السلطة الإدارية مصدرها القرار تحقيق هدف من أهداف المصلحة العامة و لكنه ليس هو الهدف الذي من أجله منحت سلطة اتخاذ القرارات الإدارية، أو ليس هو الهدف المحدد لها³ .

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

¹ - عمار بوضياف، القرار الإداري، ط1 ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ، ص 165.

² - حمدي القبيلات، مرجع سابق، ص 65-66

³ - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 197

أيضا بالصالح العام¹ ومثال 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 تجلّي الوقائع والتصرفات المنسوبة للموظف المسؤول تأديبيا، أما محل القرار انهاء العلاقة الوظيفية.

إلا أنه كان من الضروري الإشارة إلى هذه حدود السلطة التقديرية بالنسبة

للمشرع الفرنسي والذي كان 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 manoeuvre 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 légalité. Elle reste donc libre d'apprécier en opportunité, en fonction des circonstances la solution qui lui paraît la mieux adaptée à la situation, le droit en vigueur lui laissant une marge d'autonomie à cet égard L'administration est une revanche en situation de compétence liée, lorsqu' elle doit adopter une décision ou un comportement qui est le seul possible en vertu de la légalité . »²

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.

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة التقديرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 113/112

² - 1 Martine lombard. Droit Administratif, 3 édition. Editions DALLOZ 1999. paris. p 64.

المقارنة بين السلطة التقديرية والمقيدة.

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

1- السلطة التقديرية للإدارة تكون عندما يترك لها المشرع قدرا من حرية الاختيار، بين أن تتخذ الإجراء أو 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 القرار¹.

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 اختصاصاتها بصورة يكون معها من الأفضل لممارستها على نحو تتحقق معه الغاية منها، أن تتمتع الإدارة بقدر من حرية التقدير 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 وحمائتهم،² فهنا يكفي أن يثبت الفرد الشروط المادية التي يتطلبها القانون حتى تلتزم الإدارة بإجابة طلباته، فإذا هي انحرفت على هذا السبيل أمكن أن يردها

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية مصر، 2009، ص 77.

² - محمد أنس قاسم جعفر، الوسيط في القانون العام القضاء الإداري، ط 2، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 1990، ص 101.

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 المنح، ومثال آخر يتمثل في حالة الترقية وتوقيع العقوبات التأديبية على الموظفين، ومن أمثلة السلطة المقيدة حالة تحديد شروط معينة بواسطة المشرع لمنح رخصة معينة كرخصة البناء مثلا ويجب على الإدارة منح 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 الصيد¹، 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 بحث ملاءمة الترخيص ، ودون أن يكون لها الحق اشتراط اجراء معاينة للتأكد ما إذا كان الشخص طالب الترخيص يحسن أو لا يحسن استعمال السلاح.

يجوز للإدارة سحب القرارات متي كانت معيبة غير مشروعة سواء تنظيمية، فردية على اساس بطلان هذه القرارات و عدم جواز الاحتجاج بتوليد الحقوق المكتسبة،² و يشترط في حالة السلطة التقديرية أن يتم السحب في أي وقت دون التقيد بشروط المدة على خلاف القرارات المعيبة الصادرة عن السلطة المقيدة فيتم السحب فيها خلال المدة المحددة للطعن بالإلغاء في القرار الإداري المعيب أمام

¹ - إبراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق، ص 126

² - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 143.

القضاء و المحدد بأربعة أشهر و هذا ما نصت عليه المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹ أو أثناء النظر في الدعوي الخاصة بالإلغاء على أن يكون السحب مبنيا على ذات الأسباب.

تعتبر السلطة التقديرية هي الأصل في مزاولة الإدارة لنشاطها، أما السلطة المقيدة فهي الاستثناء² ، بمعنى أنه لا يمكن تقييد

سلطة الإدارة بناء 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 يبدو 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 بسياسته التشريعية، وبذلك يكون قد أحل الإدارة محله في تقدير الوقائع والحالات المبررة لإصدار القرار،³ وخول لها السلطة في هذا التقدير أما السلطة المقيدة فالمشرع استطاع تحديد الوقائع والحالات التي تتحقق فيها للقرار الإداري غرضه الموضوعي وبذلك قيد الإدارة بمراعاة هذه الوقائع والحالات ، وألزامها باتخاذ القرار عند توافرها.

ترتبط السلطة التقديرية بفكرة الملاءمة، إذ أن القانون عندما يمنح للإدارة سلطة تقديرية فإنه بذلك يترك لها حرية تقدير ملاءمة أعمالها، أما السلطة المقيدة

¹ المادة 380 من قانون 09/08 المؤرخ 25 فيفري 2008 " المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية " يجوز للشخص

المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم الى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص فيه المادة 829.

² - فوزي حبيش، مرجع سابق، 354.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 110.

للإدارة فهي ترتبط بفكرة المشروعية ارتباطاً وثيقاً، 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 القانون¹.

القرار الإداري لا يعتبر مصدراً للحق إلا إذا كان صادراً عن السلطة التقديرية للجهة التي أصدرته ، و على العكس من ذلك نجد أنه و في حالة السلطة المقيدة فإن القرار الإداري لا يعتبر مصدراً للحق، والسلطة التقديرية هي التي تجعل القرار كافياً و لازماً لإنشاء الحق، و هي تعني أن رجل الإدارة قام بعمل إداري خلاف ما يستحق معه أن ينسب إليه الأثر الذي ترتب على قراره، أما إذا لم يباشر رجل الإدارة أية سلطة تقديرية في إصدار القرار، بل قام بتطبيق القانون آلياً في حدود اختصاصه المقيد فإن الأثر الذي يترتب على قراره في هذه الحالة لا يعد ناشئاً عن القرار ذاته، و إنما يعد ناشئاً عن القانون مباشرة إذا لم تفصل بين القانون و الأثر أية قوة خلافه يمكن أن ينسب إليها هذا الأثر بصفة مباشرة.

ان اختصاص الإدارة يكون تقديرياً إذا لم ينص القانون عن الأسباب التي تمارس على أساسها اختصاصاً بشأن قرار معين وعلى العكس من ذلك تكون سلطتها مقيدة إذا نص القانون 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 القانون على نحو يوسع من مدي رقابته على القرار، أي أنه يقيد اختصاص الإدارة حيث يفترض أن القانون منحها سلطة تقديرية².

¹ - سامي جال الدين، أصول القانون الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية مصر، 2004 ، ص 148.

² - عبد الغني بسيوني عبد الله، نفس المرجع، ص 144

إن أعمال 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 و في تقدير أهمية بعض الوقائع و ما يناسبها من بين الوسائل المشروعة، و مع أن للإدارة حرية في تقدير ملاءمة أعمالها بمقتضى ما لها من سلطة تقديرية إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بضرورة استهداف الصالح العام أو الغرض الذي حدده القانون، فإذا انحرفت الإدارة عن هذه الأهداف كان قرارها مشوب بعيب الانحراف بالسلطة مما يتعين إلغاءه¹ ، أما إذا كان اختصاص الإدارة في أمر من الأمور مقيدا فلا محل لعيب الانحراف و ذلك لأن القانون هو الذي يحدد في هذه الحالة شروطا معينة و يلزم الإدارة بالتصرف على نحو معين عند توافرها.

من خلال ما تم ذكره نلاحظ أن القرارات الإدارية لا تخلو في إصدارها من عنصري التقدير والتقييد ، إذ لا يوجد قرار إداري يستند كله على سلطة تقديرية بحيث تستقل الإدارة بتقدير جميع عناصره كما لا يوجد قرار يستند على سلطة مقيدة بشكل مطلق في 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 ضمانا لحقوق الأفراد وحررياتهم ضد تعسف الإدارة إذ أن الإدارة حين 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.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 21

المبحث الثاني : الاعتراف ف 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 و أحداث مستقبلا، و لا يستطيع أن يحل مقدما كل المشكلات التي سوف تشور عند

تطبيق القانون، و لذلك كان لابد من إعطاء الإدارة سلطة تقديرية تستطيع أن تواجه بها الحالات التي تنشأ و التي لا يكون المشرع قد تنبأ بها¹ ، و أن تضع الحلول المناسبة لها، كما أن القاضي الإداري لا يستطيع عملياً أن يراقب استخدام الإدارة لسلطتها التقديرية بطريقة كاملة لأنه مهما وضع أمامه من معلومات و مهما أجري من أبحاث و تحريات حول موضوع النزاع² فإنه يكون بعيداً عن المكان الذي تتم فيه الوقائع التي تستلزم تدخل الإدارة و تنقصه الخبرة الكافية لمواجهة الحالات التي تعرض على الإدارة، كما أنه لا يكون ملماً بالوسائل التي تتخذها الإدارة لا يستطيع و هو يصدر 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 و وزن الملبسات في العمل الإداري، و يساعد على غرس روح الابتكار، ولهذا كان من واجب المشرع أن يفسح المجال للإدارة في بعض الحالات لاستخدام سلطتها التقديرية، و كان من واجب القاضي أيضاً ألا يضيق عليها الخناق داخل هذا الإطار التقديري ، و لهذا قد حرص المشرع و القضاء على عدم الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة، إلا بالقدر اللازم و الضروري لتحقيق أهدافها و دون أية تضحية بحقوق الأفراد و حرياتهم .

3

الفرع الثالث : المبررات القانونية.

¹ - على عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009 ، ص 98.

² - علي عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق، 98.

³ - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 445.

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 العام¹.

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 ملائمة الإدارة فإنه يرجع إلى مبدأ الفصل بين السلطات، فلو ان القاضي أعطي لنفسه سلطة التعقيب على ملاءمة الإدارية لنصب من نفسه رئيساً إدارياً أعلى وهذا غير جائز²

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

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

إن الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية يترتب عليه العديد من النتائج 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 بقدر من الحرية في التصرف في أعمالها.

¹ - عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 71.

² - سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 60.

إن الإدارة ليست بألة صماء، بل هي عبارة عن أفراد مبصرين يمارسون عملاً معيناً مواجهين في ذلك ظروفًا متغيرة تقتضي في كثير من الحالات تنويعاً في المعاملة، وللجماعة مصلحة في أن تمكن الإدارة من مواجهة كل حالة وفقاً لظروفها الخاصة، حتى يمكن 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 إنه يفرض عليها بطريقة أمرة الذي يجب عليها مراعاته¹.

فالسطة التقديرية هي التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصلح تركه، ذلك إن الإدارة بعد أن تتحقق من قيام الحالة الواقعية التي تبرر تدخلها، وبعد أن تقوم بتكييفها التكيف القانوني الصحيح وتقدر الأخطاء التي قد تنجم 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 الحاجة².

2- تتمتع بقسط من الحرية لتحديد اختيار وقل التدخل:

يعتبر هذا العنصر من أبرز عناصر السلطة التقديرية إذ أن الإدارة بما لها من سلطة تقدير اختيار القرار الإداري المناسب منح لها القانون حرية تعيين الوقت

¹ - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 145.

² - علي عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 170.

الملائم لإصداره بلا معقب عليها¹ ، بشرط ألا يكون القانون حدد لها ميعادا تصدر فيه ذلك القرار، وإلا كان إصداره بعد الميعاد المحدد مخالفا للقانون.

غير ان 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 تتمتع بها الإدارة.

3- ارية 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 يكتفي برسم الخطوط العامة ويترك للإدارة حرية التصرف وفقا لكل حالة على حده باختيار التنظيم الذي ترغبه أو الوسيلة التي تواجهه بها الموقف دون معقب من القضاء .ويمكن الإشارة أنه ليست الإدارة فقط التي تتمتع بقسط من الحرية في تصرفاتها بل أن جميع السلطات العامة للدولة (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 :

أ- 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 :

¹ - علي عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 171.

السلطة التشريعية، وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات تختص بالتشريع أصلا، ومهمتها في هذا الصدد حرة، والقيود 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، فالقيود 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- 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 مثلا¹ وكذلك فإن الجهة المختصة بالنقض لا تستطيع أن تراقب تفاهة أو قسوة 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 تفسيراً لنص غامضاً، فإن معنى ذلك أن هذا التفسير هو التفسير الوحيد المشروع، وعلى العكس من ذلك فإن رجل الإدارة إذا يعبر عن إرادته الخاصة، وإذا اختار وسيلة معينة أو حلاً معيناً، فإن ذلك لا يعني أن باقي الوسائل والحلول غير مشروعة.

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

إن الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية في أعمالها يؤكد أن الدولة التي اعترفت بها هي دولة قانونية و يثبت اعتناقها بمبدأ المشروعية و سيادة القانون، و من المعلوم أن في الدولة غير القانونية يكون للإدارة سلطة واسعة غير مقيدة، و بهذا لا تكون سلطة تقديرية و إنما هي سلطة تعسفية (تحكيمية)، و مبدأ المشروعية

¹ - مخاشف مصطفى، مرجع سابق، ص 17-18.

بمعناه العام لا يعني أكثر من سيادة حكم القانون، أي أنه يقتضى التزام الإدارة باحترام 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 حريات الأفراد¹، 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 و شل و جمود 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، ولكي تكون الدولة قانونية وحتى يسود مبدأ المشروعية، ويحقق جميع نتائجه يجب أن تقوم الدولة على الأسس التالية:

-مبدأ الفصل بين السلطات :

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 الأخرتين عند حدهما إذا تجاوزا حدود اختصاصهما.

-خضوع الإدارة للقانون :

إن السلطة التنفيذية وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات تقتصر على تنفيذ القانون فيجب على السلطة التنفيذية في أدائها لوظيفتها الإدارية أن تحترم إرادة

¹ - محمد تقي، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرفة الإدارية، منشور، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 139-140.

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

المشروع ، فلا تخرج على نصوص القانون، ولا تعمل على إهمالها بعدم تطبيقها من جانبها¹ .

-تحديد الاختصاصات الإدارية بصورة واضحة:

إن هذا التحديد يعين الأفراد و القضاء على رقابة الإدارة في أداء وظيفتها الإدارية، و قد ترتب على هذا المبدأ نتيجة أساسية و هي بطلان التفويض المطلق و الصادر من المشرع لمصلحة الإدارة وبهذا فالقضاء يعمل على الحكم ببطلان مثل هذا التفويض الذي لا يضع حدودا واضحة على نشاط الإدارة لتحديد مدته ا ولغرض 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، إذ السلطة التقديرية للإدارة يجب أن تحصر في حدود ضيقة، و تقتصر على القدر اللازم للإدارة لمواجهة الظروف المتغيرة، و من ثم فقد وضع القضاء على ممارسة تلك السلطة قيودا عاما يلزم السلطة التقديرية في جميع الظروف و هو المصلحة العامة.

-اخضاع الإدارة لرقابة القضاء :

إن مبدأ المشروعية والأسس العامة المتعلقة به تكون لا قيمة لها إلا إذا ألزمت بها الإدارة باحترامها، 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 مدي رقابة القضاء على تصرفات الإدارة، وبعبارة أخرى مدي خضوع السلطة التقديرية والسلطة المقيدة لرقابة القضاء .لا خلاف في أن الإدارة عند ممارستها لاختصاصاتها المقيدة تخضع لرقابة القضاء، وهذا ما هو متفق عليه أيضا حين ممارستها لاختصاصها التقديري، مع العلم أن من المتعارف عليه أنه

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

ليس للقضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة مادام خال من إساءة استعمال السلطة، وكان هدفه تحقيق المصلحة العامة، لكن في الحقيقة إن الإدارة لا تفلت في ممارستها لاختصاصها التقديري كلية من رقابة 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 بسلطاتها التقديرية، التحلي بروح الموضوعية، والتخلي عن الذاتية (البواعث الشخصية)، بالإضافة إلى توفر العناصر اللازمة، وبهذا لا يمكن للقضاء أن يتعرض للتقدير في ذاته ولكن لكيفية ممارسته والظروف المحيطة به¹.

3- يجب أن تلتزم الإدارة عند ممارستها للاختصاص التقديري الحدود التي وضعها ورسمها القانون فإذا أعطيت الإدارة السلطة التقديرية لترقية الموظفين من الدرجة العاملين بها إلى الدرجة الأعلى منها مباشرة، أي أن تلتزم الإدارة بأن يكون الانتقال من الفئة المحددة قانوناً² .

4- يجب أن يتناسب القرار المتخذ من قبل الإدارة استناداً على سلطاتها التقديرية مع أهمية الوقائع التي بني عليها الإجراء. إذا هذه هي القيود الأربع التي تجعل من سلطة الإدارة التقديرية مجالاً لرقابة القضاء، بمعنى أن رقابة القضاء تكمن عندما

¹ - إبراهيم عبد العزيز شبحا، مرجع سابق ، ص 138-139.

² - حمد عمر ، المرجع السابق، ص 155.

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في اتخاذ القرار، وكذلك عندما تمارس اختصاصها المقيد، لكن هذا لا يكون إلا بتوفر القيود سابقة الذكر.

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، وهذا ما لا يحدث إلا

نادرا في ال واقع العملي، إذ أن الغالب من الأمر أن الإدارة تملك حرية التصرف في معظم جوانب 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 شروط أو ظروف معينة لكي تمارس نشاطها، أو يلزمها بمباشرة عمل معين عند توافر أوضاع بعينها، أو يحدد لها الوقت المناسب الذي تمارس فيه عملها، و قد تتقيد الإدارة بأكثر من قيد من هذه القيود.

فالتمييز بين السلطة التقديرية و المقيدة يرتكز أساسا على التمييز بين ما هو ملزم و ما هو غير ملزم من قواعد القانون ولذلك فإن التصرف القانوني يكون خاليا من كل عناصر التقدير متي كان قد تحدد و بطريقة آمرة و ملزمة في قواعد القانون من حيث موضوعه و غايته و سببه و شكله، أما حين يتخلف هذا التحديد الأمر الملزم لركن من أركان التصرف القانوني فإننا في هذه الحالة نكون أمام سلطة تقديرية تتسع و تضيق بالقدر الذي يكون فيه التحديد الملزم قد تخلف دون أن يتعداه، وفي كثير من الأحيان نجد أن القوانين التي تنظم المسائل الإدارية يعترتها الغموض و الإبهام، كما أنها كثيرا ما تسكت عن المعالجة المطلوبة و لا يكون نص صريح يعالج المسألة الإدارية المطروحة، و من هنا تظهر أهمية السلطة التقديرية في سد الثغرات و معالجة المسائل لما تتبع به الإدارة في ظل هذه السلطة من مرونة و حرية تقدير يجعلانها أقدر من الإدارة التي تمارس سلطة مقيدة في حسم هذه المسائل و للسلطة التقديرية حدود تظهر أساسا 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، وما 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.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

ان احترام مبدأ المشروعية يقتضي أن تخضع جميع تصرفات الإدارة للرقابة القضائية، لأن وجود التشريعات لا معنى له إذا ترك أمر تطبيقها لمحض ارادة الإدارة لذلك فإن القضاء يبسط رقابته من حيث المبدأ على القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة تطبيقاً للتشريعات الإدارية

و نتطرق في هذا الفصل إلى تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة و هذا في المبحث الأول منه و الذي تناولنا فيه ثلاث مطالب، الأول تحت عنوان نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، و الثاني بعنوان مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار، 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 و قضاء الإلغاء ، والثاني بعنوان السلطة التقديرية و قضاء 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 الحقوق والحريات العامة للأفراد ضد أي تعسف، بادر إلى مراقبة تقدير قرار الإدارة، ومدى التناسب بينها وبين الاجراء المتخذ، إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلا مما يعني أن السلطة التقديرية لا زالت تفلت 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 ملاءمتها، والتي تتمثل في نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، ونظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، ونظرية التناسب¹.

المطلب الأول : نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

إن نظرية الخطأ الظاهر في التقدير، رقابة حديثة نسبياً في منازعات 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 حقيقية في مجال رقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة واقتحامه لها. ولكن ليس بمعنى ثورة للقضاء على السلطة أو تجريد الإدارة من اختصاصاتها ولتقييد مجالات نشاطها وإنما ثورة لضبط وإقرار التوازن بين الفاعلية والضمان، وبمعنى آخر التوازن بين تمكين الإدارة من مباشرة مرافقها والمحافظة على النظام العام²، 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.

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، مجلد 52، العدد 1، 2009، ص 176.

² - مخاشف مصطفى، مرجع سابق، ص 114.

الفرع الأول : مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.

يمكن اعتبار الخطأ في التقدير وجها جديدا لقبول الطعن من أجل تجاوز السلطة، إذ انه 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 التي تبرر القرار الصادر¹. و قد حاول جانب من الفقه تعريفه حيث عرفه الفقيه " VEDEL " الخطأ الظاهر في التقدير بأنه الخطأ الظاهر للعيان دون الحاجة للتدخل من أي متخصص لتأكيدده، و عرفه الفقيه " BRABANT بأنه الخطأ الحقيقي، الذي يثار بواسطة الخصم و معروف بواسطة القاضي، و الذي لا يثير أي شك من قبل أي ذي عقل نير، أما الفقيه " DEBAUCH فإنه يرى أن الخطأ الظاهر في التقدير هو الخطأ الذي يكون ظاهرا عندما يكون المقصود منه تجاهلا أو انكار خطير للمنطق و للعقل السليم، إلا أن الفقيه " DRAGO AUBY " يرى أن الخطأ الظاهر اجراء يهدف إلى توسيع مجال رقابة الحد الأدنى الذي يعد الإطار الذي ينحصر في رقابة القاضي، و يقع الخطأ الظاهر ضمن مجال متطور في الرقابة يهدف إلى الحد من السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة، و للخطأ الظاهر شرطين :

أن يكون جسيما و فاحشا² ، و أن يكون بينا في التقدير يسمح للقاضي بالرقابة على التكيف القانوني للوقائع، كما يعد معيارا قانونيا يتضمن تغييرا في

¹ - فوزي حبيش، مرجع سابق، ص 366 .

² - مصلح صرايرة، مرجع سابق، 178 .

السياسة القضائية ويجب أن يستخدم بحذر لأن القاضي الإداري مطالب برقابة الحد الأدنى، و إلا سوف يقع في التناقض كما يري الفقيه". ODEnt " ومما لا شك فيه أن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير، تعد وسيلة قضائية تستهدف وسيع رقابة الحد الأدنى ونطاقها فهي الإطار العام الذي يتحرك القضاء ضمنه لتضييق مدى السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، وبمعني آخر فإن الأخذ بنظرية الخطأ الظاهر 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 فيم إذا كان التكييف القانوني للوقائع المشوب في الخطأ الظاهر في التقدير أم لا.

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

1- النوع الأول : المسائل الفنية المتخصصة حيث يتعلق الأمر بتقديرات تقنية صرفه 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 والجامعات¹. و لقد 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 و اختيار الدواء الواجب ادراجه في قائمة الأدوية القابلة للتعويض هو رأي لا يجوز للقاضي الإداري مناقشته، عندما لا يأتي

¹ - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 171 .

مشوباً بخطأ قانوني و لا يتجاوز السلطة، و أن هذا الرأي يخضع لمصلحة تقنية لا يجوز للقاضي مراقبتها.¹

2- النوع الثاني : المسائل التي تستقل بها الإدارة بتقدير خطورة الوقائع المادية التي تسوغ القرار، و من هذه المسائل تقدير خطورة الأفعال التي تسوغ ابعاد الأجنب.²

الفرع الثاني : أهمية ومجالات الخطأ الظاهر في التقدير.

أولاً : أهمية نظرية الخطأ الظاهر في التقدير .

إن الأخذ بهذه النظرية أمر في غاية الأهمية، إذ أنه يفرض على رجل الإدارة التزاماً بأن يكون حذراً عند ممارسته سلطة التقدير الإداري، وذلك بأن لا يرتكب خطأ جسيماً، أو خطأ بديهي، أو خطأ فادحاً³ ، كما أن الأخذ بهذه النظرية من شأنه أن يستعمل في الكثير من المجالات الجد حساسة، وهذا بالنظر لمدي أهميتها بالإضافة إلى ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية واسعة في القرارات المتعلقة بالأجنب، واعطاء الرخص، وقرارات الطرد وكل أنواع القرارات التي تحتكر الإدارة سلطة تقدير ملائمتها⁴.

ثانياً : مجالات الخطأ الظاهر في التقدير .

¹ - مجلة مجلس الدولة عدد7 ، 15 فبراير 2005 ، ص 120 ، مأخوذة من عبد القادر عدو، نفس المرجع، ص 177

² - نفس المرجع، ص 178 .

³ - J khan ; le pouvoir discrétionnaire de l' administration et le juge administratif ; colloque du 5 mars 1977; édition Cujas paris ; p 15.

⁴ - مخاشف مصطفى، مرجع سابق، ص 113.

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 مجال التأديب¹، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في قرار مجلس الدولة بتاريخ 27/07/1998، الذي ألغى القرار التأديبي الصادر عن مجلس الأعلى للقضاء، إذ 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 العمل²

ب المجالات الاقتصادية:

تعتبر رقابة الخطأ الظاهر في تقدير المجالات الاقتصادية، الأداة المناسبة لتقدير مشروعية أعمال الإدارة المتداخلة في الحياة الاقتصادية ويتحقق القضاء الإداري في بعض الأحيان فيما إذا كانت القرارات الصادرة في هذا المجال غير مشوبة بعيب الخطأ البين في التقدير أم لا³.

الفرع الثالث : تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في القانون المقارن.

¹ - ابراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق، ص 156

² - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 178

³ - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 171

إن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير سادت في العديد من الدول ، وسوف نحاول في هذا الفرع ادراج 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 قضية " GESBERT " بعدم وجود خطأ ظاهر في التقدير من قبل الإدارة، و قد أكد ذلك في حكمه في قضية " 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 و الأعمال المهنية، و قد طبقت نظرية الخطأ الظاهر في التقدير في العديد من المجالات الاقتصادية، الطبي، التأديبي، و نتيجة لهذا التطور أصبح الخطأ الظاهر في التقدير يستخدم في القضاء الإداري إلى جانب الخطأ في الوقائع و الخطأ في القانون و تجاوز السلطة حيث يستخدم مجلس الدولة الفرنسي في الغالب التعبير الآتي "إذا مارست السلطة الإدارية المختصة حرية تقدير في أعمالها في حالة تمتعها بالسلطة التقديرية، فإن القرارات التي تتخذها يجب ألا يشوبها انعدام للوجود المادي للوقائع، أو خطأ في القانون، أو خطأ ظاهر في التقدير، أو انحراف في السلطة¹ .

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

لقد طبق مجلس الدولة الجزائري نظرية الخطأ الظاهر في التقدير خصوصا في مجال التأديب ، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في قرار مجلس الدولة بتاريخ

¹ - مصلح الصرايرة، مرجع سابق، ص178.

1998¹/07/27 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 الغاء القرار التأديبي الصادر عنه على ثلاث مواقف أساسية :

1- اعتبار القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، 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 و ذلك للدلالة على عدم مشروعية القرارات الإدارية المتعلقة بتأديب الموظفين، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها 1953/01/1 بأنه و قد بان من ظروف إتهام المدعي في القضيتين المنسوبتين إليه أن هذا الاتهام لم يكن يبرر فصله من وظيفته و متي كان القرار

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

المطعون فيه قد استند فيم استند اليه من أسباب الفصل إلى ما اتهم به في هاتين القضيتين كان في ذلك عدم ملائمة ظاهرة في القرار مما يجعله مشوب بعيب انحراف في السلطة¹.

وقضت كذلك بأنه "... :ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى الى عقوبة الفصل وهي أشد الجزاءات إلا من أجل تهم جسيمة 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 الغائه"²

رابعا : تطبيقات نظرية الخطأ الظاهر 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" مقتدياً بذلك بالقضاء الإداري المصري، وذلك للدلالة على عدم ملائمة الإجراء المتخذ من قبل الإدارة، ويظهر ذلك في أحكامها المتعلقة بتأديب الموظفين، و من أحكامها من ذلك ما قضت به " للسلطة التأديبية صلاحية تقدير خطورة الذنب الإداري و ما يناسبه من جزاء بغير معقب عليها في ذلك، إلا أن مشروعية هذه السلطة التقديرية رهن بأن لا يشوب استعمالها غلو، و من صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الخطأ الإداري و بين نوع الجزاء و مقداره"³.

1 - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص216.

2 - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص217.

3 - نواف كنعان، مرجع سابق، 171

ففي هذه الصورة تتعارض عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي توخاه، كما أن الهدف من التأديب هو تأمين انتظام سير المرافق العامة لا يأتي إلا إذا انطوي الجزاء على القسوة الشديدة أو الإفراط المسرف في الشفقة، فكل من طرفي النقيض لا يؤمن بانتظام سير المرافق العامة، ويتعارض مع الهدف الذي توخاه المشرع من التأديب، وعليه فإذا كان الجزاء مشوب بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية، ومن ثم يخضع لرقابة محكمة العدل العليا¹.

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 آخر لا يقل عنه أهمية في مراقبة ملائمة القرارات الإدارية، وهذا الاتجاه يتمثل في رقابة الموازنة بين المنافع والأضرار (الموازنة بين التكاليف والمزايا)، فالقاضي هنا يعمل على الحد من احتمالات تعسف و تسلط الإدارة عند ممارسة سلطاتها التقديرية، خاصة عندما يتصل الأمر بالأموال والعقارات و لدراسات هذه النظرية يجب التطرق أولاً إلى مضمون هذه النظرية في الفرع الأول ثم التطرق بعد ذلك إلى مجال تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار وأهم معاييرها في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث فتطرقنا فيه إلى تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع و الأضرار.

الفرع الأول : مضمون مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار.

ان هذا النوع من الرقابة يتعلق بنتائج القرار وليس بأسبابه، وأساسه هو أن القرار الإداري لا يكون مشروعاً إلا إذا كانت إيجابياته تفوق سلبياته فالقاضي في

¹ - نواف كنعان، مرجع سابق، 177

هذه الفرضيات يجري موازنة بين ايجابيات القرار وسلبياته، فإذا كانت النتيجة ايجابية يكون القرار مشروعاً¹.

الفرع الثاني : مجال تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ومعاييرها.

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

أولاً : مجال تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

ينصب تطبيق هذه النظرية أساساً 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 Est. التي تتلخص وقائعها في أن مشروعاً عاماً يستهدف إعداد منطقة جامعية ومدينة جديدة تطلب نزع ملكية عدد كبير من المنازل، وكان الكثير منها قيد شيد حديثاً².

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 "أنه لا يمكن اعتبار عملية محققة للنفع العام، المبرر لنزع الملكية إلا إذا كانت الأضرار التي تلحق بالأمالك الخاصة من جرائها وتكلفتها ومضارها الاجتماعية المحتملة، لا تفوق بشكل كبير المزايا التي يمكن أن تنجم عنها"³.

¹ - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص172

² -D LABETOUL ; le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique 1977،

³ - محمد بكر حسن، الوسيط في القانون الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 453

من خلال هذا الاستنتاج القضائي يتضح أنه يعبر في الواقع 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 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 تحقيقه 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 في الحساب عند تقييم العملية، التكاليف التي ستتحملها الجهة المنفذة للمشروع وما إذا كانت هذه الجهة قادرة فعلا على التنفيذ، فالقاضي الإداري لا يكتفي بتقدير هذه التكاليف وإنما يأخذ في الحساب المقدرة المالية 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 انجازه¹.

3- معيار التكاليف الاجتماعية للمشروع:

إن هذا المعيار لا يقل أهمية عن المعايير الأخرى، بحيث يتمثل في معرفة الآثار الاجتماعية التي قد يتسبب المشروع الحاقها سواء بالأفراد أو بالبيئة².

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 مناسباً، وملائماً 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 توازن جديد لهذه السلطة، ومن ثم الحد من اساءة استخدامها.

الفرع الثالث : تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.

إن مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار حظي هو الآخر بالعديد من التطبيقات وذلك في الدول التالية فرنسا، مصر، الأردن، الجزائر، والتي سنتطرق لها على التوالي:

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

طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار أول مرة بمناسبة رقابته على قرارات اعلان المنفعة العامة في نزع الملكية بعد أن كان يرفض

¹ - محمد بكر حسن، المرجع السابق ، ص 457

² -- محمد بكر حسن، المرجع السابق ، ص 457

الرقابة على ذلك، تاركا أمر تقدير المنفعة العامة للسلطة التقديرية التامة للإدارة، إذ كان دور القاضي يقتصر على التأكد من الأعمال المراد إنجازها تهدف إلى تحقيق منفعة عامة رافضا البحث في مضمون المشروع وخصوصا اختيار الأجزاء المملوكة من الأراضي، فمثلا بمناسبة نزع الملكية من أجل فتح طريق خارجي، فإن دور القاضي يتمثل في التحقق من انشاء 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 عامة¹، مثل انشاء طرق عامة، مستشفيات، مدارس،... إلخ وقد استوحي مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار 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 تتولي 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.

¹ - مصلح الصرايرة، مرجع سابق، ص 181.

لم يأخذ القضاء الإداري المصري بمبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي، حيث لم تمتد رقابته إلى موازنة بين قرارات إعلان المنفعة العامة بين المنافع التي تعود على الصالح العام والأضرار التي يمكن أن تنتج عن ذلك، كما لم تطل رقابته حرية الإدارة في اختيار العقارات اللازمة 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، و قد أطلق القانون مجال التقدير في هذا الشأن للسلطة التنفيذية طبقاً للمادة 12 منه أن تجدد العقارات اللازمة مباشرة للمشروع الأصلي الذي قررت له صفة المنفعة العامة و كذلك العقارات التي تري أنها مكتملة لأغراض المشروع"، و قضت كذلك بأنه " من المقرر قانوناً أن للجنة الإدارة سلطاتها في اختيار الموقع و تحديد العقارات التي يشملها التخصيص للنفع العام بما يراه محققاً للمصلحة العامة و بما يجتمع لها من مقومات الخبرة الإدارية، و الاختصاص الصحيح¹."

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

لم تأخذ محكمة العدل العليا الأردنية بمبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار الذي طبقه مجلس الدولة الفرنسي على قرارات إعلان المنفعة العامة في موضوع نزع الملكية ، فعلى الرغم من اختصاصاتها بالنظر في الطعون المتعلقة بقرارات نزع الملكية ، إلا أن قضاءها قد استند إلى أن الطعون المتعلقة بإعلان المنفعة العامة غير مقبولة على اعتبار أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية تقرير النفع العام

¹ - محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص 113.

للمشروع و لا معقب عليها في ذلك، و من أحكامها في ذلك قولها "إن النص على أن نشر قرار مجلس الوزراء يعد بينة قاطعة على أن المشروع للمنفعة العامة لا يجعل قرار مجلس الوزراء بنزع الملكية قرار غير خاضع للطعن و انما يجعل الطعن بكون 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 العامة¹.بالإضافة كذلك قررت في أحكامها بأنه "لا يسمع أي ادعاء بأن نزع الملكية لم يكن للمنفعة العامة بعد أن اقترن قرار نزع الملكية بموافقة جلاله الملك وأعلن في الجريدة الرسمية لأن ذلك بينة قاطعة على أن نزع الملكية كان للمنفعة العامة ولا تسمع أية بينة ضد هذه البينة القاطعة

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 الجزائي.

¹ - مصلح الصرايرة، مرجع سابق، ص 183.

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 وهي الأعمال المتعلقة بأدوات التعمير، والأعمال المتعلقة بالتهيئة العمرانية، أعمال ومشاريع مرتبطة بالتخطيط بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبري ذات منفعة عامة¹ 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 بها المؤسسات الاقتصادية تعتبر عمومية تجيز وتبرر نزع ملكية الأفراد لذلك فالمشرع الجزائري أشار للأعمال المعتمدة ذات منفعة عمومية بصفة عامة وشاملة، عكس ما قامت به التشريعات المقارنة حيث نصت عليها بنوع من التفصيل والتدقيق².

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.

الفرع 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

¹ - المادة 2 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 12 شوال الموافق لـ 27 افريل 1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، جريدة رسمية عدد 2 المؤرخة في 23 شوال 1411

² - ابراهيمي سهام، فكلو المنفعة العمومية في نزع الملكية، شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص ادارة ومالية عامة، الجزائر، اجيزت للنشر بتاريخ 2012/03/26

يمكن أن ينشأ من علاقة تطابق بين وسيلة وهدف في نص معين، والتناسب بهذا المفهوم يمكن أن يتغير تبعا للحالة الواقعية والمزايا المتوقعة والمضار المتحصلة¹.

إن هذه المفاهيم عن التناسب يجمعها فكرة لا يمكن ارجاعها 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 مناسباً وملائماً للاعتبارات المحيطة به من حيث الزمان والمكان والواقع².

والأصل أن تقف رقابة القضاء الإداري على قرارات السلطة الإدارية عند حد التحقق من الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها هذه السلطة أساساً لقرارها وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع وعدم مخالفة محل القرار للقواعد القانونية، دون أن يتعدى ذلك إلى البحث في أهمية وخطورة السبب وتقدير مدي التناسب بينه وبين الإجراء المتخذ على أساسه، أي محل هذا القرار الإداري ومضمونه لأن القاضي الإداري بهذا التصدي يكون قد خرج عن مقتضى 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 حيالها³.

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

¹ عبد العالي حاحة أمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلته في دعوي الإلغاء، منشورة في مجلة المنتدى القانوني، العدد 5، جامعة بسكرة، ب س ن، ص 136.

² محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص 113.

³ محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق، ص 114.

و محل هذا القرار، تأسيساً 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 تتضمنها¹، و بذلك يمتد عمل القاضي الإداري إلى الرقابة على مدى تحقق هذا التناسب دون أن يتجاوز حدود وظيفته كقاضي مشروعية، حيث يقتصر عمله على المطابقة بين محل القرار و أحد المبادئ القانونية العامة و هو مبدأ التناسب².

الفرع 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.

أولاً : في مجال القرارات التأديبية

نقصد بالتناسب في مجال القرارات الإدارية هو تحقيق التوافق بين سبب القرار ومحلله أو هو اشتراط علاقة تطابق بين الوقائع الثابتة والإجراء المتخذ بشأنها، إذ أن القضاء الإداري طبق على مجال القرارات التأديبية الرقابة على التناسب ئى، 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

¹ - عبد العالي حاحة، أمل يعيش تمام، مرجع سابق، ص 137.

² - علي عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 112.

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 و غايتها التي كفلها المشرع و القضاء في هذا الصدد و في سنة 1978 سارت فرنسا للتقدم نحو تقييد السلطة التقديرية للإدارة من أهم معاقلها و هو مجال التأديب ليبسط رقابته على مدى التناسب بين العقوبة التأديبية و درجة جسامه أو خطورة الأخطاء التي يرتكبها الموظف العام¹

و من 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 الظاهر في التقدير تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد " LEBON " رفع دعواه أمام محكمة تولوز الإدارية طالبا إلغاء القرار الصادر في 1974/07/10 من رئيس أكاديمية تولوز بإحالته إلى المعاش بدون طلب، و إلغاء هذا القرار و منازعا ليس في ماديات الوقائع و انما في جسامه الجزاء، وقد استندت الأكاديمية في اصدار القرار المطعون فيه إلى ارتكاب المدعي هو معلم أفعال مخله بالحياء مع تلميذاته في الفصل و التي ثبتت من خلال التحقق معه و رفضت المحكمة الإدارية إلغاء القرار، و ذلك لكفاية السبب الذي قام به، و طعن المدعي في هذا الحكم أمام مجلس الدولة هذا الأخير الذي وضح في حكمه أن الوقائع التي

¹ - خليفة سالم الجهمي، ملامح التطورات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة (قرابة التناسب)، 2012 ، ص 4.

ارتكبتها المدعي و قام عليها قرار الفصل كافية لتبريره، وأن¹ تقدير الإدارة بشأنها لم يكن مشوباً بغلط ظاهر (بين واضح) و قد كانت هذه الوقائع أيضاً سبباً كافياً لرفض محكمة ت ولوز الإدارية بإلغاء قرار الفصل و هذا 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 إيجابي لحكم LEBON وألغى 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 أرساه حكم لبيون في إقرار حق المجلس في رقابته التناسب بين الخطأ والجزاء في المجال التأديبي²

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 سبباً 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 المتر وكة لتقديرها، ولقد جرت محكمة القضاء الإداري منذ نشأتها، على أن اختيار العقوبة الملائمة للجريمة التأديبية مما ترخص فيه جهة الإدارة بغير معقب

¹ - عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، مرجع سابق، ص 138.

² - عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، مرجع سابق، ص 139

عليها فليس لمحكمة القضاء الإداري أن تتعرض لملائمة وتقدير الجزاء إذ أن ذلك لسلطة الإدارة التقديرية¹.

غير أنه أمام عدم التناسب الظاهر بين الجزاءات و المخالفات لم تجد المحكمة الإدارية العليا مقرا من رقابة الملائمة بين الجزاء و المخالفة، و ذلك من خلال قضائها في الغلو في حالة عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري و بين الجزاء و مقداره، إذ يكون استعمال سلطة تقدير الجزاء مشوبا بالغلو فيخرج التقدير من نطاق المشروعية إلى نطاق عدم المشروعية و من ثم يخضع لرقابة القضاء، و قد كانت بداية القضاء في حكم المحكمة الإدارية الصادرة في 1961/11/11 و الذي صاغت فيه لأول مرة نظريتها الشهيرة بشأن الغلو في الجزاء التأديبي و جاء في الحكم "لئن كانت للسلطة التأديبية و من بينها المحاكم التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري و ما يناسبه من جزاء بغير معقب عن ذلك، إلا أن مناط مشروعية هذه السلطة شأنها كشأن أية سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، و من صور الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري و بين الجزاء و مقداره، ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القانون"²

و مع أن المحكمة الإدارية ظلت تطبق قضاءها في الغلو إلا أنها خرجت عليه في بعض أحكامها، فذهبت إلى استقلال جهة الإدارة بتقدير التناسب بين الجزاء و المخالفة دون معقب عليها، و قد يبدو في هذا تعارض و لكن يري البعض أنه لا يوجد تعارض بين حرية تقدير الجزاء المناسب و بين رقابة المحكمة

¹ - إبراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق، ص 156.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع السابق، ص 121.

لهذا التناسب ، فرقابة الغلو لا تلغي حرية التقدير و انما تمنع الشطط و الشطط خارج عن نطاق التقدير و مناقض له¹ ، و لذلك فإن منع الشطط لا يمثل تقييد على حرية التقدير، و من المسلم به أن حرية الإدارة في اختيار الجزاء الملائم للذنب الإداري ليس مطلقة و لا تحكمية، و إنما تدور في نطاق جزاءات متعددة، و يكون لذلك أمام سلطات التأديب أكثر من جزاء يجوز توقيعه و يكون ما يوقع منها معقولا و مناسبا للذنب، فإذا اختارت سلطة التأديب من بين هذه الجزاءات ما تعاقب به المخالف عن الذنب، كانت في حدود ما هو جائز لها أما إذا تجاوزت سلطة التأديب التقدير السليم و المعقول و ركبت متن الشطط في اختيار الجزاء فإنه لا تكون في إطار ما هي حرة فيه و هو ما يسمح لها².

3- رقابة القضاء الإداري الجزائي على تناسب القرارات التأديبية.

إن مبدأ التناسب و إن كان لم يستقر بعد في القضاء الإداري إلا أن هذا الأخير، أخذ ببعض أحكام و مبادئ في نظرية التناسب في مجال القرارات التأديبية قدوة بالقضاء الفرنسي و المصري، فراقب مجلس الدولة الجزائي تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع، و من أحكام القضاء الإداري في الصدد ما تم الحكم به في القضية المعروضة بالمحكمة العليا (قضية س) ضد (وزير العدل و المجلس الأعلى للقضاء)، فقد تم في هذه القضية عزل (س) بسبب ارتكابه حسب الوزير أفعالا ماسة بمهنة القاضي، و كان على القاضي الجواب على مسألة أولى تضمنتها إحدى مقتضيات القانون الأساسي للقضاء و تمنع بأي طعن في قرارات المجلس

¹ - ابراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق، ص 157

² - ابراهيم عبد العزيز شيحا، مرجع سابق، ص 158

الأعلى للقضاء¹. وقررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا تبعا لاجتهاد قضائي " : بأن الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود حتي بدون نص و يستهدف طبقا للمبادئ العامة للقانون احترام القانونية (المشروعية)، و أنه 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".

كما نجد قرار مجلس الدولة الصادر 1999/06/26 قد أقر مبدأ التناسب في مجال القرارات التأديبية، حيث مما جاء في تسبيب هذا القرار ما يلي " : حيث يثبت من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة انشاء محل للفسق، و أدين بعقوبة سالبة للحرية تتمثل في تسليط عليه شهرين حبس نافذا ، و غرامة قدرها 2000 دج ، حيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية و التعليم، و إن كان يشغل منصب مقتصد، مما يفترض معه أن يكون هذا القضاء سليما من كل السلوكيات غير السوية حيث أن العقوبة المفروضة على المستأنف تتنافي مع الواجبات المفروضة.....، ذلك أن الفعل الذي أدين به المستأنف جزائيا و هو 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، و من جهة أخرى فإن من التناسب فقها و قضاء أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد إلى نسبة و درجة العقاب، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ و العقوبة و هو أمر

¹ - فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1 ، الجزائر، 2002 ، ص40

غير متحقق في قضية الحالة بالنظر إلى خطورة الخطأ الثابت في حق المستأنف حيث أن العقوبة المفروضة على العارض قائمة على أساس سليم من الواقع و القانون¹

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.

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.²

وأول المبادئ الأساسية في هذا الصدد أرساها مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الشهير " BENJAMIN " الصادر بخصوص حرية المواطنين في عقد الاجتماعات، وقد ألغي المجلس في هذا الحكم القرار الصادر من عمدة مدينة " NEVES " بمنع عقد أحد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام.³

وقد قام المجلس بفحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوى إلى عقد الاجتماع، وتبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع بواسطة استخدام قوات

¹ - لحسن ابن الشيخ أث ملويا، المنتقي في قضاء مجلس الدولة، ج1 ، دار هومة، الجزائر، 2002 ، ص 183.

² - عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 175

³ - عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، مرجع سابق، ص 144

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 تدرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات البوليس للمحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع.

من خلال ما سبق ذكره يمكن أن نشير إلى أنه هناك العديد من الأحكام توالى 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 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... إلخ¹.

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

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 43

الحريات العامة تعطى تامة، كما يجب أن تتناسب الوسائل المستخدمة من جانب الإدارة مع الظروف المادية التي دفعتها إلى التدخل¹.

2- رقابة القضاء الإداري المصري على قرارات الضبط الإداري:

لقد اقتدى القضاء المصري بنظيره الفرنسي و أخضع مائة القرارات المتصلة بالحريات العامة لرقابته، غير انه في بداية الأمر لم يطبقها في جميع الأحوال فقد اقتصر ذلك على قرارات الضبط الإداري الصادرة في الظروف الاستثنائية، حيث قرر أن قرار الحاكم العسكري العام، كأى قرار آخر ينبغي أن يكون له سبب بل تقوم حالة واقعية او قانونية تدعوا الإدارة إلى التدخل و أن هذا السبب يخضع لرقابة المحكمة، ثم أوضحت المحكمة عن اخضاع مائة قرارات الحاكم العسكري لرقابتها فقررت:" و إن كانت الإدارة تملك حرية التقدير بمعنى أنها تملك سلطة تقديرية في وزن مناسبات العمل و تقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها إلا أنه حيثما تختلط مناسبة العمل الإداري بشرعيته... يجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره فلا يكون العمل الإداري عندئذ مشروعاً إلا إذا كان لازماً و هو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة"². فإذا ثبت جدية الأسباب التي بررت هذا التدخل كان سليماً من أي طعن أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية و لم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة كان القرار باطلاً، إلا أن أحكام القضاء المصري توسعت فيما بعد لتشمل جميع مجالات الضبط الإداري سواء الصادرة في الظروف العادية او الاستثنائية، إذ أن القضاء

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 44.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 121

الإداري المصري هنا عمل على تعدي الحدود الطبيعية لرقابة السلطة التقديرية للإدارة فامتدت برقابته إلى حد التدخل في تقدير مائة اصدار هذه القرارات و ذلك يهدف لضمان حرية الأفراد التي تمس هذه القرارات بطريقة مباشرة¹

3- رقابة القضاء الجزائري على القرارات الضبطية:

إن القضاء الإداري الجزائري رغم اخضاعه مائة القرارات التأديبية و قرارات نزع الملكية لأجل المنفعة العامة لرقابته، إلا أنه امتنع عن مد هذه الرقابة إلى مجال الضبط الإداري، و لعل حداثة مجلس الدولة و نظام ازدواج القضاء بالإضافة إلى الاضطرابات الأمنية الخطيرة التي تعيشها البلاد من اعلان حالة الطوارئ بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 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 انه بالمقابل لم يؤمن حماية حقوق و حريات الأفراد من تعسف سلطات الضبط الإداري في استعمال سلطاتها، و هذا الذي حدث فعلا حيث شهدنا الكثير من التجاوزات خلال السنوات السابقة فرغم اتساع سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية إلا أن الفقه و القضاء الإداري اتفق على اخضاع أعمال وقرارات الهيئة الإدارية لرقابة القضاء الإداري فمهما كانت صلاحية الإدارة متسعة في هذه الظروف إلا أنها ليست صلاحيات مطلقة نفلت من رقابة القضاء الإداري، فالقضاء الجزائري رغم تسليمه بالرقابة

¹ - ابراهيم عبد العزيز شيجا، مرجع سابق، ص 100

على الوجود المادي و التركيب القانوني للوقائع، إلا أنه لا يراقب مدى تناسب الإجراءات الضبطي مع الظروف و الملابس الواقعية¹.

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 المستدعي غير لائق للخدمة في الوظيفة التي يشغلها، ورأي أن المصلحة العامة تقتضي تنحيته كما جاء في القرار المشكو منه، فإن محكمة العدل العليا لا تتدخل في هذه القناعة"².

وقضت محكمة العدل العليا كذلك بأنه "لا رقابة لمحكمة العدل على قناعة مجلس الوزراء بصحة ما جاء في التقرير ما دامت سلطته بهذا الشأن هي سلطة تقديرية"³. كذلك قضت بأن "تقدير العقوبة مقدار العقوبة فرضها على المشتكي عليه متروك أمره للمجلس التأديبي دون رقابة عليه من محكمة العدل العليا"⁴.

بالإضافة إلى مجال الضبط الإداري تري محكمة العدل العليا أن سلطة الإدارة العامة التي تهدف إلى صيانة النظام العام والمحافظة عليه هي سلطة تقديرية منحها إياها القانون حفاظاً على أمن الدولة وسلامتها وهذا الأمر وتقدير مناسبتها والنتائج التي تترتب عليه هي من الجوانب التي تستقل الإدارة بالترخيص

¹ - عبد العالي حاحة، آمال يعيش تمام، مرجع سابق، ص 145-146.

² - قرار محكمة العدل العليا، رقم 57 /2 عدد3، سنة 5 مجلة نقابة المحامين،، ص 169.

³ - قرار محكمة العدل العليا، رقم 59/73 عدد 4/3 سنة 15 مجلة نقابة المحامين ص103.

⁴ - قرار محكمة العدل العليا، رقم 67 /57 عدد 10 سنة 15 ص 1058.

بها باعتبارها متروكة لتقديرها وقناعتها بما تراه 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 سلطة المحافظة التقديرية"¹.

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 تتلاءم والذي اقترفه 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"². 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 و لم يمتد لتشمل المجالات الأخرى التي تتمتع فيها الإدارة بسلطة تقديرية حيث تقتصر

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

² - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 120

رقابتها في هذه المجالات على عدم ارتكاب الإدارة لإساءة استعمال السلطة أو التعسف فيها دون أن تتجاوز ذلك إلى تطبيق المبادئ التي أقرها القضاء الإداري و هي مبدأ الخطأ الظاهر في التقدير و مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار فضلا عن مبدأ التناسب، ومن أهم هذه المجالات :قرارات الإحالة على التقاعد قرارات الإحالة على الاستيداع.

كما يمكن الإشارة إلى أن الملائمة ليست دائما داخلية 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 ما أدته المحكمة الإدارية العليا وذلك بإخضاع السلطة التقديرية لرقابة القضاء عندما يكون التقدير عنصرا من عناصر المشروعة وقد ورد في 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 تجلي الانحراف فيها.

المبحث الثاني : ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

تعتبر الرقابة القضائية أهم وأفضل أنواع الرقابة لتحقيق مبدأ المشروعية، ويفضلها الأفراد لأنها تضمن حقوقهم وحرياتهم، فالقضاء باعتباره سلطة مستقلة عن الإدارة لا سلطان عليه لغير القانون، وفي ظلّه يتحقق الأفراد على الحيادة والنزاهة والاستقلال، لذلك تعتبر هذه الأخيرة ضماناً حقيقية لحريات الأفراد وحقوقهم، كما أنها تقيم حماية وضمناً لحقوق الإدارة¹.

لذلك توصف بأنها أكثر عدالة من غيرها، ويتم ذلك بناءً على إلغاء قرارات الإدارة المخالفة للقانون والتي تكون قد سببت ضرراً للأفراد والحكم عن ذلك الضرر بالتعويض من جراء سير المرافق العامة، أو بفعل الموظفين العموميين، ولكنها في النهاية تعتبر تنبيهاً وتحذيراً للإدارة مما يدفعها إلى احترام القانون والخضوع له، و يجب الإشارة إلى أن القضاء الإداري ينقسم بطبيعة الحال إلى قضاء إلغاء و قضاء تعويض فإننا نتناول موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في هذين النوعين كلا على حدى و بشيء من التفصيل و ذلك في مطلبين الأول تناولنا فيه السلطة التقديرية و قضاء الإلغاء، و الثاني السلطة التقديرية و قضاء التعويض و قبل تناولنا لهذا الموضوع يجب الوقوف على مدى تدخل القاضي في مراقبة أعمال الإدارة عند ممارستها لسلطتها التقديرية، و لهذا آراء متعددة نحاول طرح البعض منها، أولها يجيز للقاضي أن يتدخل في مراقبة

¹ - محمد أنس قاسم جعفر، مرجع سابق ص 126.

السلطة التقديرية لإدارة على أساس ما يتمتع به القاضي الإداري من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري و قد كان هناك تضارب بين هذين الرأيين كان هناك رأي سائد ألا و هو لا بد من اتخاذ رأي وسط يتلخص في أن الإدارة لا يمكن أن تتمتع بسلطة تقديرية في ممارسة سلطتها التقديرية، إلا أن هناك رأي نقيض للرأي السابق و هو الرأي السائد هو أن القاضي لا يحق له أن يتدخل في اطار سلطتها التقديرية و ذلك انطلاقا من كون القاضي مكلف بمراقبة المشروعية و ليس الملائمة، و إذا مارست الإدارة سلطتها التقديرية في هذه الحالة تكون قد استندت على ارادة المشرع الذي منح لها السلطة التقديرية و تطبيقا لذلك فان القاضي لا يمكن له أن يتدخل ليقوم مقام المشرع و ذلك تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات¹.

المطلب الأول : السلطة التقديرية وقضاء الإلغاء.

إن القاضي الإداري في هذا المجال لا يزال يلتزم بعدم التضيق على الإدارة مع حماية الحرية الفردية، ولهذا فإن مهمة القضاء في كثير من الحالات تكون عسيرة، لأن عليه أن يجد حلا مرضيا للتوفيق بين الرغبة في اعمال السلطة العامة والتمكين للحرية الفردية ومن ثم فإن القضاء الإداري لا يلغي القرار الإداري لعدم ملائمتة، ولكنه قد يفرض على الإدارة رقابة في كيفية ممارستها لاختصاصها التقديرية، وقد يخضع الملائمة ذاتها لرقابته إذا كانت الملائمة شرط من شروط المشروعية².

¹ - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 168 / 169

² - عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 63.

ولهذا سنناقش في المطب الأول فرعين اثنين، الأول تحت عنوان مدى رقابة القضاء الإداري الفرنسي على الاختصاص التقديري والملائمة، والثاني بمدى رقابة القضاء المصري 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 لإجرائه¹ 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.

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

¹ - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 172

"لئن كان مجلس الكلية هو صاحب السلطة التقديرية في تقدير منح الدرجة أو منعها، و تقديره الموضوعي في هذا الشأن لا معقب عليه من هذه المحكمة ما دام خاليا من اساءة استعمال السلطة التقديرية، إلا أنه يجب أن يكون هذا التقدير مسبقا أو مقرونا باستنفاء جميع الإجراءات و الضمانات التي يتطلبها القانون من ذلك و هو معتبر من مقتضيات وظيفة المجلس في هذا الخصوص و مستلزماتها¹". و تعتبر 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 و قبل أن تجري في شأنه أي بحث إنما هو قرار صوري لا ينتج أثر إذ العبرة هي بالرفض الموضوعي الذي يبني على الدرس و التمحيص"².

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 اساءة 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 اتخذ على أساسه"³.

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 تم التقدير من خلالها ولكن على أساس مراقبة التقدير في حد ذاته مما يتنافى مع جوهر السلطة

¹ - حكم المجلس تادولة ، تاصادر في 1951/02/06 ، لسنة الخامسة، ص 566.

² - حكم المجلس تادولة ، تاصادر في 1951/04/07 ، لسنة الخامسة، ص 566.

³ حكم المجلس تادولة ، تاصادر في 1951/02/07.

التقديرية وهذا ما أدى 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 الدولة 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 مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، ولقد أخضع مجلس الدولة المصري ممارسة الإدارة لاختصاصاتها التقديرية لرقابة لرقابته وذلك في ثلاثة مجالات والتي سنقوم بعرضها كآتي:

أولا : إخضاع ملائمة بعض القرارات التأديبية لرقابة القضاء الإداري.

لقد استقر القضاء الإداري المصري منذ انشاءه 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 14 جانفي 1954 والمتضمن "... ولما كان من المفروض على لجنة الشيخات التزام التدرج فيما يجوز للجنة الشيخات أن توقعه من جزاءات قد وضعته المادة 24 من قانون رقم 141 لسنة 1947 الخاص بالعمد والمشايخ".

و هذا يدل على ان المشرع قصد أن الجزاء يقاس بما يثبت من الخطأ، و لم يقصد منح اللجنة سلطة فصل العمد مهما كانت التهمة الموجهة، أو مهما يكن الخطأ الذي وقع، و بهذا لا يجوز اللجوء إلى عقوبة الفصل و التي 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 و مفادها أن المشرع قصد بهذا التدرج في ذلك العقوبات أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ، فلا يفصل الطالب مهما تكن التهمة المنسوبة إليه، و انما يجب أن يقاس الجزاء بمقياس الخطأ الذي وقع منه، و الحجة الرئيسة في ذلك سمحت للمجلس بأن يحل تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة¹

إذ ما يلاحظ أن هذه الحجة غير سليمة و تقوم على عدم فهم الجريمة التأديبية، فالجريمة التأديبية تمتاز عن الجريمة الجنائية بأنها لا تخضع لقاعدة "لا جريمة إلا بناء على نص" بل يجوز لسلطة التأديب أن تري في كل عمل يرتكبه الموظف جريمة تأديبية إذا كان لا يتفق و واجبات المهنة، بالإضافة أنه لا يمكن حصر الجرائم التأديبية مقدما كما هو الحال في الجرائم الجنائية مما يترتب وجود اختلاف بين الجريمة التأديبية و العقوبة التأديبية كما أن المشرع لم يترك السلطة المختصة بالتأديب حرة في توقيع أي عقوبة تشاء و اكتفي بأن يحدد لها نوع من العقوبات التي يجوز توقيعها يكون المشرع ملزم بأن يبدأ من الأبسط و ينتهي بالأشد، إذ لا يعقل أن يورد العقوبات دون ترتيب إذ أن غالبية الأحكام انصبت على ملائمة العقوبة للجريمة التأديبية هي مسألة تقديرية فالوضع الطبيعي أن تكون

¹ - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 181

العقوبة ملائمة للجريمة التأديبية فإذا لم تكن كذلك لا مجال للطعن فيها إلا عن طريق اثبات التعسف باعتبار أن الإدارة قد خرجت عن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية للإدارة¹.

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 الأسباب التي من أجلها تدخلت، فإذا لم يكن الإجراء المتخذ ضروريا. لحماية النظام العام (الصحة السكينة الأمن) كان مجلس الدولة بحكم الغاءه، و قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يتعلق بقرارات البوليس التي تصدر بمنع الاجتماعات العامة بحجة خطورتها على النظام العام، و القاضي 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، و لذا قيل أن سلطات البوليس (الضبط) هي سلطات مقيدة باستمرار، و بخصوص أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال قد تم التطرق إليها سالفًا في المبحث الأول من هذا الفصل بالإضافة إلى أحكام مجلس الدولة المصري تم ذكر أحكام كثيرة لكن اكتفينا منها بحكمين لكل من محكمة القضاء الإداري و المحكمة الإدارية العليا².

¹ - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 182

² - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 184

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 قانون 71/109 المتضمن قانون نظام الشرطة المصري¹.

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 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 إختيار الوقت في القرارات الإدارية.

من أبرز عناصر التقدير في القرارات الإدارية عنصر الزمن، و لا تخضع الإدارة فيه إلا لقيد التعسف و الانحراف، بمعنى أن إختيار الوقت في ذاته هو مسألة موضوعية يترك تقديرها للإدارة إلا إذا ثبت أن الإدارة كانت مدفوعة في إختيار ذلك الوقت بعوامل لا تتم إلا بسبب المصلحة العامة، و من التطبيقات السليمة لهذا المبدأ حكم مجلس الدولة المصري و الذي جاء فيه "أنه و إن كان إختيار الوقت الذي تجري فسه الترقية من الملائمات التي تستقل الإدارة بها و لا معقب عليها في ذلك إلا أنه إذا وضح المتضمن قانون نظام الشرطة المصري، المؤرخ في 1 نوفمبر 1271 ، "لرجل الشرطة استعمال القوة ها كانت هي الوسيلة

¹ -المادة 102 من قانون 71/109 المتضمن قانون نظام الشرطة المصري ، المؤرخ في 1نوفمبر 1971 ، " لرجل الشرطة استعمال القوة اذاكانت هي الوسيلة الوحيدة لاداء هذا الواجب وقد قصر استعمال على الحالات محددة الحصر وهي القبض ، حراسة السجون فض التجهيز والتظاهر

الوحيدة لأداء هـ 01/71 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 الوزارة في اجراء الترقيات لم يكن مبعثه تحقيق مصلحة عامة، بل الغرض منه تفويت حق الموظف في الترقية التي يستحقها، فان تصرفها على هذا الوجه يخضع و لا شك لرقابة المحكمة باعتباره تصرف غير مشروع¹.

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 مد رقابته إلى كيفية ممارسة السلطة التقديرية في مجال التعويض .وسنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع الأول تحت عنوان الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ القرار، أما الفرع الثاني تحت عنوان الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار، أما الفرع الثالث فسنتطرق فيه إلى الحكم على الإدارة لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة.

الفرع الأول : الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاها القرار.

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

¹ - حكم مجلس الدولة المصري، الصادر 18 يناير 1954

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي حكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ قرار بمنع أحد الأفراد مزاوله مهنته الخطرة وهي تمرين الراغبين في الأعياد على إطلاق النار واصابة 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 على هذه القاعدة، فحكم في حالات أخرى بمسؤولية الإدارة لتراخيها في اصدار 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... إلخ¹.

الفرع الثاني : الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاها القرار.

عند إصدار الإدارة لقراراتها وهي في حالة تعجل، يحكم عليها بالتعويض، وهذه الحالات أقل عملا من الحالات السابقة، وأشهر مثال ما ورد في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 22 نوفمبر 1929 في قضية"

compagnic des mines de Siguri 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 ان يكون للشركات حق استغلال الطبقات السفلي، والتي لا يصل إليها الأهالي بوسائلهم البدائية، على ان

¹ - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 192

يكون لحاكم المستعمرة حق منح وسحب رخص الاستغلال، وحدث أن اعتدت شركة " GEZRE " على الطبقات المخصصة للأهالي وتم ذلك بعلم الإدارة ولكنها تركتها تستغل ثم فاجأتها بدون سابق انذار بأمر يتضمن وقف هذا الاستغلال غير المشروع، ولذلك لم بلغني مجلس الدولة الفرنسي القرار السابق ولكنه حكم بالتعويض عنه بناء على أن الإدارة قد أساءت اختيار وقت تدخلها فتعجلت في اتخاذ القرار بالرغم من أن أحدا من الأهالي لم يطلب وقف استغلال الشركة¹

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

إن ملائمة العقوبة التأديبية للجريمة التأديبية هي مسألة تستقل الإدارة بتقديرها، و لكن مجلس الدولة الفرنسي قد أخضع ملائمة الجزاءات التأديبية لرقابته في مجال قضاء التعويض دون الإلغاء و أشهر مثال لذلك حكمه الصادر في 25 يوليو 1913 في قضية " MAREK "، فلقد كان السيد مارك يشغل منصب مدير حديقة النباتات في مدينة رن بفرنسا، و فصلته الإدارة من منصبه لأسباب رأي أنها تعسفية، فرفع دعوي يطلب إلغاء القرار الخاص بالفصل، و طالب في نفس الوقت تعويضه عن ذات

القرار، و لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلب الإلغاء لأن عيب التعسف لم يثبت و لكنه حكم بالتعويض لأن الأخطاء التي ارتكبها " MAREK " لا تبرر القرار الصادر بفصله، و حكم بالتعويض أيضا في إصدار الإدارة لقرارات قاسية لا تتناسب مع أسبابها كما لو اتخذت اجراءات عنيفة في سبيل تحصيل بعض الضرائب من أحد المواطنين حسن النية مما أدى إلى إشهار إفلاسه في قضية "

DALEUZ .", BARNEGRAT

¹ - حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 193.

وعلى اساس الأحكام السابقة التي يتصدى فيها مجلس الدولة الفرنسي للعناصر الداخلية للسلطة التقديرية، أنشأ بعض الفقهاء و على رأسهم BOUNAR " نظرية التعسف في استعمال الحق وق الإدارية بجوار نظرية الانحراف بالسلطة ، فنظرية الانحراف مجالها قضاء الالغاء و يقتصر دور القاضي فيها على مراقبة الحدود الخارجية للسلطة التقديرية و هي الأغراض و الأهداف، أما نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية فمجالها قضاء التعويض، و تتعدى فيها رقابة القضاء إلى العناصر الداخلية للسلطة التقديرية، لأن القضاء يحاسب الإدارة على التأخر في إصدار قراراتها أو إصدارها فجأة، و بالرجوع إلى قضاء مجلس الدولة المصري نجد أنه قد تطو في هذا المجال فلقد اخضعت محكمة القضاء الإداري القرارات الصادرة بفصل بعض الموظفين لرقابتها حتي لو انتهت في مجال قضاء الإلغاء إلى رفض الدعوي¹

¹ -- -- حمد عمر حمد، مرجع سابق، ص 193/194.

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 و الذي نقصد به الخطأ الجسيم الذي يرتكبه مصدر القرار، ومما لا شك فيه أن هذه النظرية تعد وسيلة قضائية تستهدف توسيع رقابة الحد الأدنى و نطاقها، بالإضافة إلى مبدأ الموازنة بين المنافع و الأضرار إذ أن هذا النوع من الرقابة يتعلق بنتائج القرار و ليس بأسبابه، كما أنه هناك نوع آخر و هو مبدأ التناسب و الذي نقصد به أن يكون التصرف الذي قامت به الإدارة مناسباً و ملائماً للاعتبارات المطبقة به من حيث الزمان و المكان و الواقع ، بالإضافة إلى عرض ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

خاتمة

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

ولا شك في ان هذه التطورات التي تستلزم التغيير الدائم ، تتطلب أعلى مستوى من الاداء والفعالية ومن ثم فان المصلحة العامة لا تتوافق مع إدارة صماء وإنماء لايد من ان تكون الإدارة حرة في تدبير شأنها لو بقدر كافي لمواجهة تلك التطورات ، وهذا بهدف ضمان حسن سير العمل الاداري مما ينعكس هذا بالإيجاب على حقوق وحرريات الأفراد وكذا توفير الخدمات الضرورية لهم ومن هنا تبدو أهمية السلطة التقديرية كضرورة إجتماعية لاغنى عنها ، كما يمكن القول ان السلطة التقديرية للإدارة تعد سلطة قانونية يتوافق وجودها مع وجود مبدأ المشروعية ، وما يؤكد قانونية هذه السلطة هو ان القضاء الاداري يسهر كذلك على حمايتها وضمانها ، وعليها فان مباشرة السلطة التقديرية ، لا تعني بأي حال من الاحوال ان الإدارة ارتكبت مخالفة لمبدأ المشروعية ذلك لان هذه السلطة في الحقيقة الأمر هي وسيلة لتطبيق القانون وبالتالي فعلى الإدارة الالتزام بمبدأ المشروعية عند تمتعها بسلطة تقديرية بنفس الطريقة التي يكون اختصاصها مقيدا وكل ما في الأمر هو ان المشرع قد منح قدرا من حرية التصرف للإدارة في موضوع ما ومن ثم يتخلى على تحديد نشاط الإدارة بشأن هذا الموضوع كله ، أو في بعض جوانبه ، تاركا للإدارة حرية التصرف والتقدير بموجب خبرتها ، غير انه لا يفهم من هذا التخلي امتناع المشرع عن التدخل لتقييد

نشاط الإدارة بالنسبة لموضوعات معينة ، باعتبار موضوعات نخصه للسلطة التقديرية للإدارة ، وإنما يرجع السبب في عدم التدخل لاعتبارين إلا وهو اعتبرت فني ، والأخر اعتبار عملي ، كما يمكن ان نستنتج مما سبق ان ليست جميع تصرفات الإدارة يمكن ان تصنف إلى مجرد طائفتين قرارات تقديرية ، وأخرى مقيدة بل يجب إلى جانب ذلك اعتماد طاقة أخرى ، ولعلها أهمها وأكثرها شيوعا ، وهي تلك القرارات التي يكون جانب منها تقديرية وجانبها الآخر مقيد ، أو بالأحرى ينصب التقدير على بعض العناصر أو احدهما دون الآخر ، دون ان يكون هناك أو تناقص في مثل هذه القرارات.

وفي الأخير لا ننسى الدور الذي يلعبه الفقه ، وهذا من خلال وضع بعض القيود الهامة لممارسة هذه السلطة والتي تتمثل في مراعاة عدم الانحراف باستعمال هذه السلطة ، وضرورة ان تضع الادارة نفسها في أفضل الظروف لإصدار قراراتها الإدارية ، وضرورة الالتزام بملائمة القرارات وإصدارها .

كما لا ننسى أيضا الدور الذي لعبه القضاء الإداري في مجال الرقابة القضائية وذلك سعيا منه لتحقيق نقطة التوازن التي بمقتضاها تتمكن الإدارة من استخدام سلطتها لتحقيق الصالح العام من جهة وحماية الأفراد من جهة أخرى ، وبعد ان استقرت الرقابة على السلطة التقديرية من خلال استنباط فكرة رقابة الخطأ الظاهرة في التقدير ، ورقابة الموازنة بين المنافع والأضرار ، باعتبارها من الأسباب الحديثة لرقابة السلطة التقديرية والحد من استعمالها ، بالإضافة إلى مبدأ التناسب الذي هو الآخر حظي برقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة من خلال ان يكون التصرف الذي قامت به الإدارة مناسبا وملائما للاعتبارات المحيطة بت من حيث الزمان والمكان والواقع.

من النتائج التي توصلنا إليها خلال دراستنا لموضوع السلطة التقديرية للإدارة ما يلي

:

1- ان الإدارة عند السلطة التقديرية تكون تتمتع بقسط من حرية التصرف يمكنها هذا من أداء واجباتها أما عندما يشترط عليها المشرع شروطا معينة لكي تمارس الإدارة 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 اقدر 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 بمبدأ 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 وجودها المادي وصحة تكييفها القانوني إذا ان الاساليب الحديثة في الرقابة لم يتبناها بالقدر الكافي ، وخاصة ان القضاء الجزائري اليوم يعيش ازدواجية قضائية وهذا من خلال التوصيات التالية:

1- مراعاة عدم الانحراف الإدارة من خلال ممارستها للسلطة التقديرية .

2- ضرورة التشديد على الإدارة في ان تضع نفسها في أفضل الظروف لإصدار قراراتها الإدارية .

3- تنظيم المشرع مجالات السلطة التقديرية والاختصاص المقيد.

قائمة المراجع

أولا : المصادر

1- النصوص القانونية

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 ،
الجريدة الرسمية 76 الموافق لـ 8 ديسمبر 1996، وفق آخر تعديل له 2008.

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 فيفري 2008 ، جريدة رسمية
21 المؤرخة 23 افريل 2008.

2- قانون 03/06 ، المؤرخ في 18 يوليو 2006 ، المتضمن القانون الأساسي العام
للووظيفة العمومية ، الجريدة الرسمية للسنة 43، العدد 46، المؤرخة في الاحد 20 جمادي
الثانية 14287 الموافق لـ 16 سيولية 2006.3- القانون رقم 11/91 المؤرخ في
12 شوال 1411 الموافق لـ 27 افريل المتعلق بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة ، جريدة
الرسمية عدد 12 المؤرخ في 23 شوال 1411.

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 الاردنية ، رقم 1990/262 ، بتاريخ 26 فيفري 1990 ،
منشور بمجلة نقابة المحامين .

3- قرار المحكمة العدل الاردنية ، رقم 67/57 ، عدد 10 ، منشور بمجلة نقابة المحامين

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

5- قرار المحكمة العدل الاردني ، رقم 57/02 ، عدد 3 ، سنة 5 منشور في مجلة نقابة المحامين.

ثانيا : الكتب باللغة العربية

الكتب العامة

- 1- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط 3 مع ملحق 1979 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،
- 2- ابراهيم عبد العزيز شيحا ، القضاء الاداري ، " مبدأ الشروعية ، تنظيم القاء الاداري " توزيع منشأة الاسكندرية ، 2003.
- 3- ابراهيم سالم العقيلي، اساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، ط 1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2013
- 4- حمدي القبيلات، القانون الإداري، ج 2، ط 1 ، دار وائل للنشر والتوزيع، 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 الاسرمية ، مجلس الدولة الفرنتسي ، مجلس الدولة المصري ، محكمة القضاء الاداري بسلطة عمان ، ج 1، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009،
- 7- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ب ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية،

- 8- عبد العزيز الجوهري، القضاء الإداري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري 1897
- 9- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، دراسة مقارنة لاسس ومبادئ القانون الاداري وتطبيقاتها في مصر ، منشأة معارف الإسكندرية، 2003.
- 10- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين 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 الجديدة 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 الاداري ، دعوى الغاء القرارات الادارية التحقيق المنازعة الادارية ، تنفيذ الاحكام الادارية ، المسؤولية الادارية ، 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، ط 2، 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 الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2004،
- 22- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2000
- 23- محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقيقية ، 2005. الاسكندرية
- 24- مازن ليلو راضي، القانون الإداري، ط1 ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مص، 2005،
- 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 ابراهيم العتوم، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط1 ، دار وائل للنشر، عمان، 2013.
- 30- فوزي حبيش، القانون الإداري العام، الإبطال لتجاوز حد السلطة والأعمال الإدارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011

31- نواف كنعان، القانون الإداري، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009.

- الكتب المتخصصة :

- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط1 ، الرياض 2003

المقالات :

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

2- عبد العالي حاحة أمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوي الإلغاء، منشورة في مجلة المنتدى القانوني، العدد 5، جامعة بسكرة الجزائر .

3- 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، مجلد 52 ، العدد1، 2009.

4- فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد1 ، الجزائر، 2002.

ملتقيات

1- محمد تقيّة، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية، ملتقى قضاة الغرفة الإدارية، منشور، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992

- المذكرات :

1- ابراهيمي سهام، فكلو المنفعة العمومية في نزع الملكية، شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص ادارة ومالية عامة، الجزائر، اجيزت للنشر بتاريخ 2012/03/26

2- مخاشف مصطفى، السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرارات الإدارية مذكرة تخرج
لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة، تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2008
ب- الكتب باللغة الاجنبية :

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

2- -J khan ; le pouvoir discrétionnaire de l' administration et le juge
administratif ; colloque du 5 mars 1977

3- D LABETOUL ; le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et
d'interventionnisme économique 1977

ج- المواقع الالكترونية :

1) <http://forum.univbiskra.net>

2) <http://forum.univbiskra.net.index.php?Topic=320710>

3) http://fr.wikipedia.org/wiki/pouvoir_discr%C3%A9tionnaire_en_droit_administratif_fran%C3%A7ais

الفهرس

إهداء

الشكر

01	المقدمة.....
06	الفصل الأول : نطاق السلطة التقديرية للإدارة.....
06	المبحث الأول : مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.....
07	المطلب الأول : تعريف السلطة التقديرية للإدارة.....
07	الفرع الأول : السلطة التقديرية.....
13	الفرع الثاني : خضوع السلطة التقديرية للمشروعية الإدارية.....
14	الفرع الثالث : إعتبارات السلطة التقديرية.....
15	المطلب الثاني : حدود السلطة التقديرية.....
15	الفرع الأول : ركن الاختصاص.....
16	الفرع الثاني : ركن الشكل.....
17	الفرع الثالث : ركن السبب.....
19	الفرع الرابع : ركن المحل.....
20	الفرع الخامس : ركن الغاية.....
28	المبحث الثاني : الاعتراف ف بالسلطة التقديرية للإدارة.....
28	المطلب الأول : مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة.....
28	الفرع الأول : المبررات العملية.....
29	الفرع الثاني : المبررات الفنية.....

- 29..... الفرع الثالث : المبررات القانونية.
- 30..... المطلب الثاني : نتائج الاعتراف بوجود السلطة التقديرية في النشاط الإداري.
- 30..... الفرع الأول : تمتع الإدارة بقدر من الحرية في التصرف في أعمالها.
- 33..... الفرع الثاني : تمتع الإدارة بسلطتها التقديرية في اطار دولة القانون.
- 39..... الفصل الثاني : الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
- 40..... المبحث الأول : تطور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة:
- 41..... المطلب الأول : نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.
- 42..... الفرع الأول : مضمون نظرية الخطأ الظاهر في التقدير.
- 44..... الفرع الثاني : أهمية ومجالات الخطأ الظاهر في التقدير.
- 45..... الفرع الثالث : تطبيقات رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في القانون المقارن.
- 49..... المطلب الثاني : مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار.
- 49..... الفرع الأول : مضمون مبدأ الموازنة بين المنافع والأضرار.
- 50..... الفرع الثاني : مجال تطبيق نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ومعاييرها.
- 52..... الفرع الثالث : تطبيقات نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار.
- 56..... المطلب الثالث : مبدأ التناسب.
- 56..... الفرع الأول : مضمون مبدأ التناسب.
- 58..... الفرع الثاني : تطبيقات الرقابة على التناسب في القضاء الإداري.
- 71..... المبحث الثاني : ممارسة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
- 72..... المطلب الأول : السلطة التقديرية وقضاء الإلغاء.

الفرع الأول : مدى رقابة القضاء الإداري الفرنسي على الاختصاص التقديري والملائمة.	72.....
الفرع الثاني : مدى رقابة القضاء الإداري المصري على الاختصاص التقديري والملائمة.	75.....
المطلب الثاني : السلطة التقديرية وقضاء التعويض.....	79.....
الفرع الأول : الحكم على الإدارة بالتعويض لتراخيها في اتخاذ القرار .	79.....
الفرع الثاني : الحكم على الإدارة بالتعويض لتعجلها في اتخاذ القرار .	80.....
الفرع الثالث : الحكم على الإدارة لاتخاذها بعض القرارات غير الملائمة.....	81.....
الخاتمة.....	85.....
قائمة المراجع.....	90.....

ملخص مذكرة الماستر

ومن هنا نستنتج في القول ان السلطة التقديرية هي تمنع الإدارة بقسط من حرية التصرف لمواجهة اعمالها ، فان وجودها هو الحقيقة واقعية ، وهو أمر لاغنى عنه ، بسبب مقتضيات النشاط الاداري ، و اذا كان من شأن السلطة المقيدة تحقيق اكبر ضمانة لحقوق الافراد وحررياتهم من تعسف الإدارة ، إلا ان الاشراف في التقييد يؤدي إلى عواقب وخيمة ، إذا يترتب عليه حرقة الإدارة والقضاء على الروح الابداع والابتكار فيها خاصة وان الإدارة اليوم تواجه حركة تحول اساسية مختلف الجوانب الاقتصادية والسياسية ، إضافة الى الثورة التقنية والتكنولوجية التي يشهدها العالم اليوم.

الكلمات المفتاحية :

1- السلطة التقديرية للإدارة 2- الرقابة القضائية 3- الاختصاص

Abstract of The master thesis

Hence, we conclude in saying that the discretionary authority prevents the administration with a degree of freedom of action to confront its actions, its existence is the reality and it is indispensable, because of the requirements of administrative activity, and if the restricted authority would achieve the greatest guarantee for the rights and freedoms of individuals from the arbitrariness of the administration However, supervision in restriction leads to serious consequences, if it results in burning the administration and eliminating the spirit of creativity and innovation in it, especially since the administration today is facing a fundamental transformation movement in various economic and political aspects, in addition to the technical and technological revolution that the world is witnessing today.

key words:

-1Discretionary authority of management 2- Judicial oversight 3- Jurisdiction